

Informe de Investigación

Título: LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN COSTA RICA

Rama del Derecho: Derecho Comercial	Descriptor: Publicidad Comercial
Tipo de investigación: Compuesta	Palabras clave: Publicidad Engañosa, Derecho del Consumidor
Fuentes: Doctrina, Normativa, Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 05/2010

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina.....	2
a)Publicidad engañosa.....	2
b)Tipos de publicidad engañosa.....	3
Publicidad falsa:.....	3
Publicidad encubierta:.....	4
Publicidad omisa:.....	5
Regulación normativa de la publicidad comparativa y la publicidad engañosa en costa rica..	5
Rectitud en la publicidad y sus efectos.....	7
c)La publicidad ilícita y su diferencia con la publicidad engañosa.....	7
3 Normativa.....	8
a)Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor.....	8
b)Reglamento a la ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor.....	9
c)Ley general de salud.....	11
d)Ley de fomento de la lactancia materna.....	12
e)Ley orgánica del banco central de costa rica.....	13
f)Reglamento de tarjetas de crédito y débito.....	13
g)Reglamento sobre divulgación de información y publicidad de productos financieros banco central de costa rica.....	14
4 Jurisprudencia.....	16
a)Publicidad engañosa, concepto y naturaleza jurídica.....	16
b)La imitación de ideas no constituye publicidad engañosa.....	20

1 Resumen

En el presente informe de investigación se recopila la doctrina, normativa y jurisprudencia relacionada con la publicidad engañosa en nuestro país, de este modo se determina el concepto y naturaleza de la publicidad engañosa, además de que consignan las normas atinentes, en el apartado de jurisprudencia se desarrolla el tema a la luz de casos concretos.

2 Doctrina

a) Publicidad engañosa

[ALPIZAR]¹

“Comprende el dar información falaz, confusa, irrelevante, ambigua, exagerada, pomposa, vaga o falsa y la omisión de algún dato relevante. De hecho, "en muchas jurisdicciones hay una tendencia a sostener que, considerando cuando un aviso tiende a engañar, no se aplica el test objetivo o del buen padre de familia, frecuentemente aplicado en el derecho de daños o contractual, sino estándares menos rígidos, teniendo en cuenta las características de la audiencia a que se dirige... Esto asume gran importancia cuando la sustancial porción de la audiencia es ignorante o semi-ignorante, y también cuando se dirige a grupos de inmigrantes”.

El engaño para ser sancionable ¿debe ser actual o concreto, o es suficiente una posibilidad o tendencia a engañar? "Muchas jurisdicciones toman el último planteo, frecuentemente sobre las bases de las valoraciones de las cortes, en relación con el efecto de la publicidad u otras conductas...”.

En la legislación especial costarricense, es el único tipo de publicidad expresamente citado. Se define como: "Todo tipo de información o comunicación de carácter comercial en que se utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, puedan inducir a engaño, error o confusión al consumidor, especialmente sobre: a) El origen geográfico, comercial o de otra índole del bien ofrecido o sobre el lugar de prestación del servicio pactado o la tecnología empleada; b) Los componentes o integrantes del bien ofrecido, o el porcentaje en que concurren en el mismo; c) Los beneficios o implicaciones del uso del bien o contratación del servicio; d) 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 indispensablemente en una normal contratación relativa a tales bienes o servicios; e) La fecha de elaboración o de vida útil del bien, cuando esos datos se indiquen; f) Los términos de las garantías que se ofrezcan; g) Los reconocimientos, aprobaciones o distinciones oficiales o privadas, nacionales o extranjeras, tales como medallas, premios, trofeos o diplomas; h) Precio del bien o servicio ofrecido, formas de pago



y costo del crédito (art. 2 del Reglamento).

En un reportaje publicado en un periódico de circulación nacional se denunció el poco control en la venta de productos naturales o "medicina verde" que se vende casa por casa y con engaño. "La preocupación surge porque muchos productos que se ofrecen como naturales en realidad no lo son y porque vendedores sin formación académica adecuada ponen en peligro la salud de la población al recomendarlos para problemas que no pueden solucionar". Se aclara que aunque en el reglamento para la venta de este tipo de productos penaliza la publicidad engañosa, esta suele darse, y al ser una venta informal es muy difícil de controlar por el ente competente (el Ministerio de Salud)."

b) Tipos de publicidad engañosa

[CERSOSIMO D'AGOSTINO]²

"La publicidad engañosa comprende, con algunas variaciones de tipo teórico, una amplia gama de manifestaciones:

Publicidad falsa:

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 al consumidor y ocasionen un perjuicio o que sean capaces de perjudicar a los competidores o al mercado.

En Costa Rica se comienza a regular de forma clara este tipo de publicidad con la implementación de la Ley de Marcas N° 559 del 2 de julio de 1946 (posteriormente derogada por el Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial) que en su artículo 57 señala algunas conductas que califica como desleales, y específicamente en los incisos a) y b) hace referencia a conductas típicas de la publicidad falsa, tal cual es la atribución de falsos méritos. Dichos incisos se detallan a continuación:

"... a) Los actos que tengan por objeto dar a entender directa o indirectamente que los productos o actividades mercantiles de un fabricante, comerciante o agricultor pertenecen o corresponden a otro, ya sea por medio de propaganda, impresos, formas de distribución o transporte, envases o etiquetas, u otras maneras usuales en el comercio "; "b) Las falsas descripciones de los productos con respecto a su naturaleza, calidad y cantidad... "



Con la regulación de la publicidad falsa, el legislador pretende de manera particular censurar la falta de veracidad en la difusión de la información comercial, la atribución de características o elementos que no le corresponden al bien o servicio que se anuncia, y como en todos los tipos de publicidad engañosa, la inducción al error.

El ejemplo más frecuente de este tipo de publicidad 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 este último caso los méritos apropiados en realidad le corresponden a algún otro producto competidor. Con este acto, no solo 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.

Es muy común y aceptado encontrar en la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como internacional, que se equiparen ambos términos, utilizándose de forma indiscriminada y equitativa los términos publicidad engañosa y publicidad falsa. Es decir que se utilizan ambos términos por igual para referirse propiamente a la publicidad engañosa.

La diferencia entre ambas figuras es realmente muy 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, esta 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.

Publicidad encubierta:

Es la publicidad que al ser difundida, causa confusión entre sus destinatarios, pues por la forma en que se presenta no permite determinar con certeza que se trata de un medio publicitario.

También se le ha denominado como publicidad oculta o disfrazada. Esta forma de publicidad engañosa, llega al público consumidor de tal forma que este no es consciente de que la información que recibe constituye un mensaje publicitario.

En una versión del proyecto de ley a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, elaborado y sugerido por el sector privado representado por la Unión de Cámaras a la hora de desarrollar el tema de la publicidad, en el artículo 32 (folio 204 Expediente Legislativo No. 11.659) se indica lo siguiente:

"La publicidad referente a bienes y servicios, que se difunda por cualquier medio o forma, debe ser transmitida de forma tal que el consumidor, fácil e inmediatamente, la pueda identificar como tal. "

Este pequeño extracto refleja la preocupación del sector privado por la regulación de dichas formas de publicidad engañosa, sobre todo por el poder persuasivo que puede tener sobre el consumidor, gracias a su presentación encubierta.

Publicidad omisa:

Como se indicó anteriormente a manera de ejemplo en el Capítulo I, Sección I, 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.

La Comisión Nacional del Consumidor ha hecho referencia a este tipo de publicidad en algunos supuestos que se han presentado ante dicha instancia:

"... 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"

"Las omisiones pueden ser tanto o más engañosas que las afirmaciones falsas. En muchos casos la omisión de una información importante puede inducir a error al público consumidor..." "

Regulación normativa de la publicidad comparativa y la publicidad engañosa en costa rica.

Es importante analizar la situación normativa actual en nuestro país, en relación con la regulación de la publicidad comparativa y de la publicidad engañosa, ya que existe una pluralidad de normas que se refieren a regímenes especiales de publicidad, que hacen una referencia expresa mayoritariamente a la publicidad engañosa. También existe alguna normativa que simplemente diversifica la aplicación o regulación de la publicidad, lo cual genera una dispersión de la regulación publicitaria.

Sin embargo, con la promulgación de la ley 7472 se establece una definición general de ambas

figuras y se da un importante progreso, sin llegar a ser una instrumento normativo ideal, en la regulación normativa de la publicidad engañosa y la publicidad comparativa, así como de la competencia desleal.

Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor: Ley N° 7-472

Con la promulgación de la ley N° 7472 se estableció en nuestro país una normativa importante para la regulación de la materia publicitaria en Costa Rica. Mediante esta ley, y específicamente mediante la redacción de algunos de sus artículos ya que dicha ley 7472 dista mucho de ser una ley especializada en la materia publicitaria, se establece un marco normativo de referencia para la creación y difusión de la publicidad comercial.

El artículo 37 de la ley 7472 indica los lineamientos y requisitos de ley con que debe cumplir la oferta, promoción y publicidad de bienes o servicios. Asimismo este artículo constituye la norma fundamental y el principal punto de referencia para la regulación en nuestro país de las figuras de la publicidad comparativa y la publicidad engañosa.

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

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

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

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

Este artículo permite, tal y como es característico de la ley 7472 y su Reglamento, un amplio margen de complementación y comprensión de su contenido mediante la integración de otros artículos de este mismo cuerpo normativo.

Por ejemplo el artículo 34 de la ley N° 7472 que establece las obligaciones del comerciante, en su inciso c) señala que el comerciante debe ofrecer, promocionar, o publicitar los bienes o servicios que provee, de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 de la ley 7472. También el artículo 43 inciso d) del reglamento a la ley N° 7472 establece el deber de brindar información real al consumidor:

"Es obligación del comerciante informar, clara, veraz y suficientemente, al consumidor, de todos los elementos que incidan directamente en su decisión de consumo, conforme a las disposiciones siguientes...

Rectitud en la publicidad y sus efectos

Todos los comerciantes y proveedores de bienes o servicios deben ofrecer, promocionar o publicitar sus bienes y servicios de acuerdo con la naturaleza de ellos sus características, condiciones, contenido, peso cuando corresponda utilidad o finalidad, de modo que no induzca a error abuso o engaño al consumidor. No puede omitirse ninguna información, si de ello puede derivarse daño o peligro para la salud o la seguridad del consumidor...

... Toda información, publicidad u oferta al público de bienes ofrecidos o servicios por prestar, transmitida por cualquier medio o forma de comunicación, vinculada al comerciante que la utiliza o la ordena y forma parte del contrato... Si la promoción u oferta está sujeta a limitaciones o restricciones de cualquier índole, así se deberá indicar en la publicidad.

Al productor o al comerciante que, en la oferta, la promoción, la publicidad o la información, incumpla con las exigencias previstas en este artículo o en el numeral 34 de la Ley, deberá ser obligado por la CNC a rectificar la publicidad, costearla y divulgar la información veraz u omitida, por el mismo medio y forma antes empleados. "

c) La publicidad ilícita y su diferencia con la publicidad engañosa

[HILJE CASTILLO]³

"A efectos de esta tesis se distingue entre la publicidad ilícita y la propiamente engañosa, considerando a esta última como aquella que se refiere a las características de un producto o un servicio en sí mismo, exagerándolo u omitiendo informaciones importantes, que pueden determinar en forma significativa de decisión de consumir o no.

La publicidad ilícita puede estimarse como el género matriz, para el resto de subvertientes de publicidad incorrecta o abusiva. "...En sentido estricto es la que atenta contra los principios básicos del sistema de valores sociales imperante, fomenta la discriminación social y religiosa, infringe el principio de igualdad social, económica y cultural de los sexos, explota la confianza, credibilidad o falta de experiencia del consumidor, apela a los sentimientos de miedo, etcétera... ". Por ende, en este caso puede ser que la incorrección no sea un engaño directo al consumidor sobre las características del bien o el servicio publicitado, más para asegurarlo trate de influir en los sentimientos irracionales o conductas instintivas del auditorio.

Este tipo de publicidad se caracteriza porque, además de la responsabilidad que desde la perspectiva de la defensa del consumidor podría tener, suele ser castigada aún penalmente, o por otro tipo de sanciones administrativas.

La casuística es abundante. Respecto a la explotación de la xenofobia, en la Alemania nazi, se presentaron casos de empresarios, que para ganar clientela, aducían que los dueños de la competencia eran judíos. Se presentan también abusos en cuanto a la manipulación psicológica o religiosa de la publicidad, asegurando una mejor calidad de vida o favores de ultratumba a quien favorezca a determinada causa. También el aprovechamiento indebido de aspiraciones de la humanidad, como es el caso de la conservación del ambiente y la aparición de una serie de bienes calificados de "verdes" o "ecológicos". Se presentan casos de obscenidad o de explotación sexual de las mujeres o los menores a través de medios publicitarios. Igual se podría argumentar algunos casos de discriminación por razones de edad, cuando se trata de resaltar las ventajas de la juventud, en comparación con una idea denigrante o ridiculizada de la senectud. Resalta también la publicidad que incita a conductas peligrosas, tales como conducir vehículos a altas velocidades. O bien utilizar el recurso del miedo.

La publicidad ilícita no se limita a la publicidad comercial, sino que puede tener otros fines, como electorales, religiosos, políticos, etcétera. Sin embargo, una de sus ramificaciones se refiere a la publicidad engañosa en el mercado de bienes y servicios, la cual trata de atraer indebidamente a los consumidores, para que realicen contrataciones a partir de visiones lejanas a la realidad, que tratan de inducir dicha actividad publicitaria irregular y que se pasa a analizar."

3 Normativa

a) Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]⁴

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.

b) Reglamento a la ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor.

[PODER EJECUTIVO]⁵

Artículo 2.- Definiciones (*)

Además de las definiciones previstas en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, para los efectos de este Reglamento se entenderá por:

Artesano: La persona física o entidad de hecho o de 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 predominante 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.

CNC: La Comisión Nacional del Consumidor. (*)

CPC: La Comisión para promover la Competencia. (*)

DAC: Dirección de Apoyo al Consumidor. (*)

Ley: Salvo que el contexto de la norma se desprenda otra cosa, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidos No. 7472 de 20 de diciembre de 1994 y sus reformas. (*)

LGAP: La Ley General de la Administración Pública. (*)

MEIC: El Ministerio de Economía, Industria y Comercio. (*)

LACOMET: Laboratorio Costarricense de Metrología. (*)

Pequeño industrial: La persona física o entidad de hecho o de derecho, que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en la producción o transformación de artículos manufacturados y que califique como "pequeño empresario" bajo los criterios establecidos en la Ley de Impuesto sobre la Renta y su reglamento. El pequeño industrial se considerará como "consumidor" para los efectos de la Ley y de este reglamento.

Proveedor: Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores.

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 o sobre el lugar de prestación del servicio pactado o la tecnología empleada.
- b) Los componentes o integrantes del bien ofrecido, o el porcentaje en que concurren en el mismo.
- c) Los beneficios o implicaciones del uso del bien o contratación del servicio.
- d) 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 indispensablemente en una normal contratación relativa a tales bienes o servicios.
- e) La fecha de elaboración o de vida útil del bien, cuando estos datos se indiquen.
- f) Los términos de las garantías que se ofrezcan.
- g) Los reconocimientos, aprobaciones o distinciones oficiales o privadas, nacionales o extranjeras, tales como medallas, premios, trofeos o diplomas.
- h) Precio del bien o servicio ofrecido, formas de pago y costo del crédito.

Servicios comerciales: Los que preste una empresa o establecimiento mercantil a sus clientes, con o sin una relación personal con éstos.

Servicios de técnicos o profesionales: Los que preste una persona física a sus clientes, mediando una relación personal y de confianza (intuitu personae), para la realización de una labor de carácter técnico o profesional.

Unidad Técnica: Según sea el caso, la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia o de la CNC.

Ventas a domicilio: La compraventa en la que la negociación es efectuada y el contrato

perfeccionado fuera del local o establecimiento del comerciante o proveedor, en virtud de la visita que éste o sus dependientes hagan al comprador.

(*) El término "Área de Apoyo al Consumidor" y su correspondiente abreviatura "AAC" ha sido sustituido por "Dirección de Apoyo al Consumidor" con las siglas "DAC" mediante Decreto Ejecutivo No. 35548-MEIC de 6 de agosto del 2009. LG# 208 de 27 de octubre del 2009.

(*) Las siglas CNC, CPC, AAC, LEY, LGAP, MEIC Y LACOMET han sido adicionados mediante Decreto Ejecutivo No. 31700-MEIC de 16 de marzo del 2004. Alcance No. 12 a LG# 59 de 24 de marzo del 2004.

Artículo 41.- 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, los usos y costumbres complementarios, son derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor, los siguientes:

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

La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales. (*)

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

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.

La protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa o abusiva, las prácticas y las cláusulas abusivas, así como los métodos comerciales desleales o que restrinjan la libre elección.

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.

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.

(*) La constitucionalidad del párrafo tercero del presente artículo ha sido cuestionada mediante acción No. 98-007306-007-CO. BJ# 222 de 16 de noviembre de 1998.

c) Ley general de salud

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]⁶

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 los medicamentos o la calidad nutritiva de alimentos de uso común o médico, sin la debida autorización o en disconformidad a la autorización obtenida o aduciendo encuestas o informes de autoridades o de centros de investigación falsos.
- c) La capacidad o potencia de cosméticos o de sistemas de operaciones especiales para modificar o mantener la apariencia física de las personas, sin la debida autorización o en disconformidad a la autorización obtenida.
- d) El ofrecimiento de servicios profesionales en ciencias de la salud por personas sin título para hacerlo, o no autorizadas debidamente para ejercer tales profesiones, especialidades u oficios.

Artículo 382.-

Será reprimido de veinte a sesenta días multa, el que hiciere publicidad o propaganda 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 la conservación o recuperación de la salud, a menos que el hecho constituya delito.

d) Ley de fomento de la lactancia materna.

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]⁷

Artículo 11.- Publicaciones engañosas.

El Departamento de Control de Alimentos del Ministerio de Salud desautorizará las publicaciones engañosas o ambiguas. Se considerará engañosa la publicidad difundida por cualquier medio de comunicación, cuando:

- a) Haga comparaciones con la lactancia materna para desestimularla.
- b) Contenga imágenes, pinturas, dibujos de lactantes o textos que puedan idealizar el empleo de las preparaciones para lactantes, las fórmulas de seguimiento y las demás leches modificadas, que se administren mediante el biberón.
- c) Se utilicen nombres que asocien los productos con la lactancia materna, tales como "maternizada" o "humanizada".



e) Ley orgánica del banco central de costa rica.

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]⁸

Artículo 131.- Funciones del Superintendente General de Entidades Financieras (*)

Corresponderán al Superintendente General de Entidades Financieras, las siguientes funciones:

(...)

k) Ordenar, a las entidades sujetas a la fiscalización de la Superintendencia, la publicación adicional de los estados financiados o cualquier otra información cuando, a su juicio, se requieran correcciones o ajustes sustanciales. Asimismo, ordenar la suspensión de toda publicidad errónea o engañosa.

f) Reglamento de tarjetas de crédito y débito.

[PODER EJECUTIVO]⁹

Artículo 20.- Publicidad.

Los usuarios tienen derecho a una publicidad, clara y no engañosa, que recoja las condiciones necesarias y adecuadas del producto o servicio publicitado, sin que la misma induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios.

La publicidad relativa al uso de tarjetas de crédito y débito que se dirija a los consumidores, considerando la naturaleza del medio utilizado para su difusión, deberá cumplir con los siguientes principios:

a) Veracidad: La información debe corresponder a los términos o características reales del servicio ofrecido.



b) Claridad: El contenido debe ser expuesto sin omitir información relevante para entender la naturaleza del servicio, ni utilizar expresiones ambiguas.

c) Legibilidad: La publicidad debe permitir la fácil y adecuada lectura y, comprensión de todo su contenido.

d) Contraste: La relación entre el fondo y el texto superpuesto utilizado en la publicidad, debe ser igual entre ellas.

e) Alineación y orientación del texto: La alineación y orientación utilizada para divulgar la información relevante, deben ser iguales.

En general la publicidad deberá realizarse de forma tal, que se logre transmitir al consumidor con plena claridad toda la información. Para ello, se deben evitar manifestaciones o presentaciones visuales que directa o indirectamente, por afirmación, omisión, ambigüedad o exageración, puedan llevar a confusión al consumidor, teniendo presente la naturaleza y características de las tarjetas de crédito y débito y sus servicios asociados, así como al público a quien va dirigido el mensaje, y el medio a utilizar.

De ninguna manera la publicidad podrá suprimir condiciones o limitaciones determinantes para la decisión de consumo, ni referirlas a los Reglamentos.

g) Reglamento sobre divulgación de información y publicidad de productos financieros banco central de costa rica.

[PODER EJECUTIVO]¹⁰

Artículo 5.- Publicidad errónea o engañosa.

Los criterios para determinar si existe publicidad errónea o engañosa de productos financieros, considerando la naturaleza del medio utilizado para su difusión, son los siguientes:

a) Veracidad: La información debe corresponder a los términos o características reales del producto financiero.

- b) Claridad: El contenido debe ser expuesto sin omitir información relevante para entender la naturaleza del producto ni utilizar expresiones ambiguas. Por ejemplo, en la divulgación de tasas de interés y cuotas, éstas deben corresponder a la misma moneda o unidad de cuenta en que se formaliza la operación, o cuando en la difusión de tasas de interés se muestran ventajas parciales con porcentajes expuestos de manera inexacta o incompleta.
- c) Legibilidad: La publicidad debe permitir la fácil y adecuada lectura de su contenido. Cuando la publicidad incluya varias tasas de interés, debe utilizarse el mismo tipo de letra para cada una de ellas.
- d) Contraste: La relación entre el fondo y el texto superpuesto utilizado en la publicidad de diferentes tasas de interés o cuotas deben ser iguales entre ellas.
- e) Alineación y orientación del texto: La alineación y orientación utilizada para divulgar las tasas de interés y la cuota deben ser iguales.
- f) Tiempo de exposición del costo efectivo del crédito: En el caso de publicidad escrita en medios electrónicos, el tiempo de exposición del costo efectivo del crédito debe ser por lo menos igual al utilizado para otras tasas de interés o cuotas en el mismo espacio publicitario. En el caso de publicidad sonora en medios electrónicos, la velocidad de locución y el fondo utilizados para el costo efectivo del crédito deben ser iguales a los utilizados en la locución de otras tasas de interés o cuotas en el mismo espacio publicitario.

Artículo 6.- Suspensión o aclaración de publicidad.

Cuando la SUGEF, con base en una evaluación de los hechos y circunstancias determine la existencia de publicidad errónea o engañosa, debe ordenar por escrito la suspensión o aclaración de dicha publicidad, en el plazo que indique la SUGEF.

En un plazo no mayor a ocho días naturales contados a partir de la notificación de suspensión o de aclaración en el caso de publicidad que ya no se presenta en los medios de difusión, la entidad debe publicar en el mismo medio de difusión utilizado para la publicidad hasta por el máximo de la pauta en que estuvo vigente dicha publicidad, o una pauta menor a criterio de la SUGEF, en función de la pauta original y la reiteración de faltas por publicidad errónea o engañosa por parte de la entidad, la siguiente leyenda:

"Se aclara que en la publicidad referente a [indicar el nombre del producto financiero] efectuada en [citar el medio de difusión original o indicar "en este medio"] en fecha(s)... en página(s) [solo cuando se trate de medios escritos]... debe entenderse que [indicar la información que corrija o aclare lo señalado por el órgano supervisor]". "Esta información se publica a requerimiento de la Superintendencia General de Entidades Financieras." Contra dicha resolución caben los recursos dispuestos en la Ley General de la Administración Pública.



4 Jurisprudencia

a) Publicidad engañosa, concepto y naturaleza jurídica

[TRIBUNAL PRIMERO CIVIL]¹¹

Resolución N° 925 -N-

TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José, a las nueve horas del veinticuatro de agosto del año dos mil cinco.

PROCESO COMPETENCIA DESLEAL , establecido ante el Juzgado Civil de Mayor Cuantía del Segundo Circuito Judicial de San José , bajo el expediente número 02-000809-164-CI . Incoado por PFIZER PRODUCTS , cédula de persona jurídica número tres- cero doce- tres uno nueve tres seis nueve, representada por sus apoderados generales judiciales licenciados Javier León Longhi, mayor, casado, abogado, vecino de Guachipelín de Escazú, cédula de identidad número uno-seiscientos sesenta y dos- cero cuarenta y dos y Ana Sáenz Beirute, mayor, casada, abogada, vecina de San Pedro de Montes de Oca, cédula de identidad número uno- ochocientos cuarenta y tres- seiscientos veinticinco , contra APOTEX INC. COSTA RICA S.A. , cédula de persona jurídica número tres- uno cero uno- dos uno tres ocho cinco siete, representada por sus apoderados generalísimos Héctor Carrillo González, mayor, casado, licenciado en economía, ciudadano mexicano, pasaporte nueve siete tres seis cero cero uno cuatro ocho nueve dos, vecino del Distrito Federal y Guillermo Peña Solano, mayor, casado una vez, médico farmacólogo, vecino de San José, cédula de identidad número uno- cuatro dos dos- cuatro cero siete. Intervienen además, como apoderados especiales judiciales, de la parte actora el licenciado Claudio Antonio Murillo Ramírez y de la demandada el licenciado Sergio José Solano Montenegro .

RESULTANDO:

1.-El Juez de Primera Instancia, en sentencia dictada a las ocho horas veinte minutos del veinticinco de abril del dos mil cinco , resolvió: “POR TANTO: Se rechazan las excepciones de falta de legitimación ad causam activa y pasiva. Se acogen la falta de derecho y falta de interés, comprendidas en la genérica de sine actione agit, opuestas por la demandada. Se declara SIN LUGAR en todas sus partes el presente proceso sumario de competencia desleal de PFIZER PRODUCTS INC., contra APOTEX INC. (COSTA RICA) SOCIEDAD ANÓNIMA. Son ambas costas a cargo de la actora. NOTIFIQUESE.”.

2.-En virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte actora , conoce este Tribunal del presente proceso.



3.-En los procedimientos se han observado, los plazos y las prescripciones de ley.

Redacta el Juez Parajeles Vindas , y;

CONSIDERANDO:

I.-Por ser fiel reflejo de lo que informan los autos, se aprueba el elenco de hechos probados que contiene la sentencia recurrida. No obstante, se corrige el error material en el marcado “sétimo” al identificar la prueba con el número “6” y lo correcto es “8”. Igualmente se conserva el indemostrado.

II.-Proceso sumario de competencia desleal, relacionada con la publicidad de un genérico de la píldora conocida como “viagra”, concretamente de “apo-Sildenafil”. El escrito de demanda se inicia a folio 59. En síntesis, la actora reclama la protección de la forma romboidal y el color azul de su pastilla, diseño debidamente registrado y con el cual se presenta al público en general. Le cuestiona a la accionada, como acto desleal de comercio, la imitación exacta de ese diseño y cuyo perjuicio se produce con la publicidad. Pide que en sentencia se prohíba el uso de la forma y del color, así como la venta del genérico en esa presentación. A folio 89 la actora amplía la demanda y reconoce que la sociedad demandada sustituyó el color azul por el blanco, pero mantiene el criterio original y su deseo de continuar con el proceso. La parte contraria contesta negativamente a folio 98, con las excepciones de falta de legitimación activa, falta de derecho y la mal denominada “genérica sine actione agit”. Sostiene, en ese memorial, que no es la única empresa comercializadora del genérico y el color utilizado es celeste y no azul. Agrega, además, que la forma y el color de la píldora no convierte al producto en reconocido para efectos de una especial protección. Reconoce la similitud de ambas pastillas, pero la presentación romboidal y azulada no son susceptibles de apropiación. En su libelo de contraprueba, visible a folio 130, la sociedad actora precisa aun más su protesta. Excluye cualquier inconformidad con la comercialización del genérico, pues la causa generadora del acto desleal lo simplifica al uso del diseño industrial. Estrictamente desea la protección de la forma romboidal y el color azul del viagra, como es conocida en nivel nacional e internacional.

III.-De previo al proceso en esta sede, la demandante acudió a la vía administrativa y solicitó al Registro de la Propiedad Industrial medidas cautelares contra la sociedad demandada, desde luego con base en el mismo cuadro fáctico. La citada institución ordenó el decomiso del producto “apo-Sildenafil” existente en locales comerciales. No obstante, en resolución del 29 de julio del 2002 resolvió que el exterior de la caja no se consigna la forma ni el color de la píldora, ni se hace alguna alusión al diseño de viagra. Consecuente con lo dispuesto, devolvió toda la mercadería decomisada a tenor de la prueba marcada con el número 8. El Juzgado a-quo se apoya en la decisión administrativa para desestimar la demanda, incluso tuvo por demostrado lo acontecido ante el Registro. Denegó la excepción de falta de legitimación en sus dos modalidades, pero acogió la falta de derecho y la falta de interés actual e impuso a la actora el pago de ambas costas. El juzgador, además, fundamenta su fallo en la ausencia de confusión al consumidor en la compra del medicamento. Ese pronunciamiento es recurrido únicamente por la demandante, a quien le beneficia la denegatoria de la primera excepción perentoria. Por esa razón se conoce en lo



apelado, conforme a la doctrina del 565 del Código Procesal Civil. Dentro del plazo respectivo, la vencida expresa agravios en el escrito que se inicia a folio 519. Si bien son extensos, lo cierto es que reiteran los argumentos esgrimidos durante toda la etapa del contradictorio. Insiste en la infracción al diseño industrial registrado al comercializar apo-Sildenafil en la forma romboidal azul, en un principio, pues se trata de signo distinto de la píldora viagra que no puede ser imitado en perjuicio de la titular de la marca. No desconoce la diferencia en la presentación de las cajas, pero el acto desleal surge en virtud de la publicidad que tiende a confundir al consumidor al adquirir el producto. Los motivos de inconformidad se resumen en el siguiente párrafo: “El demandado, al recubrir su producto de un rombo azul, sin ninguna necesidad técnica que así lo obligue, pero conociendo el posicionamiento que la marca ya tiene en el mercado, apelando a la memoria del consumidor y a su conocimiento de los efectos del revolucionario medicamento de mi representada, presentado al gran público en forma de rombo azul, está beneficiándose del trabajo ajeno, de manera absolutamente ilegítima” (folio 544.) Pide se respete y proteja su marca registrada de rombo azul. Subsidiariamente solicita se le exima del pago de ambas costas por haber litigado de buena fe al pedir protección legítima como titular de una marca.

IV.-El escrito de expresión de agravios refleja un esfuerzo intelectual digno de reconocer y apreciar, lo cual es consecuente con la naturaleza del punto debatido e intereses en juego. No obstante, no comparte este Tribunal las conclusiones de la sociedad recurrente y, por ende, no tienen la virtud de modificar lo resuelto en primera instancia. De acuerdo con lo expuesto en los considerandos anteriores, el debate se reduce a la protección del rombo azul; esto es, la forma y color de presentación de la píldora viagra. En otras palabras, si la demandada incurrió en acto desleal de comercio al comercializar un genérico con el nombre comercial “apo-Sildenafil” utilizando esa misma forma romboidal y el azul, aun cuando casi de inmediato sustituyó el color por el blanco. El tema plantea varios supuestos a la vez: competencia desleal, publicidad engañosa (porque en la publicidad aparece el producto) y diseño industrial. Como factor común entre ellos, la cuestión radica en el riesgo de confusión o asociación de ambos productos, frente al público consumidor. En otras palabras, se trata de definir si el hecho de comercializar una pastilla cuya forma es idéntica a la conocida viagra, constituye un acto de confusión y/o asociación. El riesgo de asociación consiste en la posibilidad de que los consumidores puedan llegar a asociar a la demandada que comercializa el genérico con la actora titular de viagra, en el sentido que puedan llegar a pensar que tienen un mismo origen empresarial. Respecto al riesgo de confusión consistiría en el riesgo que los consumidores directamente puedan pensar que la empresa del genérico es la misma que la del viagra. En sede administrativa, el Registro de la Propiedad Industrial, no encontró elementos objetivos e idóneos para asumir que al consumidor se le estaba colocando en una situación de riesgo. Lo propio sucede ahora en este sumario. La aptitud de la accionada de modificar el color azul por uno blanco, a criterio de los integrantes de este órgano jurisdiccional, disminuye bastante ese riesgo de confusión y/o asociación. Además, no menos importante, el público no compra las pastillas de viagra individualmente (a granel) sino en caja y ésta no contiene ninguna referencia al producto de la actora. Según ha quedado debidamente acreditado, lo que se puede constatar a simple vista al colocar los envoltorios de ambas mercancías, la marca viagra registrada ni la imagen de la píldora, aparece en la caja utilizada por la demandada. En esas condiciones, el riesgo de comentario quedaría eliminado del todo. Por lo expuesto, la presentación del genérico al consumidor, la caja concretamente, no constituye una conducta contraria a la buena fe comercial ni se pretende obtener beneficios del esfuerzo ajeno, menos aun permite considerar la existencia de un daño efectivo o amenaza de daño comprobado. Artículo 17 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.



V.-En este análisis de los actos de competencia desleal, es necesario abordar lo relativo a la publicidad, precisamente el agravio fundamental de la sociedad recurrente. De alguna manera la “publicidad engañosa” se consagra en el citado numeral 17 como una modalidad de acto desleal. Nuestro legislador optó por regular esa problemática por esta vía e, incluso, remitir el debate al proceso sumario. Quizá lo correcto era reservar su conocimiento al ámbito administrativo, desde luego con el apoyo de una ley de publicidad que cubra todos estos aspectos. No se justifica que exista una legislación de esa naturaleza y no sea autosuficiente para regular, fiscalizar y autorizar todo lo concerniente a la publicidad. El consumidor y las empresas, con un panorama comercial globalizado como el actual, deben contar con un mecanismo de solución más ágil para evitar procesos donde se invierte mucho tiempo y con costos elevados. Es preciso reflexionar acerca de un sistema capaz de resolver los alcances de la publicidad casi de inmediato, sin necesidad de acudir a los estrados judiciales. Según la doctrina procesal moderna, se trata de la tendencia a desjudicializar aquellas pretensiones que por tradición legislativa se han atribuido a los jueces, pero el desarrollo social exige una regulación distinta. El presente asunto se inició a mediados del 2002, lo que apoya el comentario anterior. En cuanto al fondo del punto, en primer lugar, hay que dejar de lado lo puramente informativo de la publicidad. Son dos productos que obviamente tienen la misma finalidad: tratamiento oral de la disfunción sexual. Es un deber del empresario y un derecho del consumidor, conocer el contenido del medicamento. La información al respecto, en la caja de presentación y en los distintos anuncios comerciales, lejos de constituir un acto desleal, equivale al cumplimiento de normas imperativas. Para que la publicidad se considere engañosa, en este caso concreto, se debió acreditar que en los diversos anuncios se muestra una pastilla con el objetivo de crear el riesgo de confusión o asociación con viagra. Se aportan algunos recortes de periódicos, en los cuales la demandada anuncia al público su producto apo-sildenafil para la disfunción eréctil e incluye la pastilla. El que aparece en La Nación del domingo 3 de marzo del 2002, se observa la forma romboidal con un color azul claro. No obstante, en la publicidad del sábado 26 de octubre de ese mismo año y en ese mismo diario de circulación nacional, se presenta con el color blanco con el slogan “ahora con el color de la discreción”. En ambos se conserva la forma de rombo de la pastilla, pero se modifica el color una vez presentada la demanda. Analizados los anuncios, en especial el primero de ellos, se puede afirmar que no existen rasgos contundentes para calificar de engañosa la publicidad. Al mirar y examinar el anuncio, resulta injusto detener la vista en uno de los elementos que conforman la totalidad de la idea publicitaria. Sobresale el nombre del medicamento en color verde y en el resto de la información no aparece ninguna circunstancia que tienda a crear confusión o asociación con el viagra. En líneas anteriores quedó superada la presentación externa –diseño de la caja- y la inclusión de la píldora es insuficiente para acoger lo pretendido. La publicidad se dirige al costarricense en general y no a un grupo determinado. Se debe utilizar la “media” del consumidor, sin exigirle conocimientos especiales propios de personas con alguna instrucción específica o, debido a sus funciones intelectuales, se encuentra capacitado para cuestionar lo que la gente en su mayoría no hace. La lectura de los anuncios, dentro de esos límites, no induce al lector a asociar o confundir el producto de la accionada con la viagra, en el sentido de que adquirir el apo-sildenafil están comprando la viagra de la actora. En ese orden de ideas, los motivos de inconformidad de la apelante, si bien muy respetables, no son de recibo. Se puede agregar, a lo anterior, que la publicidad remite al consumidor a consultar con el médico sobre el uso del medicamento y, en definitiva, será ese galeno quien aconseje y recete al paciente.

VI.-Finalmente y respecto al diseño industrial, a pesar de su registro a favor de la demandante, los argumentos esgrimidos en los considerandos precedentes obligan a desestimar la infracción acusada. El artículo 66 de la ley de marcas u otros signos distintivos, protege éstos últimos siempre

y cuando causen confusión o riesgo de asociación con la empresa titular o sus productos o servicios. Como se ha examinado, ese riesgo no se acredita en autos. El Tribunal no pretende desconocer la similitud en la forma de presentación de la pastilla, pero esa única circunstancia no es suficiente para crear algunos de los dos supuestos mencionados. Se reitera que la píldora no se vende en las farmacias a granel o individualmente; esto es, no se encuentran a la vista y paciencia del público en general. Solo el grupo de usuarios del medicamento podría plantearse el tema de la forma romboidal, pero aun para éstos la píldora viene sellada en la caja. De lo contrario, habría que extraer del mercado todas las pastillas con esa forma y color azul. Además, la libre competencia comercial con transparencia frente al mercado, propicia y garantiza el mejor desarrollo de una sociedad de consumo. De esa manera el consumidor tiene a disposición mayores opciones e, implícitamente, queda abolida cualquier práctica monopolística.

VII.-Por todas las razones expuestas, en lo apelado se confirma el fallo recurrido. La condena en ambas costas se incluye con base en el artículo 221 del Código Procesal Civil. La actora vencida, en realidad, debió esperar el resultado de sus gestiones en sede administrativa. Esta demanda se promueve el 22 de julio del 2002, un tanto prematura porque el Registro de la Propiedad Industrial resolvió en definitiva el 29 de ese mes y año, sin que para esa fecha se le hubiere dado curso. Bien pudo quedar resuelto el conflicto en esa vía, sin necesidad de acudir a la jurisdiccional con los consecuentes gastos para la demandada. Se carece, entonces, de elementos para calificar de buena fe la conducta litigiosa de la demandante, todo de conformidad con los criterios discrecionales de los numerales 222 y 223 del citado cuerpo de leyes.

POR TANTO:

En lo apelado, se confirma la sentencia recurrida.

b) La imitación de ideas no constituye publicidad engañosa

¶¹²

Extracto de la sentencia:

Resolución: N° 1317 L

TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José, a las siete horas treinta y cinco minutos del primero de diciembre del año dos mil seis.

"V.-Los actos de competencia desleal, denunciados por la sociedad actora, se fundamentan en el uso de la campaña publicitaria iniciada por la sociedad demandada, concretamente en cuanto al



sello de garantía y la garantía de ahorro. A manera de introducción, resulta importante la siguiente cita doctrinaria: “ en la verificación de los requisitos de aplicabilidad de la ley de competencia desleal en este grupo de casos de signos atípicos ha de partirse del hecho indiscutible de que la publicidad es uno de los elementos más característicos de la competencia económica actual. La protección concurrencial contra la imitación confusoria de la publicidad permite asegurar que las diversas ofertas sean perfectamente distinguibles en el mercado. Esta posibilidad de distinguirse da un importante margen de confianza a los nuevos entrantes en el mercado, ya que podrán suministrar información útil al mercado sobre las características de los productos a los consumidores sin temor a que la información aportada sea imputada a otro competidor. En otras palabras, una determinada publicidad puede llegar a ser apreciada por los consumidores como propia de una determinada empresa. En este caso, la imitación confusoria de la publicidad provocará que los consumidores se confundan acerca del origen empresarial de la prestación publicitada y de las características que espera de dicha prestación (requisitos de racionalidad económica).” PORTELLANO DIEZ, PEDRO. La imitación en el Derecho de la Competencia Desleal. Editorial Civitas S.A., Primera Edición. 1955. Pág. 404. El mismo autor señala tres requisitos específicos que debe cumplir la imitación publicitaria para ser reputada como un acto de competencia desleal por confusión:

a).-Es preciso que se induzca a confusión con las empresas, actividades o productos. El criterio a seguir para determinar la confundibilidad no es tanto un aspecto cuantitativo sino cualitativo. En ese sentido hay que tener en cuenta que, aun cuando cuantitativamente la imitación sea escasa, si la imitación está referida a los aspectos cualitativos más importantes, puede haber confusión;

b).- La imitación desleal confusoria no es la referida a las ideas, sino la referida a la plasmación o exteriorización de dichas ideas, pues cualquiera puede apropiarse de las ideas y expresarlas en su propio lenguaje o imágenes y

c).-es preciso que la publicidad presente una cierta originalidad, a fin de que el consumidor pueda ligar la publicidad a un determinado operador económico. (Páginas. 410 a 413.) VI.- No hay duda que ambos sellos, cuyas muestras se aprecian a folios 3 y 5, tienen cierta similitud. No obstante, como se indica en el considerando anterior, el principio de similitud no implica necesariamente confusión, error o engaño al consumidor. La parte actora argumenta a su favor el aprovechamiento del esfuerzo ajeno, pero esa tesis aplica al derecho marcario y patentes, pero no a la publicidad. En este caso, a lo sumo, se podría catalogar como imitación de publicidad, pero su aplicación es de carácter restringida. Se debe partir del derecho que tiene todo consumidor de contar con opciones y una libre competencia entre los supermercados garantiza la información adecuada para tomar sus propias decisiones. En realidad, según la doctrina descrita, no hay imitación de publicidad por “ideas”, lo que comparte este órgano jurisdiccional. La campaña publicitaria de la actora se originó en la idea de garantizar el precio más bajo del mercado y, como compromiso público, pagan el doble de la diferencia. La publicidad de la demandada, por su parte, se ampara en la misma idea, pero iguala el precio de cualquier oferta. No se trata de publicidad engañosa ni denigrante. Ofrecen al público consumidor la oportunidad de seleccionar el supermercado donde comprar sus productos, según la oferta que más le llene sus expectativas personales. Los artículos 17 y 34 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor no recogen, de forma expresa, estos actos como desleales. Por el contrario, ésta última disposición, establece la regla es proteger el derecho a la publicidad y solo es inadmisibles cuando resulta indiscriminada y proponga superioridad de los productos con el consecuente engaño acerca del valor real. La molestia de la demandante se produce por la forma de diseñar su publicidad la accionada, quien se apoya en la idea de un sello para garantizar el precio más bajo del mercado. Sin embargo, la copia de esa idea, por sí misma, es insuficiente para calificar de desleal la conducta. Tampoco produce confusión al consumidor respecto al origen empresarial, pues la similitud es cuantitativa y no cualitativa. Como



parámetro se debe considerar al público en su condición media. Ambas publicidades tienden a captar consumidores con una campaña de precios bajos y recompensar de existir un producto más barato, la actora ofreciendo el doble de la diferencia y la demandada igualando cualquier otra oferta. Lejos de perjudicar la libre competencia entre empresas dedicadas a una misma actividad, favorecen al público y corresponde a éste seleccionar el supermercado de su agrado. Por último, la publicidad confusoria no se produce en razón de la falta de originalidad de la demandada. Simplemente copia la idea y ahora, según lo explicado, el consumidor tiene dos opciones para buscar los precios más bajos. En su escrito inicial, la actora justifica su pretensión en el aprovechamiento del esfuerzo ajeno y el gran perjuicio económico. Se podría considerar la existencia de daños y perjuicios, pero no por el efecto reflejo de un acto desleal de competencia. No hay imitación publicitaria como conducta ilícita. De existir ese detrimento patrimonial, tendrían un carácter extra-contractual propio de un proceso declarativo. VII.- Por los motivos aludidos y los esgrimidos por el a-quo en cuanto sean compatibles con la línea de pensamiento, se confirma el fallo estimatorio. Los agravios sobre la condena en costas y el levantamiento de las medidas cautelares, resultan inadmisibles para modificar lo resuelto. La tesis acerca de la razonabilidad de la demanda; esto es, pensar que la actora tuvo una duda razonable para promover la demanda, se podría traducir en un criterio tendiente a dejar sin efecto la regla prevista en el artículo 221 del Código Procesal Civil. Esa norma impone a la parte vencida el pago de las costas procesales y personales, como una secuela de la denegatoria de la pretensión. Se orienta en la necesidad de demandas con asidero legal. De no ser así, el perjuicio se traslada a la contraria, quien tuvo que contratar los servicios profesionales para defender sus intereses. La exención, como excepción a la condena, tiene un marcado carácter restringido y aplica únicamente en las situaciones previstas en el numeral 222 ibídem. El caso de autos no encuadra en ninguna de esas hipótesis, ni siquiera se puede justificar en lo novedoso o falta de experiencia de los tribunales nacionales. Las costas se le atribuyen a la actora por no haber acreditado, simplemente, la existencia de una publicidad confusoria. En lo que a las medidas cautelares se refiere, sin mayores explicaciones, comparte el Tribunal los argumentos del a-quo al denegar la solicitud de adición y aclaración. La vía del recurso no es la idónea para cuestionar la omisión de resolver el incidente de levantamiento. Ese defecto, de todos modos, no impedía conocer del fondo del asunto al concluir la fase de conocimiento sumario. Además, tampoco era indispensable hacer un pronunciamiento concreto en el mismo fallo, aun cuando bien se pudo hacer. En recto sentido, no se puede apelar de un extremo no resuelto por el Juzgado de primera instancia, quien dispuso esperar la firmeza de la sentencia para tomar la decisión correspondiente. Por lo expuesto, se confirma, en todas sus partes, el fallo impugnado."



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

FUENTES CITADAS

- 1 ALPIZAR RODRÍGUEZ, Ruth. La contratación desde la perspectiva del consumidor. 1 edic. San José, Editorial IJSA. 2005. pp 224-226
- 2 CERSOSIMO D'AGOSTINO, Juan Carlos. La publicidad engañosa y la publicidad comparativa como posibles formas de competencia desleal. Trabajo final de graduación para optar por el título de licenciatura en Derecho. Ciudad universitaria Rodrigo Facio. U.C.R. 2006. pp 69-75.
- 3 HILJE CASTILLO, Adrián. El incumplimiento de los actos unilaterales en el marco de la protección al consumidor. Tesis para optar por el título de licenciatura en Derecho. Ciudad universitaria Rodrigo Facio. U.C.R. 1999. PP144-145.
- 4 LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR. Ley No. 7472 de 20 de diciembre de 1994. Publicado en La Gaceta No. 14 del 19 de enero de 1995
- 5 REGLAMENTO A LA LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR. Decreto Ejecutivo No. 25234-MEIC de 25 de enero de 1996. Publicado en Alcance No. 38 a La Gaceta No. 124 de 1 de julio de 1996.
- 6 LEY GENERAL DE SALUD Ley No. 5395 de 30 de octubre de 1973. Publicada en La Gaceta No. 222 de 24 de noviembre de 1973
- 7 LEY DE FOMENTO DE LA LACTANCIA MATERNA. Decreto Ejecutivo No. 7430. Publicado en La Gaceta No. 200 del 21 de octubre de 1994
- 8 LEY ORGÁNICA DEL BANCO CENTRAL DE COSTA RICA. Ley No. 7558 de 3 de noviembre de 1995. Publicado en el Alcance No. 55 a La Gaceta No. 225 de 27 de noviembre de 1995
- 9 REGLAMENTO DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO. Decreto Ejecutivo No. 35867-MEIC del 24 de marzo del 2010. Publicado en El Alcance No. 4 a La Gaceta No. 62 del 30 de marzo del 2010
- 10 REGLAMENTO SOBRE DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN Y PUBLICIDAD DE PRODUCTOS FINANCIEROS BANCO CENTRAL DE COSTA RICA. Sesión No. 652-2007 de 11 de junio del 2007. Publicado en La Gaceta No. 123 de 27 de junio del 2007
- 11 TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. Resolución N° 925 -N-. San José, a las nueve horas del veinticuatro de agosto del año dos mil cinco.
- 12 TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. Resolución: N° 1317 L. San José, a las siete horas treinta y cinco minutos del primero de diciembre del año dos mil seis.