UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS AMÉRICAS

VICERRECTORÍA ACADÉMICA

ESCUELA DE DERECHO

ANÁLISIS JURÍDICO DEL USO DE FOTOGRAFÍAS PUBLICITARIAS CON MODELOS RETOCADAS DIGITALMETE EN RESGUARDO DEL DERECHO A PROTECCIÓN ADMISTRATIVA CONTRA LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN COSTA RICA DE CONFORMIDAD A LA LEY 7472

MODALIDAD DE PROYECTO PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO

AUTOR:

VÍCTOR OBANDO-FÚSTER

TUTORA:

MSc. MARÍA ANTONIETA ZAMORA CAMACHO

Sede Aranjuez

Diciembre 2018

“En esta civilización, donde las cosas importan cada vez menos, los fines han sido secuestrados por los medios: las cosas te compran, el automóvil te maneja, la computadora te guarda, la TV te ve.”

Las Escuelas del Mundo Revés, Eduardo Galeano

Dedicatoria

A la memoria de mi tío, el Dr. Francisco Fúster Alfaro (1951- 2018), quien en alguna ocasión, en medio de un café cortado, mirándome a los ojos me dijo: “Hay hombres que conquistan llanuras y hay hombres que conquistan valles.”

Agradecimientos

Quiero expresar mi profundo agradecimiento a:

A mi madre, por su amor incondicional y complicidad.

A mi padre, por su cariño y apoyo ilimitado en cada una de mis aventuras.

A Lita, por sus muestras de valentía y palabras de motivación.

A Milton por su sinceridad y empatía.

A Malena, por su tiempo y valiosa colaboración.

En general, a todos mis profesores, por su paciencia y ganas de compartir sus conocimientos con las futuras generaciones de abogados.

Contenido

Tabla de abreviaturas...…..……..…….....página 3

Figuras……..……página 4

Resumen……página5

Capítulo I: Introducción……...página 6

Planteamiento del problema…….página 6

Objetivos……..página 9

Justificación…….……..…..... página 10

Antecedentes..……..……..página 13

Proyecciones…….....página 23

Capítulo II: Marco Teórico……página 24

Teorías sobre modelos económicos……página 24

Derecho del consumidor……..……...……página 30

Publicidad engañosa……..….página 76

Uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente…….....página 107

Capítulo III: Marco Metodológico……..…….página 114

Enfoque…..……....….....página 114

Tipo……..……página 114

Diseño……..…….página 115

Muestra de la investigación ……..……...página 116

Unidades de análisis……..……...página 116

Instrumento……...página 117

Proceso para la recolección de datos…….……...página 118

Método de análisis…….....página 118

Capítulo IV: Análisis de Resultados.……..….página 119

Primera unidad de análisis……..……. página 119

Segunda unidad de análisis……..……...…….....página 147

Tercera unidad de análisis…….…..…….....página 156

Capítulo V: Conclusiones y Recomendaciones……...…….....página 164

Conclusiones……página 164

Recomendaciones…….....página 170

Capítulo VI: Propuesta……..……...página 171

Referencias……...……....página 173

Apéndice...……...……...…..página 180

Tabla de Abreviatura

C.N.C……....Comisión Nacional del Consumidor

Ley 7472……..…Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

M.E.I.C…….Ministerio de Economía Industria y Comercio

O.N.U…….Organización de las Naciones Unidas

Photoshop……..Adobe Photoshop

Figuras

Figura 1……..……..página 100

Figura 2…..……..…….página 101

Figura 3…..……..…….página 101

Figura 4……...…….página 171

Figura 5……..……..página 172

Resumen

La presente investigación tiene como tema central el uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas y/o modificada digitalmente. Tales fotografías retocadas alteran el físico de la modelo, para que luzca más joven o más delgada, entre otras alteraciones y no informan al consumidor que la persona de la imagen ha sido retocada digitalmente con la intención de que tenga una apariencia diferente. De tal manera, al no informar al consumidor de que la modelo de la fotografía ha sido retocada y/o modificada digitalmente para modificar el físico, se estaría incurriendo en una publicidad engañosa, ya que podría inducir a error al consumidor.

En virtud de lo anterior, el objetivo general de la investigación, es analizar jurídicamente el uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente en resguardo del derecho del consumidor de recibir protección administrativa contra la publicidad engañosa en Costa Rica de conformidad con la Ley 7472. Para lograr el objetivo de la investigación, se utiliza un enfoque de carácter cualitativo y el método analítico de factorización propuesto por el Dr. Roberto Hernández S. y colaborares.

Asimismo, para alcanzar el objetivo se cuenta con la participación del Lic. Luis Felipe Chacón y la Licda. Caravaca. Ambos profesionales, laboran en el departamento de Educación al Consumidor y Ventas a plazo que pertenece al Ministerio de Industria, Economía y Comercio.

Así, se llega a la conclusión general de que en Costa Rica no es suficiente la legislación actual para regular el uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente en relación con el derecho del consumidor por recibir protección administrativa contra la publicidad engañosa.

Por tanto, se le recomienda al Ministerio de Economía, Industria y Comercio, presentar y promover ante la Asamblea Legislativa, un Proyecto de Reforma a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, para que se incorpore un artículo que regule el uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente en concordancia con el ordenamiento jurídico patrio.

Capítulo I: Introducción

Planteamiento del problema

Desde hace varios años se ha incrementado la protección jurídica de los derechos del consumidor a nivel nacional e internacional. Sin embargo, actualmente, existen situaciones cotidianas en Costa Rica, y en otras partes del mundo donde no se tutelan todos los derechos del consumidor con éxito.

Al respecto, Saborío (2005), citando a Bulgarelli (1994), menciona que "la nueva estrategia económica mundial y los cambios en el contexto internacional exigen de los países transformaciones importantes entre las cuales está la redefinición del papel del sector público en relación con la estructura productiva y una revisión de los instrumentos administrativos y jurídicos con que cuentan los Estados para intervenir en la actividad económica." (pp. 26-27)

Así, un ejemplo de lo anterior, es el uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas y/o modificada digitalmente. Tales fotografías retocadas alteran el físico de la modelo para que luzca más joven o más delgada entre otras alteraciones y no informan al consumidor que la persona de la imagen ha sido retocada digitalmente con la intención de que tenga una apariencia diferente.

De tal manera, al no informar al consumidor de que la modelo de la fotografía ha sido retocada digitalmente para modificar el físico, ya sea la piel, el peso, color de dientes, entre otras alteraciones, se estaría incurriendo en una publicidad engañosa la cual perjudica los intereses económicos del consumidor. A saber, en Costa Rica la definición de publicidad engañosa se encuentra en el artículo 2, del Reglamento de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472.

Artículo 2 – Definiciones

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. (Negrita y subrayado no son del original)

En consecuencia, al utilizar en fotografías publicitarias personas que han sido manipuladas con programas digitales para lograr una “mejor estética” o “mejor resultado”, se debería de advertir al consumidor de que la de la imagen fue retocada y/o manipulada. Lo anterior, en aras de satisfacer el derecho del consumidor por recibir protección administrativa contra la publicidad engañosa; entre otros derechos del consumidor.

Ello por cuanto, el último párrafo del artículo 46 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, reza que: "**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 un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos para la defensa de sus derechos. La Ley regulará esa materia". (Negrita y subrayado no son del original)

Igualmente, la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472 del 20 de diciembre de 1994, establece en el numeral 32 los derechos del consumidor.

Artículo 32°.- Derechos del consumidor.

Sin perjuicio de lo establecido en tratados, convenciones internacionales de las que Costa Rica sea parte, legislación interna ordinaria, reglamentos, principios generales de derecho, usos y costumbres, **son derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor, los siguientes**:

a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, su seguridad y el medio ambiente.

b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales.

c) El acceso a una información, veraz y oportuna, sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio.

d) La educación y la divulgación sobre el consumo adecuado de bienes o servicios, que aseguren la libertad de escogencia y la igualdad en la contratación.

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.

f) Mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud la lesión de estos, según corresponda.

g) Recibir el apoyo del Estado para formar grupos y organizaciones de consumidores y la oportunidad de que sus opiniones sean escuchadas en los procesos de decisión que les afecten. (Negrita y subrayado no son del original)

Por tanto, con base en lo expuesto anteriormente, se debe de formular la siguiente pregunta: ¿es suficiente la legislación costarricense actual para regular el uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente en relación con el derecho del consumidor por recibir protección administrativa contra la publicidad engañosa?

Objetivos

Objetivo general.

Analizar jurídicamente el uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente en resguardo del derecho del consumidor de recibir protección administrativa contra la publicidad engañosa en Costa Rica de conformidad con la Ley 7472.

Objetivos específicos.

Conceptuar los derechos del consumidor en el marco del ordenamiento jurídico costarricense.

Identificar a partir de la Ley 7472 la protección administrativa del consumidor contra la publicidad engañosa en Costa Rica.

Advertir la necesidad de una solución jurídica de amplio espectro que tutele el uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente en concordancia con la normativa costarricense.

Justificación

Con la presente investigación, se puede llegar a concluir si el Estado costarricense actúa como buen garante de todos los derechos del consumidor en la actualidad. De tal modo, mediante un análisis jurídico acerca del uso comercial de fotografías publicitarias con modelos que han sido retocadas digitalmente para aparentar otro peso, color de piel, eliminar arrugas, u otro tipo de alteración, se puede determinar si la normativa actual es suficiente para que la Comisión Nacional del Consumidor tutele el derecho del consumidor por recibir protección administrativa contra la publicidad engañosa.

Así, el trabajo de investigación, a través del método de factorización propuesto por el Dr. Roberto Hernández Sampieri y colaboradores permite revisar, y en caso necesario sugerir la necesidad de actualizar el ordenamiento jurídico costarricense en materia de los derechos del consumidor.

En virtud de lo anterior, es apropiado recordar que en el contexto de una sociedad de consumo, todos los ciudadanos se exponen constantemente a publicidad, y resulta muy importante poder distinguir entre lo que es real y lo que es ficticio. En tal sentido, es importante recibir información veraz que ayude a diferenciar entre ambos casos (realidad/ficción), ya que de lo contrario, pueden ocurrir fenómenos que afectan los intereses patrimoniales, y la salud mental y física de los consumidores.

Es decir, en la sociedad de consumo los productores impulsan nuevas técnicas de venta para fomentar la compra por impulso y decantar las decisiones de los consumidores hacia la adquisición de determinados productos previamente delimitados. En estas circunstancias, la decisión de compra deja de ser una atribución de los consumidores para pasar a manos de los productores, los cuales, a través de campañas de marketing y publicidad, y empleando el extraordinario potencial divulgatorio de los medios de comunicación de masas, señalan lo que los consumidores deben comprar, generándoles necesidad. Sólo una minoría es consciente de la pérdida de soberanía para decidir lo que quiere consumir. (Saborío, 2005, p. 29)

Siguiendo una misma línea de pensamiento, Hidalgo (2017) citando a Chomsky, menciona que la industria de la publicidad es la que se dedica a la creación de consumidores. Tal

es un fenómeno que se desarrolló en los países más libres, en Gran Bretaña y los Estados Unidos. Y la razón está muy clara. Se volvió clara hace aproximadamente un siglo cuando dicha industria se dio cuenta de que no iba a ser fácil controlar a una población con el uso de la fuerza. Se habían ganado demasiada libertad: sindicatos, parlamentos con partidos para los trabajadores en muchos países, el derecho al voto de la mujer… Por lo tanto, tenían que encontrar otros medios para controlar a la gente**.** De esto se dieron cuentan y comprendieron que tenían que controlarlos a través de las creencias y las actitudes. Cuando se habla del término actitud, una de las mejores formas de controlar a las personas es lo que el gran economista Thorstein Veblen llamó fabricar consumidores […] lo que se ve en la publicidad de la televisión se puede entender a través de lo siguiente: si alguna vez ha tenido alguna formación sobre economía sabe que los mercados se supone que se basan en consumidores informados tomando decisiones racionales. Pues bien, si se tuviera un sistema de mercado así, un anuncio de televisión, como por ejemplo de General Motors, consistiría en poner información diciendo: 'esto es lo que tenemos para vender'. Pero en realidad eso no es lo que un anuncio de automóviles es…**El punto está en crear consumidores desinformados que van a tomar decisiones irracionales. De eso es lo que trata a día de hoy la publicidad.** (párr.1-6) (Negrita y subrayado no son del original)

De tal modo, se debe de señalar que, en la actualidad, con herramientas digitales se altera y/o modifica la estética de las modelos en las fotografías publicitarias, sin que se informe al consumidor que el físico de la modelo ha sido retocado para resaltar ciertas partes del cuerpo con la intención de resaltar atributos. Dicha acción de retocar y/o modificar a la modelo de la fotografía sin informar al consumidor de que la imagen es manipulada, impide que el consumidor se encuentre bien informado, y por ende, toma decisiones basadas en creencias erróneas.

Así, al informar a los consumidores que la modelo de la fotografía publicitaria ha sido alterada mediante un programa de computadora para lucir diferente, se estaría protegiendo al consumidor contra la publicidad engañosa. En necesario recalcar, que el derecho a recibir información adecuada es de especial importancia por ser uno de los aspectos con los cuales el consumidor se ve más afectado.

Por otra parte, existen lugares donde el uso de fotografías publicitarias con personas que han sido retocadas digitalmente, ya se encuentra normado. Por ejemplo, en Buenos Aires, Argentina, el artículo 29 de la Ley 4827, Exhibición y Publicidad de Precios en la Ciudad de Buenos Aires, regula dicho tipo de publicidad. A saber, el artículo de la Ley 4827 menciona lo siguiente:

> Artículo 29.- Publicidad con figuras humanas
>
> Toda publicidad estática difundida en vía pública, en la cual intervenga una figura humana utilizada como soporte o formando parte del contexto o paisaje que haya sido retocada y/o modificada digitalmente mediante programas informáticos, debe exhibir con tipografía y en lugar suficientemente destacado la siguiente leyenda:
>
> "La imagen de la figura humana ha sido retocada y/o modificada digitalmente".

De manera semejante, a partir del año 2017 en Francia comenzó a entrar en vigencia una norma llamada popularmente “Ley Maniquí”, la cual prohíbe publicar, sin aviso expreso, imágenes publicitarias de modelos alteradas digitalmente, para aparentar un peso diferente. Así, al utilizar una persona mucho más delgada utilizando “Photoshop” u otro programa digital, se debe de incluir un rótulo en el que se lea de manera clara "fotografía retocada".

Asimismo, en Israel desde el año 2012, existe una Ley Photoshop que prohíbe a los anunciantes utilizar imágenes de modelos, masculinos o femeninos, excesivamente delgados y les obliga a poner un mensaje explícito en las fotografías que hayan sido retocadas mediante cualquier software de edición y tratamiento de imágenes. Se aplica a las imágenes impresas, las vallas publicitarias, los anuncios de televisión y también, afecta a las campañas publicitarias extranjeras que sean importadas a Israel.

En virtud de lo anterior, la investigación es provechosa, ya que contiene implicaciones prácticas, en tanto que busca analizar la situación de un fenómeno jurídico que se da de manera diaria en el país, y otras latitudes del planeta. Además, el trabajo permite si fuese necesario, advertir la necesidad de una nueva norma jurídica.

Finalmente, en términos teóricos el presente trabajo es de gran valor, ya que a partir de éste se puede en un futuro realizar nuevas investigaciones para ampliar un tema que no ha sido discutido hasta el momento en el país. También, contribuye a fortalecer el ordenamiento jurídico patrio, ya que busca consolidar la seguridad jurídica de los derechos del consumidor.

Por tanto, en concordancia con lo expuesto anteriormente, las personas beneficiadas con base en la investigación son todos los consumidores que se encuentran en territorio nacional.

Antecedentes

Antecedentes históricos.

Publicidad.

En su trabajo final de graduación, Franco (2014), hace una reseña histórica de la publicidad. Según el autor, los griegos fueron quienes realizaron el que sería el primer aviso publicitario plasmado en un papiro que se remonta a hace 3000 años. El papiro fue encontrado en Tebas y, en la actualidad, se encuentra en el Museo Británico de Londres.

Además, en Grecia se evidenciaron formas de publicidad bastante llamativas como la utilización de pregoneros para dar a conocer en primer lugar que se acercaban los barcos y en segundo lugar, para promocionar todos los productos que venían en ellos.

En el imperio Romano, existieron distintas formas de publicitar la información. Por ejemplo, los “alba” eran tablones de noticias permanentes, y los “libelli”, eran especies de carteles que se exponían en paredes y muros. En Pompeya, se encontraron letreros hechos de piedra que se colocaban frente a los lugares en donde se anunciaban. De tal modo, si el sujeto era un zapatero había una bota; si era un carnicero había un alinea de jamones o una vaca si era la lechería.

Después de la caída del Imperio Romano la religión tiene una incidencia impresionante y se crea una técnica de impresión llamado grabado. Con el grabado se pretendía difundir información de la Iglesia y alguna que otra publicidad. Dicha técnica consistía en grabar figuras

o manuscritos en madera y con ayuda de una prensa plana se grababan varias copias en pergaminos.

Posteriormente, se da la aparición de la imprenta, y comienza a darse la comunicación de masas que se dio por la incursión de los periódicos, y gacetas para informar y hacer publicidad.

En 1614, en Inglaterra se aprobó una ley de publicidad que prohibía la colocación de los letreros, tanto en su ubicación como en el tipo de los mismos para que no dañaran las fachadas de casas o edificios. También, había una ley que tenía exigencias de otro tipo, ya que pedía que los letreros sean lo más altos posibles como para que "pase un hombre con armadura y montado a caballo".

En 1690, apareció el primer periódico americano en Boston con el nombre *"*Publick Occurrences Both Forreign and Domestic" y en 1704, también Boston apareció el "The Boston Newsletter", en el cual ya se incluyen anuncios de recompensas por devolver o encontrar esclavos. En 1865, en el "The Philadelphia Inquirer" se publicó el asesinato al presidente de los Estados Unidos Abraham Lincoln.

Posteriormente, la producción e industrialización del papel, imprentas, y la aparición de la electricidad consolidan a la publicidad, y se proyecta como un accesorio importante para el movimiento de negocios, expansión de la cultura y del entretenimiento. (pp.22-25)

Derechos del consumidor.

Con el fin de determinar el origen de los derechos del consumidor, en la actualidad, debe verse primero la historia del surgimiento de la sociedad de consumo.

Para algunos autores, la sociedad de consumo surge a mediados del siglo XX como un hecho posterior a la Segunda Guerra Mundial cuando la producción toma un papel protagónico, y trae consigo un considerable acrecentamiento de las necesidades en los individuos.

Así, según Chacón y Mora (2015), citando a Alpízar, Brenes y López (2005), "[…] la sociedad de consumo surge así después de la Segunda Guerra Mundial, y se caracteriza por el

dominio de productores, fabricantes y distribuidores, quienes a través de agresivos mecanismos de propaganda y técnicas de embalaje, publicidad y mercadeo, consiguen convencer a los consumidores para comprar cada vez un número mayor de artículos". (p.5)

Con dicho surgimiento de nuevas relaciones jurídicas se empieza a concebir cómo la empresa se encuentra en una cierta posición de ventaja respecto del consumidor determinada hasta ese momento por el poder económico.

Además, se empieza a tomar conciencia de que las personas que tranzan bienes y servicios no son un grupo aislado ni una minoría, sino que son una mayoría importante, ya que todos necesitan de esos bienes y servicios en su vida cotidiana. Así, las dos cuestiones señaladas despiertan en los legisladores el interés en integrar al ordenamiento jurídico de sus países las medidas que buscan proteger a los consumidores, ya que se encuentren en una posición de inferioridad respecto de las grandes empresas.

Los mismos autores citando a Farina (2004), mencionan que:

> […] es con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma en 1957, que nace de forma indirecta el interés en la protección de los consumidores, pues se refiere, entre otras cosas, a la competencia. Una libre competencia favorece no sólo a los agentes económicos que participan en el mercado, los cuales pueden hacerlo con completa libertad dentro de él, sino que también se proyecta en los consumidores en la medida en que estos pueden obtener los productos y servicios que deseen, al poder elegir de entre diferentes opciones, con calidad y a precios razonables. (Ibídem, p.6)

Otro antecedente importante en esa toma de conciencia por considerar la actividad de consumo como objeto de tutela, y que fue punto de partida para hablar de un Derecho del Consumidor, es el discurso pronunciado por el entonces presidente de Estados Unidos de América John F. Kennedy al Congreso, el 15 de marzo de 1962, en el cual manifestó: "Consumidores, por definición, somos todos".

De tal manera, Battello y Shina (2016), mencionan lo siguiente:

> Se acostumbra indicar como marco inicial de la moderna protección del consumidor el famoso mensaje del Presidente de los Estados Unidos, John Fitzgerald Kennedy, que el día 15 de marzo de 1962, al dirigirse al Parlamento de su país, consagró determinados derechos que deberían ser considerados fundamentales para los consumidores, tales como: el derecho a la seguridad, a la información, a libre elección y ser oído. El pronunciamiento fue seguido por un movimiento universal a favor de la defensa de los consumidores. (p. 23)

Una década después, se da la Cumbre de París de 1972, de la cual surgen los derechos fundamentales del consumidor: derecho a la información, derecho de protección a la salud y seguridad, derecho a la protección de los intereses económicos, derechos a la indemnización de los daños, derecho a la información y a la educación, y derecho a la representación. (Chacón et al., 2015, pp. 6-7)

En 1983, la Organización de Naciones Unidas, citada en adelante como ONU, designó el 15 de marzo como el Día Mundial de los Derechos del Consumidor, cuya celebración conmemora el discurso que el presidente estadounidense John F. Kennedy pronunció el 15 de marzo de 1962.

Posteriormente, el 9 abril de 1985 la Asamblea General de la ONU, adoptó una serie de Directrices para la protección de los consumidores mediante la declaración 39/248. En la declaración, se señalaba una serie de derechos del consumidor, que hoy son el referente internacional de las agrupaciones y asociaciones de consumidores.

Luego, en 1999 las Directrices de la ONU para la protección del consumidor, fueron actualizadas, ampliadas y desarrolladas con una mayor profundidad, y se les adhirió una sección de modalidades sostenibles de consumo. (Ibídem, p. 33)

Por último, el 9 de julio de 2015, y a tono con el avance de los tiempos, las tecnologías y las nuevas necesidades de los usuarios, el Comité de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) aprobó el texto final de borrador para actualizar las Directrices de las Naciones Unidas de Protección al Consumidor (DNUPC), con el propósito de renovar el texto en concordancia con la evolución tecnológica, de las prácticas empresariales y de las nuevas

inquietudes de los consumidores. De esa forma, al tratar de los Principios Generales, el párrafo 5 del borrador informa que las necesidades legítimas son las siguientes:

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 consumido; f) La protección de los consumidores en el comercio electrónico y móvil; j) La protección de los valores fundamentales de consumidores de privacidad, libertades individuales y el libre flujo de información. (Battello et al., 2016, pp. 67-68)

Derechos del consumidor en Costa Rica.

En cuanto a los derechos del Consumidor en Costa Rica, según Espinoza (2012), antes de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, regía la Ley de Protección al Consumidor, Ley 5665 de 28 de febrero de 1975, que si bien no tenía una tutela sistemática del consumidor, tiene el mérito de ser la primera regulación específica sobre el tema.

Además de lo anterior, la autora citando a Alpízar, Brenes y López (2005), señala que las regulaciones sobre el consumidor venían siendo dispersas y relacionadas sobre todo con la prohibición y sanción de fraudes. Y siguiendo a Fiorella Bulgarelli señala como antecedes patrios los siguientes cuerpos normativos:

- Código General de la República de Costa Rica, conocido como el Código de Carrillo de 1841: Castigaba a los comerciantes que cometían fraudes como vender mercadería falsificada o alterar pesas y medidas.
- Código Civil, Ley 30 del 19 de abril de 1885: Con la reforma que produjo la Ley 6015 del 7 de diciembre de 1976, se regulan materias típicas del Derecho del Consumidor. Así, por ejemplo, el numeral 1023 inciso 2. c) establece en lo que interesa “A solicitud de

parte los tribunales declararán la nulidad absoluta de las siguientes cláusulas contractuales: […] La cláusula según la cual, los bienes pueden no corresponder a su descripción, al uso normal o al uso especificado por el vendedor u oferente y aceptado por el comprador o adherente..."

- Ley de Abastos, Ley 51 del 13 de julio de 1932: Dictada durante la época de depresión de los años 30, sancionó prácticas monopolísticas, y lo hizo con mayor rigurosidad cuando tenía por objeto productos de primera necesidad (alimentación, vestido, vivienda, y alumbrado). Además, "[...] introdujo la prisión preventiva para los casos de acaparamiento y finalmente, eliminaba los convenios que limitaran la producción de artículos de consumo."
- Ley de Subsistencia, Ley 6 del 21 de Septiembre de 1939: Dictada durante la Segunda Guerra Mundial, su finalidad fue permitir que las clases pobres pudieran adquirir artículos básicos y permitía al gobierno vender bienes de primera necesidad a un precio mínimo; además de que agregó sanciones más fuertes a la Ley de Abastos "como el cierre de negocios y cancelación de patentes."
- Código Penal y Código de Policía de 1941: Penalizó la falsificación de sustancias en cuanto a su cantidad y calidad, y la propaganda desleal; y ordenaba sacar del mercado los productos referidos del mercado.
- Ley de Creación de la Oficina de Defensa Económica, Ley 206 del 30 de Agosto de 1944: Esta ley también fue dictada durante la Segunda Guerra Mundial, creó la Oficina de Defensa Económica para que recomendara medidas económicas obligatorias para controlar la economía del país, regular el precio de la gasolina, fijar los precios de artículos importados y estableció que los extranjeros que la incumplieran fueran expulsados o que se cancelara su naturalización.
- Ley de defensa Económica, Ley 57 del 26 de marzo de 1945: Complementó la ley anterior, estableció una lista de oficial de los productos de primera necesidad que debía estar siempre en lugar visible, definió las funciones de la Oficina de Defensa Económica, creó la figura del inspector cuya declaración dotó de plena prueba, reguló los procedimientos para formular denuncias y su tratamiento, y reguló muchas contravenciones.

- Ley General de Salud y Ley Orgánica del Ministerio de Salud de 1973: Establece que la salud y el ambiente son valores fundamentales de los consumidores, y regula aspectos tales como la propaganda y el etiquetaje de los medicamentos.
- Ley de Protección del Consumidor, Ley 5665 de 1975: En ella se la fijación de precios por la vía de regular los porcentajes de utilidad y los precios máximos para bienes y servicios; además introdujo normas sobre la publicidad engañosa y mantuvo las sanciones ya establecidas. (pp. 8-9)

Siguiendo una lógica cronológica, Saborío (2005), menciona que en el año de 1975 nace a la vida jurídica la Ley de Protección al Consumidor, que va a tener en su momento un gran impacto para el país y en diversos sectores sociales.

Asimismo en 1980, se crea vía decreto la Junta de Adecuación de Precios al Consumidor, la cual, tenía como finalidad mejorar los intereses de los consumidores, el control de precios en artículos de consumo popular y garantizar a los productores un margen de utilidad apropiado al desarrollo de sus actividades.

Años después, a saber, en 1982 se presentó un proyecto de ley ante la Asamblea Legislativa para reformar la Ley de Protección al Consumidor, que buscaba garantizar una serie de aspectos en beneficio del consumidor y solventar ciertos vacíos existentes en la legislación vigente, tales como el acaparamiento. Además, buscaba darle al juez la facultad de establecer las multas con base en la condición económica de quien resultara culpable, y la posibilidad de que los alcaldes municipales y otros funcionarios tuvieran la autoridad de inspectores de precios; el proyecto fue desechado.

Una de las mayores críticas que se le hacían a la Ley de Protección al Consumidor, era la omisión de crear un organismo que representara el interés de los consumidores ante la actividad comercial. En busca de solventar dicho vacío, en 1982 se promulga la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, y en dicho cuerpo normativo, se le da la potestad a la misma de resguardar el interés de los consumidores, asesorando, además al Ministerio de Economía, Industria y Comercio, y al Consejo Nacional de Producción, pudiendo, también desde luego, presentar denuncias ante el Ministerio Público en protección de dichos intereses.

Posteriormente, en la década de los noventa, el Estado costarricense inicia una revisión de su política económica, por lo que se hace necesario en dicho contexto un cuerpo normativo coherente que permita que los demandantes y oferentes del mercado actúen con libertad. (pp. 120 -122)

Así, el 19 de enero de 1995, se publica en la Gaceta la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472. Dicha norma tuvo modificaciones en el 2002 con la Ley 8343 (Ley de Contingencia Fiscal).

Investigaciones internacionales.

Mármol (2011) en su tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho *"Afectación de la publicidad engañosa en los Derechos e intereses de los consumidores quiteños en el año 2015"*, empleando un enfoque cualitativo, buscó como objetivo determinar el impacto de la publicidad engañosa en los derechos e intereses de los consumidores quiteños en el año 2015.

La autora concluyó que la publicidad engañosa es una práctica indebidamente adoptada por los proveedores, los cuales en su afán de vender más colocan en el mercado publicidad exagerada que no se sujeta a la realidad del bien o servicio ofertado. Dicha publicidad, contiene información cuidadosamente escogida y por así decirlo, "manipulada" de tal manera que provoque confusión en el consumidor, originando de esta forma que el consumidor al observarla, cree en su mente una falsa expectativa de un bien o servicio, mismo que al ser adquirido por el consumidor, no cuente con las características que se pensaba obtener.

De tal manera, la autora menciona que pese a existir una normativa prohibitiva para frenar la difusión de aquella publicidad que infiera en la decisión del consumidor en cuanto a la errónea elección de un bien o servicio, y que está direccionada a la protección de los derechos del consumidor, la realidad demuestra lo contrario. La publicidad engañosa se presenta con fuerza en el mercado y se beneficia del desconocimiento de los consumidores para perjudicarlos.

Salas (2011) en su tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho *"Efectos perjudícales que produce la publicidad engañosa dentro de las relaciones de consumo de*

productos en el mercado", empleando un método analítico-sintético, buscó como objetivo determinar que la información que se ofrece en la publicidad, puede llevar al consumidor a un engaño dando como resultado un perjuicio en los derechos fundamentales del público consumidor.

El autor concluyó que la información constituye un factor importante dentro del proceso publicitario y esta información debe cumplir con principios básicos como veracidad, lealtad, seguridad, etc. Este problema debe ser regulado por las autoridades las cuales tienen las facultades necesarias, lo que hace falta es ponerlas en práctica.

Además, que dentro del mercado globalizado que, actualmente, predomina, la publicidad es el medio más idóneo para lograr captar la atención de los consumidores, y al ser éste un factor indispensable debe ser motivo de regulación por parte de las autoridades con la finalidad de evitar abusos por parte de los proveedores.

También, que el engaño dentro de las ofertas publicitarias es una práctica comúnmente utilizada por los proveedores de bienes y servicios, tendiente por captar mayor cantidad de clientela despreocupándose completamente de la calidad del servicio o de los productos que ponen a disposición de los consumidores, es por eso que se debe proteger de manera más seria el derechos de los consumidores de recibir información clara, veraz y oportuna sobre los bienes y servicios que se les ofrece, entre otras conclusiones.

Franco (2014) en su tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho "*La publicidad engañosa en la legislación vigente en el Ecuador*", empleando enfoque cuantitativo buscó como objetivo conocer y analizar de manera concreta cómo la publicidad engañosa afecta a las sociedades, y a partir de nuestra investigación se pueda analizar las limitaciones jurídicas en la resolución de los procesos, tanto administrativos como Judiciales, para que no se propague este tipo de publicidad.

Investigaciones nacionales.

Saborío (2003) en su tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho "*Análisis al derecho de elección del consumidor en Costa Rica*", empleando un enfoque cualitativo, buscó como objetivo realizar un análisis sistemático desde el punto de vista jurídico al Derecho de elección del consumidor.

El autor concluyó que la inmersión de nuevos competidores en el mercado, trae beneficios al consumidor. Además, concluyó que el Estado debe de fomentar la creación de un consumidor inteligente que se adapte a los nuevos mercados. También, concluyó, que es necesario el desarrollo de mecanismos jurídicos eficientes, para prevenir y reprimir, prácticas tendientes por alterar el adecuado funcionamiento del mercado funcional.

Piedra (2012) en su tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho *"Fundamentos normativos para la protección del consumidor frente la publicidad engañosa en el iter negocial",* empleado un enfoque cualitativo, buscó definir a partir de los fundamentos normativos existentes, la protección del consumidor ante la publicidad engañosa desde el inicio de la relación de consumo. La autora concluyó que 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.

*C*hacón y Mora (2015) en su tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho *"Los Derechos del consumidor financiero en la Nueva Arquitectura Financiera Internacional: su aplicación en Costa Rica"*, empleando un enfoque cualitativo buscó como objetivo estudiar los derechos del consumidor financiero en la Nueva Arquitectura Financiera Internacional y su posible implementación y adaptación en el ordenamiento jurídico costarricense.

Los autores, concluyeron que a nivel nacional se han realizado algunos esfuerzos idóneos en materia de protección al consumidor financiero como la Estrategia Nacional de Educación Financiera.

Además, se mencionan que se pudo inferir, que dichas situaciones deben ser corregidas con inmediatez en aras de lograr la uniformidad especializada recomendada, ya que el Costa Rica no se puede quedar rezagado en la aplicación de prácticas generalmente aceptadas, máxime cuando es postulante para ingresar a la OCDE. En tal sentido, debería estar completamente comprometido con los principios y objetivos de protección al consumidor financiero, según la Nueva Arquitectura Financiera Internacional.

Por último, los autores concluyeron que el CONASSIF y las Superintendencias cuentan con la posibilidad de uniformar principios y reglas de protección al consumidor financiero, con el propósito de lograr una tutela más completa y de fácil acceso.

Proyecciones

Utilizando el método analítico de factorización se tienen establecidas cinco proyecciones para la investigación. De tal manera, la primera proyección es mostrar a través de la investigación la importancia de actualizar la normativa costarricense en materia del Derechos del consumidor.

La segunda proyección es proponer las bases jurídicas de una normativa que tutele administrativamente el uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente en resguardo de los derechos del consumidor.

La tercera proyección es prevenir daños patrimoniales a los consumidores a través de una reforma legislativa que fomente la publicidad transparente.

La cuarta proyección es crear un precedente académico y científico en el país para futuras investigaciones relacionadas con el uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente para fines comerciales.

La quinta, y última proyección, es evitar que el ordenamiento jurídico costarricense se vuelva anacrónico en materia de los derechos de los consumidores.

Capítulo II: Marco Teórico

Teorías sobre modelos económicos

El tema de los modelos económicos es de gran complejidad si se desarrolla con toda rigurosidad teórica. Sin embargo, para los objetivo de la presente investigación, sólo se requiere dar algunos elementos que permitan entender en términos generales cuando se habla de uno o de otro modelo.

En concordancia con lo anterior, la investigación utiliza para la elaboración del marco teórico, las siguientes teorías económicas: modelo liberal, modelo neoliberal, y modelo intervencionista. La teoría económica del modelo intervencionista, es el que se toma para desarrollar el tema, en razón de la naturaleza jurídica-social del problema planteado.

Modelo liberal.

Adam Smith, autor del libro "La Riqueza de las Naciones", a fines del siglo XVIII, como economista, hizo los planteamientos más serios de la época, en torno al sistema liberal de organización económica. Lo anterior, unido a cambios estructurales tan importantes como la Revolución Industrial, la Revolución Francesa y la Declaración de Independencia de Estados Unidos, permitieron el surgimiento definitivo de tal sistema de organización económica.

En dicho contexto, comienza con gran vigor el pensamiento del "Laissez faire-Laissez passer", dejando al Estado como gendarme de la defensa externa, del orden público y la administración de justicia. El sistema liberal clásico de organización económica, tiene como planteamientos básicos que, la propiedad de los medios de producción sea privada, y que el mercado se mueva libre en la competencia.

Ardilla, Quintero y Sánchez (1995), citando a Salas (1987), mencionan que “los fundamentos de la teoría Clásica son, además del "Laissez faire", el que cada individuo persiga

sus propios intereses que, aunque sean egoístas, sirvan a los superiores intereses de la sociedad. También, entiende la industria, el comercio y la agricultura como actividades productivas, y busca conseguir el máximo crecimiento y desarrollo económico". (p.108)

Para los teóricos de la Escuela Clásica, el dinero es causa casi exclusiva del comportamiento del nivel de precios, y desarrollaban la curva de la oferta agregada de manera vertical lo que, indicaba que cualquiera sea el nivel de precios, se ofrecerá la misma cantidad de bienes, dado que se partía del supuesto de pleno empleo; es decir, que no se dispone de más trabajo con el cual poder aumentar la producción.

Tales teorías funcionaron hasta que ocurrió la depresión de 1930 que puso al sector privado en tela de juicio. El público había depositado la confianza en ellos, y llevaron a la quiebra total el sistema económico, lo cual produjo un desempleo masivo.

De tal manera, surgen de aquella coyuntura teorías como las de Keynes, tomando como referencia un mundo de alto desempleo, que desarrolla la teoría del consumo cuyo fin primordial era el que se absorbiera esa masa ingente de desempleados.

Ardilla et al (1995), citando a Restrepo (1994) mencionan que:

> [...] la teoría del consumo, según la cual toda economía tiende a consumir una proporción constante del ingreso que percibe. Esto se conoce como la propensión media a consumir. Ahora bien: en una situación de recesión en donde los inversionistas no encuentran oportunidades suficientemente atractivas de inversión, prefieren ahorrar, y como la inversión se ve así paralizada porque el ahorro no llega fluidamente a financiar la inversión, se requiere que haya un factor que rompa ese círculo vicioso. Ese factor es el gasto público. El gasto público se irriga dentro de la comunidad, la cual lo destina aproximadamente en unas tres cuartas partes a consumir y en una cuarta parte a ahorrar. La propensión media a consumir, o sea el porcentaje de cada unidad de ingreso adicional que se dedica al consumo es entre el 70 y 80%. Estos consumos se traducen en mayores pedidos a los productores, los cuales ven disminuidos sus inventarios y se ven así estimulados para reponerlos, y si el nivel de gasto público se mantiene durante un tiempo

se generará (vía aumento en los consumos) una inducción a los ensanches industriales, con lo cual se comenzará a reincorporar la masa de desocupados. (pp.106-107)

Modelo neoliberal.

Las fórmulas keynesianas que fueron planteadas para un mundo en crisis, siguieron aplicándose para épocas normales. Al aplicarse en otro contexto, hizo que el sistema entrara en un nuevo ciclo inflacionario, lo que generó el rompimiento del sistema, y por ello, actualmente, y desde 1970, han ido tomando vigencia argumentos en torno al Neoliberalismo.

Según Ardilla et (1995) citando a Falcón (198), los postulados fundamentales del neoliberalismo son los siguientes:

- Analizar las decisiones de los sujetos económicos individuales, las condiciones y los precios del mercado, para una sola categoría de bienes, y la producción de una sola empresa; es decir, el enfoque es microeconómico.
- El mercado es competitivo, hay muchos compradores y vendedores, los productos son homogéneos, y los precios uniformes. Además ningún sujeto económico tiene poder suficiente para influir perceptiblemente en los precios del mercado.
- La demanda se constituye en la fuerza predominante en la determinación del precio.
- El enfoque es hedonista, ya que supone que las fuerzas dominantes entre los hombres son la maximización del placer y la minimización del dolor.

Además de lo anterior, plantean ciertas recomendaciones en torno a la política económica:

- Que la economía se autorregule por la ayuda de los individuos en la búsqueda de sus propios intereses (fomento a la competencia).
- Minimizar la interferencia del Estado y del Gobierno en el mercado.
- Obstaculizar las injerencias de los particulares en el mercado, tales como el acaparamiento, la especulación, la formación de monopolios, oligopolios, carteles y la de los sindicatos cuando está orientada a fijar compulsivamente el precio del factor trabajo.

- No se deben controlar ni regular los precios, dado que ello deriva en contracción de la oferta y escasez, o en especulación, o en mercados negros, o en desempleo, o en inflación, ya que se logra fundamentalmente es acentuar los problemas.
- No se deben brindar beneficios en favor de un sector si se perjudica otro.
- Son contraproducentes los subsidios y otros beneficios sociales dado que consideran que, para disminuir la pobreza, se debe crearse más riqueza a distribuir.
- No creen necesario mantener un gasto público burocrático, y con fines de "redistribución" cuando ese gasto es deficitario, y se recurre a la exacción fiscal para mantenerlo.
- Se oponen a la limitación de los salarios por considerar que se deben dejar en libertad de mercado.
- Defienden como principio básico y fundamental la libertad económica.

Modelo intervencionista.

Según Kaplan (2015), el intervencionismo estatal se puede definir como el “conjunto de funciones poderes, recursos, instrumentos y mecanismos por los cuales y a través de los cuales el Estado realiza actividades en diferentes niveles y aspectos de la económica y de la sociedad respectivas, que directo indirectamente debe orientarlas en un sentido determinado y conforme a los objetivos fijados para sus políticas generales o sectoriales”. (párr. 1)

En cuanto al surgimiento, según Ardilla (1995), se podría plantear que el intervencionismo del Estado como tal, comenzó a implementarse en países como Inglaterra, Estados Unidos y Francia, a raíz de la crisis capitalista de 1930. Los exponentes principales son León Duguit, en los aspectos políticos, y John Maynard Keynes en los aspectos económicos.

Sin embargo, antes de la crisis de 1930, ya se sabe de dos situaciones donde el Estado intervino.

En un primer momento, el Estado asume la tarea de intervenir autoritariamente en el campo de las relaciones de trabajo con el fin de hacer frente a las desastrosas consecuencias que, para la clase obrera había tenido la industrialización, la libertad

> contractual y el hacinamiento urbano. Una segunda fase se abre con la intervención generalizada del Estado en el funcionamiento de la economía, que tiene su punto de partida con la movilización de recursos exigida por la Primera Guerra Mundial, pero que persiste una vez finalizado el conflicto, de la manera de hacer frente a la inestabilidad monetaria de los años veinte. (Ramírez, 1988, p.97)

En la Segunda Guerra Mundial los países de régimen totalitario tuvieron grandes éxitos en materia económica gracias a la gran planificación que desarrollaron para enfrentar el acontecimiento bélico. Lo anterior, unido a los hechos de los años treintas, fortalecía los argumentos para que las sociedades occidentales emprendieran decididamente tal accionar, entendiendo que ello no era respuesta a situaciones coyunturales, sino de tipo estructural.

Cabe anotar que la depresión de 1930 deshizo la confianza del público en la empresa privada, lo que presenta al Estado como una posible garantía de alcanzar el bienestar social, dado que se ve al Gobierno como un potencial benefactor, más que un simple árbitro o policía.

La ideología socialista que dominaba el mundo de las ideas en la colectividad, por las desigualdades económicas que hacían a los más débiles presas de los más fuertes, generaba una gran antagonismo social que sólo se reduciría con profundas reformas que dieran al traste con el liberalismo radical de Adam Smith.

En una misma línea de pensamiento, Brenes (2009) citando a Bidart (1989), menciona que:

> Con el desarrollo del contexto social contemporáneo, propio del Estado Social, parece ser la categoría de igualdad imputada positivamente frente al Estado, el elemento motor de los derechos, a través de una proyección competitiva sobre la esfera intervencionista del Estado, operando como un efecto fragmentador en la esfera de las distintas políticas públicas. […] pretende políticas de bienestar, asigna funcionalidad social a los derechos, presta atención a la solidaridad social, y en síntesis, acoge la idea de que la dignidad de la persona humana requiere condiciones de vida sociopolítica y personal, a las que un Estado debe propender, ayudar y estimula con eficacia, dentro de la legitimidad democrática.

En un sentido similar, Segura (2014) citando a Paños (2010), menciona lo siguiente:

> De ello resulta que, en la actualidad, la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios constituya una de las mayores preocupaciones de nuestra sociedad, viéndose plasmada en una sucesión de normas tendentes a la protección del individuo y de los intereses difusos de la colectividad que, en el fondo, no es más que una consecuencia del replanteamiento del principio de igual y de equivalencia de las prestaciones en las relaciones contractuales. (pp. 25-26)

Por su parte, Battello y Shina (2016), mencionan que en América latina, la intervención del Estado en las relaciones contractuales se concentraba, históricamente, en la fijación de precios, en el conglomerado de alquileres y sueldos, en la renovación compulsiva de locaciones, en la prohibición de la usura y en la declaración de ineficacia, de ciertas cláusulas de exoneración en determinados contratos, como el transporte. Sin embargo, y con excepción a las normas del derecho laboral, una amplia legislativa sólo sucedería a partir de las leyes de defensa del consumidor, de espíritu eminentemente proteccionista. Además, el carácter eminentemente expansivo de las normas de protección del consumidor, acabaron por reformular los derechos nacionales, relacionando el derecho del consumidor con los derechos fundamentales, y por lógica con el derecho constitucional. (pp. 78-79)

Asimismo, Tabares, Tamayo, Blanco y (2016), mencionan que el Estado tiene la obligación de regular las condiciones en que las relaciones de consumo se desarrollan y concretan, con el objetivo de proteger al destinatario final y sus derechos como consumidor. Precisamente, la columna vertebral de esta relación es el Derecho de Consumo, cuyo objeto es corregir la desigualdad en que se encuentren los consumidores, estableciendo normas de carácter público que regulen el restablecimiento del equilibrio entre el consumidor y el proveedor. Una indebida protección a la persona como consumidor, a la sociedad y al mercado, tiene grandes consecuencias puesto que los proveedores de bienes y servicios van a cargar en el precio o tarifa, el costo de la intervención administrativa indebida. El desarrollo del mercado indica que estas relaciones, en muchas ocasiones, no se producen en las mejores condiciones para los consumidores, al ser colocados en situaciones desventajosas o discriminatorias que alcanzan a afectar su salud, economía e intereses. (p.10)

Derecho del consumidor

Desde las primeras manifestaciones del Derecho del consumidor como rama emergente en el mundo jurídico, se han enumerado una serie de derechos a nivel constitucional y a nivel legislativo en diferentes partes del mundo. De tal manera, es importante para los operadores jurídicos y demás personas (consumidores), conocer en qué consiste cada uno de ellos, así como su contenido y forma de ejecución.

Naturaleza jurídica.

Para determinar o especificar la naturaleza jurídica del Derecho del consumidor, se presenta una dificultad, en el sentido que no puede ser circunscrito a un determinado concepto, ya que, si bien, puede desarrollarse, y evolucionar en el ámbito privado, también desde el derecho público puede ser controlado, y normativizado, con el fin de establecer parámetros de calidad ofertados al público, enfatizados en la real y efectiva protección del consumidor. En tal sentido, se plantea la discusión de si el Derecho del Consumidor puede ser tomado como una rama del Derecho o simplemente como un sector del conocimiento jurídico.

Así, Ortiz y Quintero (2008) citando a Rivero (1997), señalan lo siguiente:

> […] puede afirmarse que surge una rama en el momento en que del conjunto de las comunicaciones jurídicas se "desprende" un discurso jurídico especializado en la tematización de determinados problemas y que comienza a procesar y ganar información de su entorno con base en el establecimiento de diferencias que le son propias. Dichas características, como ya se dijo se aprecian en el Derecho moderno, por lo que nada se opone a que, desde esta óptica, se le considere como una rama del ordenamiento. (pp. 15-16)

Asimismo, según Saborío (2005), el Derecho del Consumidor se vale de información extraída de los distintos sectores del ordenamiento jurídico construyendo al mismo tiempo la suya propia. Se crea, por lo tanto, un discurso jurídico especializado

con características propias, y por lo cual, se puede afirmar que el Derecho del Consumidor constituye una rama del Derecho.

Además, desde un punto de vista formalista, cada ordenamiento jurídico será encargado de definir cuáles normas van a formar parte de esta rama del derecho. En tal sentido Rivero (1997), señala que "el esclarecimiento de cuáles normas forman parte de dicha rama del derecho, es una cuestión que sólo desde la perspectiva de *lege lata* se puede resolver." (pp. 34 – 35)

A contrario sensu, existe la corriente que sostiene que el Derecho del Consumidor es un sector del conocimiento jurídico. Es decir, "el Derecho del consumidor procesa y gana información por medio del establecimiento de diferencias que le son propias; por ejemplo, la diferencia empresario (o comerciante, o proveedor) / consumidor, y tal información se condensa, sin lugar a dudas, en un nuevo sector del conocimiento". (Ídem.)

Así, según Knorr y Roldán (2001), "los problemas actuales del consumidor son diversos y afectan todos los ámbitos de su vida social, económica y política. El Derecho del Consumidor más que una rama jurídica distinta, es un enfoque multidisciplinario en el cual convergen una serie de aspectos de las diferentes ciencias y del quehacer cotidiano." (p. 16)

De manera similar, Mora (2003), citando a Rivero (1997), considera que no podría hablarse apropiadamente de una separación del tronco común …de que no todas las normas que forman parte del derecho del consumidor provienen de un mismo sector del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el mismo autor (Rivero), afirma que surge una rama del derecho en el momento cuando se produce un discurso jurídico especializado en el tema y convierte en punto central los determinados problemas con lo cual se procesa y se obtiene información con base en diferencias que le son propias. (p. 16-17)

Así, es necesario mencionar que, se puede afirmar que los derechos del consumidor pueden ser tomados como una rama del Derecho. De tal modo, si bien se nutre de las otras ramas ampliamente reconocidas, como lo son el Derecho laboral, comercial, administrativo,

constitucional e internacional, posee una especificidad que lo hace acreedor a considerar este derecho como una ramificación importante, y que le otorga una especialidad que merece una regulación propia en el ordenamiento jurídico.

Concepto.

Sobre el Derecho del Consumidor Ernesto y Sáenz (2016), citando a Rivero (1995), señalan lo siguiente:

> El Derecho del consumidor engloba las normas (leyes y reglamentos) que crean, reconocen o aseguran el ejercicio de los derechos específicos del consumidor las que pretenden orientar sus pautas de conducta y que dispongan de voz y representación adecuada en los foros en los que se diluciden cuestiones que le afecten. El Derecho de Consumo en cambio hace referencia al conjunto de normas de toda índole que se refiere al fenómeno consumo y no solo a los derechos de los consumidores de lo que se deduce que también se incluyen sus obligaciones ante los proveedores. (p 16).

Fundamento jurídico.

Según Espinoza (2012), el fundamento más importante de la protección jurídica al consumidor, es la consideración de que éste, usualmente, se encuentra en una situación de desigualdad frente a la contraparte, que también es un comerciante con experiencia, conocimiento, y sobre todo con mayores recursos económicos. Por lo cual, el resultado es que el consumidor puede acabar siendo injustamente perjudicado en sus relaciones de consumo.

Además, la autora señala que esta consideración del consumidor como la parte más débil de la relación de consumo es la que, en consecuencia, requiere de una acción efectiva del Estado para equilibrar la relación; es la fuente material más importante del así llamado “Derecho del Consumidor". (p.2)

Siguiendo una misma línea de pensamiento, Romero-Pérez (2003), “el consumidor es abordado por el empresario o vendedor mediante una serie de prácticas que le dejan frecuentemente en una situación de inferioridad, de desinformación respecto del producto que se le ofrece o de posible toma de decisiones precipitadas. La preocupación por evitar que estos métodos agresivos de comerciales se conviertan en fuente de abusos y fraudes frente al consumidor”. (p.213)

Por su parte, Segura (2014), que se considera que las regulaciones provienen de un enfoque en donde el consumidor siempre ha estado en una situación de inferioridad con respecto de los comerciantes y empresarios, quienes ofrecen los bienes y los servicios a los consumidores. Así, de lo anterior, resulta que, en la actualidad, la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios constituya una de las mayores preocupaciones de nuestra sociedad, viéndose plasmada en una sucesión de normas tendentes a la protección del individuo y de los intereses difusos de la colectividad que, en el fondo, no es más que una consecuencia del replanteamiento del principio de igualdad y de las equivocaciones en las relaciones contractuales. (pp. 25–26)

De manera similar, Martín (2002) uno de los puntos básicos, origen de la aparición de una política cuyos objetivos se centraban en la defensa de los intereses de los consumidores tuvo su razón de ser en la progresiva desigualdad contractual existente entre las partes intervinientes en el negocio jurídico, es decir, entre los particulares (sujetos desprovistos de cualquier apoyo o asesoramiento legal o económico acerca de sus nuevas adquisiciones, inversiones, etc.), y los empresarios (especialmente los miembros de las grandes multinacionales que acaparan el mercado con sus productos, y que cuentan con una organización legal, financiera, publicitaria,...) (pp. 40-41)

Asimismo, existen varias resoluciones de las Salas de Casación en Costa Rica, donde se reitera el fundamento jurídico del consumidor como la parte más débil de la relación de consumo. Por ejemplo, la Resolución número 655-F-2007 de las 15:05 horas del 2 del 19 de septiembre de 2007, se la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, establece en el considerando III que:

> Considerando III -En vista del surgimiento de una situación desequilibrada en las relaciones de consumo entre empresarios y consumidores o usuarios, los instrumentos jurídicos tradicionales, no resultaban suficientes para tutelarlos. Con el fin de evitar, o al

> menos atenuar esas diferencias, el legislador ha creado diversos sistemas jurídicos de defensa, en aras de encontrar un justo equilibrio, entre intereses recíprocos de consumidores y productores.

De igual manera, la resolución número 337-F-2008 de las 16:25 horas del 8 de mayo de 2008, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ya que en el considerando III se indicó lo siguiente:

> Considerando III- En un asunto similar al presente […]esta Sala en el voto número 655 de las 15 horas 5 minutos del 19 de septiembre de 2007 […]hizo un estudio pormenorizado de la tutela constitucional de los derechos del consumidor, citándose la resolución número 1441 de las de las 15 horas 45 minutos del 2 de junio de 1992; se analizó el papel que desempeña el consumidor en las relaciones comerciales de bienes de consumo…Consideró, que requería una protección especial frente a los proveedores, debido a que dentro de la cadena se encuentra en una situación de inferior. Este Órgano decisor, en el fallo en mención, a su vez realiza un examen de la normativa que se ha ido creando en aras de evitar o al menos atenuar la brecha...".

Sujetos de la relación de consumo.

Los sujetos de la relación de consumo se encuentran establecidos en el artículo 2 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. A saber, el artículo menciona que tales sujetos son: consumidor, comerciante o proveedor, y agente económico.

Consumidor.

En Costa Rica el primer antecedente relacionado directamente, y claramente con el concepto de consumidor desde la perspectiva planteada de parte más débil de la relación de consumo, es la Resolución número 1441 de las 15:35 horas del 2 de junio de 1992, emitido por la

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En el voto mencionado la Sala Constitucional señaló que:

> Considerando II:…es notorio que el consumidor se encuentra en el extremo de la cadena formada por la producción, distribución y comercialización de los bienes de consumo que requiere adquirir para su satisfacción personal y su participación en este proceso, no responde a razones técnicas ni profesionales, sino en la celebración constante de contratos a título personal. Por ello su relación, en esa secuencia comercial es de inferioridad y requiere de una especial protección frente a los proveedores de los bienes y servicios, a los efectos que de previo a externar su consentimiento contractual cuente con todos los elementos de juicio necesarios, que le permitan expresarlo con toda libertad y ello implica el conocimiento cabal de los bienes y servicios ofrecidos. Van incluidos por lo expresado, en una mezcla armónica, varios principios constitucionales, como la preocupación estatal a favor de los más amplios sectores de la población cuando actúan como consumidores, la reafirmación de la libertad individual al facilitar a los particulares la libre disposición del patrimonio con el concurso del mayor conocimiento posible del bien o servicio a adquirir, la protección de la salud cuando esté involucrada, el ordenamiento y la sistematización de las relaciones recíprocas entre los interesados, la homologación de las prácticas comerciales internacionales al sistema interno y en fin, la mayor protección del funcionamiento del habitante en los medios de subsistencia.

Luego de la resolución de Sala Constitucional mencionada *supra*, se emite la Ley de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor, que comenzó a regir a partir del 19 de enero de 1995. Dicha ley incluye en el artículo 2 una definición o concepto expreso de consumidor.

> Artículo 2 – Definiciones
>
> Consumidor: 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 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.

Especies de consumidores en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

Si se realiza un análisis del artículo 2 de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, son consumidores: las personas físicas, las personas jurídicas, pequeño industrial y el artesano.

Según Battello et al. (2016), la persona física hace referencia a la naturaleza del sujeto de derecho del que se predica la personalidad, que se diferencia de la persona jurídica. Esta última puede ser definida de forma muy general, como un grupo de personas físicas que también pueden ser titulares de derechos y obligaciones jurídicas. El consumidor, persona física, es el sujeto que consume; es decir, que adquiere bienes y servicios para su uso, o el de su familia. (p. 109)

Las personas jurídicas son aquellas que adquieren bienes y servicios para su uso. No obstante, lo que distingue al consumidor no es la línea divisoria que se separa a las personas físicas de aquellas de existencia ideal. Lo que verdaderamente distingue al consumidor es lo que hace con el bien o el servicio una vez que lo adquiere. Si lo utiliza como destinatario final, será considerado consumidor; por el contrario, si lo vuelca nuevamente al mercado con un valor agregado para obtener una renta será considerado como otro proveedor integrante de la cadena comercial. (Ibídem pp. 110-111)

Por último, el pequeño industrial y el artesano trata de la persona que adquiere ciertos insumos para utilizarlos en su propio proceso de producción. Es decir, es un sujeto que no adquiere un producto o insumo para sí, sino que luego de adquirirlo le agrega valor y lo transforma y lo vuelve al mercado. Lo que significa que dicho sujeto, en términos puros y duros, es un proveedor o un productor y no de un consumidor. (Ibídem pp. 113-114)

El Reglamento de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, establece las definiciones de artesanos y pequeño industrial de la siguiente manera:

> Artesano: Persona física o entidad de hecho o Derecho que adquiera productos terminados o insumos para producir, transformar o reparar bienes, mediante un proceso en el que la mano de obra resulta el factor predomínate, dando por resultado un producto individualizado, en que quede impreso el sello personal y que no corresponda a la producción industrial mecanizada y en serie. El artesano se considerará como "consumidor" para los efectos de la Ley y este reglamento.
>
> Pequeño industrial: Persona física o entidad de hecho o derecho, que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en la producción o transformación de artículos manufacturados, bajo los criterios pequeña empresa en la Ley de Impuesto sobre la Renta y su Reglamento. El pequeño industrial se considerará como co0nsumidort para efectos de la Ley y de este Reglamento...

Consumidor material y consumidor jurídico.

En cuanto al consumidor material y consumidor jurídico, según Battello et al. (2016), aunque una persona no realice contrato de consumo, también, puede ser considerada consumidor para el derecho nacional, y por consecuencia, ser objeta de tutela jurídica. Tales casos son caracterizados por la doctrina y la jurisprudencia nacional como "consumidores materiales". (p.123)

Asimismo, la resolución número 295-F-2007 de las 14: 45 horas del 26 de abril de 2007 emitida por la Sala Primera de la Corte de Justicia, realiza una diferencia entre el "consumidor jurídico" y "consumidor material", en los términos que, a continuación, se expresan:

> Considerando VI. – […] En criterio esta Sala, el simple hecho de no adquirir un producto, o requerir un servicio, no es motivo jurídicamente aceptable para eximir de responsabilidad al productor, proveedor o comerciante en aquellos supuestos en donde el usuario resulte lesionado en razón del bien o servicio recibido. El término "consumidor" referido a la situación jurídica del actor cuando ingresó al supermercado, corresponde a un concepto más amplio que el de comprador. En concordancia con el parámetro constitucional, consumidor, debe de entenderse en un planteamiento expansivo respecto al ámbito de aplicación de las personas que requieran de una especial protección en esta

> materia. No se supedita a un "contrato de consumo", porque significaría aplicarla de forma restringida y limitada a aquella persona que compra o contrata. La posición del derecho moderno, según este Órgano decidor, es que se le conciba como cliente, entendido a quien participa en las actividades comerciales en la posición en la posición de potencial adquiriente -y no comprador efectivo-, de bienes y servicios con el titular de la oferta. Dependiendo de la etapa del proceso, se puede distinguir entre contratante y cliente. El primero, se denomina consumidor jurídico. Adquiere un servicio un bien o servicio mediante una relación jurídica típica, como por ejemplo, la compra. El segundo es el consumidor material, quien no contrata el bien o servicio, puede potencialmente adquirirlo o utilizarlo. Este último es el centro de protección jurídica en el ámbito de seguridad de todos los consumidores.

Comerciante o proveedor.

En relación con el comerciante o proveedor, Piedra (2012) citando a Espinoza (2012), señala que "debe de comprenderse que la definición del artículo 5 del Código de Comercio es la definición general, mientras que la definición de comerciante establecida en el artículo 2 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, es la definición especial, y por tanto aplicable para los efectos de las regulaciones de competencia y consumidor". (p.23)

El artículo 2 de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, define al comerciante o proveedor de la siguiente manera:

> 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.

Según Battello et al. (2016), la norma anterior es una excepción al principio general del artículo 1025 del Código Civil, donde se establece que “Los contratos no producen efecto, sino entre las partes contratantes; no perjudican a terceros, así como no les aprovechan, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes”. (p. 137)

Así mismo, la Comisión Nacional del Consumidor, mediante el Voto número 2173-98 estableció lo siguiente:

> La definición de quién es un comerciante, viene dada por el artículo 2 de la ley. En principio la definición de comerciante, se hizo necesaria para delimitar la materia que sería de conocimiento de los tribunales mercantiles y no lo civiles, varios trataron de determinar entonces cuáles relaciones serían reguladas por el Derecho Mercantil, uno de estos criterios consiste en determinar si uno de los sujetos es comerciante (criterio subjetivo), otro de os criterios establece que esa tutela dependerá de si el acto es un acto de comercio con independencia de quién lo realice (criterio objetivo) …De la definición de comerciante contenida en el artículo 2 puede concluirse que los comerciantes pueden ser personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que actúen en nombre propio o por cuenta ajena que en la forma habitual ofrezca, venda, arrienda, concede el uso o disfrute de bienes o preste servicios, sin que necesariamente ésta sea su actividad principal, puede ser accesoria.

Agente económico.

En el artículo 2 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor se define el agente económico de la siguiente manera:

> Agente económico: En el mercado, toda persona física, entidad de hecho o de derecho, pública o privada, partícipe de cualquier forma de actividad económica, como comprador, vendedor, oferente o demandante de bienes o servicios, en nombre propio o por cuenta ajena, con independencia de que sean importados o nacionales, o que hayan sido producidos o prestados por él o por un tercero.

` De tal manera, Bulgarelli (1994), citada por Saborío (2003), menciona que el consumidor es al final de cuentas, aquella persona física o jurídica que dentro de las relaciones comerciales pone fin a las mismas al adquirir para su uso y disfrute bienes, o bien servicios, lo cual lo convierte en un agente económico determinante del sistema; pues es él quien decide comprar o no ciertos bienes, decide en qué forma programa sus compras y decide qué cantidad de su ingreso destina a ahorrar en lugar de consumir. Todas esas decisiones que toma el consumidor influyen directamente en la economía. (pp. 18-19)

Marco normativo del Derecho del Consumidor en Costa Rica.

En lo que toca al marco normativo del Derecho del Consumidor en el ordenamiento jurídico patrio, Chacón et al. (2015), citando a Stiglitz (1994), resumen el bloque de legalidad de los derechos del consumidor de la siguiente manera:

> El Derecho del Consumidor engloba en un primer plano las normas (leyes y reglamentos) que, al crear derechos específicos, protegen directamente al consumidor. Abarca también otras normas que tratan de asegurar la aplicación eficiente de estos mismos derechos, así como aquellas que aseguran representación y voz adecuadas a los consumidores ante los órganos estatales con poder de decisión sobre el mercado. Por último, también forman parte de su núcleo los mecanismos jurídicos que tratan de racionalizar y dirigir el comportamiento del consumidor. (p. 28)

En razón de lo anterior, se expone, a continuación, el marco normativo establecido en la Constitución Política, y en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Ambas normas vienen a ser fundamentales dentro el ordenamiento jurídico patrio para la tutela de los todos los derechos del consumidor.

Constitución Política de la República de Costa Rica.

Sobre la Constitución Política, Ortiz et al. (2008), citando a Pelayo (1958), señalan que: "la Constitución es la estructura jurídico-política de un Estado que a su vez se integra como momento de la estructura total del Estado y de la sociedad, lo que entraña un sistema de conexión, y relaciones recíprocas, condicionadoras y condicionantes, entre la Constitución, y los demás componentes de dicha estructura social del Estado, y de la sociedad en que esté inserta la Constitución. (p. 23)

Por su parte, siguiendo una misma línea de pensamiento, Battello et al. (2016), señala que es fundamental incluir los derechos del consumidor en la Constitucional Nacional, ya que únicamente de esa forma el derecho adquiere dentro del sistema una jerarquía superior a otros derechos ordinarios.

Es muy común que las leyes de defensa del consumidor concedan amparos o condiciones más benignas para los consumidores que otras leyes no tienen o que se regule derechos de manera contraria a las leyes. Por ejemplo, es frecuente que el contrato de seguros, contenga disposiciones más severas que previstas en la Ley de defensa del consumidor.

Además, cuando se piensa en las relaciones de consumo como consecuencias de Derecho Constitucional, los países dan el primer paso para tratarlos como una parte importante de la agenda política del Gobierno. Es decir, cuando los derechos del consumidor se integran a la Constitución Nacional, se convierte en cuestión de Estado. (pp. 29-30)

De igual manera, Lorentti (2009), citado por Battello (2009), expresa que "El principio protectorio de rango de rango constitucional es el que da origen y fundamenta el derecho del consumidor, como lo hemos expuesto en la primera parte. En los casos que presentan colisión de normas, es importante en cuenta que no es la ley, sino la Constitución Nacional, la que es fuente del Derecho del Consumidor". (*Ídem*)

Por su parte, Segura (2014), citando a Stiglitz, R. y Stiglitz G. (1985), menciona que el reconocimiento de los derechos del consumidor revestidos de validez formal en virtud de su proclamación en cartas o declaraciones, tienen a mejorar el funcionamiento del mercado, corrigiendo sus deficiencias y la posición subordinada del consumidor en las relaciones personales con la empresa. Ello requiere, sin embargo, como segundo paso la implementación de una política programática e instrumental de protección al consumidor que garantice la efectividad del ejercicio de sus derechos en todos los ámbitos de la vida social. (p. 27)

En virtud de lo anterior, en Costa Rica la normativa para hablar de protección del consumidor a nivel constitucional, se encuentra en el último párrafo del numeral 46 de la Constitución Política, que establece: "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".

De tal manera, según Saborío (2003), mediante la incorporación de dicho párrafo, el legislador definitivamente buscó establecer parámetros fuertes que sirvieran de refuerzo a la Ley

7472 publicada en 1995, y para ello instaura como derechos del consumidor aquellos que desde hace mucho habían sido reconocidos en otras fronteras. A saber, derechos de: elección, salud, educación, información, seguridad, protección de sus intereses económicos, medio ambiente, igualdad y derecho a organizarse. (pp. 142-14.)

Así, sobre la norma constitucional, la Sala Primera de Corte Suprema de Justicia, en la Resolución número 646-2001 del 21 de agosto de 2001 señaló lo siguiente:

> […] ante la situación de desequilibrio en las relaciones de consumo entre los empresarios y consumidores o usuarios los instrumentos jurídicos tradicionales de Costa Rica resultan poco satisfactorios para proteger los intereses de los consumidores por el legislador, para evitar o al menos paliar en la medida de lo posible esa situación en la medida de lo posible esa situación desventajosa del ciudadano-consumidor, ha creado diversos sistema jurídicos de defensa tratando de encontrar un justo equilibrio entre los intereses recíprocos de consumidores y productores, supliendo así, en cierto modo, determinadas deficiencias funcionales del mercado en el orden de la economía. En ese orden de ideas, mediante Ley No. 7607 de 29 de mayo de 1996 el artículo 46 de la Constitución Política, introduciéndose en él un nuevo derecho económico justo al lado de la libertad de empresa y como delimitador de ésta: la protección del consumidor … Como desarrollo de este nuevo derecho económico y en cumplimiento de este mandato constitucional, tenemos la Ley No 7472, Ley de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor, de 20 de diciembre de 1994, publicado en la Gaceta No 14 del 19 de enero de 1995, que contiene una serie de derechos sustanciales, y procesales a favor de los consumidores y usuarios".

Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472.

Como se mencionó anteriormente, la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472 entró en vigencia el 19 de enero de 1995; es decir, antes de la reforma constitucional del año 1996 que les dio rango de Derecho fundamental a los derechos del consumidor.

La propuesta de ley fue presentada en la corriente legislativa en diciembre de 1992, como una iniciativa del Poder Ejecutivo, propiamente por el Ministro de Economía Industria y Comercio de aquel entonces, Gonzalo Fajardo Salas, quien posteriormente, participó en la tramitación del proyecto como diputado de la Republica.

Para la redacción del proyecto, se tomó como base legislaciones similares de otros países, tales como: Chile, Argentina, México, España, Alemania, Brasil, Venezuela y Estados Unidos. Además, se contó con la colaboración de expertos nacionales e internacionales en la materia, entre ellos los doctores Gabriel y Rubén Stiglitz, renombrados juristas argentinos; así como los nacionales Francisco Castillo, Rubén Hernández y Víctor Pérez, quienes también hicieron sus aportes al texto. (Ernesto y Sáenz, 2016, p.74)

En la exposición de motivos del expediente número 11659, que, posteriormente, se convirtió en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, se indica lo siguiente:

> Es necesario combinar, en forma armónica y equilibrada, los requerimientos de la apertura comercial de nuestro país, que fomenta la participación del mayor número posible de agentes económicos en el mercado, con la necesidad imperiosa de proteger al consumidor frente a las prácticas y estrategias empresariales, cada vez más ingeniosas y dinámicas a que se verá expuesto, en forma creciente, conforme la apertura se vaya consolidando.
>
> La política de defensa de los derechos del consumidor debe modernizarse, mediante la introducción de todo un conjunto de medios de protección jurídica e impugnatorios idóneos, para los fines tutelares que se persiguen y, a través de programas imaginativos e integrales que promuevan y garanticen esa protección adecuadamente, mediante la educación, la información individual y colectiva, y la organización de los consumidores. Atribuimos al Estado un papel preponderante en la promoción de estas organizaciones, sobre todo, a través de su compromiso de apoyarlas financieramente y responsabilidad de incorporar en los diferentes programas de los Ministerios e instituciones públicas, según sus respectivas competencias, esa nueva concepción de defensa efectiva del consumidor.

Según Battello et al. (2016), la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva el Consumidor, se encuentra dividida básicamente en dos partes. La primera parte se encuentra del capítulo I a V, comprensivos de los artículos 1 a 30 que se ocupan de la competencia y la lealtad comercial. En esa primera parte de la Ley se regulan las relaciones entre proveedores de bienes y servicios; asimismo, en esa primera sección se ofrecen importantes definiciones que incluyen conceptos, tales como proveedor, consumidor agente económico, contrato de adhesión, entre otras. Sobre dichas definiciones significantes gira todo el sistema protectorio establecido en la ley.

Así, la primera parte de la Ley tiene por finalidad establecer reglas claras y límites precisos entre los agentes económicos que operan en el mercado. Esta sección se refiere más a ellos que a la vinculación directa que el sector empresario mantiene con su clientela (los usuarios y consumidores de bienes y servicios). El objetivo principal es evitar conductas que representen una deslealtad comercial y perjuicio para la libre competencia. En suma: son disposiciones para asegurar la transparencia de los mercados. Para lograr dicha meta, la Ley determina la creación de dos organismos de control estatal. El primer ente es la Comisión de mejora regulatoria, conferida en el artículo 18 y siguientes de la Ley. El segundo es el organismo oficial es la Comisión para promover la competencia, establecida en el artículo 21 y siguientes del mismo cuerpo normativo. Ambas agencias públicas procuran llevar adelante los propósitos de la Ley manteniendo el buen funcionamiento del mercado de bienes y servicios.

La segunda parte de la Ley, se ocupa de la Defensa Efectiva del Consumidor, y consta de 32 artículos que incluyen todos los aspectos importantes que rodean a las relaciones de consumo. Entre otras cuestiones regula: los derechos del consumidor, las obligaciones fundamentales de los proveedores, el régimen de las garantías, la publicidad, los contratos de adhesión, las cláusulas abusivas, etc. Asimismo, la norma incluye un procedimiento administrativo que debe ser tramitado ante la Comisión Nacional del Consumidor, con base en los artículos 47 y siguientes de la Ley. (pp. 27-28)

De tal manera, en el artículo 32 de dicho cuerpo normativo, se establece el bloque de legalidad en materia de los derechos del consumidor de la siguiente manera: tratados y convenciones Internacionales de las que Costa Rica es parte, legislación interna ordinaria,

reglamentos, principios generales de Derecho, usos, y costumbres. Añade que los derechos que se establecen son fundamentales e irrenunciables por parte del consumidor.

Artículo 32 – Derechos del consumidor

Sin perjuicio de lo establecido en tratados, convenciones internacionales de las que Costa Rica sea parte, legislación interna ordinaria, reglamentos, principios generales del Derecho, usos y costumbres, son derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor, los siguientes:

a. La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, su seguridad y el medio ambiente.

b. La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales.

c. El acceso a una información, veraz y oportuna, sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio.

d. La educación y la divulgación sobre el consumo adecuado de bienes o servicios, que aseguren la libertad de escogencia y la igualdad en la contratación.

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.

f. Mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud la lesión de estos, según corresponda.

g. Recibir el apoyo del Estado para formar grupos y organizaciones de consumidores y la oportunidad de que sus opiniones sean escuchadas en los procesos de decisión que les afecten.

De igual manera, las obligaciones de los comerciantes, contempladas en el artículo 34, se convierten, por interpretación derivada del texto, en Derechos de los consumidores, por lo que vienen a reforzar su condición primaria.

Artículo 34 – Obligaciones del comerciante

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

a) Respetar las condiciones de la contratación.

b) **Informar suficientemente al consumidor, en español y de manera clara y veraz, acerca de los elementos que incidan de forma directa sobre su decisión de consumo.** Debe enterarlo de la naturaleza, la composición, el contenido, la fecha de caducidad, el peso, cuando corresponda, de las características de los bienes y servicios, el país de origen, el precio de contado en el empaque, el recipiente, el envase o la etiqueta del producto y la góndola o el anaquel del establecimiento comercial, así como de cualquier otro dato determinante, como sustancias adicionales que se le hayan agregado al producto original.

En el caso de los productos agropecuarios, debe indicarse el país de origen de cada producto en un lugar visible del empaque, el envase o la etiqueta, así como la fecha de producción o procesamiento en el país de origen. Tratándose de productos no empacados o envasados, esta información deberá consignarse en un lugar visible y claramente legible de la góndola o el anaquel del establecimiento comercial donde se encuentren ubicados. En todos estos casos, los productos nacionales deberán identificarse con la frase: "Producido en Costa Rica" u otra que permita identificar claramente el origen del producto. La verificación de lo dispuesto en el párrafo anterior, en materia de información y trazabilidad, la deberán realizar el Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG), el Ministerio de Salud y el Ministerio de Hacienda por medio de la Dirección General de Aduanas, de conformidad con lo que al efecto dispongan los reglamentos técnicos específicos aplicables a cada producto.

Si se trata de productos orgánicos, esta condición deberá indicarse en un lugar visible. Además, la etiqueta del producto deberá indicar cuál es el ente certificador.

De acuerdo con lo dispuesto en el reglamento de la presente ley, cuando el producto que se vende o el servicio que se presta se pague al crédito, deben indicarse siempre, de forma

visible, el plazo, la tasa de interés anual sobre saldos, la base, las comisiones y la persona física o jurídica que brinda el financiamiento, si es un tercero.

c) Ofrecer, promocionar o publicitar los bienes y servicios de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 de esta Ley.

d) Suministrar, a los consumidores, las instrucciones para utilizar adecuadamente los artículos e informar sobre los riesgos que entrañe el uso al que se destinan o el normalmente previsible para su salud, su seguridad y el medio ambiente.

e) Informar al consumidor si las partes o los repuestos utilizados en reparaciones son usados. Si no existe advertencia sobre el particular, tales bienes se consideran nuevos.

f) Informar cuando no existan en el país servicios técnicos de reparación o repuestos para un bien determinado.

g) Garantizar todo bien o servicio que se ofrezca al consumidor, de conformidad con el artículo 43 de esta Ley.

h) Abstenerse de acaparar, especular, condicionar la venta y discriminar el consumo.

i) Resolver el contrato bajo su responsabilidad, cuando tenga la obligación de reparar el bien y no la satisfaga en un tiempo razonable.

j) Fijar plazos prudenciales para formular reclamos.

k) Establecer, en las ventas a plazos, garantías de pago proporcionales a las condiciones de la transacción.

l) Cumplir con los artículos 38, 39, 40,41, 42,43, 44 y 44 bis de esta ley.

m) Cumplir con lo dispuesto en las normas de calidad y las reglamentaciones técnicas de acatamiento obligatorio.

n) Mantener en buenas condiciones de funcionamiento y debidamente calibradas la pesas, las medidas, las registradoras, las básculas y los demás instrumentos de medición, que utilicen en sus negocios.

ñ) Extender la factura o el comprobante de compra, donde conste, en forma clara, la identificación de los bienes o servicios, así como el precio efectivamente cobrado. En los casos de ventas masivas, se faculta al Ministerio de Economía, Industria y Comercio para autorizar el establecimiento de otros sistemas mediante los cuales se compruebe la compra.

o) Apegarse a la equidad, los buenos usos mercantiles y a la ley, en su trato con los consumidores.

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 incumplimiento de alguna de las obligaciones enumeradas en este artículo, faculta al interesado para acudir a la Comisión nacional del consumidor creada en esta Ley, o a los órganos jurisdiccionales competentes y para hacer valer sus derechos, en los términos que señala el artículo 46 de la presente Ley. (Negrita y subrayado no son del original)

Clasificación de los derechos del consumidor en el ordenamiento jurídico costarricense

En Costa Rica, las bases fundamentales de los derechos del consumidor, se encuentran establecidas en el artículo 46 de la Constitución Política de la República y en el artículo 32 de la Ley 7472.

Constitución Política de la República de Costa Rica.

La Constitución costarricense indica mediante el último párrafo del artículo 46 la existencia de vectores conceptuales que van a ser determinantes para el entender el derecho del consumidor. Las palabras clave que dominan el artículo 46 son: salud, ambiente, información, intereses, trato equitativo y organismos. Ese conjunto de palabras que solo en apariencia están aisladas son la verdadera trama de lo que se conoce como derecho del consumidor. (Battello et al., 2016, pp. 35-36)

Así, el último párrafo del artículo 46, señala que: "…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 un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos para la defensa de sus derechos. La Ley regulará esa materia". (Negrita y subrayado no son del original)

Los intereses económicos.

Según Saborío (2003), citando a Bulgarelli (1994), explica que, según la doctrina forense, el enfoque de la problemática de los intereses se centra en dos aspectos esenciales: 1) los efectos económicamente nocivos derivados del producto defectuoso y la publicidad incorrecta, y 2) la situación de desequilibrio patrimonial que padece el consumidor, como consecuencia del desarrollo de mecanismos de presión ejecutados por la empresa, para asumir un papel preponderante en el choque de las fuerzas negóciales.

Según el autor, algunos ejemplos de cómo se puede producir la lesión al patrimonio del consumidor puede verse en los casos de publicidad engañosa y desleal, específicamente cuando se trata de la ineficiencia del producto que se adquiere para cumplir con las funciones que han sido promocionadas. También se ha dicho que existe violencia contra los interés económicos del consumidor, cuando se d el desengaño de las expectativas creadas justificadamente, que acontece en aquellos casos en que existen vicios de la cosa, o en situaciones de error inducido en el destinatario por una falsa representación publicitaria. (pp. 71-72) (Negrita y subrayado no son del original)

Por su parte, según Battello et al. (2016), la cuestión de los intereses económicos gira alrededor de una regla implícita: a mayor calidad de los productos, mayor seguridad y menor dañosidad para los usuarios. A esa calidad mínima y necesaria se le refiere la Constitución al hablar del derecho a proteger sus intereses. En la actualidad, la protección de los intereses del consumidor está referida, antes que a los precios de los bienes, a que los mismos tengan una duración y una calidad acorde con el uso promedio. El consumidor y usuario debe estar seguro de que adquiere bienes de una calidad tal que le aseguran una durabilidad razonable y una calidad acorde con el precio.

Además, los intereses del consumidor incluyen la protección contra los riesgos que el producto o servicios puedan ofrecer a partir del momento cuando son puestos a disposición, su utilización o consumo efectivo e inclusive en las fases posteriores de descarte y retirada del mercado. En dicho sentido, la palabra riesgo debe de entenderse de forma amplia, incluyendo los riegos personales y patrimoniales, ya que sólo así se podría pensar en la protección integral de los intereses personales y económicos del consumidor.

Finalmente, es importante señalar que cuando la Constitución se refiere a los intereses económicos no se debe de pensar en qué se alude a lo individual, sino a lo social. El constituyente piensa en el consumo como hecho social trascendente de la esfera puramente individual. No se pretende que un consumidor compre una la de arvejas en lugar de otra, o que se le indique cómo cuidar su bolsillo, forzándolo a que cambie de marca del queso cremoso que utiliza para untar las tostadas del desayuno. La protección de intereses económicos, en sentido

social, significa que el Poder Público debe de prevenir sobre publicidades falsas, o promociones engañosas, o informaciones insuficientes, o calidades defectuosas. (pp. 36-38)

Asimismo, según Mora (2003), la protección de los intereses económicos se encuentra relacionada con el trato justo y equitativo en toda transacción económica o comercial. Así, su fin primordial es la defensa del patrimonio del consumidor, en virtud de que las técnicas de mercadeo están dirigidas a apropiárselo.

Además, al tutelarse dicho derecho, se protege al consumidor de abusos en la contratación por parte del proveedor o comerciante, de engaños en pesas y medidas, de prácticas o acuerdos entre productores, comerciantes, industrias, proveedores o transportistas que lesionen sus derechos. (p.28)

La información.

Según Saborío (2003), el derecho de información del consumidor, busca el adecuado conocimiento de las condiciones de la negociación y las características de los productos comercializados. En doctrina se reconoce que el deber de informar incumbe en primer término al empresario, tanto en la etapa preparatoria del negocio, como en la etapa de formalización y ejecución del negocio, como en la etapa de formalización y ejecución del contrato. Y ante la posibilidad de que dicha obligación pueda venir incumplida, surge la necesidad del Estado de asumir una actitud supletoria, que efectivamente, puede encarar mediante el empleo de los mecanismos, medios de comunicación de masas que persuasivamente utiliza la gran empresa, ya que debe protegerse el principio de información, para que los consumidores tomen sus decisiones de la manera más consciente y racional. (p. 69-70)

Siguiendo una misma línea de pensamiento, Moya (2018) citando a la profesora María Teresa Álvarez Moreno, señala que el derecho a la información del consumidor implica simultáneamente el deber del profesional de prestar dicha información. Es un deber preminentemente precontractual, aunque puede llegar a cumplirse en el momento de la celebración del contrato o se su ejecución. Esta información tiene que ser necesariamente

suministrada por el empresario al consumidor o usuario, antes de la celebración del contrato, en el momento de la celebración del contrato o, posteriormente, en la fase de ejecución del mismo. Siguiendo a la citada autora, en lo referente a las consecuencias del incumplimiento del deber de informar, en el marco del Derecho de contratos en general, los defectos de información pueden tener relevancia en relación con los vicios de la voluntad (especialmente si genera error o en caso de dolo) o con los supuestos de responsabilidad precontractual (sobre todo en caso de culpa in contrahendo). Pero, como bien ha señalado la doctrina, estos remedios tienden a utilizar mecanismos anulatorios o desvinculatorios del contrato, y deberían formularse otros tipos de mecanismos de reacción frente al incumplimiento de la obligación de informar (por cualquier motivo que se produzca: tanto por omisión, como por inexactitud, falsedad o información incompleta) que permitieran el cumplimiento del contrato, que todavía satisface el interés del consumidor. (p. 49)

Por su parte, Mora (2003), menciona que la información es el derecho por el cual, se le debe otorgar al consumidor las herramientas necesarias para que su decisión de consumo sea mejor. Consiste en poder obtener una información exhaustiva sobre un producto cuando así se requiera, de manera que, el consumidor se encuentre en condiciones de optar libremente por aquello que le conviene.

Así, el consumidor debe de estar adecuadamente informado para gozar de protección frente a la difusión de informaciones, publicidad, rotulado o cualquier práctica que pueda ser fraudulenta, engañosa o falaz, en cuestiones tales como: precios, condiciones de venta, garantías, resultados de pruebas, etc. (p. 25) (Negrita y subrayado no son del original)

Asimismo, en la Resolución número 699-95 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las 16:57 horas del 21 de diciembre de 1995, se mencionó **"La información destinada al público en el producto de que se tarta era de difícil o imposible lectura para el consumidor, a quien esa información estaba destinada y al que debe de facilitarse todo lo posible el conocimiento suficiente de las características de aquello que él desea o puede comprar."** (Negrita y subrayado no son del original)

De igual manera, en la Resolución número 251-09 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II, del 30 de junio de 2009, se indicó lo siguiente:

> Los consumidores y usuarios tienen derecho a…recibir información adecuada y veraz; precepto del que, por interpretación jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional, se ha derivado el derecho fundamental a la protección del derecho a recibir información adecuada respecto a los bienes y servicios que se oferten en el mercado, bajo las siguientes consideraciones:
>
> […] es notorio que el consumidor que se encuentra en el extremo de la cadena formada por la producción, distribución y comercialización de los bienes de consumo que requiere adquirir para su satisfacción personal, y su participación en ese proceso, no responde a razones técnicas ni personales, sino en la celebración constante de contratos a título personal. Por ello su relación en esa secuencia comercial es de inferioridad y requiere de una especial protección frente a los proveedores de los bienes y servicios, a los que de previo a externar su consentimiento contractual cuente con todos los elementos de juicio necesarios, que le permitan expresarlo con toda libertad y ello implica el conocimiento cabal de los bienes y servicios ofrecidos. Van incluidos por lo expresado, en una mezcla armoniosa, varios principios constitucionales, como la preocupación estatal a favor de los más amplios sectores de la población, cuando actúan como consumidores, la reafirmación de la libertad individual al facilitar a los particulares la libre disposición del patrimonio con el concurso del mayor posible conocimiento del bien o servicio a adquirir, la protección de la salud, cual está involucrado, el ordenamiento y sistematización de las relaciones internacionales al sistema interno y en fin, la mayor protección del funcionamiento del habitante en los medios de subsistencia.

Se debe mencionar además, que según Battello et al. (2016), **sin dudas el acceso a una información clara, detallada y veraz es el derecho constitucional por excelencia que tiene los usuarios y consumidores. Sin esa clase y calidad de información, la idea de consumo sustentable se desvanece. Sin embargo, el derecho a la información es el bien jurídico más desprotegido y vapuleado por el sector de la producción.** (Negrita y subrayado no son del original)

El mismo autor citando Dante (2009), menciona que en forma unánime, la doctrina nacional resalta que un consumidor informado, consciente de las características del producto y las condiciones de operación comercial, tendrá posibilidades de efectuar elecciones de consumo sustentadas en sus necesidades reales, adquiriendo los productos y servicios verdaderamente útiles y adecuados a sus expectativas y posibilidades económicas, evitando que ellos generen algún menoscabo a sus derechos. (pp.38-39)

La salud.

Según Saborío (2005), el derecho a la salud ha sido reconocido como uno de los derechos fundamentales del ser humano, y se considera como derivado del derecho a la vida. Su protección se ha garantizado en los instrumentos de Derecho más calificados; así se tiene que la Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 5, inciso 1): "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral…"

El derecho a la salud del consumidor no difiere en nada del contenido expresado en el párrafo anterior, el cual solamente debe adaptarse y entenderse, según las particularidades que son propias del rol que juega el consumidor cotidianamente.

Según el autor, citando a Stiglitz (1986), "el interés primario del consumidor…aparece conformado, por una pretensión vital, la del mantenimiento de las condiciones genuinas de integridad psicofísica del género humano, condiciones amenazadas, sin embargo por la trasformación del consumidor en objeto de mercado de las masas…" En efecto, la misión empresarial de ganar la demanda del mercado puede provocar la utilización de prácticas o usos que vayan afectar la salud del consumidor, como lo es por ejemplo, bajar de calidad de materiales utilizados para obtener mayor rentabilidad, o la introducción de artículos novedosos cuyas bondades o perjuicios respecto a la salud humana no hayan sido suficientemente comprobados.

Es, por lo anterior, que la labor del Estado, mediante los procedimientos y organismos correspondientes, es de vital importancia en el resguardo de dicho valor fundamental en la vida

del ser humano, el cual se manifiesta en cada una de sus facetas, incluyendo la de consumidor. (pp. 74 – 76)

Por su parte, Mora (2003), menciona que el derecho a la salud se conceptualiza como el derecho de todo consumidor a la utilización y disfrute de bienes y servicios que no expongan su salud e integridad física. Como derecho derivado de los derechos supremos a la vida y a la integridad física. Como derecho derivado de los derechos supremos a la vida y a la integridad física, tal derecho comparte con los demás características de irrenunciabilidad, intransmisibilidad y extrapatrimonialidad.

El autor citando a Ortega (1998), menciona la mala información en cuanto a la correcta utilización de un aparato eléctrico puede causar perjuicios a la salud del consumidor, la utilización de sustancias tóxicas o cancerígenas en la confección de materiales de construcción pueden afectar notablemente la salud de quienes estén en contacto con esos productos… (p. 24)

Las organizaciones de defensa del consumidor.

Otro aspecto importante que considera el artículo 46 de la Carta Magna, es la activa participación de las asociaciones de defensa del consumidor. Se trata pues de organismos no gubernamentales y sin fines de lucro, que llevan adelante una importante tarea de control y resguardo de los consumidores.

Además, para que el desarrollo de los organismos sea transparente y eficaz, es absolutamente necesaria que su actividad, y sobre todo sus finanzas sean intervenidas y vigiladas por el Estado quien por su parte, tiene la obligación de subsidiar a dichas entidades para que ellas queden impolutas frente a las enormes tentaciones distorsivas que habitan en el mercado del consumo. (Battello et al., 2016, pp. 42-43)

Por su parte, Mora (2003), menciona que dicho tipo de asociaciones, en muchos casos, representan una necesidad, ya que por medio de ellas, los consumidores pueden hacer valer sus derechos, estar informados acerca de estos, y recibir una educación que los oriente sobre cómo deben proceder en caso de que sus derechos sean violentados. Además, tal derecho también, se

encuentra consagrado en el artículo 25 de la Carta Magna, el cual reza que “los habitantes de la República tienen derecho de asociarse para fines lícitos.”

Finalmente, el mismo autor citando a Ortega (1998), menciona que “las organizaciones y asociaciones de consumidores contribuyen a una formación integral del consumidor. La educación e información no sólo debe de llegarle a éste por parte del Estado, sino también a través de sus propias organizaciones.” (pp. 29-30)

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472

En Costa Rica, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, establece en el artículo 1, los fines y objetivos ésta. A saber, el artículo 1 menciona lo siguiente:

> Proteger efectivamente los derechos y los intereses legítimos el consumidor, la tutela y la promoción del proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención, la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado y la eliminación de las regulaciones innecesarias para las actividades económicas.

La primera parte del artículo citado *supra*, se desarrolla a través de una serie de derechos del consumidor que vienen establecidos en el numeral 32 del mismo cuerpo normativo. A continuación, se desarrollan de una manera puntual cada uno de los derechos.

Derecho a protección contra riesgos que puedan afectar salud, seguridad y el medio ambiente.

El derecho a la salud, si bien no se encuentra expresamente regulado en la Carta Magna, tiene su derivación del artículo 21 que consagra el derecho a la vida, pues ahí se aborda la salud desde un punto de vista integral, tal y como lo hace la Organización Mundial de la Salud, al

definirla como “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedades o afecciones”.

Artículo 21 – La vida humana es inviolable.

Battello et al. (2016), citando a Frustagli y Hernández (2013), mencionan que “existe un fuerte interés social por garantizar la seguridad de los bienes que comercializan como una forma de resguardar el derecho a la salud de los consumidores, y en miras de afianzar también su calidad de vida…”. (p. 211)

Asimismo, Saborío (2003) citando a Stiglitz (1986), menciona en cuanto al énfasis a la protección de la salud del consumidor lo que “el interés primario del consumidor […] conformado, por una pretensión vital, la del mantenimiento de las condiciones genuinas de integridad psicofísica del género humano, condiciones amenazadas, sin embargo por la transformación del consumidor en un objeto de mercado de masa…”. (p.75)

En consecuencia de lo anterior, se le impone al Estado el deber de proveer servicios de salud a los habitantes de manera eficaz, eficiente, oportuna y sin ningún tipo de discriminación, siempre buscando el mayor bienestar.

De tal manera, el consumidor puede poner en riesgo su salud, y seguridad en distintas ocasiones producto de la relación de consumo. Sin embargo, no es de interés para la presente investigación, analizar los casos en que la puesta en riesgo se debe a la información.

En dicha 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. Tal 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. (Piedra, 2012, pp. 40-41)

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.

> Artículo 260.- Queda prohibida 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.
>
> Se estima especialmente engañosa y perjudicial, para los efectos de esta ley y sus reglamentos, 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 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.

Acerca del derecho a la seguridad de los consumidores, Japaze (2009), citado por Battello et al. (2016), menciona lo siguiente:

> […] el reconocimiento del derecho a la salud y a la seguridad impone al empresario el deber de prevenir la afectación de tales bienes mediante la adopción de un comportamiento positivo. No alcanza con pretender que el proveedor se abstenga de

> poner en riesgo la salud del consumidor. Debe implementar medidas necesarias para prever el daño amenazante, controlarlo y así evitar la mengua a la salud del consumidor y la afectación de su seguridad. (p. 213).

En un mismo sentido, Chacón et al. (2015), señalan lo siguiente:

> Respecto al derecho a la seguridad de los consumidores, se parte de la idea de que éstos compran un producto o contratan un servicio para contribuir a su bienestar general, no para perjudicarse a sí mismos. Por ello se encuentre en armonía con los derechos a la salud y al ambiente, pues de lo que se trata es que el consumidor, cuando opte por el consumo, lo haga de manera informada y sin poner en riesgo su integridad. (p.18)

En relación con el derecho al medio ambiente, se presenta desde dos vertientes. Por un lado como derecho, se le impone al Estado la obligación de preservarlo, y conservarlo para que los habitantes puedan desenvolverse en forma armoniosa con el medio. Por otro lado, se establece como deber, pues todo habitante está en la obligación de hacer un uso racional de los recursos ambientales, buscando que todos sin excepción puedan disfrutar de dicho derecho.

Chacón et al. (2015), citando a González (2001), mencionan que "[…] la reforma que se le dio al artículo 46 constitucional para establecer los derechos de los consumidores y usuarios "logró integrar el criterio de protección al ambiente y al consumidor, consagrando el concepto moderno de que los consumidores son en buena forma, los mejores protectores del ambiente". (p. 18)

Derecho a protección de legítimos intereses económicos y sociales.

En relación con el derecho a protección de legítimos intereses económicos y sociales, Alpízar, López y Brenes (2005), citados por Chacón et al. (2015), dicen que los intereses económicos son "aquellos de contenido meramente patrimonial, ligados a la pretensión de calidad de los productos y servicios, a la vigencia de una verdadera justicia contractual y sobre todo a un sistema efectivo de compensar los daños sufridos". (pp. 18-19).

En un mismo sentido, Chacón et al. (2015), citando a Farina (1999), mencionan que implica que éste no sea engañado y que pueda contratar en forma equitativa e informada, es decir, conocer y entender con precisión y exactitud las condiciones del contrato, extendida esta protección a la fase de ejecución contractual, previéndose así la posibilidad de ejercer la garantía respectiva. (Ídem)

De igual forma, Piedra (2012) establece lo siguiente:

> 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" y que impidan [...] la comercialización basada en afirmaciones falsas o capciosas y los fraudes en la prestación de servicio. (p.88)

Siguiendo una misma línea de pensamiento, Ovalle (2001), menciona que los compradores de bienes o servicios deben de ser protegidos contra los abusos de poder del proveedor; en particular, contra los contra tipo (o de adhesión) establecidos unilateralmente, la exclusión abusiva en los contratos básicos, las condiciones abusivas de crédito, el requerimiento de pago de mercancías no ordenadas y los métodos de venta agresivos. El consumidor debe de ser protegido contra los daños provocados a sus intereses económicos producto defectuoso o un servicio deficiente. La presentación y promoción de bienes y servicios, incluyendo los servicios financieros, no deben ser concebidas de forma que engañen, directa ni indirectamente, a la persona que se le ofrecen o a través de la que se solicitan. Ninguna forma de publicidad visual o auditiva debe inducir a error al cliente potencial del producto o del servicio. (p. 8)

Derecho a recibir información veraz y oportuna.

Según Gonzáles (2001), el derecho de información va a formar al consumidor, de tal manera, que además de conocer las características esenciales de los productos, tales como su naturaleza, calidad, cantidad, duración y precio, va a realizar una elección racional entre los distintos bienes de consumo que se le ofrecen y va a utilizar el producto con seguridad y satisfacción, permitiéndole un empleo más racional de los medios adquisitivos en su poder. (p.72)

Por su parte, Álvarez (2015) aunque en un principio se consideraba por la doctrina como un derecho instrumental al servicio de los derechos esenciales, como la protección de la salud o de los legítimos intereses económicos y sociales, la eclosión normativa experimentada en desarrollo del mismo, lo ha convertido en un derecho esencial, cuyo incumplimiento puede tener diversas consecuencias, según los casos y según el contenido que se haya omitido, (como por ejemplo, o anulabilidad del contrato, o la ampliación del plazo para desistir, etc.). El derecho a la información del consumidor implica simultáneamente el deber del profesional de prestar dicha información. Es un deber preeminentemente precontractual, aunque puede llegar a cumplirse en el momento de la celebración del contrato o de su ejecución. (pp. 40-41)

Así, Farina (2008), citado por Battelo et al. (2016), mencionan en relación con el Derecho de la información oportuna lo siguiente:

> […] podemos sostener que este deber de información comprende –como dijimos- las tres etapas del iter negocial: a) en primer lugar, contempla el aspecto precontractual, al incluir la obligación de suministrar los datos que le permitan al consumidor celebrar reflexivamente el contrato…b) en segundo término, abarca toda la información necesaria en la etapa posterior a su celebración, tanto en el momento de la entrega de la cosa como durante la prestación del servicio del servicio…c) por último, incluye toda la información que resulte indispensable después de entregada la cosa, para un disfrute adecuado de ésta, de acuerdo con su naturaleza, complejidad y riesgos…" (p.162)

Siguiendo una misma línea de pensamiento sobre la importancia de contar con información veraz y oportuna, Chacón et al. (2015), citando a Ruiz (2006), exponen lo siguiente:

> El consumidor de un bien o usuario de un servicio ha de ser consciente y conocer la realidad del producto que va a adquirir, sólo de esa manera estará protegido frente a quienes intenten engañarle. La forma habitual de adquirir un bien o acceder a un servicio es a través de la contratación… es importante conocer aquello que estamos haciendo, es decir, estar informados del contrato que vamos a realizar y del producto que vamos a adquirir. (p.20)

De tal manera, lo que se pretende es que el consumidor esté al tanto de todas las posibilidades que pueden surgir si adquiere, disfruta o utiliza un bien o servicio. Para tal fin, la información debe ser la adecuada. Es decir, debe ser suficiente lo que se informa, así como veraz, en el sentido de que el empresario debe suministrar una información objetiva, y libre de sesgos o mentiras. El propósito de que el consumidor pueda analizar todas las ofertas, con su respectiva información, y decidirse a contratar la que más le convenga.

Por su parte, Guillén (2012) señala lo siguiente:

> El comprador de bienes o servicios, tiene legítimo derecho a disponer de una información adecuada que le permita: conocer las características esenciales de los bienes y servicios que se le ofrecen (naturaleza, calidad, cantidad, y precios), efectuar una elección racional entre los bienes y servicios con toda seguridad y de manera satisfactoria y reivindicar la representación de los eventuales daños causados por el bien o servicio recibido. (p.33)

Asimismo, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en la Resolución número 094-F- 2009 de las 15:50 horas del 29 de enero de 2009, estableció que "… La información es el principal instrumento con que cuentan los consumidores para hacer frente a las técnicas agresivas del comercio moderno. De una buena información depende un consentimiento libremente formado y exento de vicios".

Siguiendo una línea de pensamiento, la C.N.C. en la Resolución número 316-00 de las 18:10 del 17 de julio de 2001 estableció lo siguiente:

> […] la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, señala como obligación ineludible del comerciante "informar suficiente al consumidor, en

español, de manera clara y veraz, acerca de los elementos que incidan en forma directa sobre su decisión de consumo." El principal objetivo del derecho de información, es el conocimiento por parte del consumidor de todas las condiciones de la negociación que va a realizar y de las características de los productos comercializados, para evitar la compra de aquellos nocivos para la salud o para su peculio. Este deber genérico de información veraz al consumidor se refleja de manera particular, entre otras formas, en la publicidad de un determinado producto.

Derecho a libertad de elección.

Según Chacón et al. (2015), el derecho a la libre elección, se traduce en la posibilidad que tiene el consumidor de elegir de entre los distintos bienes y servicios, que se le presenten dentro del marco de la leal competencia; es decir, que escoge una opción luego de examinar las demás existentes.

En el transcurso del proceso de elección, converge una serie de factores que acompañan a los consumidores en su cotidianidad; entre ellos factores sociales, políticos, económicos y psicológicos. Para que la decisión de un consumidor se considere pertinente, se debe hacer en equilibrio con dichos agentes; es decir, evaluando, comparando, analizando ventajas y desventajas, para decidir posteriormente. De tal manera, el derecho a la libre elección presenta relación con otros derechos; a saber, a la información, a ser escuchado, y a la educación, pues se busca que los consumidores tomen las mejores decisiones de forma informada, y elijan lo que más se ajuste a sus intereses y posibilidades. (pp. 21-22)

Se debe de agregar, que, según Saborío (2005), los agentes que influyen en la decisión del consumidor pueden ir desde el precio hasta la atracción por la apariencia del producto en una vitrina, y debido a ello, es que se debe analizar el derecho de elección del consumidor como un derecho de elección del consumidor como un derecho enmarañado.

De tal manera, no se puede afirmar que existe el derecho de elección del consumidor solamente por la presencia de varios oferentes en el mercado, pues para que haya una verdadera

elección por parte del consumidor éste debe estar informado y consciente de una serie de aspectos que pueden influir su escogencia.

Así, el derecho de elección se relaciona directa o de manera indirecta con los otros derechos del consumidor, fundamentalmente con el derecho de ser informado, a educación y ha ser escuchado. Pero también, se vincula en forma esencial a todo lo que tiene que ver con la publicidad, y desde luego va a tener sus particularidades o limitaciones cuando existen monopolios del mercado.

Por tanto, el derecho de elección del consumidor es, entonces, la posibilidad para este último de adquirir un bien o servicio, tomando una libre decisión. Es decir, luego de haber analizado las posibilidades existentes e identificando las prácticas que tienen por objeto sorprenderlo y forzarlo a consentir en la celebración de un negocio que en realidad no desea. (pp. 62-63)

Asimismo, la C.N.C. en la Resolución número 298-02 de las 13:14 horas del 14 de junio de 2001, estableció que "El comerciante tiene el deber de informar acerca de todos los elementos que inciden en forma directa sobre la decisión de consumo, y sobre las características de los bienes y servicios ofrecidos."

Derecho a la educación y divulgación sobre el consumo adecuado.

La educación de los consumidores debe estar encaminada a que el consumidor utilice los conocimientos, y la información que tiene a su alcance, para que tome decisiones en materia de consumo de forma responsable y en pro de su bienestar.

De tal manera, Bulgarelli (1994), citado por Chacón et al. (2015), menciona que "el derecho a la educación que tienen los consumidores consiste en implementar conocimientos indispensables en tanto estos son sujetos protagonistas del mercado. Educación viene ser las enseñanzas con las que debe contar la población en un nivel de organización y sistematización como el que poseen las empresas, que mientras el consumidor no aprenda a detectarlas debe de soportarlas". (p.23)

Siguiendo una misma línea de pensamiento, Saborío (2005), menciona que el derecho a la educación del consumidor va a consistir en adoptar los conocimientos indispensables para actuar fuera de peligro, en su calidad de sujeto principal del mercado. Son enseñanzas que deben brindarse a la población con un nivel de organización y sistematización tan elevado como el que tienen las técnicas de agresión de las empresas, que mientras el consumidor no aprenda a detectarlas debe de soportarlas.

Así, la educación del consumidor debe de ser parte de un programa coherente y organizado, además de la necesidad de que existan objetivos y métodos claros, pues sólo de esta forma es posible conseguir las metas o fines propuestos. En tal sentido, es importante iniciar educando al ciudadano más joven, porque es en ese momento que el individuo es capaz con mayor facilidad los distintos elementos didácticos que se le presenten, de manera que resulte ser un logro de las futuras generaciones de consumidores. (pp. 66-67).

De igual manera, Mora (2003), señala que "es el derecho de adquirir y desarrollar los conocimientos y la capacidad para actuar en forma consciente y responsable como consumidor informado. Por tanto, con el derecho a la educación se pretende que el consumidor adquiera conocimientos que le permitan actuar objetiva y racionalmente en las decisiones de sus compras."

Además, el autor citando Stiglitz (1990), señala que finalidad del derecho a la educación es:

> …el desarrollo de la virtud de la atención y de un sentido crítico, que coloca al hombre en guardia; a la vez instruido y despierto para afrontar la lucha de las situaciones cotidianas. Por ello mismo, es esencial que el cúmulo de elementos didácticos se dirija al adolescente, al elemento humano más fértil para absorber verdaderamente pautas de civilización, que inexorablemente han de germinar a la manera de un fecundo fortalecimiento de la posición de las futuras generaciones. (pp. 27-28)

Asimismo, Guillén (2012), menciona que la expansión del comercio y la constante publicidad hacia los consumidores hace necesario que se tomen medidas para el desarrollo y fortalecimiento las organizaciones de consumidores, a través de programas de educación y

formación que hagan que estas entidades sean verdaderos centros de orientación y apoyo para los consumidores.

De tal manera, es necesario el cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones reguladoras y educativas en el ámbito de las relaciones de consumo, apoyando el aparato normativo con campañas eficaces de información y con mecanismos administrativos y judiciales de tutela de los derechos de los consumidores. (p. 32)

Por último, según González (2001), a nivel político internacional se ha reconocido que, si los consumidores se comportan de una manera más racional, comparando los precios, las calidades y los servicios antes de comprar, podrían contribuir a frenar las alzas de los precios y ayudar a los responsables políticos en la lucha contra la inflación. La manera de hacer comprender a los consumidores la influencia que puede ejercer es informándoles y educándoles sobre sus propios problemas como consumidores desde la edad escolar. Ahora bien, también los adultos deben ser educados de forma que se conviertan en consumidores conscientes de sus derechos y responsabilidades. El derecho a la educación tiene como fundamento otro derecho de los consumidores, que es el de escoger con conocimiento de causa; el derecho de elección difícilmente podrá ser ejercido sin una previa educación. (p.75)

Derecho a la protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, las prácticas y cláusulas abusivas.

Acerca del derecho a la protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, Battello et al., (2016), mencionan que lo primero que se debe de advertir es que la ubicación de la publicidad engañosa desde un punto de vista sistemático, es un poco desordenada. No existe un derecho a la publicidad engañosa. Lo que la Ley quiere señalar, es que ante eventuales publicidades engañosas los individuos podrán recurrir en queja judicial o administrativa.

Una vez aclarado el error de sistémica legislativa, es conveniente pasar a analizar la cuestión de la publicad engañosa. **En materia de publicidades engañosas, el logro y el**

objetivo del Estado no debe centrarse en la aplicación del castigo sino en la prevención. La descomunal envergadura de las empresas que comercializan masivamente bienes y servicios indica que cualquier sanción económica que se le aplique siempre será insuficiente. La tarea preventiva es indispensable. Las empresas deben de llegar a la convicción que hacer publicidades falsas y engañosas no les conviene. El lucro y el interés es la única motivación que determina las acciones empresariales. (pp. 182-183) (Negrita y subrayado no son del original)

Por su parte, Brenes (2009), señala que en sede administrativa se ha establecido por parte de la Procuraduría de la República y la Comisión Nacional del Consumidor, una similitud en cuanto a la vía idónea para accionar ante infracciones de la Ley. La primera considera que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Protección al Consumidor, la exclusión de la vía administrativa por la vía judicial es una opción dentro de las dos alternativas que ofrece la norma. A saber, acudir en primera instancia a la vía administrativa y luego agotada ésta, a la judicial; o la de accionar directamente ante los órganos jurisdiccionales, excluyendo la vía administrativa y luego de agotada ésta, a la judicial; o la de accionar directamente ante los órganos jurisdiccionales, excluyendo la vía administrativa, siempre que se estén discutiendo en ambos los mismos aspectos del problema. En concordancia, se reitera que la vía admirativa no excluye la posibilidad de revisión judicial de lo resuelto en ella, por tratarse de una vía previa y subordinada al Poder Judicial (Dictamen C-027-98 de la Procuraduría General de la República de Costa Rica). La segunda oficina, siguiendo las pautas antes indicadas, reitera que si la parte escogió la vía judicial se excluye la vía administrativa (Resolución 1769-98 de la Comisión Nacional del Consumidor).

Asimismo, Mora (2003), señala que la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, establece dos caminos por los cuales los consumidores pueden tener el respaldo de la justicia: la vía administrativa y la judicial, y ambos se encuentran legitimados para actuar, tanto en forma individual como colectiva, para obtener tutela de los intereses concretos o difusos.

En sede administrativa, el proceso se lleva a cabo ante la Comisión Nacional del Consumidor y tiene como objetivo la imposición de sanciones administrativas, con estricta

aplicación del procedimiento administrativo y de los principios que rigen el derecho administrativo sancionador. Así el artículo 53 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, establece lo siguiente: "La Comisión Nacional del Consumidor tiene las siguientes potestades: conocer y sancionar las infracciones administrativas, los incumplimientos de las obligaciones establecidas en el Capítulo V y en particular, tutelar los derechos de los consumidores…"

De tal manera, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IX, en la Resolución número 114 de las 11: 25 horas del 18 de diciembre de 2009 señaló lo siguiente:

> […] fue creada la Comisión Nacional del Consumidor, la cual ostenta la potestad sancionatoria administrativa, de oficio o por denuncia, para castigar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del comerciante, respecto a las prácticas que constituyen impedimentos o dificultades para la libre competencia y entorpezcan, innecesariamente, la fluidez del mercado. Este cuerpo normativo, también concede derechos a los consumidores. Entre los mismos destacan la protección contra riesgos que puedan afectar su salud, seguridad y el medio ambiente, de sus intereses económicos y sociales, su acceso a una información veraz y oportuna sobre las diferencias en bienes y servicios, educación y divulgación sobre consumo adecuado de bienes y servicios que aseguren la libre escogencia e igualdad de contracción, garantía de artículos, acceso a la vía judicial y administrativa, tutela cautelar y también protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, contra las cláusulas abusivas y la tutela administrativa de sus derechos e intereses legítimos entre otros. **A su vez la ley estipula una serie de obligaciones para los comerciantes, entre las cuales está el respetar las condiciones de contratación e informar suficientemente al consumidor de manera clara y veraz.** También, incorpora en dicho cuerpo normativo un régimen de sanciones y de responsabilidad para el incumplimiento de sus disposiciones. **De los textos legales transcritos se deriva que una de las imposiciones legales que debe de satisfacer el comerciante, es el deber de información, el cual no sólo comprende la obligación de este de brindar al potencial consumidor, sino que la misma debe de darse a conocer de manera veraz, se entiende por veraz: "Dicho de una persona: Que dice, usa o**

profesa siempre la verdad.// Que se ajusta a la verdad.”…El incumplimiento de tales deberes, configura de forma automática, infracciones susceptibles de ser sancionadas al margen de la existencia o no de un daño en concreto. **Dicho deber de información, pretende que al momento de realizar la transacción comercial, el consumidor se encuentre plenamente informado de las características propias del bien o servicio que adquiere, y por ende, que sea una decisión consciente e informada la que tome al momento de definir la contratación respetiva, sin que exista factores que de haber salido a la luz, hubiesen podido modificar su voluntad o bien, haberlo hecho incurrir en error en cuanto a las condiciones, naturaleza, características, desventajas o fortalezas de lo que adquiere.**

Sin embargo, la Comisión no tiene competencia para conocer de la anulación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, conforme al artículo 39 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Tampoco puede conocer acerca del resarcimiento de daños y perjuicios. Ambos deben ser conocidos por órganos jurisdiccionales competentes.

Además, si el consumidor decide optar la vía administrativa, habrá que analizar si existe sanción para el caso correspondiente, según los artículos 31 y 54 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, y siempre de conformidad con los criterios de valoración relacionados con la salud, la seguridad, el medio ambiente, etc.

Así, el procedimiento se inicia por virtud de una denuncia de acuerdo con el artículo 56 de la Ley. Además, el mismo artículo establece que podrá interponer la denuncia cualquier consumidor o persona, sin que sea necesariamente el agraviado por el hecho que se denuncia. Ello deja abierta la posibilidad de denuncia de forma amplia, y sin que para ello sea exigida la existencia de un interés actual, personal y directo en el procedimiento.” (p. 56-57) (Negrita y subrayado no son del original)

Derecho a mecanismos efectivos para la tutela administrativa y judicial de derecho e intereses legítimos.

Como parte de los derechos de los consumidores, se contempla la posibilidad de que se pueda tener acceso a procedimientos, y mecanismos que den respuesta eficaz, y en un tiempo razonable a los problemas que se susciten.

La Ley contempla la que el consumidor reclame ante la Comisión Nacional del Consumidor, por la vía administrativa o que acuda a los estrados judiciales. Sin embargo, en procesos en los que se deba conocer la anulación de contratos de adhesión o el resarcimiento de daños y perjuicios, la Comisión no tiene competencia, por lo que el asunto necesariamente deberá conocerse en la vía judicial.

De tal manera, según Mora (2003), en Costa Rica el Estado brinda la protección del consumidor a través de sus instituciones. Las instituciones son básicamente tres; a saber, el Ministerio de Economía, Industria y Comercio, la Comisión Nacional del Consumidor y el Ministerio de Salud.

Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

El Ministerio de Economía, Industria y Comercio, citado en adelante como MEIC, es un órgano de la Administración del Estado, cuya función es ser el rector de las políticas públicas del Estado en materia de fomento a la iniciativa privada empresarial y fomento de la cultura empresarial para los sectores de industria y comercio, así como participar en la formulación de la política económica del Gobierno.

Así, el MEIC cuenta con varias dependencias para lograr cumplir los fines de protección al consumidor que le han sido encomendados, entre las cuales están: Área de Apoyo al Consumidor, Unidad de Políticas y Apoyo al Consumidor, y Unidad Técnica de Apoyo a la Comisión Nacional del Consumidor.

El Área de Apoyo al Consumidor, es la encargada de proponer y ejecutar las políticas y acciones necesarias para la tutela de los intereses legítimos y la defensa efectiva de los derechos

del consumidor. Está integrada por la Unidad de Políticas y Apoyo al Consumidor y por la Unidad Técnica de Apoyo a la Comisión Nacional del Consumidor.

La Unidad de Políticas y Apoyo al Consumidor, es una unidad funcional que tiene dentro de sus funciones se encuentran formular, ejecutar y promover programas de educación y de información para el consumidor. Además, promover y apoyar la formación de grupos y organizaciones de consumidores y darles la oportunidad de ser escuchados. Asimismo, llevar un registro de las organizaciones de consumidores existentes en el país, así como las demás funciones que la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y su Reglamento le asignen.

La Unidad Técnica de Apoyo a la Comisión Nacional del Consumidor, se encarga de tramitar las denuncias presentadas ante la Comisión Nacional del Consumidor. Administrativamente depende del Área de Apoyo al Consumidor, y técnicamente de la Comisión. (pp. 38-40)

Comisión Nacional del Consumidor.

La Comisión Nacional del Consumidor, citada en adelante como CNC, se creó como órgano de máxima desconcentración adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Comercio. Así, debe de velar por el cumplimiento de las disposiciones de los capítulos V y VI de la Ley 7472, y de las demás normas que garanticen la defensa al consumidor que no se le hayan atribuido en forma expresa a la Comisión para promover la competencia.

La CNC se encuentra integrada por tres miembros propietarios y tres suplentes de nombramiento del MEIC, quienes deben de ser abogados. Además, deben de poseer experiencia en la materia, tal como lo establece el artículo 48 de la Ley 7472.

Asimismo, la CNC se considera un Tribunal Administrativo constituido por seis miembros (todos abogados), y se encuentra sujeta a los principios generales de imparcialidad y neutralidad. Dentro de la organización de la CNC, la Unidad Técnica de Apoyo cumple un papel fundamental como asesora, y tramita los expedientes con las respectivas denuncias presentadas

por los consumidores. Es importante señalar que la CNC no puede actuar de oficio; es decir, requiere la presentación previa de una denuncia.

En cuanto a las Resoluciones finales emanadas de la CNC, deben de reunir los requisitos establecidos en los artículos 128 y siguientes de la Ley General de Administración Pública. De igual manera, la notificación debe realizarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 245 del mismo cuerpo normativo. Contra las Resoluciones, cabe el recurso de reconsideración o de reposición conforme el artículo 31 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (Ibídem, 41-43)

Ministerio de Salud.

Es competencia del Ministerio de Salud la regulación de tres aspectos fundamentales. A saber: la regulación de los derechos y deberes concernientes a la salud personal; los deberes y restricciones a que quedan sujetas las personas en consideración a la salud de terceros; y los deberes de las personas para la conservación y acondicionamiento del ambiente y las restricciones a que quedan sujetas en sus actividades en beneficio de su preservación.

La protección que el Ministerio de Salud brinda al consumidor, se lleva a cabo principalmente a través de las divisiones de Saneamiento Ambiental y de Servicios de Salud. El Saneamiento Ambiental, se encarga de todo lo relacionado con el control de factores físico, químicos, biológicos y sociales que afecten el ambiente en establecimientos donde ocurra la afluencia de consumidores, así como el control de los productos y servicio que estos ofrecen. El Servicio de Salud, tiene dentro de sus funciones la de tramitar las solicitudes de inscripción de sustancias, productos y objetos tóxicos y peligrosos. Además, velar por los aspectos de prevención y mitigación de los riesgos derivados de la importación, fabricación, manipulación, venta, distribución y uso de esas sustancias.

Asimismo, el Ministerio de Salud, tiene a su cargo la regulación de mensajes publicitarios sobre tópicos referentes a la salud. Por tanto, tiene la facultad de prohibir toda

publicidad engañosa que pueda ser perjudicial para la salud o que pueda inducir error al público. (Ibídem, 43-44)

Derecho de recibir el apoyo del Estado para formar grupos y organizaciones de consumidores y la oportunidad de ser escuchados.

Acerca del Derecho de recibir el apoyo del Estado para formar grupos y organizaciones de consumidores y la oportunidad de ser escuchados, según Saborío (2005), el Estado tiene el deber ineluctable de promover programas cuyo contenido esté dirigido a la concientización de los consumidores, pero además a la verificación de que en el funcionamiento cotidiano del mercado no se estén violentando los interés de aquellos, y en los casos en que el daño ya se haya producido, buscar la reparación correspondiente.

Por su parte, Moya (2018) define como asociaciones de consumidores y usuarios las organizaciones sin ánimo de lucro que, constituidas conforme con lo previsto en la legislación sobre asociaciones y reuniendo los requisitos específicos exigidos en esta norma y en sus normas de desarrollo, y en su caso, en la legislación autonómica que les resulte de aplicación, tengan como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, incluyendo su información, formación y educación, bien sea con carácter general, bien en relación con bienes y servicios determinados. (p. 79)

Además, otro aspecto por destacar, es el lugar que ocupa en el país otro tipo de organizaciones de carácter no estatal que nacen para proteger los intereses de los consumidores; a saber, las organizaciones de consumidores. (p.149)

En tal sentido, Romero-Pérez, (2009), menciona que “la principal actividad de las asociaciones consiste en la educación al consumo y más en general en la información, en el control sobre los precios y en la calidad de los productos, y en el ejercicio de presiones de formación de organismos administrativos dirigido a la tutela de los consumidores.”

De tal manera, el artículo 54 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, indica lo siguiente:

> Las organizaciones de consumidores están legitimadas para iniciar como parte o intervenir, en calidad de coadyuvantes en los procesos ante la Comisión Nacional del Consumidor y ante los Tribunales de Justicia, en defensa de los derechos y los intereses legítimos de sus asociados. La coadyuvancia se rige por lo establecido en la Ley General de la Administración Pública y en el Código Procesal Civil.

Asimismo, en cuanto a la constitución de las organizaciones de consumidores, el artículo 74 del Reglamento de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, indica que:

> Las organizaciones de consumidores se constituirán como asociaciones, conforme a la legislación respectiva, y sin que se requiera que la defensa del consumidor sea un objeto exclusivo. Podrán recibir de calificación de utilidad pública una vez cumplidos los requisitos correspondientes.

Publicidad Engañosa

Según Saborío (2005), la importancia e influencia que tiene la publicidad en la sociedad actual es vital debido al desenvolvimiento de los medios de comunicación de masas. El autor, citando a Azofeifa (1988), menciona que "**la publicidad no es sólo el motor de una sociedad que excluye toda planificación rigurosa de las necesidades y posibilidades, sino que a un mismo tiempo modela un tipo de civilización y de sociedad; se le llama civilización de consumo, donde todo se organiza para el consumidor."** (Negrita y subrayado no son del original)

El autor, continúa mencionando que la publicidad se ha convertido en instrumento de la actividad competitiva, que caracteriza el presente, ya que la publicidad se dirige al público con el claro propósito de promover la adquisición de bienes y servicios, y aunque es complejo el cálculo de los efectos reales de una campaña publicitaria previo a su lanzamiento, no se puede negar que ésta va a influir en una u otra forma (positiva o negativamente) sobre el público receptor. En la contienda del mercado, la publicidad es un arma imprescindible que resulta eficaz si es empleada con intensidad y perseverancia.

De tal manera, la publicidad ha ejercido, ejerce y probablemente ejercerá una influencia sobre el consumidor en su preferencia hacia ciertas marcas, pero hay que tener en cuenta que la publicidad es sólo un elemento de un conjunto integrado en el cual participan, además el productor, el precio, la disponibilidad del producto en el mercado en el momento cuando el consumidor lo necesita, el empaque, entre otros. (pp. 78 -79)

Asimismo, la Resolución número 5393-97 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las 15:18 del 05 de septiembre de 1997, estableció que **"la publicidad no es solamente un instrumento de combate en la lucha entre competidores por la conquista del mercado, ella es sobre todo el lazo natural entre la oferta y la demanda, el punto de unión entre el productor y el consumidor, el estimulante de las necesidades humanas, del que ningún régimen económico podrá escapar."** (Negrita y subrayado no son del original)

Concepto de publicidad.

Desde el ámbito jurídico, existen diversas definiciones doctrinarias y legales sobré el término. Tal situación no se debe a que el concepto sea de difícil comprensión, se debe a que el encuadramiento social y jurídico de la publicidad no es unánime.

En cuanto al concepto de publicidad, Boquín y Rodríguez (2017), citando a Farina (2009), mencionan que "se ha definido la publicidad como el conjunto de medios destinados a informar al público y a convencerlo de la necesidad de adquirir un bien o servicio. Su acción a la vez estimula, sugiere y persuade."

Al mismo tiempo, los autores citando a Stiglitz (2015) mencionan que constituye publicidad todo medio de información destinado a permitir una cliente potencial formarse una opinión sobre los resultados que pueden ser esperados del bien o servicio que le es propuesto, así como sobre las características de los bienes o servicios ofertados. Así entendida la publicidad, de modo amplio, se extiende al mensaje escrito en la prensa, oral en la radio o aún visual en la televisión. (p. 42-43)

De manera similar, Mora (2003) citando a Barrantes (1999), menciona que la publicidad es el soporte del mercado que actúa como su instrumento difuso y consiste en la transmisión de mensajes con objeto de provocar una reacción positiva que incline a la aceptación del mensaje. Se trata de un recurso para estimular la demanda, orientarla, despertar interés, generar confianza y conseguir la preferencia de los consumidores, sea desde el punto de vista comercial o institucional (p. 69)

Por su parte, Romero-Pérez (2009), menciona que **"la publicidad es un elemento que puede influir en la voluntad del consumidor y es el medio principal para transmitirle la información que requiere como tal. Incide directamente en su libertad para escoger."** (Negrita y subrayado no son del original)

Asimismo, Battello et al. (2016), menciona que "las agencias y asociaciones de publicidad definen a la publicidad como cualquier forma paga de presentación impersonal, y promoción tanto de ideas como de bienes, y servicios por un patrocinador identificado. En

términos generales, las expresiones publicidad y propaganda son utilizadas como sinónimos". (p. 177)

En razón de lo anterior, para los objetivos de la presente investigación, se va a considerar la publicidad como cualquier forma de comunicación transmitida por un proveedor por cualquier medio de comunicación con el objetivo de inducir o atraer al consumidor para uso o consumo de bienes y servicios en el mercado de consumo.

Principios fundamentales de la publicidad.

Según Saborío (2003), "existen en el campo publicitario, una serie de principios básico que se deben seguir para evitar en la medida de lo posible la existencia de violaciones a los intereses de los consumidores." (p. 83)

Asimismo, Piedra (2012), señala que 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 la publicidad debe de seguir a fin de cumplir con el deber, y con el derecho fundamental de información. (p. 127)

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. 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. Cabe destacar que la buena fe opera desde la etapa previa a la celebración del contrato, desde las tratativas precontractuales hasta su ejecución. (Ídem.)

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.

Asimismo, 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 tal forma, dicho 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. (Ibídem, 128)

Principio de eficacia.

El principio de eficacia, sostiene que el carácter instrumental de la información ha de ser útil para el mejor aprovechamiento de la cosa o servicio, y para la salud y seguridad de los consumidores y usuarios. Es decir, se refiere a la utilidad de la información hacia el consumidor, que no solo le permite una toma racional de decisión de consumo, sino también, que favorezca el máximo aprovechamiento del bien o servicio adquirido. (Ídem.)

Principio de veracidad.

Acerca del principio de veracidad, Martín (2002), **el principio de veracidad, constituye el elemento clave en la reprobación de la publicidad engañosa. Es a partir de él, de su exigencia, de donde surge el concepto de engaño o inducción a error**. **Dicho criterio ayudará a dilucidar cuando un mensaje publicitario no respeta la verdad, y deforma la realidad de las cosas, convirtiéndose de este modo en uno de los principios más importantes de la publicidad.** (pp. 80-81) (Negrita y subrayado no son del original)

Asimismo, Saborío (2005), menciona que la utilización incorrecta o engañosa de la publicidad, podría perjudicar gravemente al consumidor, por lo que se exige que no se deforme la información de los hechos y que tampoco se induzca al error, dejando desde luego un cierto margen al empresario para que "adorne" de algún modo su producto o servicio. La observancia de dicho principio, o la línea divisoria entre publicidad veraz o engañosa, es en ocasiones difícil de distinguir debido a que, por lo general, el empresario busca crear una representación atractiva al consumidor, para lo cual en ocasiones se exageran ciertas propiedades del producto, o se procura vender una imagen que no puede corresponder completamente a la realidad. (pp. 83-84)

Por su parte, Piedra (2012), señala que, el principio de veracidad, es en el 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.

En concordancia con lo anterior, la publicidad comercial siendo un acto preparatorio o desencadenante de la voluntad contractual del consumidor, debe respetar el requisito de veracidad, en el sentido más amplio, y comprensivo de los atributos legales de certeza, objetividad, detalle, eficacia y suficiencia. No solo sobre las características esenciales de los bienes publicitados como sobre las modalidades, condiciones y limitaciones de la operación comercial. (pp. 129 - 130)

Así, Álvarez (2015) señala que dicho deber de información precontractual persigue que el consumidor pueda comparar entre las ofertas que le ofrece el mercado, y que pueda formar un consentimiento libre y reflexivo sobre el contrato que celebra o va a celebrar, y que comprenda el alcance real del compromiso que asume con dicho contrato. Al mismo tiempo que se preserva también la libre competencia en el mercado. Tanto la información precontractual, como la oferta, promoción y publicidad que se haga de los bienes y servicios como las propias prestaciones de los mismos se integrará en el contrato de tal modo que será exigible aun cuando no figure expresamente en el mismo. (pp. 141-142)

De igual manera, Cersósimo (2006), dice que dicho principio implica que el contenido de la información publicitaria que se emite es veraz y tenga plena certeza Y es punto de partida

para establecer la obligación del comerciante de realizar una publicidad veraz, en aras de proteger no sólo al consumidor, sino también, a los competidores.

También, el principio mencionado acoge la veracidad de la publicidad en lo más amplio de su contenido; es decir, la veracidad de lo que se publica o promociona. El principio de veracidad en la publicidad es fundamental, ya que sin restarle importancia a los demás principios mencionados, las implicaciones que tal principio establece dentro de la actividad publicitaria constituyen un aspecto central de gran relevancia para la creación de publicidad comercial. (p. 38)

De tal manera, el principio de veracidad, se contempla 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.

Artículo 11 - Veracidad

La publicidad no deberá contener ninguna manifestación o presentación visual que directa o indirectamente, por afirmación, omisión, ambigüedad o exageración pueda razonablemente llevar a confusión al consumidor, particularmente con relación a (lista no exhaustiva):

a. Características del producto tales como su naturaleza, composición, forma y fecha de elaboración, condiciones de uso, rendimiento, cantidad, origen comercial o geográfico, etc.;

b. El valor del producto y el precio total que debe pagar quien lo desee;

c. Condiciones de entrega, cambio, reparación o mantenimiento;

d. Términos de la garantía

e. Condición de producto original en cuanto a su marca, diseño, patente, derechos de autor, y demás derechos de propiedad intelectual involucrados. No deberá abusarse de los

resultados de investigaciones, o datos obtenidos de publicaciones técnicas o científicas. Las estadísticas y citas utilizadas no deberán presentarse en forma exagerada para exaltar las aseveraciones publicitarias. Lenguaje científico no podrá ser utilizado para atribuir falsamente validez a las aseveraciones publicitarias.

f. Certificaciones, reconocimientos o aprobaciones oficiales, así como premios o reconocimientos obtenidos.

g. La extensión de los beneficios en causas caritativas.

No deberá abusarse de los resultados de investigaciones, o datos obtenidos de publicaciones técnicas o científicas. Las estadísticas y citas utilizadas no deberán presentarse en forma exagerada para exaltar las aseveraciones publicitarias. Lenguaje científico no podrá ser utilizado para atribuir falsamente validez a las aseveraciones publicitarias. (Negrita y subrayado no son del original)

Además, sobre el principio de veracidad, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, señaló en la Resolución número 5393-97 de las 15:18 horas del 5 de septiembre de 1997 lo siguiente:

El principio de veracidad de la propaganda debe ser el de mayor trascendencia, en el sentido de que debe de respetarse la verdad del contenido del mensaje, evitando al máximo que se desnaturalicen los hechos o se haga incurrir al interlocutor comercial en un error. Desde este punto de vista, la veracidad funciona en una doble vía para proteger la verdad del contenido publicitario y para amparar sobre todo al consumidor, que como destinatario fina, según se ha dicho en párrafos anteriores, no puede ser sorprendido por una publicidad deformada. (Negrita y subrayado no son del original)

Principio de legalidad.

En cuanto al principio de legalidad, según Mora (2003), se trata de un principio que busca ordenar la actividad publicitaria dentro de los límites establecidos por el régimen jurídico de cada país. Para que la actividad sea lícita, no debe contrariar el orden establecido y debe instrumentalizarse de tal forma que no dañe la moral ni el orden público ni a terceros. Así, al establecerse dicho principio, se está procurando el cumplimiento de la normativa existente, y cubriendo cualquier laguna que pudiera dar lugar a problemas imprevistos ocasionados por l misma actividad publicitaria. (pp. 75-76)

Siguiendo una misma línea de pensamiento, Martín (2002) menciona que el principio de legalidad en la actividad publicitaria vendría a garantizar el sometimiento de la misma no sólo a las disposiciones que directamente se encargan de evaluar la cuestión publicitaria, sino también al resto del orden jurídico vigente, sobre todo propugnando el respeto a la Carta Magna, y a los derechos y valores en ella contenidos tanto con respecto de los consumidores, como con respecto al resto de los individuos que puedan verse afectados por la comunicación publicitaria. (p.74)

Por tanto, el principio de legalidad hace referencia a la necesidad de que el mensaje publicitario no sea contrario a ninguna norma del ordenamiento jurídico. En Costa Rica dicho principio encuentra regulado en el en el artículo 4 del Código de Autorregulación Publicitaria.

> Artículo 4 - Legalidad
>
> La publicidad deberá cumplir con las leyes, decretos, reglamentos y demás normas que le sean aplicables. Los miembros de la industria deberán acatar las decisiones que dicten las autoridades competentes.
>
> Lo anterior no impedirá de ninguna forma la posibilidad que tiene el miembro de la industria de acudir a las vías que estime convenientes para combatir la validez o vigencia de una norma o decisión que considere inapropiada, o para promover su derogatoria o modificación.

Principio de autenticidad.

Según Saborío (2005), el principio de autenticidad, se refiere a que "la publicidad que contenga afirmaciones sobre las cualidades, naturaleza, composición, origen o propiedades de los bienes o servicios objeto de la publicidad, deben ser exactos y susceptibles de comprobarse." (p. 84)

Siguiendo una misma lógica, Martín (2002), menciona que otro de los principios determinantes de la licitud de la publicidad, es el principio de autenticidad, que pretende que el mensaje publicitario se identifique como tal y permita al consumidor deslindar las afirmaciones puramente informativas, de las publicitarias. Por tanto, este principio presenta dos vertientes:

- Una identificativa, que nos ayuda a calificar el mensaje sin lugar a dudas.
- y otra delimitadora del contenido, que diferencie el mensaje publicitario, del informativo, cuando sea necesario (Circunstancia de extrema importancia desde la perspectiva de la televisión cortes publicitarios, publicidad inserta en un programa - y de la prensa escrita - noticias junto a la publicidad – (p. 75)

Por su parte, Piedra (2012), señala que 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 información. 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. (p.131)

Asimismo, Mora (2003) menciona que en materia publicitaria a menudo los anunciantes difunden mensajes en forma encubierta. Tal tipo de publicidad pone en desventaja a los consumidores, quienes en su mayoría confían en la seriedad y objetividad de las informaciones.

De ahí que el principio de autenticad establezca un límite a la publicidad que se realiza de forma oculta y engañosa. (p. 77)

Principio de libre competencia.

Según Martín (2002), la dura competencia ejercida por los empresarios produce en ocasiones situaciones de carácter ilícito o desleal, que plantean la necesidad de la existencia de una normativa que controle el fenómeno publicitario, primero, en cuanto factor eficaz en el equilibrio concurrencial y segundo, en cuanto a la protección del consumidor-adquirente de productos. Los objetivos primordiales perseguidos con el principio de libre competencia se traducirán en un mejor u óptimo funcionamiento del mercado donde los agentes desarrollan su actividad:

- proteger a los consumidores, orientando su libertad de elección.
- Proteger a los competidores, favoreciendo la lícita concurrencia en el mercado. (pp. 110 - 111)

Asimismo Piedra, (2012), menciona que 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. Dicho principio se vincula directamente con la protección de los consumidores por la relación existente entre la publicidad desleal y engañosa. Es decir, que podrá ser engañosa la publicidad que resulte como consecuencia de actos de competencia desleal. (p. 131)

Por su parte, Mora (2003) menciona que el fundamento de dicho principio se encuentra en la libertad de comercio, que a su vez, tiene su expresión en la libre competencia y la libertad de elección. La libre competencia aplica a los comerciantes, mientras que la libertad de elección aplica a los consumidores.

Así, el autor citando a Esquivel y Huertas (1997), señala el principio de libre competencia se encuentra consagrado en el artículo 46 de la Carta Magna, al prohibir cualquier acto que amenace o restrinja la libertad de comercio. Su finalidad es proteger la libertad de elección de los

consumidores y la lícita concurrencia en el mercado por parte de los anunciantes, a quienes impone como límites la leyes, los principios y normas que regulan la competencia. (p. 77)

Principio de adecuacidad.

Según Piedra (2012), el principio de adeucacidad, hace alusión a que debe existir una coherencia entre lo que se desea ofertar y promocionar, y los medios por los cuales se puede realizar. Así, lo que desea se desea evitar, es que la publicidad confunda mediante los distintos lenguajes, sonidos e imágenes a las que la publicidad puede hacer uso, cuando de ellos se infiera un mensaje distinto al real. (pp. 131-132)

Principio de confiabilidad.

El principio de confiabilidad hace referencia a la función social de la publicidad, por cuanto conoce que el público confía y cree en ella. De tal 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. (Ídem)

Principio de solidaridad.

El principio de solidaridad es establecido por la Cámara de Comercio Internacional, y señala que la publicidad que involucra distintos profesionales, no puede desenvolverse, sino cuando todos aquellos que intervienen se sientan solidarios. Es 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.

Dicho de otra manera, 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. (Ídem.)

Principio de in dubio pro consumidor.

El principio de *in dubio pro reo*, supone la existencia de una clara orientación protectora hacia los consumidores y usuarios, que es reflejo de la regla de hermenéutica jurídica *favor débiles*. 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.

Asimismo, 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. (Ibídem, 132 – 133)

Principio de lealtad.

Según Cersósimo (2006), el principio de lealtad se enfoca principalmente en las repercusiones y los aspectos negativos que conllevan las formas de publicidad desleal. Paralelamente dicho principio pretende promover la protección de otros empresarios, y del mercado en general, así como también del público consumidor. El principio de lealtad provoca el respeto por el empresario competidor y por el producto competidor. Es un principio que busca acabar con formas de publicidad denigrantes, que generan descrédito de manera infundida o irrelevante, que induzca a error o confusión, entre otras. (p. 39)

De manera similar, Piedra (2012), menciona que el principio de lealtad propugna la manera como debe llevarse a cabo la publicidad, ya que, a falta de éste, el daño producido, y

aceptado, tanto a consumidores como a competidores, pasaría a ser fuente de responsabilidad contractual o extracontractual. Lo anterior, se logra recurriendo al engaño y a técnicas manipuladoras. De tal modo, establece que el competidor no utilice el engaño, deslealmente, para atraer a consumidores.

Así, el principio de lealtad, se encuentra ligado con el interés general del Estado de que el mercado funcione, ya que, el mercado funciona si hay lealtad entre empresarios y consumidores, en aras de sanas relaciones comerciales. (p.133)

Asimismo, la Comisión Nacional del Consumidor en la Resolución número 516-97 de las 14:45 horas del 21 de mayo de 1997 menciono lo siguiente:

> …En el caso *sub exámine* se presenta de manera particular, a criterio de este órgano, la convergencia de un acto de publicidad engañosa con un acto de competencia desleal que en forma refleja ha producido daño en un consumidor…Este acto de competencia desleal, además se ejecuta a través de la información contenida en el empaque del producto que como se ha visto, constituye uno de los medios publicitarios a los que recurre la empresa fabricante. Siendo que esa publicidad se da de forma que induce a error o engaño a los consumidores, por medio de la imitación de los signos de otro producto de la misma especie, es claro además que se está en presencia de una publicidad engañosa.

Principio de enriquecimiento por causa justa.

Según Piedra (2012), el principio de enriquecimiento por causa justa establece que no podrá ser aceptado todo aquel anuncio, que produzca un enriquecimiento sin causa. Dicho enriquecimiento puede producirse cuando con mala fe se incurre en publicidad engañosa, y se conquista la clientela de la marca a la cual se copió.

La razón de ser del principio de enriquecimiento por causa justa, es evitar la confusión, a fin de que no se dé un aprovechamiento indebido de la clientela y un sacrificio del titular competidor. También, producirse 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. (pp. 134 – 135)

Supremacía del principio precautorio.

El principio precautorio 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 precautoriamente.

El principio precautorio, operó inicialmente en el ámbito del medio ambiente, luego también se ha extendido al ámbito de la salud, debido a los riesgos que involucran las actividades humanas, por lo que diligencias deben proceder de forma más cuidadosa, desde un enfoque precautorio.

De igual modo, sucede de manera general en el campo de los derechos del consumidor a nivel constitucional, ya que en el artículo 46 de la Constitución Política patria, se protege de manera precautoria la existencia de un daño sobre la salud, la seguridad y los intereses económicos del consumidor.

Por tanto, el comerciante al cumplir con la aplicación de los principios *supra* mencionados en la fase de diseño y producción de la publicidad. Es decir, debe tomar en consideración la máxima de que a mayor anticipación de la protección, menor es la posibilidad de que los consumidores sufran lesiones, y así lograr una protección preventiva al consumidor (Ibídem, 135-136)

Concepto de publicidad engañosa.

Acerca de la publicidad engañosa, el derecho comunitario europeo se define a la publicidad engañosa en términos muy similares. En la directiva 450/84 del Consejo de la Comunidad Económica Europea, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, se define a ésta como "toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecte, y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a su competidor." (Ovalle, 2000, p.40)

Así, según Martín (2002) desde la perspectiva del mensaje publicitario y en relación con la contratación llevada a cabo por los consumidores, otra cuestión por tener en cuenta será la relativa a la posible existencia de error respecto del consentimiento prestado por el destinatario de la publicidad, en tanto a través de la publicidad dirigida a la contratación, el consumidor puede tener una falsa noción de la realidad contractual, o de las cualidades esenciales del producto, manifestando su aceptación inducido. (p. 204)

De manera similar, Cersósimo (2006), citando a Zonta, conceptúa la publicidad engañosa como la publicidad que "[…] introduce a la equivocación, que lleva al destinario del mensaje al error y puede manifestarse tanto en la forma como en el fondo de la propuesta, el engaño puede estar contenido en múltiples campos, las propiedades de los productos, las condiciones de pago, las atribuciones, etc…". (p. 64)

Por su parte, Mármol (2015), citando a Thompson (2007), menciona que la publicidad engañosa es "aquella que realiza afirmaciones engañosas, exageradas o falsas acerca del producto o servicio y que afectan al bolsillo del comprador y/o perjudican a algún competidor (práctica comercial desleal)". (p. 31)

Siguiendo una misma lógica, el mismo autor, menciona también que, según Favela (2010), la publicidad engañosa "hace caer en un error al consumidor respecto de los elementos esenciales del producto o del servicio (naturaleza, composición, propiedades, calidad, fecha de

fabricación o vencimiento, etcétera) como la que tiene la aptitud de hacer caer en ese error, independientemente de que se logre o no el resultado. (Ídem.)

De igual modo, Mora (2003), citando a Esquivel y Huertas (1997), señala que **"la publicidad engañosa es aquel mensaje publicitario que es total o parcialmente falso, o aquel que de cualquier modo, incluso por omisión, es capaz de inducir a error al consumidor, respecto a su origen, naturaleza, calidad, propiedad, precio, o cualquier otro dato sobre el producto y servicio."** (p.108) (Negrita y subrayado no son del original)

Así, tradicionalmente la doctrina ha considerado a la publicidad engañosa como el supuesto de publicidad ilícita por excelencia. Según el profesor Lema Devesa, ello se debe, principalmente, a dos motivos: por una parte, a que se trata del ilícito publicitario que más prolifera en términos judiciales y, por otra, al hecho de que el engaño afecta de manera directa a los consumidores y usuarios e, indirectamente, también a los competidores del anunciante. (Vilajoana, 2011, p.66)

Además, cabe señalar que, según Ovalle (2000), "Para que se pueda configurar la publicidad engañosa se requiere que por esta inducción a error o esta aptitud para inducirlo se pueda afectar el comportamiento económico de consumidores o perjudicar al competidor o competidores del proveedor." (pp. 40-41)

Por último, según Martín (2002) se produce un nexo de causalidad entre la comunicación falsa y el comportamiento final del consumidor o la situación de un empresario competidor, en el sentido de que se incita a la adquisición de cierto artículo como consecuencia de las características del mismo ofrecidas a través de la publicidad. De tal modo que si éstas han generado unas expectativas en el usuario que posteriormente no pueden desarrollarse o que sí se cumplen, pero de modo diverso al proclamado, habrán dañado al consumidor no sólo desde el punto de vista objetivo (al verse defraudado por ejemplo en la utilidad del producto), sino también, económico, pues sin duda no lo habría adquirido, o de haberlo hecho quizás hubiera estado dispuesto a pagar un precio diferente, inferior. (p.67)

Tipos de publicidad engañosa.

La publicidad engañosa puede ser clasificada de distintas formas, ya sea por el tipo de acción engañosa, por la forma del engaño o, según los motivos de su ilicitud. Sin embargo, para efectos de la presente investigación, la publicidad engañosa será clasificada, según se cometa por acción u omisión.

Publicidad engañosa por acción.

Según Piedra (2012), "la publicidad engañosa por acción, se comete cuando en la transmisión de la comunicación se realizan acciones engañosas, se comunica información no clara o confusa, se simulan hechos falsos o se deforman hechos verdaderos generando contradicciones." (p.98)

Falsa representación.

La falsa representación es la publicidad engañosa que 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 de lo verdadero, ya sea por causa de una violación al deber de cuidado o por una intención dolosa.

La falsa representación existirá, cuando se generan falsas expectativas sobre el consumidor, quien espera adquirir el producto de la publicidad. Es decir, es la publicidad que anuncia algo distinto del bien o servicio que en realidad vende, sea por sus características, tamaño, precio o patrocinador.

Es el caso en el que antes, en el 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 o falsa representación es la existencia de inexactitud entre los datos contenidos en la publicidad y la realidad.

Asimismo, 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 tal manera, utilización en el mensaje de la promesa excesiva, en la que el anunciante realiza una suma de promesas publicitarias, que son inalcanzables resultan en engañosas por la discordancia entre lo ofrecido y lo recibido. También, se incluyen las exageraciones acerca de los beneficios del producto; por ejemplo, aquellos mensajes de ciertos productos que supuestamente curan o previenen un sinnúmero de enfermedades de forma efectiva, o, aquellos productos que tratan la obesidad sin necesidad de dieta o ejercicios. (Ibídem, 98-99

Información ambigua, poco clara o confusa.

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, dicho tipo de publicidad engañosa, se vale de expresiones ambiguas o expresiones con varios significados. Además, puede contener información que no corresponden con la verdad, por lo que existe probabilidad de que el destinatario interprete el mensaje en un sentido que no se corresponde con la realidad.

La claridad de la información, también tiene que ver con la efectiva recepción, y entendimiento por lo que, también se considera información confusa, aquella que no sea proporcionada en el Idioma Castellano. Además, la claridad de la información también tiene que ver con la facilidad de identificar sobre qué trata un producto o servicio, quién es el patrocinador, cuál es su naturaleza, modo de fabricación o distribución. Así también, las características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas o funcionalidad.

De igual manera, debido a la falta de claridad en el mensaje publicitario, un consumidor podría 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.

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. También, se considera confusa, cuando no se indique el destino o no se sigan las prácticas leales del comercio. (Ibídem, 101 -105)

Simulación de hechos falsos o deformación de hechos verdaderos.

La simulación de hechos o deformación de hechos verdaderos, se da cuando el anunciante hace creer al consumidor a partir de hechos verdaderos, representaciones falsas. Dicho tipo de publicidad, se aprovecha de la desinformación del consumidor para generar el error o se exaltan hechos verdaderos, que producen una falsa representación y expectativa en el consumidor. (Ibídem, 106 -107)

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.

También, se dice, que dicho tipo de publicidad engañosa, es publicidad falaz puesto que es aquella que induce a error, aunque las afirmaciones contenidas en ella sean verdaderas. Además, tal tipo de publicidad engañosa, se vale de distintos medios para generar el engaño sin ser explícita, y aparentemente verdadera. De tal manera, puede incluirse dentro de dicho tipo, la publicidad engañosa que utiliza información disimulada o encubierta.

Asimismo, Piedra (2012), citando a Zavala considera "[…] engañosa la colocación de precios con tamaño grande y a la par los decimales en minúsculas, 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". (p. (Ibídem, 106 -108)

El mismo autor, citando a Hermosa (1995), señala que "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 anunciante". (Ídem.)

Publicidad falsa.

Con respecto a la publicidad falsa, Cersósimo (2006), señala que ha sido definida como toda aquella publicidad que de alguna forma divulgue o comunique de forma incierta las características o propiedades de productos, bienes o servicios, que inducen o puedan inducir a engaño y ocasionen un perjuicio o que sean capaces de perjudicar a los competidores o al mercado.

El ejemplo más frecuente de la publicidad falsa, es la que le atribuye falsos méritos al bien o servicio que publicita, o bien, que se apropia de dichos méritos, cuando no le corresponden. En el último caso, los méritos apropiados en realidad le corresponden a algún otro producto competidor. Con tal acto, no sólo se saca un provecho desleal a raíz del engaño al consumidor, sino que también, se incurre en una utilización del prestigio y reputación comercial ajenos.

Además, es importante señalar que es muy común y aceptado encontrar en la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como internacional, que se equiparen ambos términos, utilizándose de forma indiscriminada y equitativa los términos publicidad engañosa y publicidad falsa.

Sin embargo, sí existe una diferencia sutil y radica en una cuestión de amplitud de términos. Es así como la publicidad falsa solo abarca aquella publicidad engañosa precisa y estrictamente por su falsedad específica. De tal forma que, si bien es cierto, la publicidad falsa es la forma de publicidad engañosa más frecuente, no comprende, por ejemplo, los supuestos de publicidad engañosa por omisión, o que sin ser falsa puede inducir al error al consumidor, debido

a lo inexacto o impreciso del léxico empleado o de la descripción que desarrolla del bien o servicio que se anuncia. (pp. 69 – 70)

En otras palabras, según Piedra (2012), la publicidad falsa se da cuando los comerciantes proclaman falsamente que un producto puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones. Generalmente, tal tipo de publicidad engañosa es fácil de identificar, ya que hace alusión a espacios temporales rígidos en los cuales se demuestra la supuesta efectividad.

Asimismo, la publicidad falsa ocurre, también, cuando mediante la publicidad se realizan promesas excesivas que no se cumplen. Un ámbito en donde se produce mucho dicho 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. También, 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.

De igual manera, sucede cuando se exhiben sellos de confianza o de calidad o un premio o distintivo equivalente, sin haber obtenido la pertinente autorización. En tales casos, la publicidad falsea sobre distinciones, y méritos inexistentes, engañando al consumidor sobre la calidad de lo adquirido.

Asimismo, 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.

Igualmente, puede darse el caso en que mediante la publicidad, se trate de realizar ventas disfrazadas de productos o servicios no solicitados. Dicha situación 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 consumidor.

También, se considera engañosa la publicidad que describe un producto como “gratuito”, “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 éste. Tal 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. (pp. 111-114)

Publicidad engañosa por omisión.

Según Salas (2011), 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. Dicho tipo de publicidad no dice algo que de informarlo al consumidor, haría que éste se decidiera por no adquirir el bien, producto o servicio objeto de la publicidad.

Además, la omisión también es considerada como un engaño, debido a que silencia datos indispensables y crea una falsa expectativa en los consumidores que en lo posterior no van a poder ser satisfechas. (p. 53)

Por su parte, Martín (2002), señala que cuando silencia datos fundamentales o relevantes de los bienes, actividades o servicios. Datos que afectan a la formación del consentimiento del consumidor, y que de haberlos conocido, no hubiera adquirido, disfrutado, etc. de dichos productos, o al menos lo habría hecho, pero en diferentes condiciones. La esencialidad de los datos omitidos viene dada en cuanto a que aquella información conduciría al consumidor a adquirir o disfrutar un determinado bien o servicio. (p. 69)

De manera similar, Saborío (2005), señala que "**la publicidad omisa consiste en aquella publicidad que promociona un bien o servicio, omitiendo indicar un elemento o factor esencial relativo al bien o servicio en sí, o bien a la compra del mismo que puede incidir en la decisión de adquisición de dicho bien o servicio por parte del consumidor."** (p. 72) (Negrita y subrayado no son del original)

Siguiendo una misma línea de pensamiento, Vilajoana (2011) menciona que la publicidad engañosa por omisión de datos fundamentales (por lo tanto, esenciales) de los bienes, actividades o servicios anunciados será considerada ilícita siempre que la mencionada omisión induzca a error a los destinatarios y sea apta para provocar una distorsión significativa de su comportamiento económico. En consecuencia, se considera engañosa por omisión y, por tanto, ilícita:

- La publicidad que omita u oculte, de modo que resulte prácticamente imperceptible o ilegible, información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa.
- La publicidad que, a pesar de incluir la información esencial de forma perceptible, ésta sea poco clara, ininteligible o ambigua para un consumidor medio.

En relación con el primer supuesto, para determinar el carácter engañoso de la publicidad que omite información, se deberán tener en cuenta los siguientes aspectos:

- La relevancia de la información omitida, esto es, su carácter necesario en relación con el contenido del mensaje. Se considerará engañosa por omisión la publicidad que omita un dato que, conocido por el público, le haría cambiar de opinión con respecto a la compra o la contratación de un bien o servicio; por tanto, el dato omitido inducirá a error cuando sea determinante en la elección que, finalmente, realice al destinatario.
- El grado de conocimiento de la información omitida por parte de un consumidor medio, puesto que difícilmente será apta para inducir a error la omisión de una información generalmente conocida por éste.
- El contexto fáctico en que se produce la publicidad, teniendo en cuenta sus características y circunstancias. (pp.73-74)

Asimismo, la Resolución número 298-02 de la Comisión Nacional del Consumidor de las 13:00 del 14 de junio de 2002, señaló que "…el comerciante incumplió con su deber de informar acerca de todos los elementos que inciden en forma directa sobre la decisión de consumo, y sobre las características de los bienes y servicios ofrecidos, al haber publicado el precio de los

vuelos a Miami y Europa, sin incluir los impuestos correspondientes, publicidad que resultó ser engañosa, por ser omisa, para el consumidor."

De igual manera, la Resolución número 086-01 de la Comisión Nacional del Consumidor de las 17:40 del 31 de enero de 2001, manifestó que **"las omisiones pueden ser tanto o más engañosas que las afirmaciones falsas. En muchos casos la omisión de una información importante puede inducir a errar al público consumidor."** (Negrita y subrayado no son del original)

Falta de información total o parcial.

Según Piedra (2012), **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. El error puede suceder de forma total o parcial.**

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

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

De igual manera, existe falta de información parcial cuando en las ofertas no se menciona el precio anterior del producto en "rebaja". El engaño surge cuando al no informarse sobre el precio anterior del producto, el consumidor carece de información adecuada que le permita ejercer su derecho a la libre escogencia. (pp. 121-122) (Negrita y subrayado no son del original)

Frases omisas.

La publicidad de frases omisas, se refiere al uso de frases incompletas que generan error debido a que, afirman falsamente que el producto sólo estará disponible durante un período muy limitado. También, puede referirse a que sólo estará disponible en determinadas condiciones

durante un período muy limitado, a fin de obligar al consumidor por tomar una decisión inmediata, privándole así de la oportunidad o el tiempo suficiente para hacer su elección con conocimiento de causa.

De manera análoga, se puede dar el caso en establecimientos comerciales, cuando se busca confundir al consumidor sobre el precio verdadero del producto.

De igual modo, los mensajes publicitarios que incluyen cláusulas del tipo "oferta válida hasta fin de existencias", 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. De tal manera, el consumidor 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 consumidor. (Ibídem, 122-123)

Un ejemplo de la publicidad engañosa anterior, es la Resolución número 16-2010-s-VIII de las 14:00 horas del 26 de febrero de 2010, emitida por que el Tribunal Contencioso Administrativo, pues expresa 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 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 supra citados y máxime que se trata de un derecho fundamental irrenunciable.

Publicidad no oportuna.

Según Piedra (2012) 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." (p. 125)

Normativa en materia de publicidad.

En lo que a publicidad se refiere, en Costa Rica existen una serie de leyes, reglamentos, directrices y circulares que la regulan. Sin embargo, es importante señalar que las bases se encuentran específicamente en la Ley de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor y su Reglamento.

Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7472.

Según Cersósimo (2006), con la promulgación de la Ley 7472 se estableció en el país una normativa importante para la regulación de la materia publicitaria. Así, mediante algunos artículos dicha de ley, se configura un marco normativo de referencia para la creación y difusión de publicidad comercial.

De tal manera, el artículo 37 de la Ley 7472 indica los lineamientos y requisitos de ley con que debe de cumplir la oferta, promoción y publicidad de bienes o servicios. Asimismo, el artículo mencionado, constituye l norma fundamental y el principal punto de referencia para la regulación en nuestro país de la figuras de publicidad engañosa. (p. 73)

Artículo 37 - Oferta, promoción y publicidad

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

derivarse daño o peligro para la salud o la seguridad del consumidor. Deben prevalecer las cláusulas estipuladas en los contratos, si son más beneficiosas que el contenido de la oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios.

El empleo de términos comparativos en la oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios, sólo se admite respecto a datos esenciales, afines y objetivamente demostrables, siempre que se comparen con otros similares, conocidos o de participación significativa en el mercado.

La comparación no es admisible cuando se limite a la proclamación, general e indiscriminada de la superioridad de los productos propios; se tiene por engañosa la que omita cualquier elemento necesario para determinar el valor real de los productos.

Al productor o al comerciante que en la oferta, la promoción, la publicidad o la información, incumpla con las exigencias previstas en este artículo, se le debe obligar a rectificar la publicidad, costearla y divulgar la información veraz u omitida, por el mismo medio y forma antes empleados. (Negrita y subrayado no son del original)

Reglamento de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

El artículo 2 del reglamento de la Ley 7472 brinda la definición de publicidad engañosa.

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.

Ley General de Salud, número 5395.

En el Libro I, Título II, Capítulo III, Sección VI de la Ley General de Salud regula los deberes de las personas naturales y jurídicas que se ocupan de la difusión de información. Así, el artículo 260 del cuerpo normativa citado, establece lo siguiente: "Queda prohibida 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."

De tal manera, según Cersósimo (2006), el artículo citado *supra* especifica que se estima especialmente engañosa y perjudicial, la propaganda sobre la curación de enfermedades mediante tratamientos secretos o rituales. La calidad, potencia o eficacia curativa de los medicamentos o la calidad nutritiva de alimentos de uso común o médico sin la debida autorización. La capacidad o potencia de cosméticos u operaciones para modificar o mantener la apariencia física sin la debida autorización. Y el ofrecimiento de servicios profesionales en ciencias de la salud por personas sin título para hacerlo o no autorizadas. (p. 84)

Asimismo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la Resolución número 5393-97 de las 15:18 horas del 05 de septiembre de 1997 al analizar la normativa de la Ley General de Salud en relación con la difusión de publicidad ha establecido lo siguiente:

> Los artículos 258 y siguientes de la Ley General de Salud, desarrollan la Sección VI titulada "De los deberes de las personas naturales y jurídicas que se ocupan de la difusión de información y propaganda y de las restricciones a que quedan sujetas en materia de Salud". El principio jurídico marco se encuentra en el artículo 258, al establecer la obligación de las personas que hagan difusión o propaganda sobre aspectos referentes a la salud a someter el contenido del texto a difundir, a consideración del Ministerio de Salud para su autorización previa y en el artículo 260 se establecen los criterios de las prohibiciones para difundir propaganda o publicidad que sea engañosa, ambigua o perjudicial para la salud de las personas o que pueda inducir en error al público en asuntos relacionados a su conservación o recuperación. Para la Sala resulta más que evidente que esta normativa está dirigida a proteger los derechos fundamentales de la salud y la preservación de la vida, principios que se derivan de los artículo 21,50 y 73 de la Constitución Política y consecuentemente, es posible que el Estado regule estas actividades, pero que solamente lo podrá hacer por medio de una ley formal o por un reglamento ejecutivo que desarrolle los preceptos de la ley. En otras palabras, la difusión de información y propaganda o publicidad comercial de tópicos referentes a la salud y la vida de las personas humanas, como expresión de libertad empresarial, son regulables en la medida en que se trate de proteger los derechos de terceros y el orden público y en general, otros derechos fundamentales.

Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, número 7978

Con respecto de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, el artículo 2 establece para efectos de dicho cuerpo normativo la definición de publicidad y otros conceptos. Además, artículo 72 regula la utilización de las indicaciones geográficas en la publicidad de un producto o servicio. Así, el numeral citado prohíbe la publicidad que

utilizando dichos elementos pueda causar error o confusión sobre la proveniencia del producto o servicio en cuestión.

Artículo 2- Definiciones:…Expresión o señal de publicidad comercial: Toda leyenda , anuncio, lema, frase, combinación de palabras, diseño, grabado o cualquier otro medio similar, siempre que sea original, característico y se emplee para atraer la atención de los consumidores o usuarios sobre determinado producto, servicio, empresa, establecimiento o local comercial.

Artículo 72 – 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. Tampoco se permitirá en el Registro de Marcas el empleo de expresiones tales como “clase, “tipo” u otras analogías.

Código Penal, número 4573

En relación con el Código Penal, Cersósimo (2006), señala que “la publicidad engañosa se encuentra en algunos casos regulada de manera directa y en otros casos de manera indirecta, o bien, como una posible variante dentro del delito que se tipifica.” (p. 87)

Un ejemplo de lo anterior, es el delito de estafa contemplado en el artículo 216 que se ubica dentro del Título VII, en el cual se tipifican los delitos contra la propiedad.

Artículo 216 – Estafa: Quien induciendo a error a otra persona o manteniéndola en él, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos, utilizándolos para obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí o para un tercero, lesione el patrimonio ajeno, será sancionado en la siguiente forma:

1) Con prisión de dos meses a tres años, si el monto de lo defraudado no excediere de diez veces el salario base.
2) Con prisión de seis meses a diez años, si el monto de lo defraudado excediere de 10 veces el salario base…

Asimismo, el artículo 36 de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en el segundo párrafo señala lo siguiente:

> Se reprimirá con la pena prevista en el artículo 216 del Código Penal, tipificado como estafa, a quien debiendo entregar un bien o prestar un servicio, ofreciendo públicamente en los términos de los artículos 31,34 y 385 de esta Ley, no lo realice en las condiciones pactadas, sino que se valga de un engaño o cualquier otra acción manipuladora…

Uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente

En la actualidad, la fotografía ocupa un papel importante en el mundo publicitario y con el avance de la tecnología ha podido mejorar cada vez, logrando persuadir al público e influenciando en su comportamiento y estilo de vida. Sin embargo, el uso de herramientas que existen en la actualidad, no son utilizadas siempre de una manera ética, ya que el uso que se les dan suele conllevar a un irrealismo en las imágenes publicitarias.

Herramienta "Adobe Photoshop".

Según Apaestegui (2015), "Adobe Photoshop", citado en adelante como Photoshop", es un editor de gráficos rasterizados desarrollado por "Adobe Systems Incorporated". Es usado, principalmente, para el retoque de fotografías y gráficos; su nombre en español significa literalmente "taller de fotos".

Dicho programa es el líder mundial del mercado de las aplicaciones de edición de imágenes, y domina dicho sector, de tal manera que su nombre es ampliamente empleado como sinónimo para la edición de imágenes en general. Actualmente, forma parte de la familia "Adobe Creative Suite" y "Adobe Creative Cloud", y es desarrollado, y comercializado por "Adobe Systems Incorporated".

"Photoshop" se ha convertido, casi desde sus comienzos, en el estándar de *facto* en retoque fotográfico, pero también, se usa extensivamente en multitud de disciplinas del campo del diseño y fotografía; a saber, diseño web, composición de imágenes en mapa de bits, estilismo digital, fotocomposición, edición, grafismos de vídeo, entre otras.

De tal modo, "Photoshop" ha dejado de ser una herramienta únicamente usada por diseñadores, para convertirse en una herramienta empleada profusamente por fotógrafos profesionales de todo el mundo. Los fotógrafos lo utilizan, para realizar el proceso de retoque y edición digital, no teniendo que pasar ya por un laboratorio más que para la impresión del material.

Siguiendo una misma línea de ideas, “Photoshop” es el programa de diseño gráfico más vendido de todo el mundo. Es el “software” que se utiliza principalmente para realizar retoques fotográficos, pero también, es muy usado para la realización de diseños webs, y para la creación de cualquier tipo de diseño gráfico que puede incluir una tarjeta de presentación o un panfleto.

De manera tal, es costumbre ver diariamente un sinfín de imágenes de cualquier ámbito de la sociedad, que han sido retocadas digitalmente a través de algún programa de edición fotográfica. Como bien se señaló, entre los más populares y utilizados está la herramienta “Photoshop”.

Por otra parte, en el mundo el uso de la herramienta “Photoshop”, está creando gran controversia, ya que se ha aplicado en varias marcas y han sido criticadas e incluso prohibidas. Así, por ejemplo, en el 2012 un anuncio de una crema antiarrugas de L'Oreal fue prohibido en el Reino Unido por retocar la cara de su protagonista, la actriz Rachel Weisz, hasta "exagerar engañosamente" los efectos del producto. De igual modo, en el 2011 la ASA vetó por "engañosos" otros anuncios de productos de L'Oreal también retocados con Photoshop, y protagonizados por la actriz Julia Roberts de 44 años de edad y la modelo Christy Turlington. (pp. 23-30)

Figura 1. Rachel Weisz. Fotografía prohibida en el Reino Unido por exagerar engañosamente los resultados del producto.

Figura 2. Julia Roberts. Fotografía publicitaria que muestra el exceso de retoque fotográfico en la piel.

Todavía cabe señalar, otro ejemplo significativo del 2012, tal como sucedió con un anuncio de rímel de Christian Dior. El anuncio fue prohibido en el Reino Unido por "inducir a error" al retocar digitalmente las pestañas de su protagonista, la actriz Natalie Portan, y mostrar un resultado que no se corresponde con la realidad. Además, en el anuncio, la actriz estadounidense acompañada por un texto que señala que el rímel provoca un "efecto espectacular de multiplicación del volumen, pestaña por pestaña".

Figura 2. Natalie Portman. Fotografía prohibida en el Reino Unido por exagerar los posibles efectos del producto.

Como resultado, el organismo regulador de la publicidad en el Reino Unido, decidió prohibir la campaña publicada en revistas después de que uno de los rivales de Dior en la industria de los cosméticos, a saber L'Oreal, emitiera una queja contra el anuncio por "exagerar hasta el engaño los posibles efectos del producto".

En consecuencia, la manipulación de fotografías ha generado tal controversia, que en países como Israel, el retoque de imágenes en publicidad está regulado en las industrias de cosméticos y marcas de ropa**.** Por ley, aquellas marcas que retoquen sus fotos, imágenes, etc. deberán informar al consumidor de son imágenes alteradas digitalmente.

Fotografía publicitaria.

Acerca de la fotografía publicitaria, Soria (2011) menciona que "la fotografía publicitaria propiamente dicha emerge casi hace cien años, como consecuencia e impulsora, a la vez, del consumismo que, a su vez, daba juego la publicidad. Las imágenes dirigidas a la publicidad, resultaron un trampolín de innovación y sofisticación de las técnicas". (p.16)

Por su parte, Dumm (2015), citado por Apaestegui (2015), señala que la fotografía publicitaria es la encargada de la planificación y construcción de una imagen fotográfica para ser difundida públicamente, y que intenta transmitir un mensaje o una emoción. Es decir, que no busca ser objetiva, sino lo opuesto.

Como recuerda el filólogo Amadeu Viana (2015, pág. 125), la verdad no tiene sinónimos. Pero la propaganda y la publicidad pueden construir con las verdades los sinónimos o versiones que deseen. (Laborda, 2015, p.18)

De manera tal, hay una voluntad o intencionalidad. De allí su importancia en el campo comercial, donde es frecuentemente una herramienta, cuyo fin es estimular la venta de productos o servicios.

Por tanto, se hace referencia a un proceso en el que es esencial conocer a quienes va dirigido el mensaje, y qué beneficios caben esperar de la imagen. Por ello, se debe de haber un

asesoramiento por parte del publicista o del fotógrafo en el aspecto publicitario o relativo al marketing. (p. 35)

Por su parte, Castillo (2017), citando a Piñeiro (2005), menciona que la fotografía tiene el poder de ser pregnante en la mente de las personas, y valiéndose de esto la publicidad la adoptó como herramienta para poder persuadir al público. **El objetivo de la fotografía publicitaria es lograr influir en el comportamiento del consumidor, puesto que la publicidad utiliza a la fotografía para captar una realidad, que en la mayoría de los casos suele ser estereotipada**. (p. 6) (Negrita y subrayado no son del original)

En tal sentido, en el presente, la fotografía publicitaria, utiliza una serie de herramientas digitales, y técnicas que permiten distorsionar la realidad. Se sirve de medios para manipular lo cotidiano, y crea ficciones con el objetivo de impulsar ventas.

Como recuerda el filólogo Amadeu Viana (2015, pág. 125), la verdad no tiene sinónimos. Pero la propaganda y la publicidad pueden construir con las verdades los sinónimos o versiones que deseen

Asimismo, en la actualidad el uso de "Photoshop", entre otros programas de edición, se han convertido en el instrumento más utilizadas cuando se realizan fotografías publicitarias. Es decir, el Photoshop es considerado como una herramienta necesaria para compañías, empresas de publicidad, y sobre todo en revistas de moda, ya que se han caracterizado por buscar o exponer perfección en sus imágenes.

Siguiendo una misma línea de pensamiento, el famoso programa de retoque fotográfico de Adobe**,** ha hecho desde luego la vida mucho más fácil a los creativos, y ha puesto en sus manos una increíble herramienta para estimular la imaginación de la audiencia y crear ilusiones. Sin embargo, utilizado en exceso puede ser una herramienta peligrosa, sobre todo cuando hay anuncios de firmas de moda y de cosmética de por medio.

Retoque fotográfico y publicidad engañosa.

Según Apaestegui (2015), el término "retoque", conlleva a varios usos; sin embargo, interesa destacar su acepción como la acción que se lleva a cabo para disimular imperfecciones o eliminar los errores de una obra. Por otra parte, fotográfico, es aquello vinculado a la fotografía.

Por lo tanto, hace referencia al proceso, y al resultado de modificar las características de una imagen a través de algún tipo de herramienta digital. Tales retoques se realizan a través de un software que permite corregir el contraste y el brillo de la foto, entre muchas otras cosas.

El objetivo básico del retoque fotográfico es mejorar la calidad de la imagen. De tal modo, si una fotografía salió muy oscura, ya que fue tomada con malas condiciones de iluminación, se puede retocar para aportarle claridad, y así lograr que se vean los detalles con mayor nitidez.

Sin embargo, en la actualidad la mayoría de las revistas utilizan el retoque fotográfico para borrar las imperfecciones estéticas de las modelos**.**

Más aún, a través de herramientas como el "Photoshop" o el **"**Corel Photo-Paint", entre otros programas informáticos, es posible quitar las arrugas de la piel, eliminar imperfecciones como cicatrices o manchas, reducir el abdomen y agregar busto. (pp.44 -45)

Retoque fotográfico y polémica.

El abuso del retoque fotográfico que existe actualmente, ha generado muchos comentarios**,** polémicas y discusiones en diferentes campos. Muchas son las preguntas de hasta dónde se puede llegar con el retoque digital, para que no altere en exceso el contenido original de una imagen, y de tal modo no desvirtúe la realidad.

Es obvio que el retoque de imágenes, ya sea con Photoshop o con cualquier otro software de edición, es inherente a la fotografía digital, ya sea para recortar, reducir el tamaño o simplemente mejorar el contraste y la iluminación. Es decir, es comprensible que unos ajustes

básicos, no alteran el resultado, sino simplemente lo mejoran en cuanto a calidad visual, y técnica.

Sin embargo, la polémica llega cuando una fotografía lleva un procesado excesivo con eliminación o sustitución de elementos fundamentales, y llega a convertirse en una imagen que guarda poca similitud con el original. Es necesario recalcar, que lo anterior, no significa que se pueda utilizar de llamativa, valiosa y creativa; es decir, todo depende del contexto y la intención. (Ibídem, 46-50)

Capítulo III: Marco Metodológico

Enfoque

El enfoque utilizado en la presente investigación, es de carácter cualitativo, ya que se busca explorar a profundidad un fenómeno de naturaleza jurídica-social actual, que no ha sido abordado hasta el momento en el país. A saber, no existe una normativa que regule el uso de fotografías publicitarias con modelos que han sido retocadas digitalmente para fines comerciales.

Al respecto Hernández, Fernández y Batista (2010) indican que "la investigación cualitativa proporciona profundidad a los datos, dispersión, riqueza interpretativa, contextualización del ambiente o entorno, detalles y experiencias únicas. También, aporta un punto de vista fresco, natural y holístico de los fenómenos, así como flexibilidad". (p.17)

Además, el enfoque cualitativo ¨utiliza la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación" (Ibídem, 7).

De tal manera, la recolección de datos para el desarrollo de la presente investigación, se hará a través de una entrevista estructurada con expertos en el tema, y no por medio de un análisis de estadístico.

Tipo

El tipo de investigación que se plantea para el desarrollar el trabajo, es el estudio exploratorio, ya que no existen en el país precedentes del tema planteado.

Así, los estudios exploratorios se realizan cuando el objetivo es examinar un tema o problema de investigación poco estudiado, del cual se tienen muchas dudas o no se ha abordado antes. Es decir, cuando la revisión de la literatura reveló que tan sólo hay guías no

investigadas e ideas vagamente relacionadas con el problema de estudio, o bien, si se desea indagar sobre temas y áreas desde nuevas perspectivas.

Además, sirven para familiarizarse con fenómenos relativamente desconocidos, obtener información sobre la posibilidad de llevar a cabo una investigación más completa respecto de un contexto particular, investigar nuevos problemas, identificar conceptos o variables promisorias, establecer prioridades para investigaciones futuras, o sugerir afirmaciones y postulados. (Ibídem, 79)

Diseño

Como se afirmó anteriormente, el enfoque de la investigación es de carácter cualitativo, y en virtud del problema planteado, el diseño del proceso es la denominada investigación-acción.

La finalidad de la investigación-acción es resolver problemas cotidianos e inmediatos (Álvarez-Gayou, 2003; Merriam, 2009), y mejorar prácticas concretas. Su propósito fundamental se centra en aportar información que guíe la toma de decisiones para programas, procesos y reformas estructurales.

En este sentido, Sandín (2003, p. 161) señala que la investigación-acción pretende, esencialmente, "propiciar el cambio social, transformar la realidad y que las personas tomen conciencia de su papel en ese proceso de transformación". Por su parte, Elliot (1991) conceptúa a la investigación-acción como el estudio de una situación social con miras por mejorar la calidad de la acción dentro de ella. Para León y Montero (2002) representa el estudio de un contexto social donde mediante un proceso de investigación con pasos "en espiral", se investiga al mismo tiempo que se interviene" (Hernández et al., 2010, pág. 509)

Muestra de la investigación

Para poder desarrollar a cabalidad la investigación mediante la muestra de expertos, se cuenta con la participación de dos especialistas en la materia de derechos de consumidor. Así, los sujetos que se han seleccionado para realizar la muestra son personas con trayectoria laboral y en ejercicio de su profesión en el ámbito de publicidad.

De tal manera, los expertos seleccionados laboran en el departamento de Educación al Consumidor y Ventas a Plazo que pertenece a la Comisión Nacional del Consumidor. Los especialistas en la materia son el Lic. Luis Felipe Chacón y la Lcda. María Ester Caravaca. El Lic. Chacón posee un título de Licenciatura en Derecho y labora desde el año 2006 en el M.E.I.C. Por su parte, la Licda. Caravaca posee un título de Licenciatura en Administración y trabaja en la Institución desde el año 1992. Así, para efectos del Capítulo IV: Unidades de análisis, se tiene como participante número uno al Lic. Chacón y como participante número dos a la Lcda. Caravaca.

Unidades de análisis

Para el desarrollo de la investigación, es menester tomar como base las unidades de análisis. Las unidades de análisis son derivadas de los contenidos de cada objetivo específico y corresponden a lo más importante en el estudio realizado, ya que contienen una línea teórica y conceptual dentro del marco teórico.

A partir del primer objetivo específico de la investigación, se tomará la siguiente unidad de análisis:

- Derechos del consumidor en el marco del ordenamiento jurídico costarricense.

Con base en el segundo objetivo específico del estudio, se tomará la siguiente unidad de análisis:

- Protección administrativa del consumidor contra la publicidad engañosa.

En concordancia con el tercer y último objetivo específico del trabajo, se tomará la siguiente unidad de análisis:

- Solución jurídica de amplio espectro que tutele el uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente en concordancia con la normativa costarricense.

Instrumento

El instrumento que se va a utilizar en la investigación, para recabar información es la entrevista. El propósito de las entrevista, será obtener información sobre el tema planteado en un inicio, para analizar posteriormente, toda la información, y así poder responder a la problemática que se estableció.

Según Hernández et al. (2010), el instrumento de la entrevista puede establecerse como:

> […] una reunión para conversar e intercambiar información entre una persona (el entrevistador) y otra (el entrevistado) u otras (entrevistados). En el último caso podría ser tal vez una pareja o un grupo pequeño como una familia (claro está, que se puede entrevistar a cada miembro del grupo individualmente o en conjunto; esto sin intentar llevar a cabo una dinámica grupal, lo que sería un grupo de enfoque) (p. 418).

Las entrevistas serán estructuradas, es decir, con una serie de preguntas previamente establecidas, y realizadas con base en las unidades de análisis. Así, buscando la fluidez de interrogantes y respuestas para lograr la comunicación y la construcción conjunta de significados respecto del tema en cuestión.

Proceso para la recopilación de datos

La recolección de datos a través de la entrevistas, se llevan a cabo en las oficinas de la Comisión Nacional del Consumidor, ubicadas 400 metros al Este del Periódico La Nación, Oficentro ASEBANACIO. Estas se realizan a las 14:00 y 14:30 horas del jueves 8 de noviembre de 2018.

Método de análisis

El método de análisis seleccionado para desarrollar la investigación, es el método de factorización propuesto por el investigador Roberto Hernández Sampieri en su libro "Metodología de la investigación**". Dicho método indica que de los objetivos específicos saldrán las unidades de análisis, que tienen contenido en el marco teórico, y que se dividirán en categorías para describirlas, analizarlas e interpretar los datos para contestar la pregunta de la investigación.** (Negrita y subrayado no son del original)

Capítulo IV: Análisis de Resultados

Primera unidad de análisis: derechos del consumidor en el marco del ordenamiento jurídico costarricense

La primera unidad de análisis, a saber, los derechos del consumidor en el marco del ordenamiento jurídico costarricense, se divide en las categorías de normativa costarricense y clasificación de los derechos del consumidor. Así, para efectos de la investigación, las categorías de normativa costarricense y clasificación de los derechos del consumidor, se basan en la descripción que tiene como referente la Ley de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor.

Categoría normativa costarricense.

Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472.

Como se mencionó anteriormente, la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472 entró en vigencia el 19 de enero de 1995; es decir, antes de la reforma constitucional del año 1996 que les dio rango de Derecho fundamental a los derechos del consumidor.

La propuesta de ley fue presentada en la corriente legislativa en diciembre de 1992, como una iniciativa del Poder Ejecutivo, propiamente por el Ministro de Economía Industria y Comercio de aquel entonces, Gonzalo Fajardo Salas, quien, posteriormente, participó en la tramitación del proyecto como diputado de la República.

Para la redacción del proyecto, se tomó como base legislaciones similares de otros países, tales como: Chile, Argentina, México, España, Alemania, Brasil, Venezuela y Estados Unidos. Además, se contó con la colaboración de expertos nacionales e internacionales en la materia, entre ellos los doctores Gabriel y Rubén Stiglitz, renombrados juristas argentinos; así como los

nacionales Francisco Castillo, Rubén Hernández y Víctor Pérez, quienes también hicieron sus aportes al texto. (Ernesto y Sáenz, 2016, p.74)

En la exposición de motivos del expediente número 11659, que, posteriormente, se convirtió en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, se indica lo siguiente:

> Es necesario combinar, en forma armónica y equilibrada, los requerimientos de la apertura comercial de nuestro país, que fomenta la participación del mayor número posible de agentes económicos en el mercado, con la necesidad imperiosa de proteger al consumidor frente a las prácticas y estrategias empresariales, cada vez más ingeniosas y dinámicas a que se verá expuesto, en forma creciente, conforme la apertura se vaya consolidando.
>
> La política de defensa de los derechos del consumidor debe modernizarse, mediante la introducción de todo un conjunto de medios de protección jurídica e impugnatorios idóneos, para los fines tutelares que se persiguen y, a través de programas imaginativos e integrales que promuevan y garanticen esa protección adecuadamente, mediante la educación, la información individual y colectiva, y la organización de los consumidores. Atribuimos al Estado un papel preponderante en la promoción de estas organizaciones, sobre todo, a través de su compromiso de apoyarlas financieramente y responsabilidad de incorporar en los diferentes programas de los Ministerios e instituciones públicas, según sus respectivas competencias, esa nueva concepción de defensa efectiva del consumidor.

Según Battello et al. (2016), la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva el Consumidor, se encuentra dividida básicamente en dos partes. La primera, se encuentra del capítulo I a V, comprensivos de los artículos 1 a 30 que se ocupan de la competencia y la lealtad comercial. En esa primera parte de la Ley se regulan las relaciones entre proveedores de bienes y servicios; asimismo, en esa primera sección se ofrecen importantes definiciones que incluyen conceptos, tales como proveedor, consumidor agente económico, contrato de adhesión, entre otras. Sobre dichas definiciones significantes gira todo el sistema protectorio establecido en la ley.

Así, la primera parte de la Ley tiene por finalidad establecer reglas claras y límites precisos entre los agentes económicos que operan en el mercado. Esta sección se refiere más a ellos que a la vinculación directa que el sector empresario mantiene con su clientela (los usuarios y consumidores de bienes y servicios). El objetivo principal es evitar conductas que representen una deslealtad comercial y perjuicio para la libre competencia. En suma: son disposiciones para asegurar la transparencia de los mercados. Para lograr dicha meta, la Ley determina la creación de dos organismos de control estatal. El primer ente es la Comisión de mejora regulatoria, conferida en el artículo 18 y siguientes de la Ley. El segundo es el organismo oficial es la Comisión para promover la competencia, establecida en el artículo 21 y siguientes del mismo cuerpo normativo. Ambas agencias públicas procuran llevar adelante los propósitos de la Ley manteniendo el buen funcionamiento del mercado de bienes y servicios.

La segunda parte de la Ley, se ocupa de la Defensa Efectiva del Consumidor, y consta de 32 artículos que incluyen todos los aspectos importantes que rodean a las relaciones de consumo. Entre otras cuestiones regula: los derechos del consumidor, las obligaciones fundamentales de los proveedores, el régimen de las garantías, la publicidad, los contratos de adhesión, las cláusulas abusivas, etc. Asimismo, la norma incluye un procedimiento administrativo que debe ser tramitado ante la Comisión Nacional del Consumidor, con base en los artículos 47 y siguientes de la Ley. (pp. 27-28)

De tal manera, en el artículo 32 de dicho cuerpo normativo, se establece el bloque de legalidad en materia de los derechos del consumidor de la siguiente manera: tratados y convenciones Internacionales de las que Costa Rica es parte, legislación interna ordinaria, reglamentos, principios generales de Derecho, usos, y costumbres. Añade que los derechos que se establecen son fundamentales e irrenunciables por parte del consumidor.

Artículo 32 – Derechos del consumidor

> Sin perjuicio de lo establecido en tratados, convenciones internacionales de las que Costa Rica sea parte, legislación interna ordinaria, reglamentos, principios generales del Derecho, usos y costumbres, son derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor, los siguientes:

a. La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, su seguridad y el medio ambiente.

b. La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales.

c. El acceso a una información, veraz y oportuna, sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio.

d. La educación y la divulgación sobre el consumo adecuado de bienes o servicios, que aseguren la libertad de escogencia y la igualdad en la contratación.

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.

f. Mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud la lesión de estos, según corresponda.

g. Recibir el apoyo del Estado para formar grupos y organizaciones de consumidores y la oportunidad de que sus opiniones sean escuchadas en los procesos de decisión que les afecten.

De igual manera, las obligaciones de los comerciantes, contempladas en el artículo 34, se convierten, por interpretación derivada del texto, en Derechos de los consumidores, por lo que vienen a reforzar su condición primaria.

Artículo 34 – Obligaciones del comerciante

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

a) Respetar las condiciones de la contratación.

b) **Informar suficientemente al consumidor, en español y de manera clara y veraz, acerca de los elementos que incidan de forma directa sobre su decisión de consumo.** Debe enterarlo de la naturaleza, la composición, el contenido, la fecha de caducidad, el

peso, cuando corresponda, de las características de los bienes y servicios, el país de origen, el precio de contado en el empaque, el recipiente, el envase o la etiqueta del producto y la góndola o el anaquel del establecimiento comercial, así como de cualquier otro dato determinante, como sustancias adicionales que se le hayan agregado al producto original.

En el caso de los productos agropecuarios, debe indicarse el país de origen de cada producto en un lugar visible del empaque, el envase o la etiqueta, así como la fecha de producción o procesamiento en el país de origen. Tratándose de productos no empacados o envasados, esta información deberá consignarse en un lugar visible y claramente legible de la góndola o el anaquel del establecimiento comercial donde se encuentren ubicados. En todos estos casos, los productos nacionales deberán identificarse con la frase: "Producido en Costa Rica" u otra que permita identificar claramente el origen del producto. La verificación de lo dispuesto en el párrafo anterior, en materia de información y trazabilidad, la deberán realizar el Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG), el Ministerio de Salud y el Ministerio de Hacienda por medio de la Dirección General de Aduanas, de conformidad con lo que al efecto dispongan los reglamentos técnicos específicos aplicables a cada producto.

Si se trata de productos orgánicos, esta condición deberá indicarse en un lugar visible. Además, la etiqueta del producto deberá indicar cuál es el ente certificador.

De acuerdo con lo dispuesto en el reglamento de la presente ley, cuando el producto que se vende o el servicio que se presta se pague al crédito, deben indicarse siempre, de forma visible, el plazo, la tasa de interés anual sobre saldos, la base, las comisiones y la persona física o jurídica que brinda el financiamiento, si es un tercero.

c) Ofrecer, promocionar o publicitar los bienes y servicios de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 de esta Ley.

d) Suministrar, a los consumidores, las instrucciones para utilizar adecuadamente los artículos e informar sobre los riesgos que entrañe el uso al que se destinan o el normalmente previsible para su salud, su seguridad y el medio ambiente.

e) Informar al consumidor si las partes o los repuestos utilizados en reparaciones son usados. Si no existe advertencia sobre el particular, tales bienes se consideran nuevos.

f) Informar cuando no existan en el país servicios técnicos de reparación o repuestos para un bien determinado.

g) Garantizar todo bien o servicio que se ofrezca al consumidor, de conformidad con el artículo 43 de esta Ley.

h) Abstenerse de acaparar, especular, condicionar la venta y discriminar el consumo.

i) Resolver el contrato bajo su responsabilidad, cuando tenga la obligación de reparar el bien y no la satisfaga en un tiempo razonable.

j) Fijar plazos prudenciales para formular reclamos.

k) Establecer, en las ventas a plazos, garantías de pago proporcionales a las condiciones de la transacción.

l) Cumplir con los artículos 38, 39, 40,41, 42,43, 44 y 44 bis de esta ley.

m) Cumplir con lo dispuesto en las normas de calidad y las reglamentaciones técnicas de acatamiento obligatorio.

n) Mantener en buenas condiciones de funcionamiento y debidamente calibradas la pesas, las medidas, las registradoras, las básculas y los demás instrumentos de medición, que utilicen en sus negocios.

ñ) Extender la factura o el comprobante de compra, donde conste, en forma clara, la identificación de los bienes o servicios, así como el precio efectivamente cobrado. En los casos de ventas masivas, se faculta al Ministerio de Economía, Industria y Comercio para autorizar el establecimiento de otros sistemas mediante los cuales se compruebe la compra.

o) Apegarse a la equidad, los buenos usos mercantiles y a la ley, en su trato con los consumidores.

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 incumplimiento de alguna de las obligaciones enumeradas en este artículo, faculta al interesado para acudir a la Comisión Nacional del Consumidor creada en esta Ley, o a los órganos jurisdiccionales competentes y para hacer valer sus derechos, en los términos que señala el artículo 46 de la presente Ley. (Negrita y subrayado no son del original)

Descripción

Experto uno número uno (Lic. Chacón)

Sí. A nivel de la Ley 7472, uno de los pilares del Derecho del consumidor, es básicamente que al consumidor se le tiene que dar por parte del comerciante una información, clara, veraz y oportuna. Eso se encuentra regulado, tanto en el Reglamento de la Ley 7472 como en la ley propiamente. Con respecto de alguna modificación, la publicidad tiene que ser veraz, clara, legible con respecto de la información que se le va a brindar al consumidor dependiendo del bien o servicio que se quiere publicitar, según las características del bien o servicio ofertado. Lo anterior, sería en cuanto a la veracidad. En cuanto al contenido, se encuentra relacionado con la claridad de la publicidad propiamente del bien o servicio. Por tanto, todas esas condiciones se le tienen que informar previamente para que pueda tomar una decisión de consumo. Y lo último, que sea legible con respecto de que debe permitir una fácil y adecuada lectura de su contenido.

Experto número dos (Licda. Caravaca).

No, en esa materia, no nos metemos. Simplemente revisamos de acuerdo a lo que diga la Ley 7472, y la ley con respecto a retoques digitales en personas físicas no indica nada.

Análisis

En relación con la primera categoría, lo primero que llama la atención es el antagonismo entre las respuestas del experto número uno y la experto número dos. Es decir, el experto número uno menciona que el Ministerio de Economía, Industria y Comercio a través de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor exige a los proveedores que se advierta sobre el producto cuando el mismo ha sido alterado digitalmente (persona física). Por el contrario, la experta número dos señala que la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor no indica acerca de retoques digitales en personas, y por tanto, no fiscalizan ese tipo de prácticas.

Asimismo, es notorio que si se coteja la descripción de la categoría con las respuestas de los dos expertos, ambos tienen en parte razón. Ambos tienen razón en tanto, que es cierto que la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor le da una serie de derechos a los consumidores; a saber, protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, la protección de sus legítimos intereses económicos, el acceso a una información, veraz y oportuna sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, entre otros derechos. Y una serie de obligaciones a los proveedores; a saber, informar suficientemente al consumidor, en español y de manera clara y veraz, acerca de los elementos que incidan de forma directa sobre su decisión de consumo. Debe enterarlo de la naturaleza, la composición, el contenido, la fecha de caducidad, el peso, cuando corresponda, de las características de los bienes y servicios, el país de origen, el precio de contado en el empaque, el recipiente, el envase o la etiqueta del producto y la góndola o el anaquel del establecimiento comercial, así como de cualquier otro dato determinante, como sustancias adicionales que se le hayan agregado al producto original, entre otras. Sin embargo, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, no regula el uso de fotografías publicitarias con modelos que han sido retocadas digitalmente, y por tanto, no exige a los proveedores que se advierta sobre el producto o persona ha sido alterado digitalmente.

Categoría clasificación de los derechos del consumidor.

En Costa Rica, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, establece en el artículo 1, los fines y objetivos de la misma. A saber, el artículo 1 menciona lo siguiente:

> Proteger efectivamente los derechos y los intereses legítimos el consumidor, la tutela y la promoción del proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención, la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado y la eliminación de las regulaciones innecesarias para las actividades económicas.

La primera parte del artículo citado *supra*, se desarrolla a través de una serie de derechos del consumidor que vienen establecidos en el numeral 32 del mismo cuerpo normativo. A continuación, se desarrollan de una manera puntual cada uno de los derechos.

Derecho a protección contra riesgos que puedan afectar salud, seguridad y el medio ambiente.

El derecho a la salud, si bien no se encuentra expresamente regulado en la Carta Magna, tiene su derivación del artículo 21 que consagra el derecho a la vida, pues ahí se aborda la salud desde un punto de vista integral, tal y como lo hace la Organización Mundial de la Salud, al definirla como "estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedades o afecciones".

Artículo 21 – La vida humana es inviolable.

Battello et al. (2016), citando a Frustagli y Hernández (2013), mencionan que "existe un fuerte interés social por garantizar la seguridad de los bienes que comercializan como una forma de resguardar el derecho a la salud de los consumidores, y en miras de afianzar también su calidad de vida…". (p. 211)

Asimismo, Saborío (2003) citando a Stiglitz (1986), menciona en cuanto al énfasis a la protección de la salud del consumidor lo que "el interés primario del consumidor […]

conformado, por una pretensión vital, la del mantenimiento de las condiciones genuinas de integridad psicofísica del género humano, condiciones amenazadas, sin embargo, por la transformación del consumidor en un objeto de mercado de masa…". (p.75)

En consecuencia de lo anterior, se le impone al Estado el deber de proveer servicios de salud a los habitantes de manera eficaz, eficiente, oportuna y sin ningún tipo de discriminación, siempre buscando el mayor bienestar.

De tal manera, el consumidor puede poner en riesgo su salud, y seguridad en distintas ocasiones producto de la relación de consumo. Sin embargo, no es de interés para la presente investigación, analizar los casos en que la puesta en riesgo se debe a la información.

En dicha 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. Tal 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. (Piedra, 2012, pp. 40-41)

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.

> Artículo 260.- Queda prohibida 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.
>
> Se estima especialmente engañosa y perjudicial, para los efectos de esta ley y sus reglamentos, 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 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.

Acerca del derecho a la seguridad de los consumidores, Japaze (2009), citado por Battello et al. (2016), menciona lo siguiente:

> […] el reconocimiento del derecho a la salud y a la seguridad impone al empresario el deber de prevenir la afectación de tales bienes mediante la adopción de un comportamiento positivo. No alcanza con pretender que el proveedor se abstenga de poner en riesgo la salud del consumidor. Debe implementar medidas necesarias para prever el daño amenazante, controlarlo y así evitar la mengua a la salud del consumidor y la afectación de su seguridad. (p. 213).

En un mismo sentido, Chacón et al. (2015), señalan lo siguiente:

> Respecto al derecho a la seguridad de los consumidores, se parte de la idea de que éstos compran un producto o contratan un servicio para contribuir a su bienestar general, no para perjudicarse a sí mismos. Por ello se encuentre en armonía con los derechos a la salud y al ambiente, pues de lo que se trata es que el consumidor, cuando opte por el consumo, lo haga de manera informada y sin poner en riesgo su integridad. (p.18)

En relación con el derecho al medio ambiente, se presenta desde dos vertientes. Por un lado como derecho, se le impone al Estado la obligación de preservarlo, y conservarlo para que los habitantes puedan desenvolverse en forma armoniosa con el medio. Por otro lado, se establece como deber, pues todo habitante está en la obligación de hacer un uso racional de los recursos ambientales, buscando que todos sin excepción puedan disfrutar de dicho derecho.

Chacón et al. (2015), citando a González (2001), mencionan que "[…] la reforma que se le dio al artículo 46 constitucional para establecer los derechos de los consumidores y usuarios "logró integrar el criterio de protección al ambiente y al consumidor, consagrando el concepto moderno de que los consumidores son en buena forma, los mejores protectores del ambiente". (p. 18)

Derecho a protección de legítimos intereses económicos y sociales.

En relación con el derecho a protección de legítimos intereses económicos y sociales, Alpízar, López y Brenes (2005), citados por Chacón et al. (2015), dicen que los intereses económicos son "aquellos de contenido meramente patrimonial, ligados a la pretensión de calidad de los productos y servicios, a la vigencia de una verdadera justicia contractual y sobre todo a un sistema efectivo de compensar los daños sufridos". (pp. 18-19).

En un mismo sentido, Chacón et al. (2015), citando a Farina (1999), mencionan que implica que éste no sea engañado y que pueda contratar en forma equitativa e informada, es decir, conocer y entender con precisión y exactitud las condiciones del contrato, extendida esta protección a la fase de ejecución contractual, previéndose así la posibilidad de ejercer la garantía respectiva. (Ídem)

De igual forma, Piedra (2012) establece lo siguiente:

> 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" y que impidan [...] la comercialización basada en afirmaciones falsas o capciosas y los fraudes en la prestación de servicio. (p.88)

Siguiendo una misma línea de pensamiento, Ovalle (2001), menciona que los compradores de bienes o servicios deben de ser protegidos contra los abusos de poder del proveedor; en particular, contra los contra tipo (o de adhesión) establecidos unilateralmente, la exclusión abusiva en los contratos básicos, las condiciones abusivas de crédito, el requerimiento de pago de mercancías no ordenadas y los métodos de venta agresivos. El consumidor debe de ser protegido contra los daños provocados a sus intereses económicos producto defectuoso o un servicio deficiente. La presentación y promoción de bienes y servicios, incluyendo los servicios financieros, no deben ser concebidas de forma que engañen, directa ni indirectamente, a la persona que se le ofrecen o a través de la que se solicitan. Ninguna forma de publicidad visual o auditiva debe inducir a error al cliente potencial del producto o del servicio. (p. 8)

Derecho a recibir información veraz y oportuna.

Según González (2001), el derecho de información va a formar al consumidor, de tal manera, que además de conocer las características esenciales de los productos, tales como su naturaleza, calidad, cantidad, duración y precio, va a realizar una elección racional entre los distintos bienes de consumo que se le ofrecen y va a utilizar el producto con seguridad y satisfacción, permitiéndole un empleo más racional de los medios adquisitivos en su poder. (p.72)

Por su parte, Álvarez (2015) aunque en un principio se consideraba por la doctrina como un derecho instrumental al servicio de los derechos esenciales, como la protección de la salud o de los legítimos intereses económicos y sociales, la eclosión normativa experimentada en desarrollo del mismo, lo ha convertido en un derecho esencial, cuyo incumplimiento puede tener diversas consecuencias, según los casos y según el contenido que se haya omitido, (como por

ejemplo, o anulabilidad del contrato, o la ampliación del plazo para desistir, etc.). El derecho a la información del consumidor implica simultáneamente el deber del profesional de prestar dicha información. Es un deber preeminentemente precontractual, aunque puede llegar a cumplirse en el momento de la celebración del contrato o de su ejecución. (pp. 40-41)

Así, Farina (2008), citado por Battelo et al. (2016), mencionan en relación con el Derecho de la información oportuna lo siguiente:

> […] podemos sostener que este deber de información comprende –como dijimos- las tres etapas del iter negocial: a) en primer lugar, contempla el aspecto precontractual, al incluir la obligación de suministrar los datos que le permitan al consumidor celebrar reflexivamente el contrato…b) en segundo término, abarca toda la información necesaria en la etapa posterior a su celebración, tanto en el momento de la entrega de la cosa como durante la prestación del servicio del servicio…c) por último, incluye toda la información que resulte indispensable después de entregada la cosa, para un disfrute adecuado de ésta, de acuerdo con su naturaleza, complejidad y riesgos…" (p.162)

Siguiendo una misma línea de pensamiento sobre la importancia de contar con información veraz y oportuna, Chacón et al. (2015), citando a Ruiz (2006), exponen lo siguiente:

> El consumidor de un bien o usuario de un servicio ha de ser consciente y conocer la realidad del producto que va a adquirir, sólo de esa manera estará protegido frente a quienes intenten engañarle. La forma habitual de adquirir un bien o acceder a un servicio es a través de la contratación… es importante conocer aquello que estamos haciendo, es decir, estar informados del contrato que vamos a realizar y del producto que vamos a adquirir. (p.20)

De tal manera, lo que se pretende es que el consumidor esté al tanto de todas las posibilidades que pueden surgir si adquiere, disfruta o utiliza un bien o servicio. Para tal fin, la información debe ser la adecuada. Es decir, debe ser suficiente lo que se informa, así como veraz, en el sentido de que el empresario debe suministrar una información objetiva, y libre de sesgos o mentiras. El propósito de que el consumidor pueda analizar todas las ofertas, con su respectiva información, y decidirse a contratar la que más le convenga.

Por su parte, Guillén (2012) señala lo siguiente:

> El comprador de bienes o servicios, tiene legítimo derecho a disponer de una información adecuada que le permita: conocer las características esenciales de los bienes y servicios que se le ofrecen (naturaleza, calidad, cantidad, y precios), efectuar una elección racional entre los bienes y servicios con toda seguridad y de manera satisfactoria y reivindicar la representación de los eventuales daños causados por el bien o servicio recibido. (p.33)

Asimismo, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en la Resolución número 094-F- 2009 de las 15:50 horas del 29 de enero de 2009, estableció que "… La información es el principal instrumento con que cuentan los consumidores para hacer frente a las técnicas agresivas del comercio moderno. De una buena información depende un consentimiento libremente formado y exento de vicios".

Siguiendo una línea de pensamiento, la C.N.C. en la Resolución número 316-00 de las 18:10 del 17 de julio de 2001 estableció lo siguiente:

> […] la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, señala como obligación ineludible del comerciante "informar suficiente al consumidor, en español, de manera clara y veraz, acerca de los elementos que incidan en forma directa sobre su decisión de consumo." El principal objetivo del derecho de información, es el conocimiento por parte del consumidor de todas las condiciones de la negociación que va a realizar y de las características de los productos comercializados, para evitar la compra de aquellos nocivos para la salud o para su peculio. Este deber genérico de información veraz al consumidor se refleja de manera particular, entre otras formas, en la publicidad de un determinado producto.

Derecho a libertad de elección.

Según Chacón et al. (2015), el derecho a la libre elección, se traduce en la posibilidad que tiene el consumidor de elegir de entre los distintos bienes y servicios, que se le presenten dentro del marco de la leal competencia; es decir, que escoge una opción luego de examinar las demás existentes.

En el transcurso del proceso de elección, converge una serie de factores que acompañan a los consumidores en su cotidianidad; entre ellos factores sociales, políticos, económicos y psicológicos. Para que la decisión de un consumidor se considere pertinente, se debe hacer en equilibrio con dichos agentes; es decir, evaluando, comparando, analizando ventajas y desventajas, para decidir posteriormente. De tal manera, el derecho a la libre elección presenta relación con otros derechos; a saber, a la información, a ser escuchado, y a la educación, pues se busca que los consumidores tomen las mejores decisiones de forma informada, y elijan lo que más se ajuste a sus intereses y posibilidades. (pp. 21-22)

Se debe de agregar, que, según Saborío (2005), los agentes que influyen en la decisión del consumidor pueden ir desde el precio hasta la atracción por la apariencia del producto en una vitrina, y debido a ello, es que se debe analizar el derecho de elección del consumidor como un derecho de elección del consumidor como un derecho enmarañado.

De tal manera, no se puede afirmar que existe el derecho de elección del consumidor solamente por la presencia de varios oferentes en el mercado, pues para que haya una verdadera elección por parte del consumidor éste debe estar informado y consciente de una serie de aspectos que pueden influir su escogencia.

Así, el derecho de elección se relaciona directa o de manera indirecta con los otros derechos del consumidor, fundamentalmente con el derecho de ser informado, a educación y a ser escuchado. Pero también, se vincula en forma esencial a todo lo que tiene que ver con la publicidad, y desde luego va a tener sus particularidades o limitaciones cuando existen monopolios del mercado.

Por tanto, el derecho de elección del consumidor es entonces la posibilidad para este último de adquirir un bien o servicio, tomando una libre decisión. Es decir, luego de haber analizado las posibilidades existentes e identificando las prácticas que tienen por objeto sorprenderlo y forzarlo a consentir en la celebración de un negocio que en realidad no desea. (pp. 62-63)

Asimismo, la C.N.C. en la Resolución número 298-02 de las 13:14 horas del 14 de junio de 2001, estableció que "El comerciante tiene el deber de informar acerca de todos los elementos que inciden en forma directa sobre la decisión de consumo, y sobre las características de los bienes y servicios ofrecidos."

Derecho a la educación y divulgación sobre el consumo adecuado.

La educación de los consumidores debe estar encaminada a que el consumidor utilice los conocimientos, y la información que tiene a su alcance, para que tome decisiones en materia de consumo de forma responsable y en pro de su bienestar.

De tal manera, Bulgarelli (1994), citado por Chacón et al. (2015), menciona que "el derecho a la educación que tienen los consumidores consiste en implementar conocimientos indispensables en tanto estos son sujetos protagonistas del mercadnga1o. Educación vienen ser las enseñanzas con las que debe contar la población en un nivel de organización y sistematización como el que poseen las empresas, que mientras el consumidor no aprenda a detectarlas debe de soportarlas". (p.23)

Siguiendo una misma línea de pensamiento, Saborío (2005), menciona que el derecho a la educación del consumidor va a consistir en adoptar los conocimientos indispensables para actuar fuera de peligro, en su calidad de sujeto principal del mercado. Son enseñanzas que deben brindarse a la población con un nivel de organización y sistematización tan elevado como el que tienen las técnicas de agresión de las empresas, que mientras el consumidor no aprenda a detectarlas debe de soportarlas.

Así, la educación del consumidor debe de ser parte de un programa coherente y organizado, además de la necesidad de que existan objetivos y métodos claros, pues sólo de esta forma es posible conseguir las metas o fines propuestos. En tal sentido, es importante iniciar educando al ciudadano más joven, porque es en ese momento que el individuo es capaz con mayor facilidad los distintos elementos didácticos que se le presenten, de manera que resulte ser un logro de las futuras generaciones de consumidores. (pp. 66-67).

De igual manera, Mora (2003), señala que "es el derecho de adquirir y desarrollar los conocimientos y la capacidad para actuar en forma consciente y responsable como consumidor informado. Por tanto, con el derecho a la educación se pretende que el consumidor adquiera conocimientos que le permitan actuar objetiva y racionalmente en las decisiones de sus compras."

Además, el autor citando Stiglitz (1990), señala que finalidad del derecho a la educación es:

> …el desarrollo de la virtud de la atención y de un sentido crítico, que coloca al hombre en guardia; a la vez instruido y despierto para afrontar la lucha de las situaciones cotidianas. Por ello mismo, es esencial que el cúmulo de elementos didácticos se dirija al adolescente, al elemento humano más fértil para absorber verdaderamente pautas de civilización, que inexorablemente han de germinar a la manera de un fecundo fortalecimiento de la posición de las futuras generaciones. (pp. 27-28)

Asimismo, Guillén (2012), menciona que la expansión del comercio y la constante publicidad hacia los consumidores hace necesario que se tomen medidas para el desarrollo y fortalecimiento de las organizaciones de consumidores, a través de programas de educación y formación que hagan que estas entidades sean verdaderos centros de orientación y apoyo para los consumidores.

De tal manera, es necesario el cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones reguladoras y educativas en el ámbito de las relaciones de consumo, apoyando el aparato normativo con campañas eficaces de información y con mecanismos administrativos y judiciales de tutela de los derechos de los consumidores. (p. 32)

Por último, según González (2001), a nivel político internacional se ha reconocido que, si los consumidores se comportan de una manera más racional, comparando los precios, las calidades y los servicios antes de comprar, podrían contribuir a frenar las alzas de los precios y ayudar a los responsables políticos en la lucha contra la inflación. La manera de hacer comprender a los consumidores la influencia que puede ejercer es informándoles y educándoles sobre sus propios problemas como consumidores desde la edad escolar. Ahora bien, también los adultos deben ser educados de forma que se conviertan en consumidores conscientes de sus derechos y responsabilidades. El derecho a la educación tiene como fundamento otro derecho de los consumidores, que es el de escoger con conocimiento de causa; el derecho de elección difícilmente podrá ser ejercido sin una previa educación. (p.75)

Derecho a la protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, las prácticas y cláusulas abusivas.

Acerca del derecho a la protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, Battello et al., (2016), mencionan que lo primero que se debe de advertir es que la ubicación de la publicidad engañosa desde un punto de vista sistemático, es un poco desordenada. No existe un derecho a la publicidad engañosa. Lo que la Ley quiere señalar, es que ante eventuales publicidades engañosas los individuos podrán recurrir en queja judicial o administrativa.

Una vez aclarado el error de sistémica legislativa, es conveniente pasar a analizar la cuestión de la publicad engañosa**. En materia de publicidades engañosas, el logro y el objetivo del Estado no debe centrarse en la aplicación del castigo sino en la prevención. La descomunal envergadura de las empresas que comercializan masivamente bienes y servicios indica que cualquier sanción económica que se le aplique siempre será insuficiente. La tarea preventiva es indispensable. Las empresas deben de llegar a la convicción que hacer publicidades falsas y engañosas no les conviene.** El lucro y el interés es la única motivación que determina las acciones empresariales. (pp. 182-183) (Negrita y subrayado no son del original)

Por su parte, Brenes (2009), señala que en sede administrativa se ha establecido por parte de la Procuraduría de la República y la Comisión Nacional del Consumidor, una similitud en cuanto a la vía idónea para accionar ante infracciones de la Ley. La primera considera que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Protección al Consumidor, la exclusión de la vía administrativa por la vía judicial es una opción dentro de las dos alternativas que ofrece la norma. A saber, acudir en primera instancia a la vía administrativa y luego agotada ésta, a la judicial; o la de accionar directamente ante los órganos jurisdiccionales, excluyendo la vía administrativa y luego de agotada ésta, a la judicial; o la de accionar directamente ante los órganos jurisdiccionales, excluyendo la vía administrativa, siempre que se estén discutiendo en ambos los mismos aspectos del problema. En concordancia, se reitera que la vía admirativa no excluye la posibilidad de revisión judicial de lo resuelto en ella, por tratarse de una vía previa y subordinada al Poder Judicial (Dictamen C-027-98 de la Procuraduría General de la República de Costa Rica). La segunda oficina, siguiendo las pautas antes indicadas, reitera que si la parte escogió la vía judicial se excluye la vía administrativa (Resolución 1769-98 de la Comisión Nacional del Consumidor).

Asimismo, Mora (2003), señala que la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, establece dos caminos por los cuales los consumidores pueden tener el respaldo de la justicia: la vía administrativa y la judicial, y ambos se encuentran legitimados para actuar, tanto en forma individual como colectiva, para obtener tutela de los intereses concretos o difusos.

En sede administrativa, el proceso se lleva a cabo ante la Comisión Nacional del Consumidor y tiene como objetivo la imposición de sanciones administrativas, con estricta aplicación del procedimiento administrativo y de los principios que rigen el derecho administrativo sancionador. Así el artículo 53 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, establece lo siguiente: “La Comisión Nacional del Consumidor tiene las siguientes potestades: conocer y sancionar las infracciones administrativas, los incumplimientos de las obligaciones establecidas en el Capítulo V y en particular, tutelar los derechos de los consumidores…”

De tal manera, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IX, en la Resolución número 114 de las 11: 25 horas del 18 de diciembre de 2009 señaló lo siguiente:

> […] fue creada la Comisión Nacional del Consumidor, la cual ostenta la potestad sancionatoria administrativa, de oficio o por denuncia, para castigar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del comerciante, respecto a las prácticas que constituyen impedimentos o dificultades para la libre competencia y entorpezcan, innecesariamente, la fluidez del mercado. Este cuerpo normativo, también concede derechos a los consumidores. Entre los mismos destacan la protección contra riesgos que puedan afectar su salud, seguridad y el medio ambiente, de sus intereses económicos y sociales, su acceso a una información veraz y oportuna sobre las diferencias en bienes y servicios, educación y divulgación sobre consumo adecuado de bienes y servicios que aseguren la libre escogencia e igualdad de contracción, garantía de artículos, acceso a la vía judicial y administrativa, tutela cautelar y también protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, contra las cláusulas abusivas y la tutela administrativa de sus derechos e intereses legítimos entre otros. **A su vez la ley estipula una serie de obligaciones para los comerciantes, entre las cuales está el respetar las condiciones de contratación e informar suficientemente al consumidor de manera clara y veraz.** También, incorpora en dicho cuerpo normativo un régimen de sanciones y de responsabilidad para el incumplimiento de sus disposiciones. **De los textos legales transcritos se deriva que una de las imposiciones legales que debe de satisfacer el comerciante, es el deber de información, el cual no sólo comprende la obligación de este de brindar al potencial consumidor, sino que la misma debe de darse a conocer de manera veraz, se entiende por veraz: "Dicho de una persona: Que dice, usa o profesa siempre la verdad.// Que se ajusta a la verdad."…**El incumplimiento de tales deberes, configura de forma automática, infracciones susceptibles de ser sancionadas al margen de la existencia o no de un daño en concreto. **Dicho deber de información, pretende que al momento de realizar la transacción comercial, el consumidor se encuentre plenamente informado de las características propias del bien o servicio que adquiere, y por ende, que sea una decisión consciente e informada la que tome al momento de definir la contratación respetiva, sin que exista factores que de**

haber salido a la luz, hubiesen podido modificar su voluntad o bien, haberlo hecho incurrir en error en cuanto a las condiciones, naturaleza, características, desventajas o fortalezas de lo que adquiere.

Sin embargo, la Comisión no tiene competencia para conocer de la anulación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, conforme con el artículo 39 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Tampoco puede conocer acerca del resarcimiento de daños y perjuicios. Ambos deben ser conocidos por órganos jurisdiccionales competentes.

Además, si el consumidor decide optar por la vía administrativa, habrá que analizar si existe sanción para el caso correspondiente, según los artículos 31 y 54 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, y siempre de conformidad con los criterios de valoración relacionados con la salud, la seguridad, el medio ambiente, etc.

Así, el procedimiento se inicia por virtud de una denuncia de acuerdo con el artículo 56 de la Ley. Además, el mismo artículo establece que podrá interponer la denuncia cualquier consumidor o persona, sin que sea necesariamente el agraviado por el hecho que se denuncia. Ello deja abierta la posibilidad de denuncia de forma amplia, y sin que para ello sea exigida la existencia de un interés actual, personal y directo en el procedimiento." (p. 56-57) (Negrita y subrayado no son del original)

Derecho a mecanismos efectivos para la tutela administrativa y judicial de derecho e intereses legítimos.

Como parte de los derechos de los consumidores, se contempla la posibilidad de que se pueda tener acceso a procedimientos, y mecanismos que den respuesta eficaz, y en un tiempo razonable a los problemas que se susciten.

La Ley contempla la que el consumidor reclame ante la Comisión Nacional del Consumidor, por la vía administrativa o que acuda a los estrados judiciales. Sin embargo, en procesos en los que se deba conocer la anulación de contratos de adhesión o el resarcimiento de

daños y perjuicios, la Comisión no tiene competencia, por lo que el asunto necesariamente deberá conocerse en la vía judicial.

De tal manera, según Mora (2003), en Costa Rica el Estado brinda la protección del consumidor a través de sus instituciones. Las instituciones son básicamente tres; a saber, el Ministerio de Economía, Industria y Comercio, la Comisión Nacional del Consumidor y el Ministerio de Salud.

Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

El Ministerio de Economía, Industria y Comercio, citado en adelante como MEIC, es un órgano de la Administración del Estado, cuya función es ser el rector de las políticas públicas del Estado en materia de fomento a la iniciativa privada empresarial y fomento de la cultura empresarial para los sectores de industria y comercio, así como participar en la formulación de la política económica del Gobierno.

Así, el MEIC cuenta con varias dependencias para lograr cumplir los fines de protección al consumidor que le han sido encomendados, entre las cuales están: Área de Apoyo al Consumidor, Unidad de Políticas y Apoyo al Consumidor, y Unidad Técnica de Apoyo a la Comisión Nacional del Consumidor.

El Área de Apoyo al Consumidor es la encargada de proponer y ejecutar las políticas y acciones necesarias para la tutela de los intereses legítimos y la defensa efectiva de los derechos del consumidor. Está integrada por la Unidad de Políticas y Apoyo al Consumidor y por la Unidad Técnica de Apoyo a la Comisión Nacional del Consumidor.

La Unidad de Políticas y Apoyo al Consumidor es una unidad funcional que tiene dentro de sus funciones formular, ejecutar y promover programas de educación y de información para el consumidor. Además, promover y apoyar la formación de grupos y organizaciones de consumidores y darles la oportunidad de ser escuchados. Asimismo, llevar un registro de las organizaciones de consumidores existentes en el país, así como las demás funciones que la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y su Reglamento le asignen.

La Unidad Técnica de Apoyo a la Comisión Nacional del Consumidor, se encarga de tramitar las denuncias presentadas ante la Comisión Nacional del Consumidor. Administrativamente depende del Área de Apoyo al Consumidor, y técnicamente de la Comisión. (pp. 38-40)

Comisión Nacional del Consumidor.

La Comisión Nacional del Consumidor, citada en adelante como CNC, se creó como órgano de máxima desconcentración adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Comercio. Así, debe de velar por el cumplimiento de las disposiciones de los capítulos V y VI de la Ley 7472, y de las demás normas que garanticen la defensa al consumidor que no se le hayan atribuido en forma expresa a la Comisión para promover la competencia.

La CNC se encuentra integrada por tres miembros propietarios y tres suplentes de nombramiento del MEIC, quienes deben de ser abogados. Además, deben de poseer experiencia en la materia, tal como lo establece el artículo 48 de la Ley 7472.

Asimismo, la CNC se considera un Tribunal Administrativo constituido por seis miembros (todos abogados), y se encuentra sujeta a los principios generales de imparcialidad y neutralidad. Dentro de la organización de la CNC, la Unidad Técnica de Apoyo cumple un papel fundamental como asesora, y tramita los expedientes con las respectivas denuncias presentadas por los consumidores. Es importante señalar que la CNC no puede actuar de oficio; es decir, requiere la presentación previa de una denuncia.

En cuanto a las Resoluciones finales emanadas de la CNC, deben de reunir los requisitos establecidos en los artículos 128 y siguientes de la Ley General de Administración Pública. De igual manera, la notificación debe realizarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 245 del mismo cuerpo normativo. Contra las Resoluciones, cabe el recurso de reconsideración o de reposición conforme el artículo 31 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (Ibídem, 41-43)

Ministerio de Salud.

Es competencia del Ministerio de Salud la regulación de tres aspectos fundamentales. A saber: la regulación de los derechos y deberes concernientes a la salud personal; los deberes y restricciones a que quedan sujetas las personas en consideración a la salud de terceros; y los deberes de las personas para la conservación y acondicionamiento del ambiente y las restricciones a que quedan sujetas en sus actividades en beneficio de su preservación.

La protección que el Ministerio de Salud brinda al consumidor, se lleva a cabo principalmente a través de las divisiones de Saneamiento Ambiental y de Servicios de Salud. El Saneamiento Ambiental, se encarga de todo lo relacionado con el control de factores físico, químicos, biológicos y sociales que afecten el ambiente en establecimientos donde ocurra la afluencia de consumidores, así como el control de los productos y servicio que estos ofrecen. El Servicio de Salud tiene dentro de sus funciones la de tramitar las solicitudes de inscripción de sustancias, productos y objetos tóxicos y peligrosos. Además, velar por los aspectos de prevención y mitigación de los riesgos derivados de la importación, fabricación, manipulación, venta, distribución y uso de esas sustancias.

Asimismo, el Ministerio de Salud, tiene a su cargo la regulación de mensajes publicitarios sobre tópicos referentes a la salud. Por tanto, tiene la facultad de prohibir toda publicidad engañosa que pueda ser perjudicial para la salud o que pueda inducir error al público. (Ibídem, 43-44)

Derecho de recibir el apoyo del Estado para formar grupos y organizaciones de consumidores y la oportunidad de ser escuchados.

Acerca del Derecho de recibir el apoyo del Estado para formar grupos y organizaciones de consumidores y la oportunidad de ser escuchados, según Saborío (2005), el Estado tiene el deber ineludible de promover programas cuyo contenido esté dirigido a la concientización de los consumidores, pero además a la verificación de que en el funcionamiento cotidiano del mercado

no se estén violentando los interés de aquellos, y en los casos en que el daño ya se haya producido, buscar la reparación correspondiente.

Por su parte, Moya (2018) define como asociaciones de consumidores y usuarios las organizaciones sin ánimo de lucro que, constituidas conforme con lo previsto en la legislación sobre asociaciones y reuniendo los requisitos específicos exigidos en esta norma y en sus normas de desarrollo, y en su caso, en la legislación autonómica que les resulte de aplicación, tengan como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, incluyendo su información, formación y educación, bien sea con carácter general, bien en relación con bienes y servicios determinados. (p. 79)

Además, otro aspecto por destacar, es el lugar que ocupa en el país otro tipo de organizaciones de carácter no estatal que nacen para proteger los intereses de los consumidores; a saber, las organizaciones de consumidores. (p.149)

En tal sentido, Romero-Pérez, (2009), menciona que "la principal actividad de las asociaciones consiste en la educación al consumo y más en general en la información, en el control sobre los precios y en la calidad de los productos, y en el ejercicio de presiones de formación de organismos administrativos dirigido a la tutela de los consumidores."

De tal manera, el artículo 54 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, indica lo siguiente:

> Las organizaciones de consumidores están legitimadas para iniciar como parte o intervenir, en calidad de coadyuvantes en los procesos ante la Comisión Nacional del Consumidor y ante los Tribunales de Justicia, en defensa de los derechos y los intereses legítimos de sus asociados. La coadyuvancia se rige por lo establecido en la Ley General de la Administración Pública y en el Código Procesal Civil.

Asimismo, en cuanto a la constitución de las organizaciones de consumidores, el artículo 74 del Reglamento de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, indica que:

Las organizaciones de consumidores se constituirán como asociaciones, conforme a la legislación respectiva, y sin que se requiera que la defensa del consumidor sea un objeto exclusivo. Podrán recibir de calificación de utilidad pública una vez cumplidos los requisitos correspondientes.

Descripción

Experto número uno (Lic. Chacón)

En términos generales, donde se utilice para la comercialización algún tipo de presentación visual que pueda incidir directamente o indirectamente sobre algún tipo de afirmación o que incida en la decisión de consumo propiamente, dicha no tiene que ser denigratoria, falsa o abusiva, y con eso me refiero a que no puede ser de ningún tipo de exageración. Estoy hablando en términos generales, ya que habría que ver el caso propiamente que lleve al consumidor a algún tipo de confusión a la hora de tomar la decisión de consumo. Entonces dentro de los derechos del consumidor que pueden verse afectados, se encuentra el derecho de recibir información clara, veraz y oportuna que como mencioné en un inicio es un pilar del Derecho del consumidor, que se encuentra debidamente regulado tanto en la Ley 7472 como en su Reglamento. Asimismo, se podría hablar tentativamente de una violación de las reglas con respecto a la publicidad y promoción que se dan de un bien o servicio.

Experto número dos (Licda. Caravaca)

Se le estaría vulnerando al consumidor, el derecho a recibir información veraz – que es la más importante que tiene la Ley 7472-, ya que se le da una expectativa al consumidor, para que compre el producto, creyendo que se va haber igual que la modelo que está anunciando el producto X.

Análisis.

Acerca del análisis de cuáles son los derechos del consumidor que se lesionan al utilizar publicidad con modelos que han sido retocadas digitalmente sin que se informe al público, se tiene que ambos expertos coinciden al mencionar que se les transgrede el derecho a recibir información clara, oportuna y veraz. Así, ambos expertos señalan que al utilizar dicho tipo de publicidad, se está induciendo a un error al consumidor, ya que no cuenta con información sufriente para tomar una elección de manera consciente. Por tanto, ambos expertos concuerdan en que la información publicitaria debe ser suficiente lo que se informa, así como veraz, en el sentido de que el empresario debe suministrar una información objetiva, y libre de sesgos o mentiras.

Además, se tiene que al comparar las respuestas de los participantes con la descripción de la segunda categoría de la primera unidad de análisis, se tiene como resultado que ambos no consideran que otros derechos del consumidor se pueden ver afectados por la práctica de publicitaria mencionada. Es decir, no citaron otros derechos del consumidor contemplados en el artículo 32 de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

Por último, con base en las respuestas de ambos participantes y la descripción de la segunda categoría, se puede inferir que la importancia del derecho a recibir una información clara y veraz, es de relevancia, en tanto adquiere una gran importancia por ser un elemento esencial en la etapa *íter* negocial; a saber, contempla el aspecto precontractual, al incluir la obligación de suministrar los datos que le permitan al consumidor celebrar reflexivamente el contrato de consumo.

Segunda unidad de análisis: protección administrativa del consumidor contra la publicidad engañosa.

La segunda unidad de análisis, es decir, la protección administrativa del consumidor contra la publicidad engañosa, se divide en las categorías de protección administrativa del consumidor contra la publicidad engañosa y publicidad engañosa.

Categoría protección administrativa del consumidor

Derecho a la protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, las prácticas y cláusulas abusivas.

Acerca del derecho a la protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, Battello et al., (2016), mencionan que lo primero que se debe de advertir es que la ubicación de la publicidad engañosa desde un punto de vista sistemático, es un poco desordenada. No existe un derecho a la publicidad engañosa. Lo que la Ley quiere señalar, es que ante eventuales publicidades engañosas los individuos podrán recurrir en queja judicial o administrativa.

Una vez aclarado el error de sistémica legislativa, es conveniente pasar a analizar la cuestión de la publicad engañosa**. En materia de publicidades engañosas, el logro y el objetivo del Estado no debe centrarse en la aplicación del castigo sino en la prevención. La descomunal envergadura de las empresas que comercializan masivamente bienes y servicios indica que cualquier sanción económica que se le aplique siempre será insuficiente. La tarea preventiva es indispensable. Las empresas deben de llegar a la convicción que hacer publicidades falsas y engañosas no les conviene.** El lucro y el interés es la única motivación que determina las acciones empresariales. (pp. 182-183) (Negrita y subrayado no son del original)

Por su parte, Brenes (2009), señala que en sede administrativa se ha establecido por parte de la Procuraduría de la República y la Comisión Nacional del Consumidor, una similitud en cuanto a la vía idónea para accionar ante infracciones de la Ley. La primera considera que de

acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Protección al Consumidor, la exclusión de la vía administrativa por la vía judicial es una opción dentro de las dos alternativas que ofrece la norma. A saber, acudir en primera instancia a la vía administrativa y luego agotada ésta, a la judicial; o la de accionar directamente ante los órganos jurisdiccionales, excluyendo la vía administrativa y luego de agotada ésta, a la judicial; o la de accionar directamente ante los órganos jurisdiccionales, excluyendo la vía administrativa, siempre que se estén discutiendo en ambos los mismos aspectos del problema. En concordancia, se reitera que la vía admirativa no excluye la posibilidad de revisión judicial de lo resuelto en ella, por tratarse de una vía previa y subordinada al Poder Judicial (Dictamen C-027-98 de la Procuraduría General de la República de Costa Rica). La segunda oficina, siguiendo las pautas antes indicadas, reitera que si la parte escogió la vía judicial se excluye la vía administrativa (Resolución 1769-98 de la Comisión Nacional del Consumidor).

Asimismo, Mora (2003), señala que la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, establece dos caminos por los cuales los consumidores pueden tener el respaldo de la justicia: la vía administrativa y la judicial, y ambos se encuentran legitimados para actuar, tanto en forma individual como colectiva, para obtener tutela de los intereses concretos o difusos.

En sede administrativa, el proceso se lleva a cabo ante la Comisión Nacional del Consumidor y tiene como objetivo la imposición de sanciones administrativas, con estricta aplicación del procedimiento administrativo y de los principios que rigen el derecho administrativo sancionador. Así el artículo 53 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, establece lo siguiente: “La Comisión Nacional del Consumidor tiene las siguientes potestades: conocer y sancionar las infracciones administrativas, los incumplimientos de las obligaciones establecidas en el Capítulo V y en particular, tutelar los derechos de los consumidores…”

De tal manera, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IX, en la Resolución número 114 de las 11: 25 horas del 18 de diciembre de 2009 señaló lo siguiente:

[…] fue creada la Comisión Nacional del Consumidor, la cual ostenta la potestad sancionatoria administrativa, de oficio o por denuncia, para castigar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del comerciante, respecto a las prácticas que constituyen impedimentos o dificultades para la libre competencia y entorpezcan, innecesariamente, la fluidez del mercado. Este cuerpo normativo, también concede derechos a los consumidores. Entre los mismos destacan la protección contra riesgos que puedan afectar su salud, seguridad y el medio ambiente, de sus intereses económicos y sociales, su acceso a una información veraz y oportuna sobre las diferencias en bienes y servicios, educación y divulgación sobre consumo adecuado de bienes y servicios que aseguren la libre escogencia e igualdad de contracción, garantía de artículos, acceso a la vía judicial y administrativa, tutela cautelar y también protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, contra las cláusulas abusivas y la tutela administrativa de sus derechos e intereses legítimos entre otros. **A su vez la ley estipula una serie de obligaciones para los comerciantes, entre las cuales está el respetar las condiciones de contratación e informar suficientemente al consumidor de manera clara y veraz.** También, incorpora en dicho cuerpo normativo un régimen de sanciones y de responsabilidad para el incumplimiento de sus disposiciones. **De los textos legales transcritos se deriva que una de las imposiciones legales que debe de satisfacer el comerciante, es el deber de información, el cual no sólo comprende la obligación de este de brindar al potencial consumidor, sino que la misma debe de darse a conocer de manera veraz, se entiende por veraz: "Dicho de una persona: Que dice, usa o profesa siempre la verdad.// Que se ajusta a la verdad."…**El incumplimiento de tales deberes, configura de forma automática, infracciones susceptibles de ser sancionadas al margen de la existencia o no de un daño en concreto. **Dicho deber de información, pretende que al momento de realizar la transacción comercial, el consumidor se encuentre plenamente informado de las características propias del bien o servicio que adquiere, y por ende, que sea una decisión consciente e informada la que tome al momento de definir la contratación respetiva, sin que exista factores que de haber salido a la luz, hubiesen podido modificar su voluntad o bien, haberlo hecho**

incurrir en error en cuanto a las condiciones, naturaleza, características, desventajas o fortalezas de lo que adquiere.

Sin embargo, la Comisión no tiene competencia para conocer de la anulación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, conforme al artículo 39 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Tampoco puede conocer acerca del resarcimiento de daños y perjuicios. Ambos deben ser conocidos por órganos jurisdiccionales competentes.

Además, si el consumidor decide optar la vía administrativa, habrá que analizar si existe sanción para el caso correspondiente, según los artículos 31 y 54 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, y siempre de conformidad con los criterios de valoración relacionados con la salud, la seguridad, el medio ambiente, etc.

Así, el procedimiento se inicia por virtud de una denuncia de acuerdo con el artículo 56 de la Ley. Además, el mismo artículo establece que podrá interponer la denuncia cualquier consumidor o persona, sin que sea necesariamente el agraviado por el hecho que se denuncia. Ello deja abierta la posibilidad de denuncia de forma amplia, y sin que para ello sea exigida la existencia de un interés actual, personal y directo en el procedimiento." (p. 56-57) (Negrita y subrayado no son del original)

Descripción

Experto número uno (Lic. Chacón).

La publicidad engañosa nos remite en términos generales, a lo que es la comercialización y de acuerdo con las características del bien, a utilizar textos, diálogos, imágenes inclusive que incidan directamente e indirectamente en la decisión de consumo, y que induzcan a engaño o error, o inclusive confusión. Entonces, en vista de lo anterior, a nivel del departamento de Educación al Consumidor y Ventas a Plazo, se realiza algún tipo de fiscalización a través de algún medio de comunicación masivo, llámese periódico estrictamente, donde una compañera propiamente es la que se encarga de realizar la labor de revisar dicha publicaciones, tanto de las

promociones, como de las ofertas que tiene que estar de acuerdo con lo que establece la misma normativa. Ya propiamente existe un departamento de calidad donde ellos hacen un trabajo de campo y realizan propiamente levantamientos de actas administrativas con el fin de sustentar un caso para ser denunciado ante la Comisión Nacional del Consumidor, de acuerdo con sus propias potestades, a fin de primero hacer una prevención administrativa para que corrija la publicidad, y de acuerdo con la respuesta que brinde el comerciante se toman las decisiones correspondientes. Ya sea que, se tome como cierta y corregida lo que se previno o en su defecto se denuncia ante la Comisión. De igual forma, se informa al departamento de Educación al Consumidor y Ventas a Plazo.

Experto número dos.

Se revisa la publicidad, si es engañosa directamente, se levanta una denuncia que se eleva a la Comisión Nacional del Consumidor, y ellos revisan los hechos e impondrán si fuera el caso, una multa que va de diez a cuarenta salarios mínimos que establece la Ley.

Análisis.

En lo que toca a la primera categoría de la segundo unidad de análisis, se puede mencionar en un primer orden de ideas, que ambos expertos concuerdan con la metodología que sigue el Ministerio de Industria, Economía y Comercio a nivel sancionatorio. Es decir, no hay antagonismo en sus respuestas, lo que demuestra que a nivel de institución existe coherencia en visión disciplinaria.

Asimismo, en un segundo orden de ideas, si se analiza la respuesta del experto número uno, se puede llegar a determinar que la fiscalización es muy limitada, ya que monitorean sólo el periódico a nivel de departamento de Educación al Consumidor y Ventas a Plazo. Además, si bien, es cierto que el Ministerio de Economía, Industria y Comercio cuenta con un departamento de calidad que por separado realiza un trabajo de campo, no se tiene por cumplido dicha protección administrativa contra la publicidad engañosa en su totalidad, en tanto no se presta

atención a la prevención sino la sanción económica. En otras palabras, busca mecanismos sancionatorios, pero no busca métodos preventivos para proteger administrativamente al consumidor contra la publicidad engañosa. De tal manera, al cotejar la descripción con la respuesta del experto, se puede notar que, en la actualidad, se trabaja en la parte sancionatoria en términos pecuniarios y se deja de lado la parte preventiva.

Categoría publicidad engañosa

Acerca de la publicidad engañosa, el derecho comunitario europeo se define a la publicidad engañosa en términos muy similares. En la directiva 450/84 del Consejo de la Comunidad Económica Europea, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, se define a ésta como "toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecte, y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a su competidor." (Ovalle, 2000, p.40)

Así, según Martín (2002) desde la perspectiva del mensaje publicitario y en relación con la contratación llevada a cabo por los consumidores, otra cuestión por tener en cuenta será la relativa a la posible existencia de error respecto del consentimiento prestado por el destinatario de la publicidad en tanto a través de la publicidad dirigida a la contratación, el consumidor puede tener una falsa noción de la realidad contractual, o de las cualidades esenciales del producto, manifestando su aceptación inducido. (p. 204)

De manera similar, Cersósimo (2006), citando a Zonta, conceptúa la publicidad engañosa como la publicidad que “[…] introduce a la equivocación, que lleva al destinario del mensaje al error y puede manifestarse tanto en la forma como en el fondo de la propuesta, el engaño puede estar contenido en múltiples campos, las propiedades de los productos, las condiciones de pago, las atribuciones, etc…”. (p. 64)

Por su parte, Mármol (2015), citando a Thompson (2007), menciona que la publicidad engañosa es "aquella que realiza afirmaciones engañosas, exageradas o falsas acerca del producto o servicio y que afectan al bolsillo del comprador y/o perjudican a algún competidor (práctica comercial desleal)". (p. 31)

Siguiendo una misma lógica, el mismo autor, menciona también que, según Favela (2010), la publicidad engañosa "hace caer en un error al consumidor respecto de los elementos esenciales del producto o del servicio (naturaleza, composición, propiedades, calidad, fecha de fabricación o vencimiento, etcétera) como la que tiene la aptitud de hacer caer en ese error, independientemente de que se logre o no el resultado. (Ídem.)

De igual modo, Mora (2003), citando a Esquivel y Huertas (1997), señala que **"la publicidad engañosa es aquel mensaje publicitario que es total o parcialmente falso, o aquel que de cualquier modo, incluso por omisión, es capaz de inducir a error al consumidor, respecto a su origen, naturaleza, calidad, propiedad, precio, o cualquier otro dato sobre el producto y servicio."** (p.108) (Negrita y subrayado no son del original)

Así, tradicionalmente la doctrina ha considerado a la publicidad engañosa como el supuesto de publicidad ilícita por excelencia. Según el profesor Lema Devesa, ello se debe, principalmente, a dos motivos: por una parte, a que se trata del ilícito publicitario que más prolifera en términos judiciales y, por otra, al hecho de que el engaño afecta de manera directa a los consumidores y usuarios e, indirectamente, también a los competidores del anunciante. (Vilajoana, 2011, p.66)

Además, cabe señalar que, según Ovalle (2000), "Para que se pueda configurar la publicidad engañosa se requiere que por esta inducción a error o esta aptitud para inducirlo se pueda afectar el comportamiento económico de consumidores o perjudicar al competidor o competidores del proveedor." (pp. 40-41)

Por último, según Martín (2002) se produce un nexo de causalidad entre la comunicación falsa y el comportamiento final del consumidor o la situación de un empresario competidor, en el sentido de que se incita a la adquisición de cierto artículo como consecuencia de las características del mismo ofrecidas a través de la publicidad. De tal modo que si éstas han

generado unas expectativas en el usuario que, posteriormente, no pueden desarrollarse o que sí se cumplen pero de modo diverso al proclamado, habrán dañado al consumidor no sólo desde el punto de vista objetivo (al verse defraudado por ejemplo en la utilidad del producto), sino también económico, pues sin duda no lo habría adquirido, o de haberlo hecho quizás hubiera estado dispuesto a pagar un precio diferente, inferior. (p.67)

Descripción

Experto número uno (Lic. Chacón)

En términos generales, de acuerdo con los estatus dados en la Ley 7472, hay ciertas obligaciones que se le exigen al comerciante y/o productor, y tienen que cumplirlos. En este caso, al publicitar algún tipo de bien o servicio, la ley exige que los mismos tienen que ser publicitados, promocionas u ofertados, de acuerdo con su propia naturaleza, a las características, tanto de contenido, como de precio, acuerdo a lo que corresponde. Incluso, su finalidad y por ende, que no induzca a error al consumidor.

Experto número dos (Licda. Caravaca)

Si la imagen publicitaria dice "fotografía con carácter ilustrativo", se le previene al comerciante, ya que le está dando a entender al consumidor, que el producto que se está publicitando en ese anuncio es el que va a vender. Y llega el consumidor al establecimiento comercial, y resulta que ese no es el producto que se está poniendo a disposición. Por tanto, se le da una expectativa más allá, ya que cuando llega el consumidor se le vende otro producto que no es que él deseaba tener.

Análisis.

Sobre la publicidad engañosa, se debe de mencionar que las respuestas de los expertos uno y dos coinciden entre sí, pues ambos concuerdan en que se incurre en publicidad engañosa al

mostrar imágenes publicitarias que no coinciden con la realidad, ya que se le brinda falsas expectativas al consumidor. Sin embargo, se debe de agregar que por un lado el experto número uno hace énfasis en que la publicidad debe ser de acuerdo con su propia naturaleza, a las características, tanto de contenido, como de precio, con base en lo que corresponde al producto o servicio. Mientras que por otro lado, la experto número hace referencia que no debe de haber textos en la imagen que confundan o lo engañen al consumidor.

Asimismo, al confrontar las respuestas de ambos expertos con la descripción de la categoría, se puede percibir que todos se refieren a que la publicidad no debe de inducir a error al consumidor. Es decir, no hay discrepancia entre las respuestas de los expertos y la descripción, en tanto se busca evitar que el consumidor sea engañado a partir de prácticas publicitarias.

Tercera unidad de análisis: solución jurídica de amplio espectro que tutele el uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente

La tercera unidad de análisis, léase solución jurídica de amplio espectro que tutele el uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente, se divide en las categorías de uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente y normativa que regula la publicidad en Costa Rica. Así, para efectos de la investigación, en concordancia con las otras unidades de análisis, la segunda categoría se centra en la normativa establecida en la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y su Reglamento.

Categoría uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente.

Según Apaestegui (2015), "Adobe Photoshop", citado en adelante como Photoshop", es un editor de gráficos rasterizados desarrollado por "Adobe Systems Incorporated". Es usado principalmente para el retoque de fotografías y gráficos; su nombre en español significa literalmente "taller de fotos".

Dicho programa, es el líder mundial del mercado de las aplicaciones de edición de imágenes, y domina dicho sector, de tal manera que su nombre es ampliamente empleado como sinónimo para la edición de imágenes en general. Actualmente, forma parte de la familia "Adobe Creative Suite" y "Adobe Creative Cloud", y es desarrollado, y comercializado por "Adobe Systems Incorporated".

"Photoshop" se ha convertido, casi desde sus comienzos, en el estándar de *facto* en retoque fotográfico, pero también, se usa extensivamente en multitud de disciplinas del campo del diseño y fotografía; a saber, diseño web, composición de imágenes en mapa de bits, estilismo digital, fotocomposición, edición, grafismos de vídeo, entre otras.

De tal modo, "Photoshop" ha dejado de ser una herramienta únicamente usada por diseñadores, para convertirse en una herramienta usada profusamente por fotógrafos profesionales de todo el mundo. Los fotógrafos lo utilizan, para realizar el proceso de retoque y

edición digital, no teniendo que pasar ya por un laboratorio más que para la impresión del material.

Siguiendo una misma línea de ideas, “Photoshop” es el programa de diseño gráfico más vendido de todo el mundo. Es el “software” que se utiliza principalmente para realizar retoques fotográficos, pero también, es muy usado para la realización de diseños webs, y para la creación de cualquier tipo de diseño gráfico que puede incluir una tarjeta de presentación o un panfleto.

De manera tal, es costumbre ver diariamente un sinfín de imágenes de cualquier ámbito de la sociedad, que han sido retocadas digitalmente a través de algún programa de edición fotográfica. Como bien se señaló, entre los más populares y utilizados está la herramienta “Photoshop”.

Por otra parte, en el mundo el uso de la herramienta “Photoshop”, está creando gran controversia, ya que se ha aplicado en varias marcas y han sido criticadas e incluso prohibidas. Así, por ejemplo, en el 2012 un anuncio de una crema antiarrugas de L'Oreal fue prohibido en el Reino Unido por retocar la cara de su protagonista, la actriz Rachel Weisz, hasta "exagerar engañosamente" los efectos del producto. De igual modo, en el 2011 la ASA vetó por "engañosos" otros anuncios de productos de L'Oreal también retocados con Photoshop, y protagonizados por la actriz Julia Roberts de 44 años de edad y la modelo Christy Turlington. (pp. 23-30)

Descripción

Experto número uno (Lic. Chacón).

Si bien, existen diferentes tipos de tecnologías, la idea es respetar los principios que se establecen, tanto en la Ley 7472 como en su Reglamento, y demás leyes conexas con respecto de la información que se le debe de dar al consumidor. Y que no tienda a error, abuso o engaño a la hora de comercializar los bienes o productos, ya que toda esa información, llámese la publicidad que se la da al consumidor, tiene que ser ofrecida y transmitida por cualquier medio de comunicación de manera que no induzca a error al consumidor. De ahí que el comerciante está obligado a darle al consumidor información clara, transparente, veraz, y oportuna en el momento

en que está ofreciendo algún tipo de producto por algún medio de comunicación o algún tipo de publicidad.

Experto número dos (Licda. Caravaca)

Viene a darle al consumidor una gran gama de cambios físicos, que le pueden costar muy caro e incluso pueden ser mortales. Tales son los casos que tuvimos reciente recientemente en los medios de comunicación, donde una persona falleció por una liposucción y otra que está en un estado delicado por realizarse la misma práctica, porque la publicidad que se pone es totalmente diferente y no es realista. La persona se ve hermosa y el caballero queda muy guapo, pero no son un reflejo de la realidad, sólo son retoques de imagen.

Análisis.

Sobre la primera categoría de la tercera y última unidad de análisis, se puede decir sin problema que las respuestas de los expertos tomaron direcciones diferentes. De tal manera, la respuesta del experto número uno fue a nivel teórico y la respuesta de la experta número dos fue a nivel de práctico en el sentido de las consecuencias.

Acerca de la respuesta del experto número uno acerca de opinión profesional acerca del uso de retoque fotográfico que utilizan los medios publicitarios para alterar digitalmente el cuerpo de las personas que componen la imagen fotográfica, se puede enfatizar que opina que sin importar la tecnología que se utilice se debe de respetar de igual manera la veracidad. De tal modo, la publicidad no debe de incurrir abusos o engaños a la hora de comercializar los bienes o productos, ya que puede inducir a error al consumidor. Por tanto, según el experto número uno, señala que el comerciante está obligado a darle al consumidor información clara, transparente, veraz, y oportuna en el momento en que está ofreciendo algún tipo de producto por algún medio de comunicación o algún tipo de publicidad.

Por lo que refiere a la respuesta de la experto número dos, ésta se basó en hablar de las consecuencias negativas que puede sufrir un consumidor por querer emular estereotipos de belleza que son ficticios. Así, llega a reconocer que el uso de opinión profesional acerca del uso de retoque fotográfico que utilizan los medios publicitarios para alterar digitalmente el cuerpo de las personas que componen la imagen fotográfica se alejan de la realidad y afectan al consumidor.

Finalmente, en cuanto a la presente categoría, se debe de agregar que al cotejar las respuestas de los expertos con la descripción de la categoría, se deslumbra que no ninguno de los participantes hace mención a casos internacionales que han llevado a regular el uso de retoque fotográfico que utilizan los medios publicitarios para alterar digitalmente el cuerpo de las personas que componen la imagen fotográfica. Por tanto, se puede inferir que existe un tipo de desconocimiento a nivel internacional acerca de casos de publicidad engañosa en otras latitudes, y por ende, desconocen normativa internacional que ha regulado dicha práctica.

Categoría normativa que regula la publicidad en Costa Rica.

Descripción.

Según Cersósimo (2006), con la promulgación de la Ley 7472 se estableció en el país una normativa importante para la regulación de la materia publicitaria. Así, mediante algunos artículos de dicha ley, se configura un marco normativo de referencia para la creación y difusión de publicidad comercial.

De tal manera, el artículo 37 de la Ley 7472 indica los lineamientos y requisitos de ley con que debe de cumplir la oferta, promoción y publicidad de bienes o servicios. Asimismo, el artículo mencionado, constituye la norma fundamental y el principal punto de referencia para la regulación en nuestro país de la figuras de publicidad engañosa. (p. 73)

Artículo 37 - Oferta, promoción y publicidad

La oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios debe de realizarse de acuerdo con la naturaleza de ellos, sus características, condiciones, contenido, peso cuando corresponda, utilidad o finalidad, de modo que no induzca a error o engaño al consumidor. No pueden omitirse tales informaciones, si de ello puede derivarse daño o peligro para la salud o la seguridad del consumidor. Deben prevalecer las cláusulas estipuladas en los contratos, si son más beneficiosas que el contenido de la oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios.

El empleo de términos comparativos en la oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios, sólo se admite respecto a datos esenciales, afines y objetivamente demostrables, siempre que se comparen con otros similares, conocidos o de participación significativa en el mercado.

La comparación no es admisible cuando se limite a la proclamación, general e indiscriminada de la superioridad de los productos propios; se tiene por engañosa la que omita cualquier elemento necesario para determinar el valor real de los productos.

Al productor o al comerciante que en la oferta, la promoción, la publicidad o la información, incumpla con las exigencias previstas en este artículo, se le debe obligar a rectificar la publicidad, costearla y divulgar la información veraz u omitida, por el mismo medio y forma antes empleados.

Asimismo, el artículo 2 del reglamento de la Ley 7472 brinda la definición de publicidad engañosa.

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.

Descripción

Participante número uno (Lic. Chacón).

Sí. Sin embargo, como toda norma, la Ley 7472 se tiene que ir adaptando conforme a los cambios que trae el tiempo. Si bien se parte de principios fundamentales que se encuentran plasmados a nivel Constitucional se tiene que ir adaptando conforme a las distintas necesidades que surgen a través de las mismas necesidades, pero basado en pilares que ya están establecidos. Igual, el Derecho del Consumidor está plasmado en lo que son principios básicos y fundamentales, dentro de los cuales se encuentran el derecho a la información y que se den todos los elementos necesarios para decidir de manera libre. En el caso de la publicidad, igual se debe de ir adecuando con base en las distintas necesidades que surgen.

Experto número dos (Licda. Caravaca)

No. Como le dije anteriormente, la Ley no contempla lo que son imágenes retocadas. Sin embargo, sí se dice que cuando una publicidad indica que es súper o que con un producto la persona se va a ver más delgada, se debe de hacer una investigación y se le solicita a la empresa que brinde la documentación en la cual se basó, para manifestar que ese producto es el mejor o que va a obtener delgadez. Un caso que se dio hace unos años, fue el de "Reduce Fat Fast", el cual fue muy grande y se tuvo que ir a audiencia durante varios días, para que la empresa pudiera probar que cumplían con las expectativas que prometían en la publicidad.

Análisis.

En relación con la segunda categoría de la última unidad de análisis, se puede mencionar entre las que ante la pregunta de que si se considera que la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor incluye normativa suficiente para regular el uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente, ambos tuvieron respuestas diferentes y contradictorias. De tal manera, el experto número uno respondió de manera afirmativa, aunque con sus reservas y la experta número dos respondió negativamente.

El experto número uno justificó su respuesta afirmativa, aludiendo que en la Ley y demás cuerpos normativos hay cimientos jurídicos fuertes, para regular el uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente. Sin embargo, reconoce que la normativa debe de ir acoplándose a los cambios que trae la tecnología. Es decir, existen principios básicos y fundamentales, dentro de los cuales se encuentran el derecho a la información y que se den todos los elementos necesarios para decidir de manera libre. En el caso de la publicidad, igual se debe de ir adecuando con base en las distintas necesidades que surgen.

Por su parte, la experta número dos respaldó su respuesta negativa mencionado de manera reiterada que, la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, no contempla lo que son imágenes retocadas. No obstante, menciona que cuando una publicidad indica que es súper o que con un producto a la persona la va a ser más delgada, se debe de hacer

una investigación y se le solicita a la empresa que brinde la documentación en la cual se basó, para manifestar que ese producto es el mejor o que va a obtener delgadez.

Capítulo V: Conclusiones y Recomendaciones

Conclusiones

En relación con las conclusiones del primer objetivo específico, a saber, los derechos del consumidor en el marco del ordenamiento jurídico costarricense, se tiene como resultado que el *spiritus legis* de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, tiene como una de sus piedras angulares la protección del consumidor frente a las prácticas y estrategias empresariales que son cada vez más ingeniosas y dinámicas. De tal manera, la normativa de defensa de los derechos del consumidor debe modernizarse mediante la introducción de todo un conjunto de medios de protección jurídica que puedan hacer frente a los nuevos retos. Así, se debe de buscar que la información que se le brinda al consumidor sea veraz y clara. Es decir, modernizar la norma para hacerle frente a los nuevos retos del siglo XXI. Hay que mencionar que la Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor fue creada en los años noventas, y la publicidad ha cambiado mucho desde entonces debido a las a las nuevas herramientas digitales. Por tanto, si bien es cierto, que la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, sí contempla que debe de darse una información clara y veraz en la publicidad, para que no induzca a error al consumidor, la misma Ley no exige de manera expresa que se advierta exige a los proveedores que deben de advertir sobre el producto cuando éste ha sido alterado digitalmente (persona física) y dicha práctica puede llevar a incurrir a un error al consumidor en el momento de realizar su elección de compra. Sin embargo, contempla que no se omita información que pueda llevar a error al consumidor, ya que se estaría ante una publicidad ilícita; a saber, publicidad engañosa por omisión.

Asimismo, al utilizar fotografías publicitarias con modelos que han sido retocadas digitalmente sin que se informe al público, sí se le está vulnerando el derecho a recibir información oportuna y veraz, ya que provoca vicio en el consentimiento del consumidor. Además, considera que se le están transgrediendo otros derechos del consumidor establecidos en

la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Algunos derechos del consumidor que también podrían verse afectados son: derecho a la protección de legítimos intereses económicos, derecho a la protección administrativa y judicial contra publicidad engañosa, derecho a la educación y la divulgación sobre el consumo adecuado de bienes o servicios que aseguren la libertad de escogencia, entre otros derechos.

En cuanto a las conclusiones del segundo objetivo específico, a saber, examinar a partir de la normativa vigente en Costa Rica la protección judicial y administrativa del consumidor contra la publicidad engañosa, se tiene como resultado que, en la actualidad, el Ministerio de Economía, Industria y Comercio no cumple con el objetivo de proteger a los consumidores contra la publicidad engañosa a cabalidad, ya que no se tiene en el ninguna parte del ordenamiento jurídico patrio una norma que prevenga el uso de fotografías con figuras humanas retocas para fines comerciales.

Así, debe de agregarse que se necesita un mayor monitoreo de los diferentes medios de comunicación, para poder tener un espectro más amplio de fiscalización de la publicidad engañosa que utilizan los comerciantes. Es decir, debe de prestarse atención a otros medios de publicidad que no sólo sea el periódico. Hay que tener presente que, en la actualidad, hay publicidad en todos los lugares y se utilizan diferentes medios para transmitir el mensaje comercial.

Además, la Comisión Nacional del Consumidor debería tener más poder en el momento de ejercer sus potestades, ya que para poder brindar a los consumidores una verdadera protección administrativa contra la publicidad engañosa, se necesita ampliar la esfera de ejercicio en sede administrativa. De tal manera, la Comisión Nacional del Consumidor no tiene competencia para conocer de la anulación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, conforme con la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Además, tampoco puede conocer acerca del resarcimiento de daños y perjuicios. En consecuencia, ambos deben ser conocidos por los órganos jurisdiccionales competentes. Por tanto, para el suscrito de la presente investigación no tiene mucho sentido otorgarle competencias a una institución, sino se le dan las herramientas necesarias para llevar a cabo de manera eficaz sus objetivos.

En cuanto a las sanciones, se debe de agregar, que las multas actuales no son suficientes, ya que los comerciantes poseen un gran poder económico, y por ende, no les importa mucho incurrir en sanciones administrativas. En otras palabras, al tener sanciones económicas que no son elevadas, los comerciantes no temen caer en dichas prácticas, ya que al final son más las ganancias percibidas por las ventas en virtud de la publicidad, que la sanción impuesta por utilizar técnicas ilícitas para lógralas.

Dicho lo anterior, se debe de agregar que, si bien es cierto, que se tiene un concepto jurídico claro de qué es publicidad engañosa, y se toman ciertas medidas sancionatorias más no preventivas, se deja un portillo abierto a los comerciantes, para que puedan incurrir en técnicas que burlan la normativa actual y poder así incurrir en publicidad engañosa. Así, los proveedores al utilizar fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente sin advertir al público, se está quebrantando el de principio de veracidad, entre otros principios.

El principio de veracidad viene a ser una garantía que asegura a los consumidores, que lo que se publicita es veraz. Es decir, asegura a los consumidores que lo que se está publicitando es verdad y no una mentira, para hacerlo incurrir en la compra del bien o adquirir el servicio que se promociona. De tal manera, si se utiliza publicidad que no advierte al público que la imagen ha sido alterada digitalmente, se estaría omitiendo información importante, lo cual quebrantaría el principio de veracidad, y por tanto el consumidor podría verse afectado, ya que estaría siendo engañado y manipulado para que adquiera un determinado producto debido a falsas expectativas.

Por tanto, en la actualidad, se le exige al comerciante que cumpla con ciertas obligaciones en el momento de publicitar, promocionar u ofertar un producto o bien, pero aún sí, se debe imponer más requisitos a la publicidad, en tanto, en la actualidad, no se cumple con el principio de veracidad siempre en la publicidad. En concordancia con lo anterior, es necesario pensar en soluciones jurídicas de amplio espectro y no en soluciones banales.

Por lo que se refiere a las conclusiones del tercer y último objetivo específico, a saber, advertir la necesidad de una solución jurídica de amplio espectro que tutele el uso de fotografías publicitarias con modelos que han sido retocadas digitalmente en concordancia con la normativa costarricense, se tiene como resultado que a pesar de que existen pilares básicos en la

contemplados en la Constitución Política y la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y su Reglamento que se deben de respetar, no tutelan en la práctica en su totalidad la protección contra la publicidad engañosa.

Así, para el suscrito no se puede hacer mención que se obliga al comerciante informar al público cuando la imagen la persona de la imagen publicitaria ha sido alterada digitalmente para resaltar el beneficio que le puede brindar el producto manipulando sus efectos para potenciar y engañar al consumidor. Es decir, faltar al principio de veracidad, (entre otros principios) publicitarios e inducir a error al consumidor por medio de los supuestos resultados obtenidos por su uso o adquisición. Tal afirmación se sustenta en que durante la investigación se constató que, en la actualidad, no existe ningún asunto resuelto por la Comisión Nacional del Consumidor o por los Tribunales de Justicia, que se refieran al uso de retoque fotográfico que utilizan los medios publicitarios para alterar digitalmente el cuerpo de las personas que componen la imagen fotográfica. Asimismo, se revisaron trabajos investigación realizados en la Universidad de Costa Rica, Universidad Latinoamérica de Ciencias y Tecnología y Universidad Internacional del Américas, no existe ningún trabajo final de graduación que haga mención al tema. Por último, cabe señalar que, también, se visitó la biblioteca del Colegio Profesional de Abogados y Abogadas de Costa Rica, y se obtuvo el mismo resultado.

Hay que mencionar además, que para el autor, es importante la respuesta que brinda la participante número dos con respecto de la primera categoría de la última unidad de análisis, ya que trae a la colación las consecuencias negativas conexas que puede traer ser permisivo con el uso del uso de retoque fotográfico que utilizan los medios publicitarios para alterar digitalmente el cuerpo de las personas que componen la imagen fotográfica por parte de los comerciantes.

De tal modo, es relevante volver a señalar que Francia en 2017aprobó la conocida popularmente como Ley Maniquí, para evitar y combatir los casos de trastornos de conducta alimentaria producidas por los falsos estereotipos de belleza que se crean por manipular digitalmente a las personas en las fotografías publicitarias. Asimismo, Israel con la intención de evitar publicidad engañosa que afecta a los consumidores y a resguardar la salud de su población, comenzó a entrar en vigencia a parir del 2012 una ley que obligará a las agencias de publicidad**,** marcas de ropa y cosméticos, a indicar claramente en sus anuncios si se ha utilizado

Photoshop para ensalzar las bondades de sus productos. Además, se impuso una limitación de no poder usar modelos cuyo índice de masa corporal baje de 18,5. De tal modo, al utilizar Photoshop para conseguir una piel de delicada, reducir abdomen o quitarle un par de tallas a la modelo deberán tener en cuenta que están obligados a poner un aviso bien visible que manifieste la manipulación.

Se debe de agregar, también, que al existir desconocimiento acerca de casos de publicidad engañosa que se dan por el uso de retoque fotográfico en otras partes del mundo, no se puede estar al tanto de los "nuevos trucos" que, utilizan las agencias de publicad para engañar al consumidor. De tal manera, no se puede ampliar la visión de tutela y proponer nuevas alternativas para evitar dicha práctica ilícita. Para ilustrar mejor, nuevamente se menciona que en el 2012 un anuncio de una crema antiarrugas de L'Oreal fue prohibido en el Reino Unido por retocar la cara de su protagonista, la actriz Rachel Weisz, hasta "exagerar engañosamente" los efectos del producto. De igual modo, en el 2011 la ASA vetó por "engañosos" otros anuncios de productos de L'Oreal también retocados con Photoshop, y protagonizados por la actriz Julia Roberts de 44 años de edad.

Asimismo, se puede pensar en otros ejemplos análogos como podría ser un anuncio de marca de dientes que menciona que los blanquea y en la fotografía sale una sonrisa perfecta con un blanco nítido. Otros ejemplo, podría ser el de un anuncio publicitario de un lápiz labial que brinda un tono y acabado particular con una mujer que se le ha retocado los labios para resaltar de manera digital su efecto, o podría darse también en el caso de una fotografía publicitaria que promocione un producto bronceador y se le altera digitalmente la piel para darle un tono "surrealista".

Por lo se refiere a la normativa costarricense, el suscrito considera que la normativa costarricense actual posee buenas bases jurídicas, para garantizar la tutela de los derechos del consumidor. Pero, por otro lado, debido a los avances tecnológicos en los diferentes medios de producción y promoción de publicidad existe un vacío jurídico. De igual modo, es importante señalar que, en la actualidad, la Ley de promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor regula bienes y servicios, más no a las personas que aparecen como vehículo del bien o servicio que se promociona a través de la publicidad.

De tal modo, si bien es cierto, que el numeral 37 de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor regula la oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios debe de 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. Y que el artículo 2 del Reglamento de la ley citada, menciona que 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 se considera publicidad engañosa, no hace alusión al uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente. Por tanto, existe un limbo jurídico del cual los comerciantes toman ventaja y perjudican al consumidor.

Por tanto, en la actualidad, no se regula el uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente, ya que no se encuentra normado en ningún lugar del ordenamiento jurídico costarricense y, por ende se puede realizar a través de manipulaciones digitales publicidad engañosa que pasa ignorada por no estar regulada. Como se dice popularmente “para muestra un botón…” en Costa Rica no existe ninguna fotografía publicitaria con personas retocadas que informen al consumidor que la imagen de la modelo ha sido manipulada digitalmente.

En conclusión, como resultado de todo lo anterior, se debe de responder de manera negativa a la pregunta que se formuló al inicio de la presente investigación, ya que para el autor se hace ostensible que, en la actualidad, la normativa es insuficiente. Es decir, no es suficiente la legislación costarricense actual, para regular el uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente en relación con el derecho del consumidor a recibir protección contra la publicidad engañosa.

Recomendaciones

Por lo que se refiere a las recomendaciones, con base en los resultados obtenidos en la investigación a través del método de factorización desarrollado por el investigador Dr. Roberto Hernández y colaboradores, se le invita al Ministerio de Economía Industria y Comercio, a presentar y promocionar ante la Asamblea Legislativa un Proyecto de Reforma de Ley, a la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7472 para ampliar el espectro de protección del consumidor. De tal modo, se le indica al Ministerio de Economía, Industria y Comercio, que el Proyecto de Reforma a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, se debe de realizar mediante la incorporación de un artículo que regule el uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente, en concordancia con el ordenamiento jurídico patrio.

Asimismo, se le recomienda al Ministerio de Economía Industria y Comercio, revisar el monto de las sanciones impuestas por utilizar publicidad engañosa. En decir, se le recomienda al Ministerio de Economía Industria y Comercio incrementar el monto pecuniario de las sanciones administrativas por incurrir en prácticas de publicidades ilícitas.

Capítulo VI: Propuesta

Para el Proyecto de Reforma de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472, se propone que con base en el artículo 29 de la Ley 4827, Exhibición y Publicidad de Precios en la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, se agregue un artículo con el numeral 37 bis. Así, el artículo 37 bis se leería de la siguiente manera:

Artículo 37 bis - Publicidad con figuras humanas

Toda publicidad estática en la cual intervenga una figura humana utilizada como soporte o formando parte del contexto o paisaje que haya sido retocada y/o modificada digitalmente mediante programas informáticos, debe exhibir con tipografía y en lugar suficientemente destacado la siguiente leyenda:

"La imagen de la figura humana ha sido retocada y/o modificada digitalmente".

Figura 4. Julia Roberts. Propuesta de fotografía publicitaria con base en el artículo 37-bis de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472.

.

Figura 5. Julia Roberts. Propuesta de fotografía publicitaria con base en el artículo 37-bis de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472.

Referencias

Libros

Álvarez, M. (2015). La protección jurídica del consumidor en la contratación en general. Madrid. Editorial Reus, S.A.

Battello, S. y Shina, F. (2016). Fundamentos para la protección del consumidor. San José: Editorial Jurídica Continental.

Boquín, G. y Rodríguez, G. (2017). La defensa del consumidor. Buenos Aires: Ediciones D&D S.R.L.

Cisneros, G. (2015). Diccionario jurídico. México D.F.: Editorial Trillas

Hernández, R., Fernández, C. y Batista, M. (2010). Metodología de la investigación. México D.F.: Interamericana Editores.

Knorr, J. y Roldan, M. (2001). La protección del consumidor en el Comercio Electrónico. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Laborda, X. (2015). Abuso de influencia en la comunicación pública. La letra pequeña. Barcelona: Editorial OUC

Martín, L. (2002).La publicidad: La incidencia en su contratación. Madrid: Editorial DYKINSON, S.R.L.

Moya, A. (2018). Reclamaciones de derecho de consumo. Aspectos prácticos. España: Wolters Kluwer S.A.

Ovalle, J. (2000). Derechos del consumidor. México D.F.: Instituto Politécnico Nacional.

Roque, D. (2017). Manual de derecho comercial. Buenos Aires: Editorial Estudio S.A.

Tabares, L., Tamayo, N. Blanco, M. Gayoso, R. (2016). Una mirada al consumo y los consumidores. La Habana: Editorial Universitaria.

Vargas, R. (2014). Influencia de la fotografía en la publicidad. El Salvador: Editorial Universidad Don Bosco.

Vilajoana, S. (2011). Las leyes de la publicidad. Límites jurídicos de la actividad publicitaria. España: Editorial UOC

Publicaciones y revistas digitales

Borges, A. (2014). Los efectos de Photoshop en la autoestima de las jóvenes…un dilema ético y de marketing. Recuperado de https://diarioti.com/los-efectos-de-photoshop-en-la autoestima-de-las-jóvenes-un-dilema-ético-y-de-marketing/84202

Espinoza, A. (2012). El consumidor y su tutela jurídica en Costa Rica. Tema I: Introducción. Sumario: Evolución histórico-jurídica de la defensa del consumidor. Recuperado de http://www.derechocomercial-cr.com/yahoo_site_admin/assets/docs/Tema_I_ _Introduccion_-_2012-07-12.201145705.pdf

Espinoza, A. (2012). El consumidor y su tutela jurídica en Costa Rica. Tema I: Introducción. ¿Todo somos consumidores? Un vistazo al concepto de consumidor en Costa Rica. Recuperado dehttp://www.derechocomercial-cr.com/consumidor/consumidor introducci%C3%B3n

Guillén, I. (s.f.) La protección de los consumidores contra el engaño y falta de información. Revista El Foro. Recuperado de

Kaplan, M. (2015). Intervencionismo estatal. Recuperado de https://leyderecho.org/intervencionismo-estatal/#tab1

Méndez, A. (2010). La publicidad vende valores más que productos. Recuperado de http://alfonsomendiz.blogspot.com/2010/09/la-publicidad-nos-vende-valores-mas que_03.html

Romero-Pérez, J. (2009). Derechos del consumidor. Revistas de Ciencias Jurídicas. Recuperado de https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13416/12678

Trabajos finales de graduación

Apaestegui, J. (2015). El uso de "Photoshop" como herramienta publicitaria y retoque fotográfico. Universidad Tecnológica del Perú. (Tesis de Ciencias de la Comunicación). Perú.

Ernesto, C. y Sáenz, S. (2016). La publicidad comparativa en el contexto costarricense: legislación y la jurisprudencia nacional, y el acceso real a la justicia. (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Costa Rica. Costa Rica.

Badilla, J. y Carrillo, A. (2015). Protección efectiva del consumidor costarricense en el comercio electrónico: Una propuesta basada en el derecho comparado. (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Costa Rica. Costa Rica.

Castillo Ríos, G.B. (2017). Análisis en la utilización del retoque digital en la fotografía publicitaria de anuncios de moda y cosmética. (Examen Complexivo). Universidad Técnica de Machala, Machala. Ecuador.

Cersosimo, J. (2006). La publicidad engañosa y la publicidad comparativa como posibles formas de competencia desleal. (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Costa Rica. Costa Rica.

Chacón, N. y Mora, D. (2015). Los derechos del consumidor financiero en la nueva arquitectura financiera internacional: su aplicación en Costa Rica. (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Costa Rica. Costa Rica.

Escobar, M. (2014). El arte iluminado: estado del arte de la fotografía de moda. (Trabajo final de grado). Universidad de Palermo. Argentina.

Franco, J. (2014). La publicidad engañosa en la legislación vigente en el Ecuador. (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad Central del Ecuador. Ecuador.

Gonzáles, M. (2001). La comunicación publicitaria en el entorno de protección al consumidor. (Tesis doctoral en Ciencias de la información). Universidad Complutense de Madrid. España.

Mora, C. (2003). Límites a la publicidad engañosa como defensa efectiva del consumidor. (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. Costa Rica.

Ortiz, A. y Quintero, J. (2008). Derecho del consumidor en el marco del tratado de libre comercio con Estados Unidos de América. (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Colombia.

Piedra, O. (2012). Fundamentos normativos para la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa el iter negocial. (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Costa Rica. Costa Rica.

Saborío, L. (2003). Análisis al derecho de elección del consumidor en Costa Rica. (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Costa Rica. Costa Rica.

Segura, O. (2014). Análisis jurídico de distintos contratos de adhesión en el ámbito comercial moderno y sus implicaciones en los derechos del consumidor, dentro de la perspectiva de las cláusulas abusivas y las prácticas comerciales desleales. (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Costa Rica. Costa Rica.

Soria, L. (2011). Estudio de la fotografía publicitaria de revista Diners 2009: Creación de un manual de fotografía publicitaria. (Tesis de licenciatura). Escuela Superior Politécnica de Chimborazo. Ecuador.

Actas de congreso.

Expediente Legislativo 11659 de 12 de diciembre de 1992, Promoción de la defensa efectiva del consumidor.

Legislación nacional

Ley 63 de 28 de septiembre de 1887, Código Civil.

Constitución Política de la República de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949.

Ley 4573 de 04 de mayo de 1970, Código Penal.

Ley 5395 de 30 de octubre de 1973, Ley General de Salud.

Ley 7472 de 20 de diciembre de 1994, Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

Ley 7978 de 06 de enero de 2000, Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos.

Legislación internacional

Ley 4827 de 11 de enero de 2014, Exhibición y publicidad de precios en la ciudad autónoma de Buenos Aires.

Resoluciones administrativas

Resolución la Comisión Nacional del Consumidor; número 516-97 de las 14:45 horas del 21 de mayo de 1997.

Resolución de la Comisión Nacional del Consumidor, número 086-01 de las 17:45 horas del 31 de enero de 2001.

Resolución de la Comisión Nacional del Consumidor, número 298-02 de las 13:14 horas del 14 de junio de 2001.

Resolución de la Comisión Nacional del Consumidor, número 316-00 de las 18:10 del 17 de julio de 2001.

Resolución de la Comisión Nacional del Consumidor, número 298-02 de las 13:00 horas del 14 de junio de 2002.

Resoluciones judiciales

Resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 1441 de las 15:35 horas del 2 de junio de 1992.

Resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 699-95 de las 16:57 horas del 21 de diciembre de 1995

Resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 5393-97 de las 15:18 horas del 5 de septiembre de 1997.

Resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 646-2001 de las… horas del 21 de agosto de 2001.

Resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 295-F-2007 de las 14: 45 horas del 26 de abril de 2007.

Resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 655-F-2007 de las 15:05 horas del 2 del 19 de septiembre de 2007.

Resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 337-F-2008 de las 16:25 horas del 8 de mayo de 2008.

Resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 094-F- 2009 de las 15:50 horas del 29 de enero de 2009.

Resolución del Tribunal Contencioso Administrativo, número 16-2010-s-VIII de las 14:00 horas del 26 de febrero de 2010.

Resolución Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II, número 251-09 del 30 de junio de 2009.

Resolución Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IX, número 114-09 de las 11:25 horas del 18 de diciembre de 2009.

Apéndice

Instrumento de investigación

1. ¿El Ministerio de Economía, Industria y Comercio por medio de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor exige a los proveedores que se advierta sobre el producto cuando el mismo ha sido alterado digitalmente (persona física)? ¿Por qué?

2. ¿Cuáles derechos del consumidor considera usted que se lesionan al utilizar publicidad con modelos que han sido retocadas digitalmente sin que se informe al público?

3. ¿Qué mecanismos a nivel sancionatorio utiliza el Ministerio de Economía, Industria y Comercio a través de sus distintos organismos en el caso publicidad engañosa?

4. ¿Qué se le exige a los diferentes productos en lo referente a la imagen publicitaria que no es veraz?

5. ¿Cuál es su opinión profesional acerca del uso de retoque fotográfico que utilizan los medios publicitarios para alterar digitalmente el cuerpo de las personas que componen la imagen fotográfica?

6. ¿Usted considera que la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor incluye normativa suficiente para regular el uso de fotografías publicitarias con modelos retocadas digitalmente? ¿Por qué?