

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS

“INFRACCIONES PUBLICITARIAS
EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”

LORENA ALEJANDRA ZEGGANE MEDINA

DIRECTOR: DOCTOR VÍCTOR CEVALLOS VÁSQUEZ

Quito, 2011

DEDICATORIA

A mi madre, por su amor, esfuerzo y dedicación

A mi abuelita, fuente de mi inspiración

A mi pequeño hijo, una razón más para seguir

Por nosotros

AGRADECIMIENTOS

A mi Dios del cielo por darme tantas bendiciones, una de ellas, la oportunidad de estudiar.

A mi madre y abuelita por su apoyo constante.

A mi maestro y director de tesis, por su ayuda, enseñanza y ejemplo.

RESUMEN

El sector comercial, hoy altamente competitivo, tiene como principal herramienta para ofrecer sus productos y servicios, la publicidad. En medida que la tecnología aumenta, aumentan las formas publicitarias y la variedad que su naturaleza ofrece para la promoción de bienes y servicios.

Es por esto que entre mayores son las formas de llegar a los consumidores mayores también son las posibilidades de que los derechos de éstos se vean vulnerados, especialmente en la forma en la que los proveedores publicitan sus productos. Siendo así necesario, que la legislación Ecuatoriana establezca parámetros claros de protección al consumidor, que permitan evitar que una publicidad ilícita o engañosa vulnere el derecho constitucional de los consumidores.

Como veremos en el presente trabajo, la Normativa Ecuatoriana, no presenta una cobertura completa en defensa de los derechos de los consumidores, tampoco establece un mecanismo correcto para el juzgamiento del ilícito publicitario.

El presente trabajo tiene como objeto de investigación el ilícito publicitario en todas sus formas, relacionándolos con los derechos que éstos vulneran y la protección derivada de la normativa ecuatoriana vigente.

La investigación está centrada en establecer la verdadera protección que la legislación ecuatoriana ofrece al consumidor en materia de publicidad, tanto en la parte sustantiva como también en el mecanismo de control que se aplica.

A partir de la norma general y la comparación respectiva con los hechos fácticos vamos a llegar a establecer criterios efectivos para la realidad ecuatoriana. Así como también se verán casos concretos en la realidad ecuatoriana para establecer en donde se encuentran los vacíos legales

Un breve análisis de la legislación internacional, y la interpretación de los pronunciamientos de sus diferentes organismos de control nos dan un enfoque completo para establecer las posibles reformas en la legislación nacional.

En el capítulo final, se encontrarán las conclusiones y recomendaciones principales de la investigación, sugiriendo alternativas válidas para mejorar la regulación de la publicidad ilícita y establecer mecanismos que permitan la disminución de la difusión del ilícito publicitario, tan simple y versátil a incrementarse en la actualidad, a través de los medios de comunicación.

CONTENIDO

Capítulo I.- Publicidad y medios de comunicación

- 1.1** Generalidades
- 1.2** Estructura de la Actividad Publicitaria
 - 1.2.1** El ejercicio de la Publicidad como cause de ejercicio del derecho comercial y derecho a la información.
 - 1.2.2** Publicidad Comercial
 - 1.2.3** Sujetos Publicitarios
 - 1.2.4** Principios Publicitarios
- 1.3** Manifestaciones Ilícitas de Publicidad

Capitulo II.- Estructura normativa ecuatoriana que regula la publicidad en los medios.

- 2.1** Constitución Política del Ecuador
- 2.2** Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su Reglamento
- 2.3** Ley de Radiodifusión y su Reglamento.
- 2.4** Ley Orgánica de Salud
- 2.5** Aspectos Importantes de Legislación Comparada
 - 2.5.1** España
 - 2.5.2** Países Miembros de la Comunidad Andina

Capítulo III.- Las infracciones Publicitarias en la Realidad Ecuatoriana

- 3.1** Infracciones Publicitarias contenidas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su Reglamento.
- 3.2** Infracciones Publicitarias contenidas en la Ley de Radiodifusión y su Reglamento
- 3.3** Infracciones Publicitarias previstas en la Ley Orgánica de Salud
- 3.4** Infracciones publicitarias en la legislación comparada

Capítulo IV.- Juzgamiento de las Infracciones Publicitarias

- 4.1** Procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor
- 4.2** Procedimiento jurisdiccional
- 4.3** Asociación de Consumidores y control Social.

Capítulo V.- Propuesta de Reformas Legales para el control de la publicidad en los medios.

- 5.1** Reforma a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor
 - 5.1.1** Definiciones
 - 5.1.2** Promociones y garantías en la publicidad
 - 5.1.3** Infracciones Publicitarias
 - 5.1.4** Mecanismos de Control

5.2 Penalización de las Infracciones Publicitarias

5.3 Importancia de la participación social en el control de la
Publicidad

Conclusiones y Recomendaciones

Bibliografía

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación, tiene por objeto establecer la verdadera garantía que se otorga a los derechos de los consumidores ecuatorianos en el caso de ser víctimas de los ilícitos publicitarios, incluyendo el análisis de la normativa vigente y de los organismos de control a cargo del cumplimiento de la misma. La conclusión de la presente contempla las reformas respectivas que se plantean con la finalidad de proponer una solución al problema encontrado.

En el primer capítulo se analiza la estructura de la actividad publicitaria en el Ecuador, en consecuencia en el segundo y tercer capítulo se establece la normativa ecuatoriana al respecto, definiendo así el marco normativo al cual se refieren las reformas que serán planteadas al final del trabajo.

En el cuarto capítulo se define el juzgamiento de las infracciones publicitarias en el Ecuador y se determinan las falencias del mismo, en cuanto a su fondo y forma.

El capítulo quinto contiene las reformas que plantea la autora en torno a la investigación realizada.

CAPÍTULO I

1. Estructura de la Actividad Publicitaria y Medios de Comunicación

1.1 Generalidades

Los medios y el negocio del entretenimiento, están creciendo a un ritmo mucho mayor que en años pasados, junto a ellos y con la misma intensidad crece la publicidad. La versatilidad que poseen tanto los medios de comunicación como las formas de hacer publicidad avanzan a pasos agigantados y la tendencia a la desregularización de los mismos debido a este nuevo orden de la información se acentúa cada vez más, como es el caso de la publicidad en la Web.

Es por eso que dentro de lo que concierne a los Derechos del Consumidor, es un capítulo muy importante el denominado Derecho Publicitario, por dos razones: porque dentro de una economía de mercado es uno de los tantos instrumentos que utilizan los comerciantes para captar consumidores y promover la adquisición de los bienes y servicios que ofrecen; y porque constituye una fuente de responsabilidad administrativa y civil, en algunos países incluso responsabilidad penal, cuando a través de su utilización se genera daños a los consumidores.

Hoy en día la publicidad es la herramienta preferida por los comerciantes para informar sobre la existencia de sus productos y servicios para su adquisición por parte de los consumidores, podemos decir que el único fin de la publicidad es incentivar la adquisición de los bienes y servicios y promover su consumo masivo.

Frente a esta realidad la regulación de la publicidad debe ser un importante objetivo de cualquier política amplia de protección al consumidor y por lo tanto es necesario desarrollar controles que permitan la promoción de una publicidad confiable, con el objetivo de prohibir la publicidad falsa y engañosa.

El presente capítulo tiene por objeto estudiar la publicidad en cuanto mecanismo de información y como fuente de responsabilidad administrativa, por tanto se realizará un breve análisis de la estructura de la actividad publicitaria, los medios de comunicación, el significado de publicidad comercial, de su importancia y las funciones que cumple en una

economía de mercado, de los sujetos que intervienen, los principios publicitarios a los que está sujeta y las diversas manifestaciones que de ella emanan, poniendo especial énfasis en el estudio de la publicidad engañosa como fuente de responsabilidad administrativa y civil.

La Publicidad, entendida en su sentido amplio es un componente de las diferentes actividades de la mercadotecnia, específicamente de la promoción, que sirve para comunicar el mensaje de un patrocinador identificado a un público específico, mediante la utilización de medios que tienen un costo y que son impersonales y de largo alcance, como la televisión, la radio, los medios impresos y el internet entre otros, con la finalidad de cumplir con los roles para los que fue creada, que en definitiva según William Wells, experto en publicidad se resumen en: Rol de mercadotecnia: la publicidad proporciona la información que contribuye a que compradores y vendedores concurren al mercado; Rol de comunicación: La publicidad al ser una forma de comunicación de masas informa y transforma un producto al crear una imagen que trasciende su valor real; Rol económico: La publicidad es una herramienta de persuasión, en su papel económico, es el camino que encauza a la sociedad a informar y persuadir a sus miembros con respecto a productos, servicios e ideas; y por último un Rol social: porque la publicidad logra que el consumidor tome decisiones, refleje tendencias en la moda y el diseño, informa sobre artículos novedosos y nos enseña a usar estas innovaciones.

Siendo entonces como hemos visto, la publicidad un puerto excepcional en el cual encontramos una inmensa posibilidad de daño al consumidor, es necesario entenderla en todas sus formas de expresión y encontrar las falencias que en nuestro sistema legal no permiten que exista una correcta regulación frente a las infracciones que a los derechos del consumidor se producen por los diferentes medios publicitarios.

1.2 Estructura de la Actividad Publicitaria

Existen varios hitos que conforman la actividad publicitaria, cada uno de ellos tienen importancia al momento de estudiar la publicidad como fuente de responsabilidad administrativa. Con un breve análisis de los elementos que componen esta actividad definiremos el marco teórico que nos sirva posteriormente para el estudio de las infracciones publicitarias.

1.2.1 La publicidad como cauce de ejercicio de la libertad de expresión comercial y del derecho a la información.

Como dice profesor Díez Picazo, " la publicidad es un instrumento decisivo en un sistema de producción en masa y contratación como incitación a la adquisición de bienes y servicios".¹ Sin embargo el uso del mecanismo de la publicidad no sería posible sin la existencia de un régimen de competencia y libertad, entendiéndose este último como la posibilidad de que los empresarios puedan ofrecer su variedad de bienes y servicios activando el desarrollo del mercado y contribuyendo a una mejora en la calidad de los mismos, a la vez que se garantiza un mayor flujo de información a favor de los consumidores al permitirles conocer sobre las características relevantes y los beneficios de los bienes y servicios ofertados.

La publicidad es importante en una economía de mercado, pues sin ella el consumidor no podría elegir el producto que desea, ni hacer una comparación entre productos o servicios distintos de competidores para tomar una decisión de consumo adecuada; sin publicidad, el consumidor se vería privado de la información que los anuncios le llevan. Por ello se ha dicho que la publicidad no sólo beneficia a los consumidores y empresarios sino también al mercado en general.²

Este régimen de competencia y de libertad, en primer lugar, tal como lo cita el profesor Víctor Cevallos provoca "un ambiente de eficiencia y ello implica beneficios para los consumidores"³ y naturalmente la publicidad comercial se convierte en el canal de información que facilita la libertad de los empresarios para que puedan entrar en contacto con los potenciales consumidores y que éstos conozcan los bienes y servicios que se distribuyen en el mercado.

La libertad de expresión comercial fue reconocida por primera vez en los Estados Unidos de América en 1975 en el caso *Bigelow v. Virginia*, en la que se reconoce que la información comercial es indispensable para que los individuos puedan tomar decisiones económicas de la manera más inteligente posible, contribuyendo al buen

¹ DÍEZ PICAZO, Luis. Masificación y Contrato, en: Daños, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1991, p.8.

² CALLE CASUSOL, Jean Paul. La publicidad Comercial y el control de la Publicidad Falsa y engañosa en: Responsabilidad Civil por Publicidad Falsa o Engañosa". Lima, Ara Editores, 2002, p. 134.

³ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor, Derecho de la Competencia en: Libre Competencia Derecho de Consumo y Contratos, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2001, p. 18.

funcionamiento de la economía de mercado. Cabe señalar que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América ha reconocido que la protección de la publicidad comercial bajo el amparo de la libertad de expresión, no impide limitar esa libertad en beneficio de los consumidores siempre y cuando estas limitaciones sean permisibles es decir que si puede prohibir ciertas formas de comunicación que son más aptas para engañar al público que para informarlo.

En nuestra legislación no existe ninguna consideración específica sobre la libertad de expresión comercial en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, pero podemos ver que la protección de la publicidad comercial mediante la libertad de expresión tiene amparo constitucional en el Art. 52 cuando consagra el *"derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características"*⁴.

Es innegable la importancia que tiene el interés privado de los empresarios y el interés colectivo de los consumidores en la estructuración de las normas que regulan la publicidad comercial.

Por lo considerado anteriormente podemos afirmar que en la protección de la publicidad confluyen dos derechos fundamentales básicos: el derecho de los empresarios a la libre expresión comercial y el derecho de los consumidores a la información adecuada, oportuna y transparente.

1.2.2 Publicidad Comercial

En lo que se refiere a la protección de los consumidores deberemos dar especial tratamiento a la publicidad comercial. Entendiendo a ésta, como un tipo de publicidad que se lleva a cabo con la intención de provocar un acercamiento a la marca, producto o empresa en el potencial consumidor, es un mensaje informativo que con un carácter persuasivo se ejecuta y difunde de acuerdo a técnicas específicas y que actúa como medio de captación de sujetos para la contratación de bienes y servicios en la relación de consumo o meramente mercantil.

⁴ Constitución de la República del Ecuador, Art. 52, Sección Novena: Personas Usuarias y Consumidoras.

En la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor no encontramos un concepto específico de publicidad comercial. El artículo 2 de la citada ley señala lo siguiente: "Publicidad es la comunicación comercial o propaganda que el proveedor dirige al consumidor por cualquier medio idóneo, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio".

La ley de Publicidad española del 11 de noviembre de 1998 define a la publicidad comercial como "Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones".

La publicidad comercial es una herramienta esencialmente de carácter económico, pues a través de ella se busca destacar las bondades, cualidades y características de un producto o servicio. Su mensaje es comercial, pues cubre aspectos tales como objetivos de venta, introducción del producto o servicio en el mercado, marketing, etc.

Entre los elementos subjetivos que integran el concepto de publicidad comercial, se encuentran el acto de comunicación, la instrumentalidad, la intencionalidad y voluntariedad del anunciante. La publicidad es el acto de divulgación que busca provocar una respuesta en el consumidor, que persigue determinar a los destinatarios del mensaje a que efectúen una declaración contractual de voluntad. El elemento objetivo de la publicidad por otro lado se refiere a su contenido, que no es otra cosa que los bienes y servicios sobre los que recae el mensaje publicitario y cuya adquisición es la que se incentiva.⁵

Estos elementos han permitido distinguir la publicidad comercial, de la simple información técnica. En términos generales, lo que diferencia a ambas figuras es: El contenido del mensaje: que busca comunicar a los usuarios las bondades del bien o del servicio, mientras que la información técnica determina las características y los elementos objetivos del producto; La finalidad: El anuncio publicitario, está dirigido a persuadir, involucra la intención de sugestión, la información en cambio destaca hechos o características de forma objetiva; Los destinatarios: el destinatario de la publicidad es el público en general y del deber de información son los consumidores

⁵ CALLE CASUSOL, Jean Paul, op.cit.,p.143

interesados; Los medios utilizados: La publicidad generalmente se efectúa por medios de prensa, radiales y televisivos, mediante leyendas o gráficos , la información técnica en cambio, aparece en los embalajes del producto y los manuales de uso.

Cabe aclarar que la publicidad no sólo cumple una función persuasiva. Si bien el mensaje es primariamente persuasivo, la publicidad también informa cuando da a conocer a los consumidores sobre la existencia, características y otros elementos importantes del producto o servicio. Como lo ha señalado Calle Casusol “La publicidad en su función informativa, tiene por objeto comunicar a los consumidores y usuarios la calidad, características o el precio del producto, por el contrario, en su función persuasiva, tiene por fin convencer al público para el uso de un determinado producto en vez de otro. La principal diferencia entre la información y la publicidad radica en que la publicidad supone información, sin embargo, no toda información es publicidad”.

La actividad publicitaria es a la vez informativa y persuasiva, aunque naturalmente en cada anuncio o expresión publicitaria concreta pueda prevalecer bien la dimensión informativa o bien la dimensión persuasiva.⁶

Esto es importante tener en cuenta, por cuanto hoy es materia de discusión si los anuncios publicitarios, compuestos por ambos elementos, son aptos o no para incorporar la declaración del anunciante de obligarse frente a potenciales consumidores. Este es un tema que veremos con mayor amplitud en el presente trabajo, cuando tratemos los tipos de infracciones publicitarias.

1.2.3 Sujetos Publicitarios

a) El anunciante

La publicidad, empieza necesariamente con el anunciante, es éste quien decide acerca de a quién se le va a dirigir la publicidad, el medio en el que aparecerá o divulgará, el presupuesto y la duración de la campaña.

⁶ FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos. “Estudios de Derecho de la Publicidad”. Universidad de Santiago de Compostela. 1989. Pág. 57.

El anunciante es la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza el acto publicitario, que se beneficia directa o indirectamente, de un anuncio publicitario. Como señala De la Cuesta, “El anunciante es quien se propone la finalidad que el acto de publicidad persigue, lo que desde el punto de la instrumentalidad significa que es la persona o el ente que está en disposición y tiene la voluntad de concluir el acto principal al que la publicidad se conecta. En términos jurídicos es el ente en cuyo interés se realiza el acto de publicidad, aunque sea otro su autor material”

Como regla general, el anunciante será el empresario que instrumenta la publicidad a su favor. En el Art. 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, se define al anunciante como “Aquel proveedor de bienes o de servicios que ha encargado la difusión pública de un mensaje publicitario o de cualquier tipo de información referida a sus productos o servicios”

Existe un gran número de tipos de anunciantes. Algunos fabrican el producto o servicio; otros venden productos manufacturados para el consumidor final, varios utilizan la publicidad para presentarse a sí mismos y a los servicios que ofrecen.

Puede observarse, que el anunciante es aquel en cuyo interés se realiza el acto de publicidad, en cuanto favorece su actividad principal, incluso permite comprender no sólo a quienes se benefician de la publicidad que es instrumentada por el fabricante para apoyar su organización vertical, sino también a quienes se aprovechan de él mediante la conclusión del contrato principal que promueve aun cuando no sean parte de dicha organización.

b) La Agencia de Publicidad y medio de comunicación

El segundo jugador calve en el mundo de la Publicidad es la agencia. Los anunciantes contratan agencias independientes para planear o instrumentar parte de, o todas, sus actividades publicitarias.

La responsabilidad muchas veces alcanza también a otros sujetos que tienen a cargo el diseño y la difusión de la publicidad, tales como las agencias de publicidad y los medios de comunicación social, por lo que se precisa determinar el concepto de cada uno de ellos.

Las agencias de publicidad son quienes diseñan el anuncio publicitario por cuenta del anunciante. La ley de Publicidad española en su artículo 10 señala que “Son agencias de publicidad las personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante.” En el mismo sentido, la Ley Peruana señala que: “Agencia de Publicidad: se refiere a cualquier persona, natural o jurídica, que brinde servicios de diseño, confección, organización y ejecución de anuncios u otros productos publicitarios”.

No encontramos en nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor una definición perteneciente a agencia de publicidad.

De la Cuesta señala que: “Tres son las notas características de estos entes. La primera, la de constituir una compleja organización de medios humanos y materiales indispensables a la instrumentación del acto publicitario. La segunda, es que la finalidad de tal organización, viene constituido por la instrumentación de los actos en interés ajeno. Y la tercera, en conexión con las anteriores, que a la instrumentación de estos actos se dedican de modo habitual, obteniendo de esa actividad un lucro”⁷

En cambio, los medios de comunicación social son el canal de comunicación que lleva el mensaje del anunciante a la audiencia. Están organizados para vender espacio (en medios impresos) y tiempo (en medios electrónicos) el representante de medios se reúne con el responsable de comprar espacio en medios de una agencia, para convencerlo de que el medio es un buen conducto para transmitir el mensaje a sus clientes. Los medios de publicidad que se utilizan con mayor frecuencia son: periódicos, televisión, radio, revistas, anuncios exteriores y propuesta directa. Sin olvidar la importancia global que actualmente alcanza hoy por hoy el internet.

La ley española en el artículo 10 señala que “Tendrán la consideración de medios de publicidad las personas naturales o jurídicas o privadas que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de la publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten”⁸

⁷ DE LA CUESTA, José María, “Régimen Jurídico de la Publicidad”. Editorial Tecnos, Madrid, 1974, pág. 153

⁸ Ley General de Publicidad Española, 19 de Julio de 1984, Artículo 10

La ley peruana precisa algo más este concepto al establecer en su artículo 1 que la palabra “medio de comunicación” se refiere a: todas las empresas que brinden servicios de carácter audibles, audiovisuales y/o impresos, de acuerdo con el reglamento y que operan o se editan en el país. El artículo 2 del reglamento de la referida Ley, por su parte establece que medio de comunicación es: “toda empresa que brinde servicios en cualquiera de las formas a través de las cuales es factible dirigirse a una pluralidad de personas para comunicar un mensaje comercial, ya sea de manera personalizada o impersonal, por medio de correspondencia, televisión, radio, teléfono, periódicos, revistas, afiches volantes, o cualquier otro medio análogo, que operan o se editan en el país”⁹.

En nuestra legislación no existe un concepto concreto de medio de comunicación, dentro del proyecto de Ley de Comunicación presentado por el asambleísta César Montufar, encontramos el siguiente concepto: “Medios de comunicación.- Son aquellos entes, de naturaleza pública, privada o comunitaria, cuya actividad principal es buscar, producir y difundir información, mensajes, ideas, opiniones, en impreso audio visual o en cualquier forma o manifestación que se lo haga. Los medios de comunicación incluyen a aquellos que ocupan el espectro radioeléctrico, tales como radio y televisión; aquellos escritos, tales como prensa; y aquellos que utilizan medios tecnológicos, tales como las páginas web o el uso de mensajes electrónicos.”¹⁰

En conclusión, una agencia de publicidad, es quien presta servicios de instrumentación técnica de actos de publicidad en interés del anunciante; y ahí justamente radica el fundamento de su responsabilidad, pues la colaboración que presta al anunciante sirve en la promoción de su actividad principal.

Sin embargo, no puede imputarse responsabilidad al medio de comunicación social por el diseño del anuncio publicitario, pues no le corresponde a él verificar el contenido del anuncio ni mucho menos la exactitud de lo que se afirma respecto a un producto o servicio. Su responsabilidad únicamente estaría dada por la difusión de la publicidad expresamente prohibida.

⁹ Ley de Protección al Consumidor Perú. Texto único Ordenado por el decreto Legislativo 691, artículo 1.

¹⁰ MONTUFAR, César, Asambleísta ecuatoriano, Proyecto de ley NO. 078-2009, presentado el 15 de Septiembre del 2009 ante la Asamblea Nacional del Ecuador.

c) Destinatario de la Publicidad. El consumidor

En materia de publicidad, el consumidor es el destinatario de los anuncios publicitarios. Al respecto, Fernández Novoa manifiesta que: “el concepto público de consumidores debe entenderse en sentido relativo: el público no está compuesto por la totalidad de la población, sino precisamente por aquél sector de la población al que se dirige el anuncio o la correspondiente expresión publicitaria.”¹¹

La ley de Publicidad española señala que son destinatarios “Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance.”¹² Asimismo el artículo 1 de la ley de publicidad Peruana establece que la palabra consumidor se refiere a “cualquier persona a la que se dirige un anuncio publicitario, o que es susceptible de recibirlo”¹³

Nuestra Ley Orgánica de Defensa del consumidor, de manera general, en su artículo 2, inciso 2, define al consumidor como: “Toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute de bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello”. La parte final del presente artículo, no menciona necesariamente a la publicidad, sin embargo, cita a la oferta que reciba el consumidor, y como hemos analizado, la publicidad comercial, se basa principalmente en la oferta y persuasión del anunciante, para que el consumidor adquiera determinado bien o servicio. De todos modos, y como veremos en la parte final del presente trabajo, es necesaria una reforma en la norma, que establezca claramente desde el concepto, hasta la infracción, toda la estructura publicitaria, y cada uno de los sujetos que en ella intervienen.

En la misma línea, el Art. 2 de la ley de publicidad peruana, establece que: “ los anuncios deben ser juzgados, teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario”, y si bien en la norma no se especifica nada respecto del tipo de consumidor, el Tribunal del Instituto

¹¹ FERNÁNDEZ NOVOA, la interpretación jurídica de las expresiones publicitarias, Citado por BEZADA, José Antonio. “La Publicidad Comercial”. En: ESPINOZA, Juan y Pierino, STUCCHI LÓPEZ RAYGADA. “Normas de la Publicidad. Comentarios-Precedentes Jurisprudenciales”. Lima: Rodhas. p. 21.

¹² Ley General de Publicidad Española, Artículo 2.

¹³ Ley de Protección al Consumidor Perú. Texto único Ordenado por el decreto Legislativo 691, artículo 1.

Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOP), dictó un precedente de observancia obligatoria, estableciendo lo siguiente:¹⁴ “ (...) el término “análisis superficial” no debe entenderse como un análisis descuidado o irresponsable, sino , por el contrario, como el reflejo del hecho de que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio, no siendo exigible un análisis experto y detallado del mismo. Así los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría, al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones, y lo que estas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones complejas o forzadas prefiriéndose de varias interpretaciones posibles, aquella que surge mas naturalmente a los ojos del consumidor.”

Este importante criterio, se traduce en lo que Calle Casusol denomina: “consumidor razonable”, y dice “... un modelo de consumidor que interpreta el nuncio como un “testimonio de parte” del anunciante con intención de vender sus productos o promover la contratación de sus servicios, y que asume frente a un anuncio una posición prudente antes que ingenua.” De lo cual se desprende que el análisis del consumidor frente a la publicidad, es aquél que surge de manera natural a los ojos de un consumidor razonable; lo que no presupone que el consumidor actúe de una manera irracional o poco interesado frente a la información que se difunde, sino que realiza un análisis mínimo de la información que recibe. Al respecto, en el numeral cuarto del artículo 5 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor del Ecuador, se contempla este concepto, dentro de una de las obligaciones del consumidor, cuando establece como obligación del consumidor: “ Informarse responsablemente de las condiciones de uso de los bienes y servicios a consumirse.”

1.2.4 Principios Publicitarios

Los principios publicitarios son criterios que sirven para evaluar la conducta de los agentes publicitarios. Generalmente se encuentran contenidos en disposiciones legales y normas de ética que son acatadas voluntariamente por sus destinatarios.

¹⁴ Resolución No. 052-96-TRI-SDC, emitida con fecha 18 de septiembre de 1996 y publicada en el diario oficial “ El Peruano” con fecha 03 de octubre de 1996; recaída en el proceso de oficio seguido contra Liofilizadora del Pacífico y Omniagro S.A. – Manaxx J. Gold.

La forma del mensaje, que es siempre la expresión sugestiva de una argumentación publicitaria, hace posible una valoración desde distintos principios. A decir de De la Cuesta “No puede existir un criterio único para la valoración de los diferentes elementos que constituyen el acto publicitario. Su enjuiciamiento, es tarea tan compleja, como lo es el fenómeno mismo.”¹⁵ Es por eso que habrá que contemplarse el acto desde todos los ángulos que descubran aspectos relevantes para cada uno de los principios.

Entre los principios publicitarios considerados por la doctrina tenemos: el principio de legalidad, veracidad, autenticidad y leal competencia. A continuación veremos brevemente cada uno de ellos, poniendo especial énfasis en el principio de veracidad, pues éste sirve para determinar cuándo se está ante una publicidad falsa o engañosa, que genera una infracción publicitaria.

a) Principio de Legalidad.- Según este principio, los anuncios publicitarios deben sujetarse a las leyes, no contravenirlas. La publicidad no debe contrariar a las normas que le impone limitaciones en orden a ciertos valores que busca proteger. El acto publicitario, por su fin, por su objeto y por su forma, debe respetar las normas jurídicas, entiéndase cualquiera de las que integran el ordenamiento positivo.

El jurista Cevallos Vásquez, al referirse a este principio determina, “La publicidad debe ajustarse a la ley, quedar fuera de los presupuestos previstos por la misma como infracción”.¹⁶

El respeto al principio de legalidad no se restringe a la ley formal, ni tampoco a las normas que de una u otra manera tiene como materia la publicidad, sino que engloba todas las bases del ordenamiento jurídico, en el cual se aplica.

b) Principio de leal competencia.- 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

¹⁵ DE LA CUESTA, José María, “Régimen Jurídico de la Publicidad”. Editorial Tecnos, Madrid, 1974, pág. 168

¹⁶ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor, Derecho de la Competencia en: Libre Competencia Derecho de Consumo y Contratos, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2001.

publicitario. Este principio persigue que el conjunto de comunicaciones informativas y persuasivas que constituyen en cada caso la expresión publicitaria, se ajusten al principio general de la competencia económica leal. A tal efecto, se quiere que la actividad publicitaria no provoque confusión entre mercancías o servicios.

Los objetivos primordiales perseguidos con el principio de la leal competencia empresarial se traducen en un mejor u óptimo funcionamiento del mercado donde los agentes desarrollan su actividad: Así entonces, se protege a los consumidores; orientando su libertad de elección y se protege a los competidores; favoreciendo la lícita concurrencia en el mercado.

Protección de los consumidores

La publicidad se entiende desde este punto de partida, como un "servicio" dirigido a los consumidores. Es innegable que la actividad publicitaria puede tener un aspecto de servicio que les permite efectuar una elección más racional de los bienes y servicios presentes en el mercado, aunque en general la publicidad no es sino un medio de aumentar el volumen de contratación de un empresario. Ahora bien, la protección del consumidor o usuario a través de este criterio de la lealtad competencial se producirá de manera colateral o indirecta, toda vez que su objetivo básico y principal no será otro que el correcto funcionamiento de la competencia empresarial en el mercado. Buen funcionamiento que en última instancia alcanzará al consumidor en cuanto cliente, esto es, por ser el adquirente de los bienes y servicios objeto de la actividad empresarial. Así podríamos argumentar que a mayor transparencia y respeto concurrencial, mayores ventajas para el destinatario final.

Protección de los empresarios

Por otro lado, la publicidad (siempre desde el punto de vista del principio de la leal competencia), se entiende como un instrumento favorecedor de la lícita concurrencia en el mercado, quedando sujeta a las leyes, principios y normas que sancionan la competencia desleal.

Por lícita concurrencia, se puede deducir que un acto concurrencial es lícito (en este caso sería el acto publicitario) cuando se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. Es decir, cuando el mensaje no contenga elementos que entorpezcan en alguna medida el buen funcionamiento del mercado, perjudicando al resto de competidores.

En conclusión, el derecho que regula la competencia empresarial, opera de forma directa e inmediata, es decir, de modo "horizontal", con respecto a la tutela de los derechos de consumidores y empresarios competidores.

- c) Principio de Veracidad.-** En la estructuración de los anuncios publicitarios debe respetarse la verdad, evitando de cualquier forma que la información o imágenes contenidas en los anuncios, deformen los hechos, o induzcan a error al consumidor, ya sea de manera directa, indirecta o por ambigüedad, omisión o exageración. Al respecto, la Ley Federal de Protección al Consumidor de México recoge este inciso en el artículo 32 al señalar que: “La información o publicidad relativa a bienes o servicios que se difundan por cualquier medio o forma, deberán ser veraces, comprobables y exentas de texto, diálogos, sonidos, imágenes y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión, por su inexactitud.”

Este principio busca reprimir las expresiones publicitarias que encierran alegaciones contrarias a la verdad, con las que una empresa trata de convencer al público para que adquiera sus productos o contrates sus servicios.

Ya antes se ha mencionado la especial situación en la que se encuentran los consumidores como consecuencia de la asimetría de la información existente en el mercado. A menudo, son los proveedores quienes conocen las características y cualidades del producto que ofrecen. Pues bien, el principio de veracidad justamente cumple una función de protección al consumidor frente a esa asimetría de información.¹⁷ Al imponer a los anunciantes y proveedores la obligación de

¹⁷ CALLE CASUSOL, Jean Paul. La publicidad Comercial y el control de la Publicidad Falsa y engañosa en: Responsabilidad Civil por Publicidad Falsa o Engañosa”. Lima, Ara Editores, 2002, p. 159

informar verazmente a los consumidores sobre las características del producto y, especialmente que eviten la deformación publicitaria.

De lo que se trata es de que no se cree en los destinatarios la apariencia de que contratando con el anunciante se obtendrán unas ventajas que no se corresponden con la realidad.

Dicho en otras palabras, la información que se brinde en la publicidad debe ser cierta. La veracidad es el más importante de los cuatro principios del Derecho Publicitario ya que está vinculado al deber y al derecho a la información. Asimismo, en este principio se verifica con más fuerza la tutela conjunta de empresarios y consumidores. En lo que respecta a los empresarios, el principio de veracidad evita que se compita sobre la base de información falsa. En lo que concierne a los consumidores, la veracidad les permite hacer mejores y más informadas decisiones de compra. Cabe resaltar que el principio de veracidad se aplica únicamente al contenido informativo de la publicidad, no así al sugestivo, como es el uso del humor, la fantasía, la exageración que no engañe ni confunda las apreciaciones subjetivas.

De la Cuesta, advierte que: “En toda actividad publicitaria deberá respetarse la verdad, evitando que se deformen los hechos o se induzca a error. Las afirmaciones que se refieran a la naturaleza, composición, origen, cualidades sustanciales o propiedades de los servicios objeto de la publicidad, serán siempre exactas y susceptibles de prueba en cualquier momento”

El principio de veracidad, protege al consumidor, que como destinatario de la publicidad, no puede ser inducido a error, mediante una publicidad engañosa o deformada.

Nuestra Ley Orgánica de Defensa del consumidor, contempla este principio, al determinar el concepto de publicidad engañosa, dice: “Toda modalidad de información o comunicación de carácter comercial, cuyo contenido sea total o parcialmente contrario a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos o que utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos

esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor.”, adicionalmente, en el Inciso cuarto del artículo 4, al enumerar los derechos de los consumidores, establece que el consumidor tiene derecho a: “...la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren prestar;” en concordancia con el precedente inciso, en el numeral 6 del mismo artículo establece el “ derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales”.

El artículo 17 de la mencionada norma, establece este principio, también dentro de las obligaciones de los proveedores de bienes y servicios, cuando determina que: “ Es obligación de todo proveedor, entregar al consumidor información veraz, suficiente, clara, completa y oportuna de los bienes o servicios ofrecidos, de tal modo que éste pueda realizar una elección adecuada y razonable.”

Como acertadamente señala De la Cuesta, este principio se hace indispensable, justamente por la libertad de que goza el anunciante en la instrumentación de la publicidad, es por eso que este principio constituye su límite.

En lo que respecta a la aplicación de este principio, Fernández Novoa señala que hay que distinguir entre los tipos de afirmaciones y expresiones que componen el mensaje publicitario, estas son: expresiones triviales, afirmaciones carentes de contenido comprobable, y alegaciones concretas comprobables.¹⁸ Extendamos cada uno de estos conceptos:

Expresiones Triviales: Como definición de trivial, entendemos que se refiere a expresiones que no sobresalen de lo ordinario y común, que carece de toda importancia y novedad.¹⁹ En publicidad, estas expresiones se refieren a ciertas alabanzas que se realizan sobre el producto o sus características, con la intención de persuadir al consumidor a su compra. Por ejemplo: “es la mejor del mundo”,

¹⁸ FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, “La Sujeción de las Expresiones Publicitarias al Principio de Veracidad”, en: Universidad de Santiago de Compostela. Instituto de Derecho Industrial. Actas de derecho industrial. Madrid, 1975, pp. 374-375.

¹⁹ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=trivial

“todos la prefieren”, etc. En estos casos el anunciante no se encuentra obligado a probar la verdad de estas expresiones triviales, ya que no son objetivamente verificables. Para un consumidor razonable, éstas son meras afirmaciones del anunciante para lograr su objetivo: vender. Sin embargo estas afirmaciones pueden estar sujetas a ciertos límites, pues pueden ser sancionadas en caso de confundir al consumidor o denigrar al competidor.

Afirmaciones carentes de contenido comprobable: En criterio de Fernández Novoa, estas expresiones se refieren a afirmaciones subjetivas del anunciante o a juicios estimativos, expresiones en las cuales no existen pautas objetivas para determinar su exactitud o inexactitud.²⁰ Uno de estos ejemplo puede ser: “Bebida de campeones”; “El más rico, bébelo y serás grande”

Alegaciones concretas comprobables: Éstas están constituidas por expresiones publicitarias concretas y sujetas a comprobación. Las mencionadas expresiones, son las únicas que están sujetas al principio de veracidad. Como bien dice, Calle Casusol: “estas expresiones poseen carácter informativo y, en segundo lugar, porque existen pautas objetivas para fijar la exactitud o inexactitud de cada una de las expresiones”²¹ Es decir que el principio de veracidad se aplica en la parte informativa, y objetiva del anuncio, y no así a la parte sugestiva que no es susceptible de probar, ni de la aplicación respectiva del principio de veracidad, y todo lo que éste implica.

Un ejemplo de estas afirmaciones sujetas a comprobación son: “Recomendado por la Asociación Ecuatoriana de Odontología”, o “Hecho en Ecuador”, “Un año de garantía”. Este tipo de afirmaciones, por la forma en la que han sido elaboradas y diseñadas por el anunciante, llevan a pensar al consumidor razonable, que son comprobables contra la realidad. Como bien establece la jurisprudencia peruana: “La prueba de estas afirmaciones se justifica por cuando de no ser ciertas inducirían a error al consumidor”²²

²⁰ Loc, Cit.

²¹ CALLE CASUSOL, Jean Paul, op.cit.,p.161

²² Resolución No. 0047-1998/TDC-INDECOPI, recaída en el expediente No. 067-97-CCD, Caso Per Systems S.A. v. Cibertec Data S.A., Lima, 1998.

Es obligación de los anunciantes probar o acreditar, la veracidad de estas expresiones objetivas vertidas en los anuncios publicitarios, toda vez que constituyen decisiones de consumos que adopta el público, destinatario de la publicidad.

Nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en su artículo 8, inciso segundo, determina: “El proveedor en la publicidad de sus productos o servicios, mantendrá en su poder, para información de sus legítimos interesados, los datos técnicos, fácticos y científicos que dieron sustento al mensaje”.

Con mayor claridad, la Ley de Publicidad peruana, establece en su artículo 15 que: “Cualquier ilustración, descripción o información publicitaria sobre el producto anunciado, será siempre susceptible de prueba por el anunciante, en cualquier momento y sin dilación, a requerimiento de la Comisión (...)”²³

d) 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. La publicidad debe ser fácilmente identificable y diferenciarse claramente de los programas gracias a medios ópticos, acústicos o ambos.

Dicho en otras palabras, este principio, permite diferenciar la información no publicitaria de la publicidad. Calle Casusol, considera a este principio, un complemento o consecuencia del principio de veracidad, por cuanto busca evitar el engaño al consumidor a través de la forma del anuncio.²⁴

La legislación española, al respecto dice: “Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales y en el caso en el que tengan lugar a través de correo electrónico o equivalente incluirán al comienzo del mensaje la palabra “publicidad” o a su vez la abreviatura “publi”²⁵

²³ Ley de Protección al Consumidor Perú. Texto único Ordenado por el decreto Legislativo 691

²⁴ CALLE CASUSOL, Jean Paul, op.cit.,p.165

²⁵ Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, España.

En un sentido similar, La Ley de Comercio Electrónico, firmas y mensajes de datos del Ecuador, en su artículo 50, incisos 3 y 4 establece: “En la publicidad y promoción por redes electrónicas de información, incluida la Internet, se asegurará que el consumidor pueda acceder a toda la información disponible sobre un bien o servicio sin restricciones, en las mismas condiciones y con las facilidades disponibles para la promoción del bien o Servicio de que se trate. En el envío periódico de mensajes de datos con información de cualquier tipo, en forma individual o a través de listas de correo, directamente o mediante cadenas de mensajes, el emisor de los mismos deberá proporcionar medios expeditos para que el destinatario, en cualquier tiempo, pueda confirmar su suscripción o solicitar su exclusión de las listas, cadenas de mensajes o bases de datos, en las cuales se halle inscrito y que ocasionen el envío de los mensajes de datos referidos...”

Las comunicaciones comerciales deben estar claramente identificadas y no prestarse a equívocos, con el fin de aumentar la confianza del consumidor y garantizar unas prácticas comerciales leales, mientras que las comunicaciones comerciales por correo electrónico deben ser reconocidas claramente por el destinatario desde su recepción.²⁶

El principio de autenticidad, que viene a ser un complemento del principio de veracidad, dispone que la publicidad debe identificarse claramente como tal frente a los consumidores, es decir, los anuncios deben ser presentados de forma tal que el consumidor pueda identificar fácilmente su carácter publicitario. “En virtud de este principio se debe exigir que los anuncios que resulten similares a las noticias periodísticas deben consignar los términos de "publirreportaje" o "anuncio contratado". Esto obedece a que, innegablemente, la posición que adopta un consumidor frente a una noticia es radicalmente diferente a la que adopta frente a un anuncio publicitario”²⁷ Y de esto deviene que, en el primer caso, el consumidor

²⁶DIRECTIVA 2000/31/CE (Directiva sobre el comercio electrónico) DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

²⁷ GÁLVEZ KRUGUER, María Antonieta, Publicidad y Derecho, http://palestra.pucp.edu.pe/pal_com/impresora/publicidad/galvez, Lima Perú, Agosto 2002.

asume que la información es imparcial y completa. Respecto a la segunda, el consumidor usualmente tiene una aproximación más crítica pues, es consciente que lo que busca el anunciante es persuadirlo a que adquiera o contrate sus productos o servicios.

1.3 Manifestaciones Ilícitas de la publicidad

El interés comercial que encierra la publicidad hace que ésta muchas veces exagere las bondades del producto, oculte defectos o engañe sobre alguna característica del bien.²⁸ Según la doctrina, existen varias manifestaciones ilícitas de la publicidad, las mismas que se derivan de la serie de modalidades que componen la publicidad comercial. Entre las más comunes tenemos:

- a) **Publicidad Abusiva.**- En un sentido amplio, este tipo de ilícito, engloba aquellas manifestaciones ofensivas, discriminatorias, antisociales, contenidas en los anuncios publicitarios. “La publicidad, no es necesariamente falsa o engañosa, pero es abusiva para los consumidores cuando es desinformativa o se basa en recursos irrelevantes o inconvenientes (asociaciones con sexo, miedo, status, descripción de roles estereotipados, impulsando falsos valores, etc.)”

La constitución del Ecuador en su artículo 19, inciso 2, determina que: “Se prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos.”

En el mismo sentido, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor del Ecuador, determina como concepto de publicidad abusiva, el siguiente: “Toda modalidad de información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, alterar la paz y el orden público o inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva. Se considerará también publicidad

²⁸ ANDORNO, Luis O. “Control de la Publicidad y comercialización en el ámbito de Defensa del Consumidor y Usuario”, en: Revista Peruana de Derecho de Empresa, Mercado y Empresa, No. 46, 1997.

abusiva toda modalidad de información o comunicación comercial que incluya mensajes subliminales.”

Por su parte, el artículo 37 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, dice: “Es abusiva entre otras, la publicidad discriminatoria de cualquier naturaleza, que incite a la violencia, explote el miedo, la superstición, se aproveche de la deficiencia de juicio y experiencia del niño, no respete los valores ambientales, o que sea capaz de inducir al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud y seguridad.”²⁹

En otras palabras, cuando hablamos de publicidad abusiva, en términos generales, nos referimos a todo anuncio o activación publicitaria, que por cualquiera de los recursos publicitarios, favorezca o estimule cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, política o religiosa. O aquella que induzca a actividades antisociales, criminales o ilegales.

b) Publicidad Engañosa.- Dentro de los ilícitos publicitarios más importantes, encontramos a la publicidad engañosa, la misma que se encuentra identificada, como cualquier forma de presentación o información, que de alguna manera induzca a error al público, sobre el bien o servicio que se oferta. Error, que también puede darse por la omisión de algún dato relevante sobre las características del bien o servicio ofertado.

Sobre la publicidad engañosa, Andorno, dice: “Ésta es la práctica más cotidiana en la publicidad, y por cierto, la más seria, puesto que el público generalmente basa sus decisiones de compra en la información que recibe del anunciante”.

Para O'Guinn, Allen y Semenik, la publicidad engañosa, es aquella cuyas características de un anuncio son distintas a las afirmaciones reales del desempeño de la marca³⁰

²⁹ Código de Defensa del Consumidor del Brasil, Ley n.9 8078, de 11 de septiembre de 1990, Artículo 37

³⁰ O'GUINN Thomas, ALLEN Chris, y SEMINIK Richard, Internacional Thompson Editores, 1999, Págs. 585.

El artículo 52 de la Constitución del Ecuador, al referirse a los derechos de las personas usuarias y consumidoras, determina que: “Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características”

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, establece como concepto de Publicidad Engañosa el siguiente: “Toda modalidad de información o comunicación de carácter comercial, cuyo contenido sea total o parcialmente contrario a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos o que utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor.” Adicionalmente en su artículo 6 determina que: “Quedan prohibidas todas las formas de publicidad engañosa o abusiva, o que induzcan a error en la elección del bien o servicio que puedan afectar los intereses y derechos del consumidor.”

Como acertadamente dice el jurista Cevallos Vásquez, “El engaño en la publicidad se puede producir por omisión, es decir, cuando se silencia datos fundamentales de los bienes y servicios y dicha omisión induce a error a los destinatarios de la publicidad, por lo tanto, no se toma en cuenta la mera omisión de datos accidentales o irrelevantes.”³¹

Este tipo de publicidad, perjudica al consumidor, y a los competidores honrados. “Sea que estos actos de engaño estén tratados dentro del derecho publicitario o del derecho contra la competencia desleal, lo cierto es que tales actos, se persiguen y se castigan”³².

Según Mabel López, la publicidad será engañosa 1) cuando induzca a error al destinatario como consecuencia de la presentación del mensaje, 2) cuando induzca a error al destinatario como consecuencia de la información que transmite el mensaje publicitario, y 3) cuando induzca a error al destinatario como consecuencia de la omisión de información en el mensaje publicitario. Además, la mencionada autora

³¹ CEVALLOS, Víctor, , op.cit.,p.241

³² CALLE CASUSOL, Jean Paul, op.cit.,p.168

precisa que no es necesario para que la publicidad sea engañosa que el error efectivamente se produzca sino que basta con la mera inducción al error. La inducción al error se da desde el mismo momento en el que se puede afectar, debido a la presentación del mensaje, a la información transmitida o a los datos omitidos en el mensaje, al comportamiento económico del destinatario o se pueda perjudicar a un competidor.³³

Por su parte, Lema Devesa, citado por Calle Casusol, considera que la publicidad engañosa comprende tres tipos de supuestos: (i) los anuncios que son absolutamente falaces; (ii) los anuncios parcialmente inexactos; y (iii) los anuncios que omiten determinadas circunstancias.

En el primer caso, se refiere a aquellos mensajes que se transmiten mediante expresiones completamente falaces y se apartan de la realidad del servicio o del producto. En este caso, la publicidad misma, que contiene en la falsedad de la afirmación el presupuesto necesario para ser engañosa. El engaño que sufre el consumidor es una consecuencia directa de la falsedad. Un ejemplo muy común de este tipo de publicidad, es aquella que resalta las características de un producto, que no posee tales. (Características falsas de un motor de automóvil).

Constituye también publicidad engañosa, el segundo caso, en el cual el mensaje es cierto, en su forma literal, pero que induce a engaño al consumidor. Entre algunos de los ejemplos más comunes tenemos: mensajes publicitarios que incluyen cláusulas del tipo "oferta válida hasta fin de existencias" u "oferta válida salvo error tipográfico". Ambos pueden ser considerados como limitación de la oferta poco clara y confusa para el consumidor, que queda totalmente sometido a la interpretación unilateral del vendedor o fabricante vulnerándose la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones en detrimento del consumidor o mensajes que incluyen expresiones ambiguas, desconocidas o con una pluralidad de significados que dan lugar al riesgo de que el destinatario interprete el mensaje en un sentido que no corresponde con la realidad.

³³ LÓPEZ, Mabel, La Publicidad y el Derecho a la Información en el Comercio Electrónico. Editado por eumed.net; accesible a texto completo en <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/mlg/index.htm>

En el tercer caso, estamos hablando de publicidad engañosa, cuando el anuncio publicitario, omite información fundamental sobre el bien o el servicio ofertado. “En el engaño por omisión, se omite información relevante respecto de las características u otros elementos de un bien o servicio. Se pone énfasis en la relevancia de la información, porque la omisión de datos accidentales o intrascendentes no origina esta deformación publicitaria.”³⁴ La omisión debe inducir al error, es decir, que en caso de efectivamente se hubiera informado, por ejemplo en cuanto a la peligrosidad, el precio completo, las condiciones jurídicas, el consumidor no hubiere adquirido el bien o el servicio.

Para determinar si una publicidad es engañosa, se tendrá en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a las características de los bienes, actividades o servicios, tales como: el origen de procedencia geográfica o comercial, la naturaleza, la composición, el destino, la finalidad, la idoneidad, la disponibilidad, la novedad, la calidad, la cantidad, la categoría, las especificaciones, la denominación, el modo y la fecha de fabricación, el suministro o la presentación, los resultados que puedan esperarse de su utilización, los resultados y características esenciales de los ensayos o controles de los bienes o servicios, la nocividad o la peligrosidad, el precio completo o presupuestos o modo de fijación del mismo, las condiciones jurídicas y económicas de adquisición, la utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios, el motivo de la oferta y la naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante.

- c) Publicidad Encubierta.-** Es considerada, como este tipo de publicidad, aquella que consiste en ocultar el carácter publicitario de una información, presentándola como parte de la redacción del medio. De manera que el público tome la información como objetiva e imparcial, cuando en realidad es sólo publicidad comercial.

Es decir cuando la presentación de mensajes publicitarios ante los ojos de los consumidores sin que éstos puedan identificarlos como tales. Por ejemplo, cuando el mensaje publicitario se presenta bajo la forma de mensaje informativo, artístico o creativo.

³⁴ CALLE CASUSOL, Jean Paul, op.cit.,p.170

La publicidad encubierta no es específicamente en el Ecuador, una modalidad de publicidad ilícita, pero la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor debería, establecer sanciones para los medios de comunicación que no separen claramente publicidad de información.

Un ejemplo de publicidad encubierta o subliminal es cuando a lo largo de una película o de una serie, el protagonista bebe determinado tipo de bebida de marca reconocida o acude a un restaurante con el logotipo de la marca.

d) Publicidad Comparativa.- Este tipo de ilícito publicitario consiste en, cotejar el producto o servicio con el de la competencia. Se define la publicidad comparativa como aquella en la que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el fin de destacar las ventajas de sus propios productos o servicios frente a los ajenos.

La publicidad comparativa se convierte en ilícita al vulnerar el principio de lealtad y veracidad, adquiriendo la calidad de acto de competencia desleal. Esto sucede cuando la publicidad comparativa pierde su carácter informativo –es decir, deja de transmitir información al consumidor – teniendo por objeto o efecto el aprovecharse indebidamente de la reputación del competidor a fin e resaltar supuestas ventajas de la oferta propia sobre supuestas desventajas de la oferta ajena.³⁵

A decir de Andorno, este tipo de publicidad le facilita al público una serie de información adicional, pero las reglas deben ser muy claras para evitar que la comparación sea engañosa, denigratoria y subjetiva, ya que ello podría perturbar el mercado y confundir al público.

En nuestra legislación, no existe una regulación concreta sobre este particular, ni tampoco constituye un ilícito publicitario. Pero es necesario que se consideren, como veremos más adelante, reglas claras, que de ser el caso, regulen este tipo de publicidad.

³⁵ AVELLANEDA, Julio y SÚMAR, Oscar, Paradojas en la Regulación de la Publicidad, Publicación INDECOPI, Lima, 2007.

La comparación, antes considerada una práctica desleal, actualmente podría estar permitida si se realiza entre bienes o servicios con la misma finalidad o que satisface las mismas necesidades, siempre que se realice de un modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativa de los bienes o servicios entre las cuales podrá incluirse el precio. La publicidad comparativa debería ser prohibida en cualquier caso (lo dijera expresamente la Ley o no) cuando produzca engaño en el receptor del mensaje, dado que la interpretación de la publicidad se realiza de acuerdo con la interpretación del consumidor medio.

CAPÍTULO II

2. Estructura normativa ecuatoriana que regula la publicidad en los medios.

La publicidad ilícita debe estar definida y castigada, especialmente por la normativa de protección de los consumidores. A la publicidad ilícita, hay que entenderla de forma más amplia, ya que como hemos visto anteriormente, nos encontramos frente a una publicidad ilícita en varias modalidades como: publicidad engañosa, la publicidad desleal, la subliminal o cualquier otra que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios. (Manifestaciones Ilícitas de la Publicidad).

La legislación ecuatoriana, contiene varias disposiciones que regulan la publicidad en los medios, y no todas están contenidas en la Ley Orgánica del Consumidor, y su Reglamento, sino que hay disposiciones dispersas, que se encuentran contenidos en otros cuerpos legales, de acuerdo a la materia a la que se refieren, por ejemplo la Ley Orgánica de Salud, que derogó al Código de la Salud³⁶ y el Código de la niñez y la adolescencia.

En el presente capítulo, señalaremos las bases o presupuestos que contienen ciertos cuerpos normativos, con la finalidad de definir más adelante cada una de las infracciones publicitarias que establece la Legislación Ecuatoriana.

2.1 Constitución de la República del Ecuador

En la Constitución del Ecuador, existen disposiciones que determinan ciertos derechos del consumidor. Como hemos visto en el capítulo anterior, el destinatario de la publicidad, es el consumidor, y por tanto, los derechos que lo asisten, nacen desde el mismo momento en el que se le oferta un bien o un servicio por medio de cualquier tipo de publicidad.

La carta fundamental del Estado ecuatoriano, al referirse a los derechos fundamentales, establece en su artículo 19, inciso dos, lo siguiente: “Se prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos.” Como hemos

³⁶ Ley Orgánica de la Salud, R.O. No. 423 de Diciembre del 2006.

visto en líneas anteriores, el presente artículo contiene la prohibición de la llamada publicidad abusiva.

En el artículo 52, se establece que: “Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.” (el subrayado es mío).

Cevallos Vásquez, al respecto, dice: “los proveedores están impedidos de efectuar publicidad engañosa; prohibidos de entregar al consumidor o usuario información incompleta; de enunciar un elemento de publicidad, condiciones, calidad, pesos o medidas distintas a las que efectivamente tienen los bienes o servicios; tampoco es posible jurídicamente que efectúen publicidad denigratoria o de tono excluyente...”

En el análisis del presente artículo, debemos considerar, que dentro de la categoría de consumidores, encontramos a los niños y niñas, quienes como grupo vulnerable de la sociedad, también tienen protección frente a publicidad engañosa o abusiva. Es por eso que como veremos en un acápite siguiente, existen infracciones publicitarias que se establecen en el Código de la Niñez y la Adolescencia, para precautelar la información que recibe este grupo de consumidores, destinatarios de la publicidad.

En concordancia con el artículo anterior, el artículo 54 inciso primero dispone que: “Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore.”

En nuestro país, como veremos más adelante, no existen sanciones penales sobre los daños que causa la deformación de la publicidad, pero existen ciertas tipificaciones penales, que si bien no castigan la publicidad engañosa directamente, si castigan el engaño al consumidor,

tanto del productor, como del que incite a su venta, cuando se exponga la salud o la integridad del que lo consumió.³⁷

Más adelante, veremos si efectivamente se cumplen las disposiciones constitucionales sobre estas deformaciones publicitarias, y si los derechos de los consumidores se pueden hacer efectivos en la realidad ecuatoriana.

2.2 Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su Reglamento

En la normativa mencionada, y en concordancia con la Constitución de la República del Ecuador, se establece como un derecho de los consumidores, recibir publicidad lícita, y también se establece como obligación de los proveedores presentar una oferta adecuada a los principios publicitarios.³⁸

En adición a las infracciones publicitarias, previstas en la mencionada ley, y que serán objeto de un análisis profundo, en otro acápite de Este trabajo. Existen ciertas disposiciones que marcan las pautas que determinan los casos de ilicitud en cualquier tipo de publicidad. Por ejemplo, el artículo 57, realiza una advertencia permanente en la que determina: “Tratándose de productos cuyo uso resulte potencialmente peligroso para la salud o integridad física de los consumidores, para la seguridad de sus bienes o del ambiente el proveedor deberá incorporar en los mismos, o en instructivos anexos, las advertencias o indicaciones necesarias para que su empleo se efectúe con la mayor seguridad posible. En cuanto al expendio de bebidas alcohólicas, cigarrillos y otros derivados del tabaco y productos nocivos para la salud, deberá expresarse clara, visible y notablemente la indicación de que su consumo es peligroso para la salud, de acuerdo a lo que al respecto regule el Reglamento a la presente Ley. **Dicha advertencia deberá constar, además, en toda la publicidad del bien considerado como nocivo.** En lo que se refiere a la presentación de servicios riesgosos, deberán adoptarse por el proveedor las medidas que resulten necesarias para que aquélla se realice en adecuadas condiciones de seguridad, informando al usuario y a quienes pudieren verse afectados por tales riesgos, de las medidas preventivas que deban usarse. (el subrayado es mío). Por su puesto, la forma de cumplir

³⁷ Código Penal Ecuatoriano, artículo 566, reformado por Art. 162 de Ley No. 75, publicada en Registro Oficial 635 de 7 de Agosto del 2002.

³⁸ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, artículo 4, numeral 6 y artículo 33 inciso segundo, Registro Oficial Suplemento 116, de julio del 2000.

este precepto, se encuentra establecida en el artículo 53 del Reglamento de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que en resumen, ordena: Las cajetillas, material de embalaje o envolturas de cigarrillos, y de otros productos derivados del tabaco, que se utilicen para el expendio al público, así como los materiales impresos de venta o promoción, debe constar la advertencia general del Ministerio de Salud que reza: "Advertencia: No existe un cigarrillo seguro para la salud. Ministerio de Salud Pública del Ecuador", escrita en letra helvética de 10.8 puntos impresos en uno de los laterales de la cajetilla, en forma legible, clara y usando colores de alto contraste contra un fondo blanco, agregándose además, en el mismo lateral, el mensaje siguiente: "Venta prohibida a menores de edad". Cabe recalcar que la publicidad comercial en radio y televisión de cigarrillos, o productos derivados del tabaco, está prohibida expresamente por la ley, salvo en el caso de la publicidad en los cines, en la que si puede transmitirse, pero observando naturalmente, las advertencias previstas por la ley, y siempre y cuando la publicidad sea transmitida para mayores de 18 años. En el caso de bebidas alcohólicas, los envases y las etiquetas, así como la publicidad televisiva y radial, materiales impresos de venta y promoción, publicidad exterior y material promocional deberán contener la advertencia general que establece la ley, y bajo las condiciones que ésta establezca: "Advertencia: El consumo excesivo de alcohol limita su capacidad de conducir y operar maquinarias, puede causar daños a su salud y perjudica a su familia. Ministerio de Salud Pública del Ecuador. Venta prohibida a menores de 18 años"

En el caso de publicidad comercial televisiva, de bebidas alcohólicas, no podrá ser dentro del horario apto para todo público. Además, ninguna publicidad de bebidas alcohólicas deberá estar dirigida a menores de edad ni aparecer en revistas infantiles o suplementos culturales o educativos de periódicos.

Están prohibidas todo tipo de promociones relacionadas con la reducción del precio de los cigarrillos u otros productos derivados de tabaco. Se prohíbe el patrocinio de eventos deportivos y de otro tipo semejante por parte de los fabricantes, importadores o distribuidores de cigarrillos o productos derivados del tabaco, con excepción de aquellos en los cuales el público adulto represente por lo menos el 75% de los asistentes y que todos los deportistas participantes sean mayores de 18 años. Se permite el patrocinio de cualquier evento social, benéfico o cultural por parte de las compañías fabricantes, importadoras o distribuidoras de cigarrillos u otros productos derivados del tabaco, siempre y cuando el nombre de las compañías se utilice de manera claramente distinta al nombre de las marcas utilizadas para

los productos de tabaco y no incluya ningún logotipo u otra marca distintiva utilizada para los productos del tabaco y sus derivados. Las compañías que elaboran bebidas alcohólicas no podrán auspiciar espectáculos cuyo contenido esté dirigido a los menores de 18 años de edad, así como tampoco podrán promocionar o auspiciar artistas menores de edad. Queda prohibido todo pago directo o indirecto para la colocación de cigarrillos u otros productos derivados del tabaco, anuncios o artículos que lleven los nombres de las marcas de los cigarrillos en cualquier película, programa de televisión o cualquier otro medio semejante destinado al público en general.

Adicionalmente, la ley hace una interesante advertencia cuando prescribe: La información respecto a los atributos de los productos, incluidas palabras que describen la fuerza del sabor o el gusto como "lights" o "milds", se podrá incluir en el empaquetado del producto o en los anuncios publicitarios, siempre y cuando no se utilicen de una manera que sea engañosa para los consumidores Tales descriptores deben ir acompañados de información a los consumidores que eviten cualquier malentendido o confusión acerca del uso de dichos términos ³⁹

De una manera general, el artículo 7 del Reglamento de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, amplía la restricción establecida en la Ley, de la siguiente manera: "Toda comunicación comercial o propaganda que un proveedor dirija a los consumidores, inclusive la que figure en empaques, etiquetas, folletos y material de punto de venta, debe ser preparada con sentido de responsabilidad, respetando lo prescrito en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, absteniéndose de incurrir en cualquier forma de publicidad prohibida por el Art. 6 de la ley."

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor contiene una enumeración taxativa, de cada una de las conductas, que la norma, establece como infracciones publicitarias y que serán objeto de análisis y estudio, de una manera pormenorizada en el siguiente capítulo.

2.3 Ley de Radiodifusión y Televisión y su Reglamento

³⁹ Reglamento a Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, artículo No. 53, sustituido por Decreto Ejecutivo No. 1206, publicado en Registro Oficial 233 de 21 de marzo del 2006.

La obligación básica del medio de comunicación, en materia de publicidad, puede resumirse, de una manera general, en la divulgación del mensaje publicitario al consumidor. Sin embargo, el medio tiene también obligaciones frente al consumidor, en materia de publicidad y debe observarlas para no ser objeto de sanción.

En primer lugar, debemos destacar que el artículo 43, determina los idiomas en los cuales puede difundirse la publicidad: “Los idiomas oficiales de locución son el castellano y el quichua. Los textos escritos de publicidad deberán ser emitidos en cualquiera de dichos idiomas. Se exceptúan de esta obligación los programas destinados a sectores indígenas que hablen dialectos, o que estén dirigidos a países en los que se hablen otros idiomas.”

Es decir, que dentro del contrato que cualquier medio de comunicación, realiza para la divulgación del mensaje publicitario, se debe entender, que podría ser únicamente en cualquiera de estos dos idiomas. Toda vez que esta disposición sea violentada, el medio podría ser sujeto de una sanción administrativa prevista por la misma Ley.

La presente Ley, al enumerar las prohibiciones a las estaciones de radiodifusión y televisión, determina en su artículo 58, literal h), lo siguiente: “Realizar publicidad de artículos o actividades que la Ley o los Reglamentos prohíben.”.

La conclusión básica que se deriva de la citada disposición legal, se traduce en el principio de legalidad, pues ningún medio de comunicación, y bajo ninguna herramienta privada (contrato de difusión), puede violentar las prohibiciones expresas que ha previsto la ley.

Dentro del Reglamento a la presente Ley, también se establecen disposiciones que prohíben ciertas conductas a los medios, en materia de publicidad, por ejemplo en cuanto al horario de programación, dispone que: “... la publicidad, será apta para todo público, desde las 06h00 hasta las 21h00. En consecuencia, en este período de tiempo se evitarán escenas o imágenes de violencia, crueldad, actos sexuales explícitos o de promiscuidad. El objetivo será de la prevención y regeneración de los vicios u otras desviaciones de la conducta individual o social, y el lenguaje utilizado debe ser el de uso moralmente admisible para todo público. Por tanto, en la programación se evitará la improvisación y el empleo de frases y

términos vulgares, sin incurrir en la proscripción de aquellos elementos de la lengua popular que la hacen más rica y característica.”⁴⁰

El artículo 49 del Reglamento, determina que “Los concesionarios para transmitir comerciales de cigarrillos y bebidas alcohólicas a través de su estación, deben verificar que: a) La publicidad no esté dirigida directa o indirectamente hacia menores de edad; b) No se utilicen imágenes, voces de niños o adolescentes o que simulen ser tales. La publicidad comercial de estos productos por las estaciones de televisión sólo será permitida a partir de las 21h00 y las 06h00 del día siguiente. Se exceptúa la publicidad de transmisiones vía satélite y en vivo y en directo de actos, programas o eventos extranjeros, cuyo horario sea diferente al de Ecuador.”

De acuerdo a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, y como ya lo hemos señalado anteriormente, Este artículo, merece una reforma, por cuanto la publicidad comercial televisiva de cigarrillos, está expresamente prohibida.

2.4 Ley Orgánica de Salud Pública

Nuestra Ley Orgánica de Salud Pública, en concordancia con las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Defensa del consumidor y su Reglamento, y de acuerdo a los principios publicitarios determina que: “Se prohíbe la publicidad, sea directa o indirecta, la promoción por cualquier medio, así como el patrocinio de cigarrillos y otros productos del tabaco, en eventos educativos, culturales o deportivos.”⁴¹ En adición al citado precepto, también dice: “La publicidad de bebidas alcohólicas por ningún motivo se vinculará a la salud, al éxito deportivo o a la imagen de la mujer como símbolo sexual. La autoridad sanitaria nacional vigilará y controlará el cumplimiento de esta disposición.”⁴²

⁴⁰ Reglamento a la Ley de Radiodifusión y Televisión, artículo 48, literal e), Registro Oficial Suplemento # 864, Decreto Ejecutivo # 3398, del 17 de enero de 1996.

⁴¹ Ley Orgánica de Salud del Ecuador, artículo 41, Registro Oficial Suplemento # 423, 22 de diciembre del 2006.

⁴² Loc, Cita, Artículo 48

Sobre la promoción y publicidad de productos sujetos a registro sanitario, y sobre los medicamentos que se venden bajo vigilancia médica, prescribe: “La publicidad y promoción de los productos sujetos a registro sanitario deberá ajustarse a su verdadera naturaleza, composición, calidad u origen, de modo tal que se evite toda concepción errónea de sus cualidades o beneficios, lo cual será controlado por la autoridad sanitaria nacional. Se prohíbe la publicidad por cualquier medio de medicamentos sujetos a venta bajo prescripción.”⁴³

2.5 Aspectos Importantes en la Legislación Comparada

Si bien la finalidad del presente trabajo, no es el análisis extenso y pormenorizado de la Legislación Comparada sobre derecho publicitario e infracciones publicitarias. Considero siguiendo a Martínez Paz, que el derecho comparado es la disciplina que se propone, por medio de la investigación analítica crítica y comparativa de las legislaciones vigentes, para **descubrir los principios fundamentales y el fin de las instituciones jurídicas y coordinarlos en un sistema positivo actual**, por lo que en esta investigación, es importante tomar de los mejores exponentes, una referencia breve, de la estructura de la normativa sobre derecho publicitario, para realizar una propuesta concreta y completa, que incluya referencias de legislación internacional.

Dentro de la legislación comparada, existen varios exponentes de una adecuada regulación para la prevención de la publicidad ilícita. Entre ellos se encuentra España y Perú. Dentro de la legislación a analizarse, este último formará parte del análisis conjunto y comparativo, con otros países miembros de la Comunidad Andina.

2.5.1 España

La regulación de la publicidad en España se efectúa básicamente por la Ley General de Publicidad del 11 de noviembre de 1988, aunque existen otras leyes que la apoyan. Como la Ley de Televisión sin Fronteras, (LTSF).

La ley define la publicidad como “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial,

⁴³ Loc, Cita, Artículo 143

industrial, artesanal o profesional con el fin de promover, de forma directa o indirecta, la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derecho y obligaciones”.

La mencionada Ley, considera como Publicidad ilícita:

- La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución.
- Publicidad engañosa
- Publicidad desleal
- Publicidad subliminal
- La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos: sanitarios, susceptibles de generar riesgos para la salud, juegos de azar, estupefacientes, tabaco y bebidas alcohólicas con graduación superior a 20 grados (se prohíben en tv, y en aquellos lugares donde se prohíbe su consumo)

Asimismo, esta Ley establece una cautela de identificabilidad, señalando la obligación de los medios de difusión de deslindar perceptiblemente la información de la publicidad, así como la obligación de los anunciantes de desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios.

La Ley de Televisión sin Fronteras, (LTSF) ratifica estas condiciones de ilicitud, añadiendo además algunas categorías complementarias. Así, se consideran ilícitas la publicidad por televisión y la televenta:

- Que fomenten comportamientos perjudiciales para la salud o la seguridad humanas o para la protección del medio ambiente; atenten al debido respeto a la dignidad de las personas o a sus convicciones religiosas y políticas o las discriminen por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión, o cualquier otra circunstancia personal o social.
- Que inciten a la violencia o a comportamientos antisociales, que apelen al miedo o a la superstición o que puedan fomentar abusos, imprudencias, negligencias o conductas agresivas.

- Que inciten a la crueldad o al maltrato a las personas o a los animales, o a la destrucción de bienes de la naturaleza o culturales.

La Ley de Televisión sin Fronteras, (LSTF), determina expresamente la prohibición de la publicidad y de la televenta tanto directas como indirectas en el caso del tabaco, los medicamentos con receta y las bebidas con graduación alcohólica superior a veinte grados centesimales. Esta norma entiende como indirecta aquella publicidad que, sin mencionar directamente los productos, utilice marcas, símbolos u otros rasgos distintivos de tales productos o de empresas cuyas actividades principales o conocidas incluyan su producción o comercialización.

Finalmente, se prohíben la publicidad y la televenta encubiertas, entendiendo por tales aquellas que suponen la presentación verbal, visual o sonora, dentro de los programas, de los bienes, los servicios, el nombre, la marca, la actividad o los elementos comerciales propios de un empresario que ofrezca bienes y servicios y que tenga, por intención del operador de televisión, propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a su naturaleza. Se considera que existe propósito publicitario cuando su difusión se realiza, tal y como habíamos señalado más arriba, a cambio de remuneración, cualquiera que sea la naturaleza de ésta.

Sobre la inspección, sanción y control en el ámbito de la publicidad televisiva, se establece que. La imposición de las sanciones por el incumplimiento de lo dispuesto en esta Ley, corresponderá, en el caso de infracciones graves, al Ministro correspondiente y en el de infracciones muy graves al Consejo de Ministros, a propuesta de aquél.

En el caso de los canales autonómicos, las Comunidades Autónomas ejercerán el control y la inspección para garantizar el cumplimiento de lo previsto en esta Ley y, en su caso, tramitarán los correspondientes procedimientos sancionadores e impondrán las oportunas sanciones.

La Ley establece, por tanto, una vía administrativa para procurar el cumplimiento de la Ley, frente a la vía judicial civil seguida por la LGP.

Aquellos que se consideren perjudicados por el presunto incumplimiento por parte de un operador de televisión de alguna de las obligaciones previstas en esta Ley, podrán presentar denuncia motivada ante el órgano competente para la inspección y control de la entidad supuestamente infractora, el cual, tras la instrucción del correspondiente expediente, elevará, en su caso, propuesta razonada de resolución al órgano competente para la imposición de las correspondientes sanciones. La resolución que adopte este órgano pondrá fin a la vía administrativa.

No obstante, La Ley 39/2002, de 18 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, en su artículo octavo modifica la mencionada ley 25/1994, adicionando un nuevo capítulo VII que establece la acción de cesación.⁴⁴

De acuerdo con esta Ley, cuando se produzcan conductas (por parte de anunciantes y operadores) que lesionen los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios, las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, podrán ejercitar la acción de cesación, sin necesidad además de solicitud previa al responsable del comportamiento ilícito para que cese en el mismo.

La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la LTSF y prohibir su reiteración futura. Ello incluso cuando la acción haya finalizado, pero existan indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

La LTSF obliga a los operadores de televisión a archivar durante un plazo de seis meses a contar desde la fecha de su primera emisión, todos los programas emitidos,

⁴⁴ ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN, La regulación de la Publicidad Televisiva, Documentos AUC, Madrid, 2001.

incluidas la publicidad y la televenta, y registrar los datos relativos a tales programas.⁴⁵

En adición al presente análisis, y como veremos más adelante, España es uno de los países que contiene una infracción penal, a la publicidad engañosa.⁴⁶

2.5.2 Países miembros de la Comunidad Andina

Las leyes de Colombia⁴⁷, Ecuador y Venezuela⁴⁸ definen la publicidad como todo anuncio, comunicación o mensaje que tenga como finalidad estimular la compra, utilización o consumo de un bien o servicio.

La ley peruana⁴⁹, por su parte, si bien no define el término “publicidad”, hace referencia al “anuncio” afirmando que “debe entenderse en su más amplio sentido, comprendiendo inclusive la publicidad en envases, etiquetas y material de punto de venta”.

Uno de los fines principales del derecho del consumo es restablecer la asimetría que existe consumidor y empresario; este equilibrio sólo se logra cuando el consumidor tiene toda la información del producto disponible, y puede elegir libremente su relación de consumo.

La ley ecuatoriana define la “información básica comercial”, como “los datos, instructivos, antecedentes, indicaciones o contraindicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al consumidor, al momento de efectuar la oferta del bien o la prestación del servicio”.

⁴⁵ ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN DE ESPAÑA, La regulación de la Publicidad Televisiva, Documentos AUC, Madrid, 2001.

⁴⁶ Las infracciones publicitarias, y la comparación con la Legislación Internacional, son objeto de una revisión pormenorizada en el Capítulo III del presente trabajo.

⁴⁷ Estatuto de Protección al Consumidor de Colombia.(EPPC)

⁴⁸ Ley de Protección al consumidor y al Usuario de Venezuela (LPCUV)

⁴⁹ Perú cuenta con una ley especial que regula la publicidad en materia de protección al consumidor, la cual establece las definiciones, reglas e infracciones que rigen la materia. Decreto Legislativo No. 691 de 1991, “Dictan Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor”.

La información sobre las propiedades, características, ingredientes, materiales utilizados en la elaboración, valores nutritivos, precauciones o contraindicaciones de los productos, entre otros, hacen más transparente la adquisición de bienes y servicios; esta es una obligación a cargo de todo productor y/o proveedor, en los cuatro Países Miembros.

La información tiene un valor importante también en los bienes durables. Ella, además de informar sobre las características del bien, instruye al consumidor sobre la instalación, forma de uso, mantenimiento y precauciones que se deben tener para garantizar su funcionamiento por el tiempo de su vida útil.

En la ley colombiana, a diferencia de las leyes de los demás países, la responsabilidad por la información insuficiente o engañosa está limitada al productor. Por tanto, no es posible sancionar a un proveedor que no ha informado suficientemente sobre el producto que distribuye.⁵⁰

En cuanto al idioma en que se debe consignar la información, la ley venezolana establece la obligación de que sea en castellano, independientemente de la procedencia del bien⁵¹. La ley peruana por su parte hace la misma exigencia para los bienes nacionales, mientras que para los importados exige la información en castellano en lo relacionado con las condiciones de garantía, las advertencias y riesgos previsibles, así como los cuidados a seguir en caso de que se produzca un daño⁵². La ley ecuatoriana determina que los datos y la información general expuesta en etiquetas, envases, empaques u otros recipientes de los bienes ofrecidos, así como la publicidad, información o anuncios relativos a la prestación de servicios, se expresarán en idioma castellano, sin perjuicio de que el proveedor incluya la misma información en otro idioma. La ley colombiana no hace referencia alguna al idioma en que debe ser suministrada.

La publicidad se define como todo anuncio, comunicación o mensaje que tenga como finalidad estimular la compra, utilización o consumo de un bien o servicio. Por tanto,

⁵⁰ EPCC, Arts. 31 y 32.

⁵¹ LPCUV, Art. 50

⁵² LPCP, Art. 16

se excluye de esta definición la propaganda política o religiosa, o la que tenga fines diferentes al de influir al ciudadano en realizar una relación de consumo.

La publicidad, en líneas generales, debe ser veraz y suficiente; es decir que no induzca a error al consumidor, bien porque el mensaje que envía sea falso o bien porque sea incompleto.⁵³ No solamente la información escrita es la susceptible de inducir a error, sino también las imágenes o sonidos pueden provocar percepciones erradas sobre un producto o servicio, lo que también sería considerado como infracción.

Se consideran infracciones a la norma, en general, inducir a error sobre la naturaleza del bien, sus características o componentes, precio, origen o cualquier otra información sobre el producto que no corresponda a la verdad.

“La publicidad que anuncia ofertas y promociones es, en muchos casos, la que más se utiliza para inducir a error al consumidor. En este sentido, las cuatro legislaciones de los Países Miembros han regulado este tipo de publicidad de diferentes maneras.”⁵⁴

En la ley de Colombia, se presume que existe inducción a error al consumidor cuando se ofrece un incentivo y éste no se entrega en la oportunidad y forma indicada, o cuando como consecuencia de la oferta o promoción se aumenta el precio del bien o se reduce su calidad⁵⁵.

La ley ecuatoriana, por su parte, establece que en las ofertas o promociones se debe informar el antiguo y el nuevo precio, y en caso de que se haga ofrecimiento de sorteos o rifas, se debe anunciar la cantidad de premios a repartir, y el plazo y el lugar donde se sortearán⁵⁶.

⁵³ EPCC, Art. 14, LODCE, Arts. 6 y 7, LPCP, Art. 20, LPCUV, Art. 48.

⁵⁴ GIRALDO, Alejandro, El Estado de Situación de la Protección al Consumidor, en el ámbito Nacional y Comunitario: Una propuesta de decisión 1989-2002, Obra suministrada por: VII Programa de Pasantías CAN - BID / INTAL, Colombia, 2002.

⁵⁵ EPCC, Art. 16.

⁵⁶ LODCE, Art. 46.

La norma peruana exige a quien vaya a realizar rifas, sorteos, concursos o cualquier otro sistema de promoción de un bien, obtener una autorización previa por parte del Estado.

Igualmente, en los casos de rebajas, promociones u ofertas, el proveedor está en la obligación de indicar la duración de las mismas y el número de bienes a ofertar⁵⁷.

La ley venezolana, por su parte, exige que todas las promociones de bienes y servicios sean informados al INDECU, indicando las condiciones de la misma. Además exige que las promociones establezcan e informen claramente los términos y condiciones de la misma, así como la forma de obtener su cumplimiento⁵⁸.

En lo que corresponde a los procedimientos que cada uno de los países utilizan para el juzgamiento de las infracciones a los derechos del consumidor, tenemos lo siguiente:

En Colombia, la competencia para conocer de las violaciones a las normas de protección al consumidor tiene la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), (facultades para solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran, practicar visitas de inspección con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales y adoptar las medidas que correspondan, e interrogar bajo juramento a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones.), tramita las denuncias que se presentan e inicia investigaciones de oficio tendientes a establecer la contravención de las normas. Tiene facultades administrativas para la suspensión de conductas ilegales, sancionatorias para reprimir a los infractores y jurisdiccionales para resolver sobre la efectividad de la garantía a los consumidores.

El consumidor entonces tiene dos opciones para reclamar por la violación de sus derechos: a través de la Superintendencia de Industria y Comercio, y a través de los Jueces Civiles.

⁵⁷ LPCP, Arts. 22 y 23

⁵⁸ LPCUV, Art. 55

La Administración decide, al mismo tiempo, la sanción administrativa a imponer y la orden de efectividad de garantía a favor del consumidor. Esto hace el proceso mucho más expedito, ágil, económico y desritualizado que en el caso de recurrirse al Juez Civil. Sin embargo, el consumidor no podrá obtener indemnización de perjuicios causados por el defecto del bien, pues esta facultad no fue asignada a la SIC, y que sigue siendo reservada a los jueces.

Para las acciones indemnizatorias en las que participan más de 20 consumidores como reclamantes, el procedimiento será el establecido en la Ley 472 de 1998, para las acciones de grupo.⁵⁹

En nuestro país, La Defensoría del Pueblo del Ecuador tiene entre sus funciones asignadas la responsabilidad de servir como mediador extrajudicial en los reclamos y las quejas que presenten los consumidores⁶⁰. En caso de que éstos no lleguen a un acuerdo amistoso, es deber del Defensor del Pueblo o por delegación de él, el Director Nacional de Defensa del Consumidor, conocer y resolver la queja⁶¹. Dentro del trámite administrativo podrá convocar a audiencia pública para que las partes involucradas formulen las alegaciones que consideren pertinentes, y si no se ha llegado a una solución de mutuo acuerdo, el funcionario competente deberá emitir resolución motivada sobre la queja.

Una vez ejecutoriada la resolución en la que se establece la responsabilidad de un

⁵⁹ ARTÍCULO 16. Competencia. De las Acciones Populares conocerán en primera instancia los jueces administrativos y los jueces civiles de circuito. En segunda instancia la competencia corresponderá a la sección primera del Tribunal Contencioso Administrativo o a la Sala Civil del Tribunal de Distrito Judicial al que pertenezca el Juez de primera instancia. Será competente el juez del lugar de ocurrencia de los hechos o el del domicilio del demandado a elección del actor popular. Cuando por los hechos sean varios los jueces competentes, conocerá a prevención el juez ante el cual se hubiere presentado la demanda.

⁶⁰ El procedimiento se debe adelantar según lo dispuesto en el Título III de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

⁶¹ Reglamento de trámite de quejas del consumidor (Resolución de la Defensoría del Pueblo No. 004 R.O. No.113 del 21 de enero de 1999)

proveedor por violación de las normas de protección al consumidor, la Defensoría del Pueblo o el interesado deben solicitar a las autoridades judiciales respectivas que se inicien las acciones civiles o penales a que hubiere lugar.

A pesar de existir resolución administrativa en contra de un proveedor, el juez competente no tiene la obligación de acoger los argumentos expuestos de la Defensoría.

Del análisis anterior, se concluye que la autoridad administrativa competente (Defensoría del Pueblo) no cuenta con facultades suficientes para hacer una efectiva vigilancia y control de los proveedores. No tiene capacidad de practicar pruebas más allá de las aportadas, ni tampoco puede sancionar las conductas violatorias. Al parecer, la función principal de la Defensoría del Pueblo se limita a promover los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y de practicar audiencias de conciliación.

En el procedimiento jurisdiccional, son competentes para conocer y resolver sobre las infracciones a las normas de protección al consumidor, en primera instancia, el Juez de Contravenciones de la respectiva jurisdicción, y, en caso de apelación, el Juez de lo Penal de la respectiva jurisdicción.

En la actualidad no se han creado ni puesto en marcha los juzgados de contravenciones, por lo tanto son competentes los Intendentes y Subintendentes de Policía y los Comisarios Nacionales para conocer y juzgar las infracciones a las normas de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

El procedimiento se inicia mediante denuncia, acusación particular o excitativa fiscal, y se adelanta mediante un proceso oral, en audiencia pública en que se deben presentar las pruebas de cada una de las partes. En caso de que fuese necesario, el juez puede requerir peritajes o informes técnicos para resolver de fondo el asunto.

De la sentencia que dicte el juez de contravenciones se podrá interponer el recurso de apelación que debe ser resuelto por el respectivo juez de lo penal. La sentencia que dicte el juez de lo penal causa ejecutoria. Si ésta es favorable al consumidor, va

implícita la obligación del sentenciado de pagar daños y perjuicios al afectado, costas y honorarios.

En caso de que no exista un perjudicado determinable, la ley concede acción popular para denunciar las infracciones de carácter impersonal.

En el Perú el Organismo Estatal que se encarga del cumplimiento de los derechos del Consumidor, es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

A través de la Comisión de Protección al Consumidor se protege el cumplimiento de los derechos fundamentales de los consumidores, en especial, el derecho a la información adecuada y suficiente sobre bienes y servicios ofrecidos en el mercado. Asimismo, se supervisa el cumplimiento de las obligaciones de los proveedores para garantizar una adecuada participación de ambos agentes económicos dentro del intercambio comercial.

Los trámites se pueden iniciar de oficio o a petición de parte. La investigación está a cargo de la Comisión de Protección al Consumidor, único órgano administrativo competente para conocer de las presuntas infracciones a las normas de protección al consumidor, así como para imponer sanciones administrativas y medidas correctivas.

La Comisión, además de imponer sanciones, cuenta con facultades para decomisar y destruir mercadería, clausurar temporalmente establecimientos de comercio y ordenar publicaciones de rectificación de información.

El Indecopi ha creado mecanismos para sancionar las prácticas que atenten contra los derechos del consumidor, e instancias donde los consumidores pueden conciliar con los empresarios soluciones satisfactorias para ambas partes. Pero si el consumidor tiene que exigir la devolución de su dinero o el cambio de un producto se ve forzado a recurrir al Poder Judicial así se trate de causas de menor cuantía. Los costos que esto implica y el tiempo que ello demanda hace que muchas veces la

violación de los derechos del consumidor sea en efecto sancionada por el Estado pero que el consumidor no vea solucionado su problema en concreto.

El sistema de protección al consumidor a cargo del Indecopi adolece de la capacidad de tomar medidas correctivas a favor del consumidor.

En Venezuela, El Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), es el organismo competente para orientar y educar a los consumidores y usuarios y defenderlos frente a las transgresiones a las disposiciones sobre protección al consumidor, sin menoscabo de las acciones que a éstos correspondan para defender sus propios intereses.

Las competencias del Indecu son, esencialmente, la de sustanciar y decidir los procedimientos que en materia de protección al consumidor se inicien, bien sea de oficio o por denuncia de la parte afectada en sus derechos. Igualmente tienen facultades para fiscalizar e inspeccionar los centros de producción y comercialización, requerir del proveedor de bienes y servicios toda la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones, efectuar sondeos, encuestas e investigaciones sociológicas, en todo lo relacionado a los intereses y percepciones tanto del consumidor como del mercado, velar por el cumplimiento de las normas oficiales sobre calidad, medidas, peso o cantidad, e informar y educar a los consumidores, usuarios, proveedores y prestatarios de servicios acerca de sus derechos y obligaciones.

Las sanciones que puede imponer el Indecu por violación de las normas de protección al consumidor, además de las multas establecidas, son las de ordenar publicidad correctiva a cargo del productor, y cuando la conducta esté tipificada en el Código Penal, deberá promover ante los tribunales competentes los procedimientos correspondientes.

Además de las sanciones por ilícitos administrativos, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario establece una serie de delitos con sus respectivas penas. Lo que no queda claro, es si el consumidor debe impulsar el proceso penal para lograr

que le resarzan sus perjuicios dentro de este proceso haciéndose parte del mismo como parte civil, o si por el contrario debe iniciar un proceso civil ordinario por indemnización de perjuicios.

En cualquiera de los dos casos existe gran carga para el consumidor pretender alcanzar un resarcimiento, bien probando un delito con todos sus presupuestos jurídicos (tipicidad, anti juridicidad y culpabilidad), o bien una simple culpa o dolo por parte del proveedor.

Del análisis normativo anterior sobre las instituciones encargadas de velar por los derechos de los consumidores, podemos concluir que existen diferencias tan abismales como entre Ecuador, que el Defensor del Pueblo no cuenta con facultades para sancionar al infractor, precisamente porque es defensor, y por tanto no puede ser al mismo tiempo juez, hasta Colombia, que la misma entidad administrativa, la Superintendencia de Industria y Comercio, tiene facultades jurisdiccionales para ordenar la efectividad de la garantía a favor del consumidor.

“Los entes administrativos, entonces, que no cuentan con facultades jurisdiccionales para hacer efectivo el derecho del consumidor, se convierten más en una traba para las aspiraciones de éste que en una ayuda. Tener que agotar un proceso en vía gubernativa para lograr una resolución favorable, y de allí iniciar un proceso civil ordinario frente a los jueces, es negar completamente el derecho a reclamar. Son mínimos, sino inexistentes, los casos en que sería rentable adelantar dos diferentes tipos de procesos para lograr una indemnización.”⁶²

En la instancia judicial el trámite no es más expedito. (Fuera de lo establecido en la ley colombiana que expresamente establece como única obligación del consumidor para solicitar su derecho demostrar la falla del bien siendo obligación del proveedor demostrar las causales de exoneración para evitar responder por la garantía del bien y la correspondiente indemnización de perjuicios), en las legislaciones analizadas se aplican los Principios Generales del Derecho, que exigen probar, por un lado, que la

⁶² GIRALDO, Alejandro, El Estado de Situación de la Protección al Consumidor, en el ámbito Nacional y Comunitario: Una propuesta de decisión 1989-2002, Obra suministrada por: VII Programa de Pasantías CAN - BID / INTAL, Colombia, 2002.

falla del bien se debió a un problema de calidad del mismo, y por otro, una intencionalidad (culpa o dolo) por parte del productor o proveedor.

Las diferencias procesales entre los Países Miembros hacen que una ley tan avanzada sustantivamente como la Ecuatoriana no sea tan efectiva como lo es una tan antigua como la Colombiana, que se aplica a cabalidad y tiene un efecto relevante dentro de la sociedad y la estructura del Ordenamiento Jurídico.

CAPÍTULO III

3. Las Infracciones Publicitarias en la Realidad Ecuatoriana

3.1 Infracciones Publicitarias contenidas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor

Como se ha establecido en el capítulo anterior, considero que las infracciones contenidas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en cuanto a publicidad, se encuentran sustantivamente adelantadas, en referencia a las infracciones publicitarias establecidas en las Leyes de los países miembros de la Comunidad Andina, por lo tanto es necesario propender a un cambio no sólo sustantivo, sino también en cuanto al mecanismo que establece la Ley, para que este tipo de infracciones, sean exigibles por parte del consumidor.

En el presente acápite, vamos a estudiar cada una de las infracciones publicitarias, con la finalidad de establecer el espíritu de cada una de ellas, su importancia, sus falencias, y la conveniencia frente a la realidad ecuatoriana.

3.1.1 *Infracción que corresponde a la inducción al error o engaño, referente a: País de origen, comercial o de otra índole del bien ofrecido o sobre el lugar de prestación del servicio pactado o la tecnología empleada*

Este tipo de infracción consiste esencialmente, en cualquier clase de publicidad que mediante inexactitudes, imprecisiones u ocultamientos pueda inducir a error, engaño y/o confusión a los potenciales consumidores, respecto del país de origen del producto

Como resultado del contexto de la globalización, las empresas, y sus productos o servicios, viajan de un país a otro, como pruebas materiales de sus habilidades y liderazgo. En todo caso, el objetivo es que los consumidores, sean capaces de diferenciar un producto de procedencia de un lugar, y preferirlo para el consumo.⁶³

⁶³ BAQUERO, Mario, "Manual de Relaciones Públicas, Publicidad y Comunicación", 4ta Edición, Consejo Superior Europeo de Doctores Honoris Causa, sección de Relaciones Publicas, España, 2008, pag. 361.

Generalmente, en todos los productos, se encuentra una minúscula etiqueta, en la que se establece el país de origen del producto, o el lugar donde se fabrica o comercializa, y muchas veces, esta característica constituye un aspecto decisivo en la decisión de consumo del usuario y de allí nace esta protección, puesto que la imagen de un país, establece una fuerte conexión entre sus marcas y sus beneficios, favorecidas por las experiencias que cada consumidor haya tenido con el país en cuestión.

Ahora, debemos entender que en la norma prevista por el legislador, se debe entender, no de un modo taxativo, sino entender que la infracción se produce por cualquier otra cuestión que pueda inducir a error en el consumidor, y que se asocie con el producto y su origen comercial, y en el caso de ser un servicio, el lugar en el cual se prestará.

Así por ejemplo, en el caso de productos importados, es necesario que se hagan ciertas modificaciones en la información que se proporciona al público, puesto que toda promoción o servicio que acompañe al producto, deberá especificar el lugar en donde es posible.⁶⁴

Es decir que este tipo de infracciones, hacen referencia a aquellas prácticas publicitarias, que bajo cualquiera de sus expresiones inducen al error al consumidor, para que adquiera el producto bajo presupuestos irreales, sobre las características que tienen que ver con el país de origen, el país en donde se va a brindar el servicio, o entregar el producto, e incluso la tecnología empleada.

La infracción contenida en artículo señalado, atiende a una prohibición del principio de veracidad. En el Código de Conducta Publicitaria de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad de España, se establece en su artículo 14 al referirse al engaño al consumidor: "Se entiende por publicidad engañosa aquella que de cualquier manera, incluida su presentación, o en razón de la inexactitud de los datos sustanciales

⁶⁴En el caso del producto M&M, de Master Foods (Estados Unidos), suelen existir, una serie de promociones, que únicamente se harán válidas en su País de Origen, por tanto, en éste caso, el mismo productor, en cada una de éste tipo de promociones, ha especificado que la promoción es válida únicamente para Estados Unidos.

contenidos en ella, o por su ambigüedad, omisión u otras circunstancias, induce o puede inducir a error a sus destinatarios. En particular, deben ser comprensibles, exactas y susceptibles de prueba por el anunciante las menciones relativas a: Las características de los bienes, actividades o servicios, tales como: a) Origen, denominación o procedencia geográfica, b) Naturaleza. c) Composición y especificaciones, d) Condiciones de disponibilidad, e) Modo y fecha de fabricación, suministro o prestación, f) Novedad. La referencia a la novedad debe expresar si se trata de una novedad en el mercado o si se trata de novedades de los productos del anunciante ya conocidos en el mercado. Esta referencia no deberá mantenerse de forma abusiva, g) Resultados de la utilización del bien o del uso del servicio, h) Resultados de ensayos o controles de los bienes o servicios, i) Riesgos derivados de la utilización del producto.

Sobre la tecnología empleada, si bien es cierto, existen muchas infracciones que tienen que ver con el tipo de tecnología con la que fue creado el producto, así podemos ver que muchos de los engaños utilizan el nombre de países que poseen técnicas exclusivas en belleza, medicina, etc, para asociarlos a la calidad del producto, y crear una falsa expectativa en el consumidor.

Un aspecto sobre la tecnología pero como característica del bien, es aquella en la cual es imprescindible que el anunciante sea completamente claro, al comunicar a los consumidores, no sólo la tecnología que ha sido empleada para la creación del producto, sino también cuando la tecnología es una característica funcional del producto, así por ejemplo, si un anuncio ofrece: *“Hay un nuevo lugar para conectarse a Internet y ese lugar es cualquier lugar. Por fin el ADSL se hace móvil, con Vodafone llamarás cuando y donde tú quieras, sin límites, y además todas las llamadas a fijos nacionales desde tu móvil, gratis”*. Se entenderá que el producto ofrece la posibilidad de conectarse en cualquier lugar a internet, de acuerdo a la tecnología que propugna en el anuncio. Caso contrario, es decir, si el producto en verdad no permite la utilización de ésta tecnología, naturalmente será una infracción publicitaria al principio de veracidad, sobre la tecnología que ofrece el producto.⁶⁵ Para determinar si se ha

⁶⁵ En fecha 18 de diciembre de 2006 la Sección Primera del Jurado resolvió la reclamación presentada por Telefónica de España, S.A.U. frente a una campaña publicitaria de la que es responsable la compañía Vodafone España, S.A. en su parte principal considera: *“...este Jurado no alberga dudas sobre el carácter engañoso del mensaje publicitario sometido a su análisis. En efecto, la reiterada*

cometido la infracción, es necesario indagar en torno al significado que el público destinatario de la publicidad atribuye al correspondiente mensaje publicitario, y luego comprobar si el anuncio publicitario, bajo la interpretación que ha recibido por parte de los consumidores, puede inducir a error o generar falsas expectativas entre ellos.

En esta labor deben rechazarse las interpretaciones puramente literales o gramaticales y atenderse fundamentalmente al significado que el mensaje posee para el público al que se dirige o alcanza.

En suma, como se ha visto, los casos de engaño por exageración pueden proceder de la vehemencia del anunciante que, ante la necesidad de captar la preferencia de los consumidores, resalta los atributos de su producto de modo tal que por la exaltación misma de ellos o por la grandilocuencia transmite información diferente a la que el consumidor espera encontrar en la realidad.

3.1.2 Infracción que corresponde a la inducción al error o engaño, referente a: Los beneficios y consecuencias del uso del bien o de la contratación del servicio, así como el precio, tarifa, forma de pago, financiamiento y costos del crédito

utilización –en la publicidad reclamada- del calificativo “el ADSL móvil” llevará razonablemente a concluir a un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz que el producto permite la conexión a Internet a través de la popular tecnología conocida como ADSL. Sin embargo, y como ha quedado suficientemente acreditado en el presente procedimiento el producto promocionado no utiliza la tecnología ADSL para la conexión a Internet; antes bien, se apoya en una tecnología diferente: la tecnología 3G.El engaño en punto a la naturaleza de la conexión que se ofrece, por lo demás, puede generar entre el público de los consumidores un engaño ulterior. Al calificarse el producto promocionado como “ADSL”, puede llevar también a los consumidores a concluir –razonablemente- que la conexión a Internet que se ofrece tiene características similares o equiparables a las restantes conexiones ADSL. Sin embargo, también se ha acreditado en el presente procedimiento que la velocidad máxima de descarga que permite el producto promocionado no es equiparable a la que permiten en la actualidad muchas conexiones de ADSL. Por otra parte, la conexión a través del producto promocionado posee una particularidad que no se da en las conexiones ADSL: una vez alcanzado un volumen máximo de descargas, la velocidad de descarga se reduce drásticamente. Así las cosas, debe necesariamente concluirse que la publicidad reclamada reviste carácter engañoso e infringe, por ende, el principio de veracidad...”

Estudios en todo el Mundo demuestran que alrededor del 70% de los consumidores piensan que la publicidad regularmente engaña o exagera los beneficios de los productos⁶⁶. En España, por ejemplo, un estudio realizado hace algunos años por el Instituto Nacional de Publicidad determinó que el 58% de los consumidores piensan que los anunciantes engañan en la publicidad⁶⁷.

Esta es una de las infracciones publicitarias más comunes, por cuanto en la mayoría de servicios o productos ofertados, hay la tendencia a exagerar los beneficios que se reciben en el consumo de determinado bien o servicio ofertado.

Como hemos visto, es una obligación del proveedor entregar al consumidor información veraz, suficiente, clara, completa y oportuna de los bienes o servicios ofrecidos, de tal modo que bajo ningún concepto, el consumidor, reciba información falsa acerca de los beneficios del bien, lo que implica a su vez, que los anunciantes, al mencionar que el producto contiene, por ejemplo, agentes naturales beneficiosos para la salud, debe contar con estudios científicos concluyentes que definan las características y funciones de cada compuesto, y que a su vez, detallen los beneficios de cada uno de ellos.

La realidad en nuestro país, es otra, los productos generalmente no detallan los beneficios efectivamente corroborados científicamente, sino detallan beneficios que puede proporcionar el producto en función de las necesidades que se ha descubierto tiene la gente. Uno de los casos más comunes se dan en productos adelgazantes, o aquellos con propiedades benéficas para la salud, e incluso en nuestro país aún se producen aquellos productos que prometen que la persona amada vuelva o que la soltería termine.

A decir de Julio Avellaneda, “La publicidad falsa representa el caso más elemental de infracción al principio de veracidad en la medida que las afirmaciones empleadas no guardan relación con la realidad. La inducción a error ocurre cuando se genera una idea equivocada en el consumidor respecto del mensaje publicitario. Ello sucede

⁶⁶ CALFEE, John. “Fear of Persuasion. A New Perspective on Advertising and Regulation”. Monnaz: Agora. 1997.pp. 38-40.

⁶⁷ GONZÁLEZ LOBO, María Ángeles, “Curso de Publicidad”. Madrid: Eresma & Celeste. 1994 p. 17.

debido a la forma en que se han expuesto las afirmaciones o imágenes, incluso siendo estas verdaderas, o porque se ha omitido determinada información.”⁶⁸

Al hablar de este tipo de infracción publicitaria, la norma se dispone a proteger al consumidor de todas aquellas deformaciones publicitarias, en las que se vean afectados:

- a) Beneficios del Bien o servicio: Se refiere a todas aquellas cualidades en las cuales se intenta atraer al consumidor, cuando alude a la confiabilidad del producto de acuerdo a sus características, cuando destaca la conveniencia de su consumo, así como de los réditos que obtendría si lo adquiere, y generalmente de las necesidades que cubriría en el caso de adquirirlo.
- b) Consecuencias, o efectos que acarrea el uso del bien o el servicio, incluyendo la información oculta o ciertas advertencias que derivan de la adquisición del bien, o la contratación del servicio, esto porque los productos y servicios puestos a disposición del consumidor no deben conllevar riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes. Cuando los productos o servicios tengan condiciones particulares, como son advertencias, restricciones y requisitos de adquisición, y dicha información no haya sido consignada íntegramente en el anuncio publicitario, el anunciante debe poner a disposición de los consumidores un servicio de información gratuito de fácil acceso a dicha información complementaria, e idóneo en relación con el producto o servicio y el público al que va dirigido el anuncio.⁶⁹
- c) Sobre los riesgos previsibles, precauciones, limitaciones, requisitos y condiciones relacionados con la adquisición de los productos ofertados, no bastando la sola indicación de su existencia sino que debe

⁶⁸ AVELLANEDA, Julio y SÚMAR, Oscar, Paradojas en la Regulación de la Publicidad, Loc, cit, pp. 115

⁶⁹ AVELLANEDA, Julio y SÚMAR, Oscar, Paradojas en la Regulación de la Publicidad, Loc, cit, pp. 115

mencionarse expresamente en qué consisten. Este contenido esencial es el mínimo indispensable para que el derecho a la información de los consumidores sea reconocible como tal y no se vea vaciado de contenido.

- d) En el caso de que la publicidad incluya el precio del bien, o la tarifa a pagar por el servicio, es necesario que se incluya el costo total del mismo.⁷⁰ La misma premisa se aplica para todo lo que tiene que ver con la forma de pago y financiamiento, que si bien en este último, no se puede brindar la información tan detallada y explícita, por la naturaleza de esta característica, tampoco pueden maquillarse por ejemplo, ciertos costos adicionales al financiamiento, que sorprenden al consumidor cuando el bien ya ha sido adquirido. Nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en su artículo 47 dispone: Cuando el consumidor adquiera determinados bienes o servicios mediante sistemas de crédito, el proveedor estará obligado a informarle en forma previa, clara y precisa: 1. El precio al contado del bien o servicio materia de la transacción; 2. El monto total correspondiente a intereses, la tasa a la que serán calculados; así como la tasa de interés moratoria y todos los demás recargos adicionales; 3. El número, monto y periodicidad de los pagos a efectuar; y 4. La suma total a pagar por el referido bien o servicio.
- e) Respecto de las condiciones de venta, podemos considerar que es un planteamiento genérico que podría incluir precisiones sobre el pago del precio, sobre el modo y plazo de entrega del producto anunciado si éste es adquirido por el consumidor y, en general, a cualquier otra particularidad que reviste para el consumidor la adquisición del bien o del servicio. Ejemplos de infracción contra el principio de veracidad por inducción a error o engaño sobre las condiciones de venta de un

⁷⁰ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Artículo 9, inciso segundo: Toda información relacionada al valor de los bienes y servicios deberá incluir, además del precio total, los montos adicionales correspondientes a impuestos y otros recargos, de tal manera que el consumidor pueda conocer el valor final.

producto anunciado, serian: i) no informar al consumidor que luego de su cancelación recibirá el producto al cabo de diez días (omisión de información relevante); ii) no informar al consumidor que el precio anunciado es solamente si éste es pagado con la tarjeta de crédito equis (omisión de información relevante); o, iii) pese a que el anuncio señala que el producto promocionado se encuentra disponible en todos los establecimientos de la empresa anunciante, éste no se encuentre disponible en los establecimientos de la capital.⁷¹

3.1.3 *Infracción que corresponde a la inducción al error o engaño, referente a: Las características básicas del bien o servicio ofrecidos, tales como componentes, ingredientes, dimensión, cantidad, calidad, utilidad, durabilidad, garantías, contraindicaciones, eficiencia, idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer*

Existen disposiciones en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en las que se determina a ciertos productos, como en los medicamentos, la obligación de establecer sus componentes⁷², o en la prestación de un servicio de reparación, el detalle y el costo de los repuestos o componentes empleados⁷³ De igual manera en el caso de los ingredientes empleados para conformar el producto motivo de la oferta.

Las menciones publicitarias relativas a Las características de los bienes, actividades o servicios, tales como: Naturaleza, composición y especificaciones, condiciones de disponibilidad, datos técnicos, científicos o de estadísticas, servicios post-venta, riesgos derivados de la utilización del producto, deben ser comprensibles, exactas y susceptibles de prueba por el anunciante, toda vez que es obligación del mismo, publicitar de una manera veraz la cantidad , la calidad, peso, medida, rotulado e información de los bienes y servicios.

⁷¹ BAYLON ABURTO, Iberia, “Publicidad Engañosa y Derecho Corporativo”, http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_competencia/ArticulosyEnsayos/PUBLICIDAD_CO_MERCIAL_EN_DEFENSA_DEL_CONSUMIDOR%20ANALISIS_JURIDICO_SOBRE_LA_VERACIDA_D.doc, 1 de Octubre del 2010.

⁷² Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Artículo 15 literal h).

⁷³ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Artículo 24.

Es menester, recordar que el consumidor, también posee obligaciones ante una publicidad correcta, y a una información veraz, proporcionada por el proveedor, así en el numeral 3 y 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, se establece que son obligaciones del consumidor: Evitar cualquier riesgo que pueda afectar su salud y vida, así como la de los demás, por el consumo de bienes o servicios lícitos; y Informarse responsablemente de las condiciones de uso de los bienes y servicios a consumirse, en concordancia con las mencionadas obligaciones el Reglamento de la citada norma, establece en su artículo 21, que: “Será de responsabilidad del consumidor, el adecuado uso de bienes y servicios que presenten cierto nivel de riesgo y sobre cuyas características haya sido informado por el proveedor (el subrayado es mío)”.

Es entonces, un ejemplo de este presupuesto, el caso de un yogurt de dieta, en el cual se informe que “es libre de azúcar”, pero a su vez se informa que es endulzado con “fructosa”, y así es efectivamente, una persona diabética que consume el producto, no puede fundar un acción en contra del proveedor, en el caso de que al haber ingerido ese yogurt haya afectado su salud, por cuanto el proveedor ha informado correctamente, que si bien el producto es libre de azúcar, se encuentra endulzado con fructosa, y de acuerdo a los componentes señalados en el mismo, el consumidor, podía haberse informado correctamente. Entonces no existe una deformación de la publicidad, sino una falta de conducta diligente del usuario, frente al consumo.

A manera de ilustración Mabel López⁷⁴, cita casos en los cuales de muchas maneras, se puede engañar al consumidor mediante el uso de estrategias publicitarias, que confunden e inducen al engaño.

- Mensajes publicitarios que incluyen cláusulas del tipo "oferta válida hasta fin de existencias" u "oferta válida salvo error tipográfico". Ambos pueden ser considerados como limitación de la oferta poco clara y confusa para el consumidor, que queda totalmente sometido a la interpretación unilateral del vendedor o fabricante vulnerándose la buena fé y el justo equilibrio de las prestaciones en detrimento del consumidor.

⁷⁴ LÓPEZ, Mabel, La Publicidad y el Derecho a la Información en el Comercio Electrónico. Editado por eumed.net; accesible a texto completo en <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/mlg/index.htm>

- Mensajes que incluyen expresiones ambiguas, desconocidas o con una pluralidad de significados que dan lugar al riesgo de que el destinatario interprete el mensaje en un sentido que no corresponde con la realidad.
- Utilización de letra pequeña, ilegible o diminuta en los anuncios, con la intención o no, que el destinatario no los perciba.
- Utilización de mensajes que estimulan al comprador a tomar una decisión rápida pero que no se cumplen.
- Inclusión del precio sin IVA en el anuncio, con la intención de que el destinatario vea un precio más atractivo o menor al de la competencia.
- Omisión de datos fundamentales que puedan influir en la decisión del consumidor, por ejemplo, en cuanto a la peligrosidad, el precio completo, las condiciones jurídicas, etc.
- Realización de promesas que luego no se cumplen, intencionadamente o no; por ejemplo, la promesa de "entrega en 30 minutos a domicilio" que no es cumplida por el proveedor bajo el argumento de que "existe sobredemanda del producto" o que "hubo congestión vehicular".
- Exageraciones acerca de los beneficios del producto; por ejemplo, aquellos mensajes de ciertos productos que supuestamente curan o previenen un sin número de enfermedades de forma efectiva, o, aquellos productos que tratan la obesidad sin necesidad de dieta o ejercicios...
- Presentación de mensajes publicitarios ante los ojos de los consumidores sin que éstos puedan identificarlos como tales. Por ejemplo, cuando el mensaje publicitario se presenta bajo la forma de mensaje informativo, artístico o creativo.

Sobre las ofertas y promociones que puedan constar en el bien o el servicio el artículo 46 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece: "Toda promoción u oferta especial deberá señalar, además del tiempo de duración de la misma, el precio anterior del bien o servicio y el nuevo precio o, en su defecto, el beneficio que obtendría el consumidor, en caso de aceptarla. Cuando se trate de promociones en que el incentivo consista en la participación en concursos o sorteos, el anunciante deberá informar al público sobre el monto o número de premios de aquellos, el plazo y el lugar donde se podrán reclamar. El anunciante estará obligado a difundir adecuadamente el resultado de los concursos o sorteos." En concordancia con el presente mandato, el artículo 148 del Código de Comercio del Ecuador,

establece: “Las ofertas públicas contenidas en circulares, catálogos, avisos publicitarios, proformas, obligan a quien las hace; salvo que en la misma oferta se señale un determinado plazo de validez de la misma o que las condiciones de la oferta original sean modificadas por una oferta posterior.”

3.1.3 *Infracción que corresponde a la inducción al error o engaño, referente a: Los reconocimientos, aprobaciones o distinciones oficiales o privadas, nacionales o extranjeras tales como medallas, premios, trofeos o diplomas.*

El fin de la publicidad, es asombrar al consumidor, y convencerlo de que el producto ofertado, es de mejor calidad y conveniencia para el consumo. En torno a este fin, muchos productos, buscan la obtención de ciertos reconocimientos nacionales o internacionales, o de cualquier tipo que acrediten la calidad que ofertan. Es por eso que aquellos productos, que efectivamente han sido reconocidos, pueden hacer mención de ello en las etiquetas y la publicidad de sus productos o servicios, pero siempre y cuando, tal reconocimiento, sea un fiel reflejo de la realidad, y que se pueda acreditar con el respectivo título.

El mal uso de este tipo de premios, reconocimientos, o recomendaciones profesionales, constituyen un tipo de engaño al consumidor, por cuanto acreditan al producto premios de calidad, que no posee, y naturalmente se derivan en engaño al usuario para que adquiera el bien o servicio, bajo falsas premisas.

En lo que se refiere a la Naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante, especialmente en lo que tiene que ver con: a) Identidad, patrimonio y cualificaciones profesionales, b) Derechos de propiedad industrial o intelectual. y c) Premios o distinciones recibidas, el anunciante en estos casos en sus anuncios publicitarios debe propender a que las mismas, sean comprensibles y exactas.

Las razones de las que se deriva esta protección, surgen precisamente del carácter de calidad del que envisten esta clase de reconocimientos (cuando han sido efectivamente otorgados por una Asociación Comercial, un Colegio de Profesionales, etc.) a un producto, a ojos del consumidor, quien naturalmente, tendrá una razón

extra para consumir el producto. El falsear o tergiversar este tipo de reconocimientos, es un engaño al consumidor, sobre la verdadera naturaleza, calidad y característica especial que puede poseer un producto.

Entendemos entonces que, se considera publicidad engañosa ostentar o afirmar la posesión de premios, distinciones, medallas o certificados de cualquier naturaleza que no se han obtenido o no tuvieran vigencia, ya sea en anuncios publicitarios o en etiquetas, envases, recipientes o envolturas.

En el capítulo siguiente veremos cuáles son las sanciones aplicables a cada una de las infracciones establecidas en la presente norma.

3.2 Infracciones Contenidas en la Ley de Radiodifusión y Televisión y su Reglamento.

Existen en la Legislación ecuatoriana, infracciones publicitarias, que tienen como sujeto activo, el medio de comunicación social. Como lo habíamos señalado en el Capítulo primero del presente trabajo, la responsabilidad sobre cierto tipo de infracciones publicitarias, pueden también recaer en el medio de comunicación que difunde publicidad expresamente contraria a lo dispuesto en la ley.

La Ley de Radiodifusión y su Reglamento, contienen ciertas infracciones publicitarias, que serán analizadas en el presente capítulo. Cabe aclarar que algunas de ellas, son más bien regulaciones en materia administrativa que en materia de defensa del consumidor, en todo caso, son fuente de responsabilidad administrativa, y vale la pena que sean brevemente analizadas.

En primer lugar, debemos observar las prohibiciones que establece la referida ley, que principalmente consisten en que: Ningún canal sea público o comunitario, puede difundir ningún tipo de publicidad comercial⁷⁵; Establece que los idiomas de locución, son exclusivamente el español y el quichua⁷⁶; Establece que toda la publicidad de empresas, entidades o actividades nacionales o extranjeras que transmitan las estaciones, deberá

⁷⁵ Ley de Radiodifusión y Televisión del Ecuador, Artículo 7 y 8.

⁷⁶ Loc, cit, artículo 48.

elaborarse en el país con personal ecuatoriano⁷⁷; A manera de prohibición general, establece que ningún medio podrá realizar publicidad de artículos o actividades que la Ley o los Reglamentos prohíben.⁷⁸

Al respecto de las infracciones antes descritas, es interesante analizar, la disposición que establece que la publicidad deberá elaborarse únicamente con personal ecuatoriano, puesto que bajo ningún concepto se cumple, pues está completamente en desuso, en primer lugar no existe un procedimiento eficaz para que se verifique este precepto, y porque debido a la globalización y la expansión de la publicidad comercial, es absurda una prohibición como ésta, cuando la publicidad también se exporta e ingresa a nuestros televisores, radios, y periódicos cada día más.

De una manera general, establece la prohibición expresa a los medios de no difundir publicidad que sea expresamente ilícita, lo que naturalmente deriva en una responsabilidad administrativa, y confirma que los medios de comunicación, a pesar de ser únicamente un medio de difusión de la publicidad que elabora el anunciante, debe contemplar y tener en claro cada una de las prohibiciones de la Ley, para no incurrir en una infracción publicitaria, que atenta contra el consumidor.

En segundo Lugar, y en concordancia con las prescripciones arriba descritas, el reglamento respectivo establece, (en adición a la prohibición de emitir publicidad comercial a las estaciones públicas), que las estaciones de radiodifusión y televisión deberán establecer su programación observando varias normas, entre éstas el deber de difundir publicidad apta para todo público, desde las 06h00 hasta las 21h00. (En este período de tiempo se evitarán escenas o imágenes de violencia, crueldad, actos sexuales explícitos o de promiscuidad.)⁷⁹; también prescribe que la publicidad de tabaco y alcohol, deberá darse en un horario fuera del establecido para todo público y que no debe dirigirse a menores de edad, ni tampoco debe incluir voces de menores o imágenes que los relacionen con ese tipo de publicidad⁸⁰. Al respecto, debemos tomar en cuenta que esta prohibición es en parte obsoleta, por cuanto en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, se establece la prohibición de cualquier tipo de publicidad de cigarrillos, en radio o televisión, a toda hora.

⁷⁷ Loc, cit, artículo 56

⁷⁸ Loc, cit, artículo 58

⁷⁹ Reglamento de la Ley de Radiodifusión y Televisión del Ecuador, artículo 48 literal e).

⁸⁰ Loc, cit, artículo 49

3.3 Infracciones Contenidas en la Ley Orgánica de Salud y su Reglamento.

En la mencionada ley, se otorgan atribuciones al Ministerio de Salud Pública, al control de la publicidad que atente contra la salud e induzcan comportamientos que la afecten negativamente, y a regular, controlar o prohibir en casos necesarios, en coordinación con otros organismos competentes, la publicidad de sustancias tóxicas o peligrosas que constituyan riesgo para la salud de las personas.⁸¹ De la misma manera en el artículo 41 establece la prohibición de toda publicidad sea directa o indirecta y la promoción, así como el patrocinio de cigarrillos y otros productos del tabaco, en eventos educativos, culturales o deportivos.

En el caso de bebidas alcohólicas, prohíbe que ésta se vincule a la salud, al éxito deportivo o a la imagen de la mujer como símbolo sexual.⁸²

Se prohíbe adicionalmente, la publicidad comercial del proceso de donación, obtención, procesamiento, distribución y utilización de sangre, sus derivados y componentes, por parte de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas.

Siendo el Ministerio de Salud Pública, la entidad estatal encargada de la emisión de registro sanitario, ordena que la publicidad y promoción de los productos sujetos a registro sanitario deberá ajustarse a su verdadera naturaleza, composición, calidad u origen, de modo tal que se evite toda concepción errónea de sus cualidades o beneficios, lo cual será controlado por la autoridad sanitaria nacional. También se prohíbe la publicidad por cualquier medio de medicamentos sujetos a venta bajo prescripción.

En el capítulo siguiente veremos cuales son las sanciones aplicables a cada una de las prohibiciones y mandatos establecidos en la presente norma.

⁸¹ Ley Orgánica de Salud del Ecuador, artículo 6 numeral 21 y 22.

⁸² Loc, cit, artículo 48.

3.4 Aspectos Importantes de la Legislación Comparada

No es el objetivo del presente trabajo, analizar a fondo, todas y cada una de las disposiciones contenidas en los mayores exponentes de la regulación Publicitaria, en todo caso, y a manera de ilustración, se tomarán ciertas cuestiones novedosas e importantes, de los que a consideración de la autora, son un buen referente de legislación publicitaria.

En todo caso, se tomarán como exponentes, España y un breve examen de los aspectos importantes los países miembros de la Comunidad Andina.

En el caso de España, debemos tomar en cuenta, que al pertenecer este Estado a la Comunidad Europea, la Ley General de Publicidad, debe armonizarse con las disposiciones de la Directiva del Consejo de Comunidades Europeas.⁸³

Podemos afirmar, en este orden de cosas que en el caso español, “la Ley no sólo ha seguido las directrices comunitarias en la materia, sino que ha procurado también inspirarse en las diversas soluciones vigentes en el espacio jurídico intereuropeo”⁸⁴.

La legislación española, tiene claramente definido lo que entendemos por publicidad ilícita y sus diferentes modalidades, además, se articulan asimismo las diferentes modalidades de intervención administrativa en los casos de productos, bienes, actividades o servicios susceptibles de generar riesgos para la vida o la seguridad de las personas.

Como novedad, al comparar con nuestra legislación, la Ley española, encontramos claramente definido el concepto de publicidad desleal, y publicidad comparativa, se encuentra autorizada, cumpliendo ciertos presupuestos⁸⁵: a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer iguales necesidades, b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales,

⁸³ Directiva 84/450/CEE del 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa.

⁸⁴ Normativa Civil de la Universidad de Girona, Catalunya, <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Lgp.htm>, 02 de Octubre del 2010

⁸⁵ Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, General de publicidad, Modificada por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, BOE núm. 259, de 29-10-2002, Se modifican los artículos 6, 25 y 26 y se añaden los artículos 6 bis y 29. Artículo 6 numeral segundo.

pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio, c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación, d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido, e) Si la comparación hace referencia a una oferta especial se indicará su fecha de inicio, si no hubiera comenzado aún, y la de su terminación f) No podrá sacarse una ventaja indebida de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, ni de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas, denominaciones específicas o especialidades tradicionales garantizadas que amparen productos competidores. Tampoco podrá sacarse una ventaja indebida, en su caso, del método de producción ecológica de los productos competidores.

Un aspecto interesante, que tiene que ver con el juzgamiento de las infracciones publicitarias, es el establecido en el artículo 8 numeral tercero de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios⁸⁶, que reza: La oferta, promoción o publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, será perseguida y sancionada como fraude. Naturalmente la misma ley establece, que podrá plantearse la acción vía administrativa, pero en todo caso, se realizará ésta sin perjuicio de las acciones civiles y penales que le correspondieren.⁸⁷

En el caso de las sanciones, éstas son gradadas y se calificarán como leves, graves y muy graves, atendiendo a los criterios de riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía de beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción y la reincidencia.⁸⁸

⁸⁶ Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Madrid, España.

⁸⁷ Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, artículo 32, numeral 1.

⁸⁸ Loc, cit, Artículo 35.

La imposición de las sanciones por el incumplimiento de lo dispuesto en esta Ley, corresponderá, en el caso de infracciones graves, al Ministro correspondiente y en el de infracciones muy graves al Consejo de Ministros, a propuesta de aquél.

La Ley establece, por tanto, una vía administrativa para procurar el cumplimiento de la misma, frente a la vía judicial civil seguida por la Ley General de Publicidad. Aquellos que se consideren perjudicados por el presunto incumplimiento por parte de un proveedor de alguna de las obligaciones previstas en esta Ley, podrán presentar denuncia motivada ante el órgano competente para la inspección y control de la entidad supuestamente infractora, el cual, tras la instrucción del correspondiente expediente, elevará, en su caso, propuesta razonada de resolución al órgano competente para la imposición de las correspondientes sanciones. La resolución que adopte este órgano pondrá fin a la vía administrativa.

No obstante, La Ley 39 del 18 de octubre del 2002, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, en su artículo octavo modifica la mencionada ley 25/1994, adicionando un nuevo capítulo VII que establece la acción de cesación.

De acuerdo con esta Ley, cuando se produzcan conductas (por parte de anunciantes y operadores) que lesionen los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios, las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26 de 19 de julio de 1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, podrán ejercitar la acción de cesación, sin necesidad además de solicitud previa al responsable del comportamiento ilícito para que cese en el mismo.

La ley española, define a la acción de cesación como aquella “acción que se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato”.

La ley legitima para ejercitar la acción a:

- a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las

Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.

- b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta Ley o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.
- c) El Ministerio Fiscal.
- d) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas".

La pieza clave del sistema español es la autorregulación, ya que es el órgano independiente que se encarga de resolver las reclamaciones. Sus miembros son designados por la Junta Directiva de Autocontrol y por el Instituto Nacional de Consumo (INC) y está compuesto por un Presidente, cinco Vicepresidentes y 15 vocales, que pueden actuar en Pleno o en sesiones.

La actividad principal de la autorregulación, se divide en tres ámbitos distintos:

Tramitación de las reclamaciones presentadas por los consumidores, las asociaciones de consumidores y las empresas; Elaboración de códigos deontológicos y aplicación de estos por el Jurado de la Publicidad; Servicio de consulta previa o Copy Advice, que asesora sobre la corrección ética y legal de las campañas antes de su emisión.

Los consumidores se benefician de la autorregulación, que les garantiza una publicidad responsable, a través del sistema gratuito de reclamaciones, que resuelve un jurado formado por expertos independientes de forma ágil y eficaz. La industria también se beneficia al disminuir los actos de competencia desleal.

El sistema de resolución de controversias: Autocontrol, es el único organismo privado español que ha sido reconocido por la Comisión Europea por cumplir los requisitos y principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad de

elección y derecho de representación por parte del consumidor, establecidos en la Recomendación 98/257/CE. De esta forma, Autocontrol fue incorporada en el año 2000 a la Red EJE (Red Extra-judicial Europea) de la Comisión.⁸⁹

En el caso de los países miembros de la comunidad andina, podemos encontrar algunas concordancias entre los países miembros, así como también diferencias bastante marcadas.

El concepto de ilícito publicitario, se encuentra regulado dentro de las tres legislaciones, y se entiende de una manera general infracción publicitaria: inducir a error sobre la naturaleza del bien, sus características o componentes, precio, origen o cualquier otra información sobre el producto que no corresponda a la verdad.

En el caso de la publicidad de Ofertas y Promociones, en la ley de Colombia, se presume que existe inducción a error al consumidor cuando se ofrece un incentivo y éste no se entrega en la oportunidad y forma indicada, o cuando como consecuencia de la oferta o promoción se aumenta el precio del bien o se reduce su calidad. En el caso de Venezuela y Perú las ofertas o promociones deben ser autorizadas por la autoridad estatal pertinente.

Únicamente las legislaciones de Ecuador y Venezuela establecen regulaciones sobre los contratos de adhesión, en términos generales señalan: que estos tipos de contratos deberán ser promocionados y redactados en términos claros, que sean comprensibles e impresos en caracteres legibles y visibles. Igualmente, se destacan ciertas cláusulas abusivas prohibidas en este tipo de contratos.

Sobre publicidad comparativa, Perú es el único país que permite este tipo de publicidad, bajo el presupuesto de que es lícito hacer comparaciones expresas de productos, siempre y cuando no se engañe a los consumidores ni se denigre a los competidores.

En lo que corresponde al juzgamiento de las infracciones, como habíamos citado en líneas anteriores⁹⁰, Colombia es el único país que ha atribuido al Organismo estatal, la capacidad para sancionar y hacer valer los derechos de los consumidores, en el caso de Perú se debe agotar la vía administrativa, y al momento de ejecutar, es necesario acudir al órgano Jurisdiccional. En Ecuador, se puede o no acudir a la Defensoría del Pueblo, que en nuestro

⁸⁹ Asociación para la autorregulación de la Publicidad Comercial, Presentación Sistemas de Autorregulación, <http://www.autocontrol.es/>, 02 de Octubre del 2010

⁹⁰ Afirmación expuesta por la autora, en el capítulo II del presente trabajo, acápite 3.4.1, titulado Aspectos Importantes de la Legislación Comparada.

caso, es la autoridad estatal asignada, como mediador de conflictos, y su pronunciamiento no es vinculante para el juez. En todo caso, se puede acudir directamente a la vía judicial.

CAPÍTULO IV

4. Juzgamiento de las Infracciones Publicitarias.

En el presente capítulo, se analiza, además del procedimiento para el juzgamiento de las Infracciones publicitarias, la efectividad de las medidas previstas en la norma, y cada una de las competencias establecidas en la ley, para cada uno de los organismos de control.

4.1 Procedimiento Previsto en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor

El artículo 72 de la mencionada Ley, establece la sanción respectiva para el caso de las infracciones publicitarias, descritas en el capítulo anterior, y dice: “El proveedor cuya publicidad sea considerada engañosa o abusiva, según lo dispuesto en el Art. 7 de esta ley, será sancionado con una multa de mil a cuatro mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda de curso legal. Cuando un mensaje publicitario sea engañoso o abusivo, la autoridad competente dispondrá la suspensión de la difusión publicitaria, y además ordenará la difusión de la rectificación de su contenido, a costa del anunciante, por los mismos medios, espacios y horarios. La difusión de la rectificación no será menor al treinta por ciento (30%) de la difusión del mensaje sancionado. (el subrayado es mío)”

En concordancia con el presente artículo, el Reglamento respectivo, establece “Cuando la autoridad competente ordene la rectificación de una publicidad engañosa o abusiva, conforme lo dispuesto en el artículo 72 de la ley, durante la transmisión o publicación de la nueva propaganda deberá constar claramente la siguiente advertencia: “mensaje publicitario rectificado a petición de autoridad competente”. Si se trata de publicidad audiovisual, la advertencia deberá mostrarse en la parte inferior de la pantalla durante la totalidad del tiempo en que se la transmite. Si el anuncio es de audio el aviso precederá al mensaje rectificado y, si es una propaganda por escrito, deberá ser de al menos el 15% del espacio total de la superficie.”⁹¹

Para los casos de reincidencia, la ley, en su artículo 80 dispone: “En caso de reincidencia en las infracciones que establece la presente ley, la multa señalada podrá ser elevada al doble, además de la clausura temporal o definitiva del establecimiento, se considerará reincidente

⁹¹ Reglamento de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, artículo 60.

al proveedor que sea sancionado por una misma infracción a esta ley, dos veces o más dentro del mismo año calendario. Para la aplicación de las multas, la autoridad competente tendrá en cuenta de manera especial, la gravedad de la infracción, la cuantía de lo disputado y las condiciones económicas del infractor.”

Teniendo claro las sanciones previstas en la norma, para las infracciones publicitarias, y al citar éstas constantemente a la autoridad competente, pasemos a analizar lo que dice la norma al respecto.

El artículo 81 de la Ley, dispone que el organismo Estatal competente, para conocer y pronunciarse de manera motivada por los reclamos es la Defensoría del Pueblo, para conocimiento de la autoridad competente que tiene la capacidad para sancionar, verbigracia, la Intendencia de Policía.

Éste Organismo, podrá insinuar a las partes que utilicen mecanismos alternativos para la solución de conflictos, siempre que no se refiera a una infracción penal.

La Defensoría del Pueblo es una institución que fue incluida en el aparataje institucional del Estado ecuatoriano mediante la disposición del artículo 96 de la Constitución Política que rigió desde agosto de 1998. Actualmente, se encuentra institucionalizada mediante la disposición del artículo 214 de la nueva Constitución de la República del Ecuador (en vigencia desde octubre de 2008), que señala: "la Defensoría del Pueblo será un órgano de derecho público con jurisdicción nacional, personalidad jurídica y autonomía administrativa y financiera. Su estructura será desconcentrada y tendrá delegados en cada provincia y en el exterior⁹².

Entendamos entonces, cuales son las funciones específicas de la Defensoría del Pueblo en torno a la defensa de los Derechos de los Consumidores. El artículo 3 del Reglamento de Trámite de Quejas de la Defensoría de Pueblo, establece al Defensor del Pueblo la facultad de conocer y resolver las quejas que presente cualquier ciudadano ecuatoriano o persona natural extranjera, que resida o esté de paso en el país en uso de visa legalmente concedida, y las personas jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas en el Ecuador, que se consideren afectados por la violación o inobservancia de los derechos fundamentales del

⁹² Defensoría del Pueblo del Ecuador, Página Web Oficial de la Defensoría del Pueblo, http://www.defensordelpueblo.gov.ec/dpe/index.php?option=com_content&view=article&id=53:queesla-defensoriadelpueblodeecuador&catid=43:catgeneral&Itemid=27, 12 de octubre del 2010.

consumidor o usuario, establecidos en la Constitución Política, las leyes de la República o garantizados por los convenios o tratados internacionales ratificados por el Ecuador.

Ahora, al hablar de conocer, la ley habla únicamente de un mediador, que si bien admite o niega a trámite la queja, y la conoce, únicamente está en la capacidad de convocar a las partes a una conciliación y exposición de motivos. En el caso de que no encuentre acuerdo entre las partes, está obligado a emitir una resolución motivada desechando o acogiendo total o parcialmente la queja, si la acogiere, determinará con precisión las infracciones cometidas y los nombres de las personas responsables y emitirá censura pública, La resolución será notificada a los interesados, pero éstos podrán apelar de aquélla en el término improrrogable de ocho días ante el Defensor del Pueblo, cuando no sea este funcionario el que la hubiere expedido.

El carácter de mediador, se verifica, cuando luego de que la resolución causa ejecutoria, la Defensoría debe solicitar a las autoridades judiciales respectivas, que se inicien las acciones civiles o penales a las que hubiere lugar, puesto que no tiene capacidad jurisdiccional para imponer sanción alguna.

A pesar de existir resolución administrativa en contra de un proveedor, el juez competente no tiene la obligación de acoger los argumentos expuestos de la Defensoría.⁹³ Del análisis anterior, se concluye que la autoridad administrativa competente (Defensoría del Pueblo) no cuenta con facultades suficientes para hacer una efectiva vigilancia y control de los proveedores. No tiene capacidad de practicar pruebas más allá de las aportadas, ni tampoco puede sancionar las conductas violatorias. La función principal de la Defensoría del Pueblo se limita a promover los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y de practicar audiencias de conciliación, pues se trata de un defensor, no de un juez.

El procedimiento establecido en el Reglamento de Trámite de Quejas de la Defensoría de Pueblo establece que: Las quejas, o reclamos, podrán ser presentados de manera verbal o escrita⁹⁴.

⁹³ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor del Ecuador, inciso 3, Artículo 83 “El informe emitido por la Defensoría del Pueblo será apreciado por el juez de acuerdo a su sana crítica.”

⁹⁴ Reglamento de Trámite de Quejas de la Defensoría de Pueblo, artículo 5, “en el caso de ser verbal, el Director Nacional de Defensa del Consumidor o el funcionario que lo subrogue, dispondrá que, por

Para que la queja sea admitida a trámite debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a. Los nombres y apellidos del denunciante o reclamante y de la persona o la entidad contra la cual se formula la denuncia o reclamo; en el caso de que aquél actúe en representación de una comunidad, colectividad o grupo de personas, acompañará la constancia escrita de su delegación para este efecto;
- b. Las circunstancias en las cuales se produjo la violación o inobservancia de un derecho cuya tutela se reclama; el lugar, la fecha y la autoridad o persona o empresa particular responsable;
- c. El domicilio del denunciante o reclamante y el de la persona natural o jurídica presuntamente responsable de la violación de los derechos del consumidor o inobservancia de la ley;
- d. La medida reparatoria que se pretenda; y,
- e. Las pruebas documentales o testimoniales que fundamenten la queja.

En el caso de que la queja, no sea admitida a trámite se puede solicitar de oficio que se complete, y en el caso de que definitivamente sea inadmitida, se podrá apelar al Defensor del Pueblo, en el plazo de 8 días.

La competencia para iniciar con la investigación de la queja, se divide de acuerdo al alcance de la misma, es decir según sea de carácter nacional, o provincial. En el primer caso, la encargada de la investigación es la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor, y en el segundo, el Comisionado respectivo, la realiza en su jurisdicción.⁹⁵

De oficio o a petición de parte, se podrá convocar a audiencia pública, en la cual las partes involucradas, formulen sus alegaciones. De esta audiencia, y de las deliberaciones y resoluciones se dejará constancia resumida en acta escrita por el funcionario que haya realizado la audiencia y por el funcionario de la Defensoría designado como secretario.⁹⁶

Secretaría, se la reduzca a escrito, con observancia de los requisitos establecidos en la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo y en este Reglamento.”

⁹⁵ Reglamento de Trámite de Quejas de la Defensoría de Pueblo, artículo 8

⁹⁶ Loc. Cit, artículo 9

Una vez terminada la investigación, y en caso de que no se haya llegado a una solución de común acuerdo entre las partes, el funcionario respectivo, emitirá una resolución motivada sobre la queja. Esta resolución deberá ser notificada a los interesados, de la cual también se podrá apelar, en el término de ocho días.

Resuelta la apelación, si la hubiere, se podrán solicitar las acciones civiles o penales a las que hubiere lugar.

Lo que indudablemente deja ver, que el usuario o consumidor, debe acudir con la resolución motivada a la Defensoría del Pueblo para la sanción o decisión de su pretensión jurídica, ante el órgano administrativo o judicial competente.

4.1.1 Acciones en contra del Ilícito Publicitario.

“Los ilícitos publicitarios perpetrados en el Ecuador, dan lugar a las acciones de cesación y rectificación de la publicidad engañosa o abusiva en perjuicio de los usuarios y consumidores que son los destinatarios de la misma.”⁹⁷

La acción de cesación, según Dolceta, es un procedimiento encaminado a obligar a un individuo (en general será un vendedor) a poner fin a un comportamiento que atente contra la protección de los consumidores o que esté prohibido por la ley. Su objetivo es neutralizar a las empresas que desarrollan actividades ilícitas y que por lo tanto atentan contra los intereses colectivos de los consumidores.

La acción de cesación va encaminada a ordenar el cese o prohibir, cualquier conducta o comportamiento contrario a la ley; adoptar las medidas necesarias para eliminar los efectos de la infracción; y multar a quien haya infringido si no ejecuta la decisión. La acción de cesación naturalmente, se puede solicitar en materia de publicidad engañosa.⁹⁸

Como hemos visto, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de nuestro país, considera dentro de las acciones, la acción de cesación y la de rectificación.

⁹⁷ CEVALLOS, Víctor, Loc. Cit, pp. 257.

⁹⁸ ¿Qué es una acción de cesación?, Dolceta ONLINE CONSUMER, <http://www.dolceta.eu/espana/Mod1/spip.php?article107>, 11 de Octubre del 2010.

Repasemos nuevamente lo que dispone el artículo 72 de la referida Ley sobre la acción de cesación: **Cuando un mensaje publicitario sea engañoso o abusivo, la autoridad competente dispondrá la suspensión de la difusión publicitaria, y además ordenará la difusión de la rectificación de su contenido, a costa del anunciante, por los mismos medios, espacios y horarios. La difusión de la rectificación no será menor al treinta por ciento (30%) de la difusión del mensaje sancionado.** Tal y como establece la norma, mediante la cesación se pretende eliminar una determinada actividad publicitaria y a través de la rectificación se pretende modificar una determinada actividad publicitaria en aquellos aspectos concretos de carácter ilícito.

La simple prohibición de continuar difundiendo una publicidad engañosa, es una medida necesaria pero insuficiente, sin la acción de rectificación, ya que los consumidores seguirán dando crédito al engaño que caracterizaba la anterior publicidad. Se trata entonces de evitar que perduren de los efectos de la publicidad engañosa, mediante el ejercicio de la acción de rectificación.

La publicidad correctora, es conocida en el derecho anglosajón como "corrective advertising", es aquella publicidad cuya finalidad estriba en la rectificación de las impresiones que suscitó entre los consumidores una actividad publicitaria anterior de carácter engañoso, pues es necesario evitar la persistencia de los efectos de una publicidad engañosa.

Se justifica además, por cuanto la nueva publicidad se encadena al recuerdo de aquella publicidad anterior calificada como engañosa, de tal manera que la nueva actividad publicitaria se considere falaz aun, cuando no sea de por sí engañosa. Para evitar esa comunicación en el tiempo, y mantener el carácter de lícita para la publicidad futura, es necesaria la publicidad correctora.

La rectificación publicitaria se plantea en un doble sentido: de una parte, no puede suponer una humillación injustificada del anunciante que corrige y, por la otra, al realizar la corrección, el mismo anunciante que realizó la conducta engañosa, asume el riesgo de que la rectificación sea meramente formal y no cumpla de modo efectivo su función. Para ello es necesario atender a las circunstancias de cada caso en

concreto, teniendo en cuenta principalmente si el mensaje publicitario de corrección cumple o no su función.⁹⁹

El Reglamento de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, establece la forma en la cual deberá ejecutarse el recurso de rectificación publicitaria, y establece: El Art. 60 que: "...durante la transmisión o publicación de la nueva propaganda deberá constar claramente la siguiente advertencia: "mensaje publicitario rectificado a petición de autoridad competente". Cuando se trate de publicidad audiovisual, la advertencia deberá mostrarse en la parte inferior de la pantalla durante la totalidad del tiempo en que se la transmite. Si el anuncio es de audio el aviso precederá al mensaje rectificado y, si es una propaganda por escrito, deberá ser de al menos el 15% del espacio total de la superficie."

Como bien cita, Jaeckel, es necesario que la rectificación del mensaje, cumpla la función para la cual fue creada, es decir, que efectivamente rectifique, modifique y transmita un mensaje libre de engaños para el consumidor.

En síntesis, podemos decir que la finalidad del recurso de cesación es cualquier infracción que atente contra los intereses colectivos de los consumidores.

El problema se plantea, en que luego del análisis realizado, podemos ver que la Defensoría de Pueblo, no es el órgano competente, para ejecutar, sino sólo para conocer y mediar sobre las acciones solicitadas contra el proveedor, que incurra en este tipo de infracción. Y como veremos más adelante, no existe tampoco, una cultura de autocontrol, que permita que este tipo de acciones así como el real y efectivo cumplimiento de las disposiciones legales contra las Infracciones publicitarias.

4.2 Procedimiento Jurisdiccional

Entendemos que en los ilícitos por la relación de consumo, lo que se busca por parte del consumidor individual no es en este caso el cese de la publicidad engañosa, si no en lo fundamental, la reparación de los daños que la misma puede haber causado, a diferencia de lo que buscan las asociaciones de consumidores que es efectivamente el cese de dicha publicidad.

⁹⁹ JAECKEL K. JORGE, "*La publicidad comparativa frente a la competencia desleal*". Tesis de grado para optar al título de abogado. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1992.

Una vez agotada la vía administrativa, es necesario, acudir al órgano jurisdiccional competente, para hacer efectiva las sanciones previstas en la norma.

Son competentes para conocer y resolver sobre las infracciones a las normas de protección al consumidor, en primera instancia, el Juez de Contravenciones de la respectiva jurisdicción, y, en caso de apelación, el Juez de lo Penal de la respectiva jurisdicción.

En la actualidad no se han reglamentado ni puesto en marcha los juzgados de contravenciones, por lo tanto son competentes los Intendentes y Subintendentes de Policía y los Comisarios Nacionales para conocer y juzgar las infracciones a las normas de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

El procedimiento se inicia mediante denuncia, acusación particular o excitativa fiscal, y se adelanta mediante un proceso oral, en audiencia pública en que se deben presentar las pruebas de cada una de las partes. En caso de que fuese necesario, el juez puede requerir peritazgos o informes técnicos para resolver de fondo el asunto.

De la sentencia que dicte el juez de contravenciones se podrá interponer el recurso de apelación que debe ser resuelto por el respectivo juez de lo penal. La sentencia que dicte el juez de lo penal causa ejecutoria. Si ésta es favorable al consumidor, va implícita la obligación del sentenciado de pagar daños y perjuicios al afectado, costas y honorarios.

En caso de que no exista un perjudicado determinable, la ley concede acción popular para denunciar las infracciones de carácter impersonal.

4.3 Asociación de Consumidores y control Social.

Un aspecto muy importante, y que de hecho, ha permitido la evolución de ciertas legislaciones sobre Infracciones Publicitarias, como la Española, ha sido precisamente, la conciencia cultural sobre el autocontrol.

La efectividad de este tipo de regulación, en materia de publicidad, es un mecanismo completamente viable y expedito, para el efectivo ejercicio de los derechos de los consumidores.

Nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, establece como uno de los derechos de los consumidores los siguientes: "Derecho a recibir el auspicio del Estado para la

constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, cuyo criterio será consultado al momento de elaborar o reformar una norma jurídica o disposición que afecte al consumidor; y, Derecho a acceder a mecanismos efectivos para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a la adecuada prevención sanción y oportuna reparación de su lesión.”¹⁰⁰

La misma ley, define a las Asociaciones de Consumidores, como: “Toda organización constituida por personas naturales o jurídicas, independientes de todo interés económico, comercial, religioso o político, cuyo objeto sea garantizar y procurar la protección y la defensa de los derechos e intereses de los consumidores; así como promover la información, educación, representación y el respeto de los mismos.”¹⁰¹

Dentro de los objetivos que deben perseguir las Asociaciones de Consumidores, establecidos en el artículo 63 de la referida ley, podemos ver que algunos de ellos, interesan a las funciones de representación y soporte en la defensa de los derechos de los consumidores. Así , prescribe lo siguiente: Representar los intereses individuales o colectivos de los consumidores ante las autoridades judiciales o administrativas; así como, ante los proveedores, mediante el ejercicio de acciones, recursos, trámites o gestiones a que esta Ley se refiere, cuando esto sea solicitado expresamente por los consumidores; Promover la organización de los consumidores con sentido solidario para proteger sus derechos; Denunciar la práctica o manejo que atente contra los derechos del consumidor consagrados en la presente Ley; Prestar la debida colaboración a las autoridades que requieran de su contingente para la investigación de las infracciones establecidas en la presente Ley.

Lamentablemente, dentro de nuestro país, esta actividad es muy limitada o nula. “La posición de los consumidores en el Ecuador es de desequilibrio respecto a la de los proveedores. La sociedad está organizada desde la perspectiva de la oferta –proveedores privados o públicos –, lo cual obstaculiza la aplicación de los derechos de los consumidores. La información sobre las características de los bienes y servicios es muy limitada por la propia naturaleza de la relación consumidores-proveedores. Mientras quien produce, distribuye o comercializa conoce cabalmente el bien o servicio, el comprador solamente puede acceder a este conocimiento a través de los datos que se le entrega. El tratamiento insuficiente de los

¹⁰⁰ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor del Ecuador , Artículo 4, numeral 9 y 10.

¹⁰¹ Loc, cit, artículo 61

derechos de los consumidores ha agravado las condiciones de vida en que viven millones de ecuatorianos, especialmente aquellos que se encuentran en situación de pobreza. Las consecuencias de un consumo inadecuado incluyen impactos sobre la salud, la nutrición y la economía familiar.”¹⁰²

Las acciones previstas en la norma, especialmente en lo que se refiere a las acciones de cesación y rectificación, que pretenden el bienestar colectivo de los consumidores, deben ser impulsadas, precisamente por este tipo de organizaciones.

De igual manera en lo que corresponde al autocontrol, las Asociaciones de Consumidores, de Proveedores, y Asociaciones de Agencias de Publicidad, son los organismos encargados, de crear los mecanismos extrajudiciales necesarios para la creación de un efectivo control de la Publicidad Engañosa, en pro de un mercado de competencia leal.

Al respecto, el Código de Conducta publicitaria de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad Española, establece como objetivo principal “el contribuir a que la publicidad constituya un instrumento particularmente útil en el proceso económico, velando por el respeto a la ética publicitaria y a los derechos de los destinatarios de la publicidad, con exclusión de la defensa de intereses profesionales.”¹⁰³ Además de una organización adecuada, los instrumentos jurídicos de autorregulación, como lo son los códigos de Ética y reglamentos para la aplicación de sanciones.

El Código de Ética y Autorregulación Publicitaria del Ecuador, se elaboró por la Asociación Ecuatoriana de Agencias de Publicidad, la Asociación Ecuatoriana de Canales de Televisión, la Asociación Ecuatoriana de Radiodifusión y la Asociación Ecuatoriana de anunciantes, plantea como principios generales de la publicidad, el respeto a la dignidad de las personas, su intimidad, núcleo familiar, interés social, autoridades constituidas, instituciones y símbolos nacionales, no discriminación racial, honestidad, moralidad y veracidad.

La responsabilidad sobre la observancia del Código de Ética, corresponde al anunciante, a la agencia de publicidad y al medio de comunicación. El anunciante asume la responsabilidad

¹⁰² Documento Oficial de la Comunidad Andina, sobre el Sistema de Protección Del Consumidor Ecuador, “Estado de situación de los consumidores en Ecuador (FODA)”, 2009, <http://www.consumidoresandinos.com/documentos/campanas/foda/fodaecuador.pdf>, 10 de Octubre del 2010.

¹⁰³ Código Conducta Publicitaria de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad de España, Artículo 2, numeral 1.

total. La agencia de publicidad se solidariza con el anunciante en el cumplimiento de los preceptos del Código de Ética. Los medios de comunicación deben tomar las precauciones necesarias para aceptar el mensaje y presentarlo al público.¹⁰⁴

En el 2000, cuando se aprobó la ley vigente, hubo iniciativas para crear asociaciones de consumidores en varios lugares del país. Inclusive, por iniciativa de la Defensoría del Pueblo se crearon asociaciones en la mayoría de provincias del Ecuador. Actualmente, la actividad de estas organizaciones es limitada o inexistente.

La Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios, persona jurídica sin fines de lucro, que bajo la modalidad de fundación obtuvo su personería jurídica en 1997, conforme a los requisitos de la Ley de Defensa del Consumidor de 1990. Tiene como propósito educar, informar y defender los derechos de los consumidores y usuarios. Lo hace desde una perspectiva democrática, equitativa y sostenible. La Tribuna es miembro pleno de Consumers International desde 1997.

La Misión de la organización es visibilizar y posicionar la problemática de los consumidores en la agenda pública, para mejorar la calidad de vida de la población. Realiza sus actividades en cuatro áreas: Legal, Comunicación, Capacitación y Organización y Educación. Desarrolla ejes temáticos, como consumo sustentable, salud, seguridad alimentaria, nutrición, legislación, normalización, calidad, entre otras. Página web con hoja electrónica de recepción de quejas y Asesoría telefónica personalizada a consumidores respecto a quejas por incumplimiento de la Ley.

La Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios ha desarrollado un mecanismo extrajudicial para atender las quejas de los consumidores, conforme a las atribuciones entregadas a las asociaciones de consumidores por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en su Capítulo XI. Sin embargo, de los resultados de la interposición de buenos oficios en representación de los consumidores frente a los proveedores, se ha podido determinar que es insuficiente por razones de cobertura y alcance. Solamente se atiende en Quito y los acuerdos que se consiguen, consisten simplemente en la reparación del hecho contrario a los intereses del consumidor.

¹⁰⁴ CEVALLOS, Víctor, Loc, cit, pp. 256

Según datos estadísticos, durante el año 2002, la Asesoría Legal de la Tribuna del Consumidor en Quito, recibió 1400 quejas o reclamos de los que se resolvió satisfactoriamente el 85.6 por ciento. Estas cifras dan cuenta del uso creciente del derecho al reclamo por parte de los consumidores.

Entre los porcentajes más significativos del motivo de queja, el 14 por ciento de las denuncias se refieren a servicios públicos domiciliarios: luz, agua y principalmente telefonía; el 17 por ciento a calidad de productos y servicios, 10 por ciento a incumplimiento de contrato y 7 por ciento a servicios bancarios.¹⁰⁵

Si bien la gestión de la Tribuna del Consumidor, es importante, debemos tomar en cuenta, que su alcance, no es nacional, y que naturalmente, en materia de Publicidad Engañosa, no se ha avanzado mucho. En primer lugar, porque no hay un mecanismo efectivo, ni la cooperación entre los sectores involucrados, que permita el correcto desarrollo del autocontrol. Y en segundo lugar, porque nuestra normativa nos limita en este sentido, y es urgente y necesaria una reforma, para que organismos como la Tribuna del Consumidor, puedan de acuerdo a la ley, prever acuerdos efectivos para el control de la publicidad.

Un nuevo organismo que promueve la no vulneración de los derechos del consumidor, fue creado mediante Acuerdo Ministerial No. 09 247, en el cual se cambia la denominación y funciones de La Dirección de Innovación Tecnológica de la Subsecretaría de Innovación Tecnológica establecida en el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del Ministerio de Industrias y Competitividad (hoy Ministerio de Industrias y Productividad) y pasa a denominarse Dirección de Defensa del Consumidor.

Éste organismo, se encarga de promover los derechos de los consumidores, mediante programas de capacitación y difusión, así como el fortalecimiento de las relaciones con instancias nacionales o internacionales de consumidores.

En lo que corresponde a Defensa del Consumidor, tiene las siguientes funciones:

- Promoción y protección de los derechos de los consumidores.
- Fomentar una cultura de consumo inteligente.

¹⁰⁵ **Acciones de defensa y exigibilidad** (Estadísticas -tipos y resultados- de las gestiones relacionadas con las quejas y denuncias recibidas), <http://www.tribunadelconsumidor.org.ec/>, 12 de Octubre del 2010

La dirección de Defensa del Consumidor (DIDECO), ofrece la información necesaria para detectar y evitar que se vulneren los derechos de los consumidores, ofrece capacitación, información y consultas, pero no resuelve disputas individuales y tampoco posee facultad alguna, para imponer sanciones en lo que corresponde a Infracciones publicitarias.

CAPÍTULO V

5. Propuesta de Reformas Legales para el control de la publicidad en los medios.

Como hemos visto a lo largo del presente trabajo, existen posibles reformas y correcciones a proponerse en torno a la tipificación, sanción y control de las Infracciones Publicitarias. En el presente capítulo, se analizará cada una de ellas, de acuerdo al cuerpo normativo, y al ámbito de acción.

5.1 Reformas a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor

5.1.1 *Definiciones*

Las definiciones juegan un papel muy importante en el entendimiento y aplicación de una ley. En torno a las Infracciones Publicitarias, y a las regulaciones concernientes a Publicidad, las definiciones tienen relevancia para la aplicación de las normas de publicidad, puesto que en muchos casos no es posible sancionar a un infractor por imprecisión de la norma en cuanto al sujeto activo, o en aquellos casos, en los que no existe una delimitación clara, de los elementos de un mensaje publicitario, lo cual hace difusa su aplicación.

Considerando, los elementos de la actividad publicitaria, e iniciando por el sujeto activo, encontramos que nuestra Ley, de manera muy acertada, da un concepto de anunciante: “Aquel proveedor de bienes o de servicios que ha encargado la difusión pública de un mensaje publicitario o de cualquier tipo de información referida a sus productos o servicios.”

En lo que respecta a la definición de consumidor, en publicidad, entendemos por consumidor, el destinatario final, o el sujeto a quien va dirigido el anuncio publicitario.

El artículo 2 de la Ley, si bien hace referencia, al consumidor, como la persona a la cual se oferta el bien o el servicio, es necesario que contenga, la especificación en lo que respecta a publicidad, es decir que establezca, que se considera consumidor, a toda aquella persona, **no únicamente a la cual el mensaje va dirigido, sino también a toda persona a la que el mensaje alcance.**

Esto en razón de que muchas veces un mensaje publicitario, puede estar dirigido a un grupo en específico, pero puede omitir, derechos protegidos, para grupos vulnerables, o de protección específica determinada en la norma, como es el caso de la publicidad de los niños.

Sobre ciertas imprecisiones que pueden darse en lo que respecta al mensaje publicitarios, la ley afirma que la información básica comercial “consiste en los datos, instructivos, antecedentes, indicaciones o contraindicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al consumidor, al momento de efectuar la oferta del bien o prestación del servicio”. Debe diferenciarse información de publicidad, en cuanto la primera hace referencia exclusiva a las propiedades, uso, precauciones y todo lo inherente al bien o servicio, y tiene como finalidad prevenir al consumidor para su buen manejo, mientras que la segunda utiliza cualquier medio lícito para influenciar o inducir al consumidor a adquirir un bien o servicio que ellos proveen.

La información en materia de protección al consumidor la podríamos definir como los elementos no necesariamente publicitarios que se dan a conocer al consumidor relativos al producto tales como sus características, propiedades, forma de uso y mantenimiento, precauciones y riesgos en su manipulación, necesarios para que el consumidor pueda tomar una decisión de consumo de acuerdo a sus necesidades, y pueda utilizar el bien adecuadamente por el tiempo de su vida útil.

A decir de Alejandro Giraldo, uno de los fines principales del derecho del consumo es restablecer la asimetría que existe consumidor y empresario; este equilibrio sólo se logra cuando el consumidor tiene toda la información del producto disponible, y puede elegir libremente su relación de consumo.¹⁰⁶ Es por ello, que la información comercial, nunca podrá mezclarse o ser objeto de deformaciones publicitarias.

El Artículo 6 de la Ley, al establecer lo que se entiende por publicidad prohibida, se refiere a: todas las formas de publicidad engañosa o abusiva, o que induzcan a error en la elección del bien o servicio que puedan afectar los intereses y derechos del consumidor.

¹⁰⁶ GIRALDO, Alejandro, El Estado de Situación de la Protección al Consumidor, en el ámbito Nacional y Comunitario: Una propuesta de decisión 1989-2002, Obra suministrada por: VII Programa de Pasantías CAN - BID / INTAL, Colombia, 2002.

El artículo antes mencionado podría ser completado, señalando de manera genérica, los elementos que podrían ser objeto de engaño. Así tenemos, las características de los bienes o servicios, tales como: Origen y procedencia geográfica o comercial, la naturaleza, composición, destino, disponibilidad, novedad, calidad, cantidad, categoría, especificaciones, modo de fabricación. Al hablar de las consecuencias que se pueden derivar del uso, consumo o prestación, se debe citar también, resultados que pueden esperarse de su utilización, nocividad o peligrosidad, condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización a entrega de los bienes o de la prestación de los servicios, oferta, cualificaciones del anunciante, especialmente en identidad, premios o distinciones recibidas y servicios post-venta.

5.1.2 Promociones y garantías en la publicidad

Para otorgar seguridad jurídica a aquellas promociones, y garantías que se ofrecen generalmente en la publicidad para la prestación de un servicio, pero que no constan en la contratación del mismo, tomando como referencia la disposición del artículo 148 del Código de Comercio Ecuatoriano, se debería incluir una normativa al respecto que diga: ***Las prestaciones propias de cada producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido,***

5.1.3 Infracciones Publicitarias

La ley hace una enumeración taxativa, es decir una tipificación, de cada una de las infracciones publicitarias, que como veremos habla más bien de la posible inducción a error sobre cada una de las características de los bienes o servicios, más que de las posibles conductas del anunciante, que se consideran ilícitas.

Siendo la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la ley especial para la defensa de los consumidores, debe sancionar todas las prácticas publicitarias prohibidas, como la publicidad desleal, la encubierta, la subliminal, y no únicamente la publicidad engañosa y la agresiva.

En primer lugar es necesario establecer una normativa que sancione la publicidad abusiva. En concordancia con la definición establecida en la norma, la infracción debería establecer:

Artículo X.- Comete infracción a la presente Ley, el anunciante que mediante cualquier recurso publicitario, incite a la violencia, explote el miedo, la superstición, se aproveche de la deficiencia de juicio y experiencia del niño, no respete los valores ambientales, o que sea capaz de inducir al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud y seguridad.

Artículo X.- Comete infracción a la presente Ley, el anunciante que mediante cualquier recurso publicitario, favorezca o estimule cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, política, religiosa, status, descripción de roles estereotipados, e impulsando falsos valores.

Es conveniente, de la misma manera, establecer normativa sancionadora, para el caso del ilícito publicitario que se refiere a la publicidad encubierta, o subliminal.

La ley peruana dice al respecto, que los anuncios deberán distinguirse claramente como tales, cualquiera que sea su forma y el medio empleado para su difusión. Cuando un anuncio aparezca en un medio que contenga noticias, opiniones, o material recreativo, se presentará de tal forma que sea reconocible como anuncio.

Así una posible reforma podría ser la siguiente:

Artículo X.- Comete infracción a la presente Ley, el anunciante que, mediante cualquier recurso publicitario, o medio empleado para la difusión, esconda un mensaje o anuncio publicitario, que no sea directamente identificado como tal por el destinatario final de la publicidad.

En lo que corresponde a la publicidad comparativa, y como lo analizamos en el Capítulo I del presente trabajo, nuestra legislación, no la considera ilícito, pero tampoco la regula. Precisamente la falta de regulación es lo que permite que este tipo de publicidad constituya un ilícito, es por eso que el cuerpo normativo, debe establecer

Ciertos parámetros específicos, para que este tipo de práctica se desarrolle de una manera adecuada.

Una reforma en la norma debe contener los presupuestos que debe cumplir este tipo de publicidad:

Artículo X: Se entiende por publicidad comparativa, aquella que alude ya sea de manera explícita o implícita, a un competidor o a los bienes o servicios que éste comercializa.

La publicidad comparativa, será permitida, cumplimiento los siguientes requisitos:

- a) Los bienes o servicios comparados, objeto de la publicidad, deben tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades.
- b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio.¹⁰⁷
- c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación.
- d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.
- e) No podrá sacarse una ventaja indebida de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, ni de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas, denominaciones específicas o especialidades tradicionales garantizadas que amparen productos competidores. Tampoco podrá sacarse una ventaja indebida, en su caso, del método de producción ecológica de los productos competidores.

5.1.4 Mecanismos de Control

Luego de analizar las posibles reformas, en lo que corresponde a las normas sustantivas, es necesario ahora proponer los mecanismos que permiten que aquellas, sean realmente efectivas.

¹⁰⁷ Ley General de publicidad Española

Del análisis realizado en el capítulo IV del presente trabajo, sabemos que el organismo de control encargado del control de la publicidad, es la Defensoría del Pueblo, sin embargo, de las funciones que le han sido otorgadas a este organismo, se desprende que no existe un efectivo control, en primer lugar, porque este organismo es juez y parte en el caso de la presentación de una queja. Y en segundo lugar, porque no tiene atribuciones para imponer multas ni aplicar sanciones, es decir es un mediador.

Cevallos Vásquez, en su obra “Libre Competencia, Derecho de Consumo y Contratos”, cita el procedimiento que la Ley de Consumidor anterior, preveía para el control de la publicidad. Este control, estaba a cargo de un Comité Especial, conformado por autoridades del Ejecutivo, y otros que representaban a ciertas asociaciones, de Radiodifusoras, Agencias de Publicidad, Canales de Televisión y Periódicos.

Los integrantes del Comité, duraban dos años en el ejercicio de sus funciones. El quórum de instalación se cumplía con la asistencia de por lo menos tres miembros, del mismo modo que el decisorio. Las sesiones debían efectuarse, ordinariamente el último día hábil de cada mes, y extraordinariamente, por convocatoria del Presidente del Comité o a petición de sus miembros.¹⁰⁸

Sobre el funcionamiento del comité y las respectivas competencias ante la formulación de una Infracción Publicitaria, los afectados por la publicidad podían acudir ante el Comité Especial de la Publicidad y solicitar la cesación o rectificación de la misma, el Comité por su parte, previamente a la suspensión de la publicidad ilícita, debía notificar al responsable de la transgresión de la Ley, para que dentro del término de cuatro días presente los descargos que estime pertinentes. Si no le satisfacían las explicaciones al comité o en rebeldía del anunciante, se concedía tres días para la modificación de la publicidad en las alegaciones publicitarias que a juicio del Comité sean ilegales. Finalmente, en caso de negativa de la disposición última del Comité, podía éste ordenar la suspensión o la cesación definitiva de la publicidad cuestionada.¹⁰⁹

¹⁰⁸ CEVALLOS VÁSQUEZ, Loc. Cit. pp. 253

¹⁰⁹ Ley de Defensa del Consumidor Registro Oficial No. 520 del 12 de septiembre de 1990, artículo 18 “El Comité Especial indicado en el Art. 16, podrá disponer la suspensión de cualquier publicidad que contraviniera lo dispuesto en esta Ley, sin perjuicio de las otras acciones legales pertinentes.” Derogado

En la práctica, no se conoce que el comité mencionado, se haya reunido, ni hay registro de que hubiera cumplido su función, pero si lo vemos desde el lado, netamente teórico, la idea no es mala. Es algo similar al mecanismo que ha establecido Colombia para el juzgamiento de las violaciones a los derechos del Consumidor, en lo que se refiere a Publicidad. De hecho, si estuviera en funcionamiento real, tal vez tendríamos la oportunidad de reclamar de una manera efectiva y mucho más expedita, los abusos publicitarios en el Ecuador.

En nuestra ley vigente, se suprimió el mencionado comité, y las denuncias, deben ser presentadas ante el Defensor del Pueblo y seguir el procedimiento especial explicado anteriormente.

Si bien, la ley a previsto, el procedimiento ante la Defensoría del Pueblo, y el procedimiento jurisdiccional, éstos son procedimientos extensos, que pueden dar soluciones, pero cuando el daño ya ha alcanzado y vulnerado a una gran cantidad de consumidores, como es el caso de la publicidad televisiva, de los productos milagrosos.

Considero necesario el establecimiento de un organismo específico para el control de la Publicidad, que bien puede conformarse por un Comité Especial, compuesto por los principales representantes de los sujetos de la publicidad y autoridades estatales.

De acuerdo a la organización funcional actual del Estado, con el presente Gobierno, los miembros del Comité en lo que corresponde a las autoridades Estatales, serían: El Director de la Dirección de Defensa del Consumidor (DIDECO) como delegado del Ministerio de Industrias y Productividad, un delegado de la Secretaría Nacional de Comunicación (SECOM), y un delegado del Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

Por otra parte, desde julio del 2009, el Ministerio de Industrias y Productividad, creó la “Subsecretaria de la Competencia y Defensa de Consumidor”, la misma, que tiene entre sus objetivos principales, la promoción, difusión, investigación y sanción en materia de competencia, controlar la aplicación de la normativa vigente sobre protección a consumidores de productos industriales, definir políticas de promoción, difusión y mecanismos de protección a consumidores de productos industriales y la ejecución de lo dispuesto en el Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Éste organismo posee la facultad de sancionar, las prácticas previstas como anticompetitivas, y dentro de estas prácticas encontramos ciertos tipos de ilícitos publicitarios.

La relación existente entre la competencia y publicidad es muy estrecha, como lo hemos manifestado, adicionando que con miras de ganar más ingresos en el mercado a través de los consumidores, las empresas comienzan a utilizar publicidad agresiva, y con ella muchas veces se efectúan actividades prohibidas en el ámbito regulatorio del Derecho de la Competencia, tales como la publicidad comparativa, inobservando las reglas que para ésta se establezcan.

Desde el ámbito de los derechos del consumidor, una de las razones por las que es prohibida la publicidad en actividades que signifique competencia desleal, es evitar confundir al consumidor en la información que pueda percibir y que devenga en la compra de un bien o servicio por equivocación o por atención a falsas informaciones.

Cada vez es más usual conjugar el ámbito de la publicidad engañosa con la competencia desleal del Derecho de la Competencia, en cuya interrelación se mezcla el daño que puede sufrir una persona dentro del giro de su negocio y del mercado de oferta de bienes y servicios; y, por otra parte, el consumidor como potencial o real comprador. De allí que es pertinente mencionar lo expuesto por el tratadista E. Wieler, referido por el autor De La Cuesta Rute, que dice: “[...] 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”.¹¹⁰

En el campo de la competencia entre proveedores suelen darse prácticas desleales entre ellos, que también constituyen la conformación de publicidad engañosa, pues en algunos casos se trata de mentiras imputadas a los competidores o a las características de su bienes o servicios que a la larga perjudican al consumidor, quien se puede ver engañado por la publicidad engañosa y comparativa de los proveedores.

¹¹⁰ José María De La Cuesta Rute, *Régimen Jurídico de la Publicidad*, Madrid, Ed. Tecnos, 1974, p. 16.

Siendo así, y considerando que como parte de la Subsecretaría de la Competencia y Defensa de Consumidor, encontramos a la Dirección de Defensa del Consumidor (DIDECO), esta entidad administrativa, podría ser el órgano específico al que se le otorguen facultades, no sólo para promover y difundir los derechos de los consumidores, sino que podría ser la encargada de velar por la observancia de las disposiciones que regulan la materia, y dar trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten, e imponer, de acuerdo con el procedimiento aplicable, las sanciones que sean pertinentes por violación de las normas sobre protección al consumidor, así como por la inobservancia de las instrucciones impartidas por el organismo.

Para ejercer esta función, la DIDECO debería tener facultades para solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, y todo respaldo que se requiera, practicar visitas de inspección con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales y adoptar las medidas que correspondan.

Es decir poder contar con un órgano de control que tiene facultades administrativas para la suspensión de conductas ilegales y sancionatorias para reprimir a los infractores.

En cualquiera de las dos opciones, el organismo encargado, en materia de publicidad, debe tener la capacidad de ordenar el cese y la difusión correctiva, a costa del anunciante, en condiciones idénticas, cuando un mensaje publicitario contenga información engañosa o que no se adecue a las exigencias previstas en las normas de protección al consumidor.

Los recursos que se puedan imponer a las resoluciones respectivas, deben ser únicamente de carácter devolutivo y no suspensivo, ya que si fuera de esa manera, el procedimiento sería aún más largo que el que tenemos actualmente, y como es natural, ese no es el objetivo.

5.2 Penalización de las Infracciones Publicitarias

Los daños que se producen producto de la oferta o publicidad ilícita, sea cual fuere su manifestación, pueden llegar a dimensiones muy graves, causando la muerte, o la incapacidad parcial o permanente en el consumidor que adquiere y consume el producto, o en su caso, se pueden ver gravemente afectados en su economía.

El contemplar un delito de publicidad ilícita, consiste en una tutela anticipada del bien jurídico individual es un rasgo caracterizador que determina la configuración de los correspondientes bienes jurídicos colectivos, protegidos en orden a justificar la existencia del tipo penal podría radicar, en el sentido de la definición de los intereses difusos, es la amplia capacidad de difusión ofensiva de la conducta. Por otra parte la configuración del tipo como delito de peligro hipotético (dado que la conducta típica consiste en hacer alegaciones falsas o manifestar características inciertas por parte de los fabricantes o comerciantes en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores) que no exige por tanto un peligro concreto, pero sí un peligro potencial o lo que es lo mismo, una peligrosidad concreta de la conducta para el bien jurídico individual complementado, podría venir a suavizar en parte la ausencia de una carga de legitimidad suficiente que justifique el tipo penal.”¹¹¹

La penalización de las infracciones publicitarias, ha sido contemplada en algunas legislaciones, entre ellas tenemos:

Francia, 1963, Ley de Royer, artículo 44: «está prohibida toda publicidad hecha con mala fe que consista en alegaciones falsas o que induzcan a error cuando las alegaciones sean precisas y se refieran a alguno o algunos de los elementos siguientes: naturaleza, composición, origen, cualidades sustanciales, fecha de fabricación, propiedades de los productos o prestaciones del servicio objeto de la publicidad, motivos para su compra, resultados que pueden ser obtenidos con su utilización, identidad, cualidades o aptitudes del fabricante de los revendedores o de los prestatarios»¹¹²

En España en artículo 282 del C. P., «serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar perjuicio grave y

¹¹¹ CRESPO, Eduardo, “El bien jurídico en el delito publicitario”, Universidad de Castilla, La Mancha, España, 2003.

¹¹² BADENAS, Juan, “La Represión de la Publicidad engañosa”, L. 121 DEL CODIGO DE CONSUMO FRANCÉS ANTECEDENTE DEL ARTÍCULO 282 DEL VIGENTE CÓDIGO PENAL, http://www.consumo-inc.es/Publicac/EC/2002/EC62/Ec62_02.pdf, 10 de Octubre del 2010.

manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de los delitos»

De una manera similar, en Alemania, la Ley que regula la Competencia Desleal, dispone penas de privación de la libertad de hasta un año y/o multa

En la legislación penal peruana, están considerados como delitos contra el consumidor: acaparamiento, alteración del producto, adulteración, publicidad engañosa, atentados contra la reputación industrial y la libertad de precios de remate, concurso y licitación pública, actos de confusión, engaño, denigración, comparación, imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secreto, violación de normas y trato discriminatorio y reproducciones no autorizadas.¹¹³

Nuestra Legislación penal actual, no contempla un delito de publicidad engañosa, propiamente, pero en el capítulo V al tratar de la estafa y otras defraudaciones, determina en su artículo 564 lo siguiente: *“Será reprimido con prisión de un mes a un año y multa de seis a cuarenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América, o con una de estas penas solamente, el que hubiere engañado al comprador:*

Acerca de la identidad de la cosa vendida, entregando fraudulentamente una cosa distinta del objeto determinado sobre el cual ha versado el contrato; y, Acerca de la naturaleza u origen de la cosa vendida, entregando una cosa semejante en apariencia a la que se ha comprado o creído comprar.”

La estafa puede configurarse en artificios o engaños de los proveedores, y uno de ellos puede ser la publicidad engañosa para inducir a error a los usuarios y consumidores.

Si bien el delito de publicidad engañosa, puede ser considerado una medida extrema, sobre la cual existe otro tipo de protección, muchos tratadistas, con los que comparto, consideran que la penalización de las infracciones publicitarias, deben suponer además del engaño al consumidor, la producción de un daño o perjuicio grave.

Una propuesta para la tipificación de este delito, podría establecer de mejor manera lo siguiente: Serán reprimidos con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de mil a tres mil dólares los fabricantes, comerciantes o proveedores que, en la publicidad u oferta de

¹¹³ DIAZ, José, “Delitos de Cuellos Blanco en el contexto de la Legislación Peruana”, Escala, Lima Perú, 2006.

productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de los delitos.

Donde: El Sujeto activo: Los fabricantes, comerciantes y proveedores y las Agencias Publicitarias como cooperadores necesarios¹¹⁴.

El sujeto pasivo: son los consumidores, y todos aquellos a los que este destinada la publicidad y a los que ella alcance.

Objeto material: las ofertas o la publicidad de productos o servicios.

Conducta: Hacer alegaciones falsas o que manifiesten características inciertas sobre los bienes y servicios ofertados.

Delito de Peligro potencial concreto: que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores.

Concurso de delitos: sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos, que pueden ser la estafa y los delitos contra la salud.

5.3 Importancia de la participación social en el control de la publicidad

Desde el ejercicio y desde el análisis de la publicidad, se pone de manifiesto la necesidad de ejercer un control sobre sus mensajes y su difusión. Además de la pertinencia de regular en el ámbito legal todos los aspectos relacionados con el sistema publicitario para asegurar que ésta se realice en las condiciones más convenientes, es necesario tomar en cuenta que uno de los métodos más efectivos para el control de la misma, y que se ha incrementado en los últimos años, es el Autocontrol.

El Autocontrol supone la crítica social a la publicidad como uno de los principales motores de su funcionamiento. Éste se lleva a cabo desde diferentes vías de actuación amparándose en

¹¹⁴ YAVAR, Fernando, "DERECHO PENAL DEL CONSUMIDOR", Análisis Dogmático, http://www.yavar-law.com/catedras/DERECHOPENAL3/DERECHO_PENAL_CONSUMIDOR.ppt, 12 de Octubre del 2010.

los límites legales, sociales y profesionales que permiten ejercer cierta dirección externa de la actividad publicitaria. Dichos límites implican, directa o indirectamente, a los sectores que intervienen en el proceso de creación y difusión de las campañas publicitarias, esto es, anunciantes, agencias y medios de comunicación.

Los aspectos que más preocupan a la hora de aplicar recomendaciones, normas o sanciones son: la libertad de elección del consumidor, la libre competencia entre las empresas, el contenido del mensaje, las formas de expresión utilizada, y los objetivos perseguidos por los anunciantes.¹¹⁵

La participación ciudadana y el movimiento asociacionista son los protagonistas de la difusión de corrientes de opinión y de actuaciones para impedir determinadas prácticas por considerarlas nocivas. Entre sus denuncias se encuentran a menudo casos de campañas que se estiman como verdaderos supuestos de publicidad engañosa o socialmente discriminatoria.

Los publicistas han creado una tercera vía que procura evitar las actuaciones contrarias a las normas, usos y costumbres y exigencias del mercado y los consumidores. Es la respuesta voluntaria de los profesionales dedicados, tanto a la creación como a la difusión de mensajes publicitarios, para autorregular desde dentro casos contrarios a los principios legales, éticos y sociales establecidos.

En nuestro país, es necesario que el Autocontrol de la publicidad crezca y se respete, es una actividad que se debe impulsar, sobretodo, porque ha constituido uno de los métodos más efectivos en ciertos países como España.

A decir del maestro Cevallos Vásquez, en lo tocante a los instrumentos jurídicos de autorregulación, de conformidad con el Código de Ética de la Televisión del Ecuador, artículo 53, el Comité de ética está integrado por tres miembros principales y tres suplentes. En tanto que el Código Ecuatoriano de Ética y Autorregulación Publicitaria, prevé como órgano rector a la Comisión de Ética y Autorregulación Publicitaria.

Es decir, sabemos que en Ecuador existe alguna regulación privada en lo que corresponde a los principales actores de la publicidad, sin embargo ésta no tiene el alcance que debería

¹¹⁵ MEDIA PUBLICIDAD, “Control Social de la Publicidad”, <http://recursos.cnice.mec.es/media/publicidad/bloque9/pag4.html>, 12 de Octubre del 2010.

tener, ni la aceptación y efectividad respectiva, porque sus resultados no son visibles o al menos notorios.

La responsabilidad de cumplimiento y observancia del Código de Ética, corresponde al anunciante, a la agencia de publicidad y el medio de comunicación, el anunciante asume la responsabilidad total. La agencia de publicidad se solidariza con el anunciante en el cumplimiento de los preceptos del Código de Ética. Los medios de comunicación deben tomar las precauciones necesarias para aceptar el mensaje y presentarlo al público.¹¹⁶

Una forma correcta para estructurar, definir y poner en funcionamiento un organismo de autocontrol, es el modelo español, del cual he tomado sus partes esenciales, para ejemplificar la organización básica de un organismo de autocontrol.

Primero: Para el Autocontrol de la Publicidad la asociación debe ser sin ánimo de lucro.

Segundo: La función de la que se encarga es la de gestionar el sistema de autorregulación publicitario ecuatoriano, tramitar las reclamaciones contra todo tipo de publicidad presentadas por los consumidores, sus asociaciones o de unas empresas contra otras. Además el organismo de Autocontrol elabora códigos deontológicos sobre la publicidad y debe tener un Jurado de la Publicidad que se pronuncia sobre los asuntos que se le presentan. También debe asesorar sobre la corrección ética y legal de las campañas antes de su emisión.

Tercero: Son socios de Autocontrol los principales anunciantes (empresas que hacen publicidad), las agencias de publicidad (las que diseñan y producen la publicidad que vemos y oímos) y los medios de comunicación (los que divulgan la publicidad).

Si bien la reforma que debe darse en el caso de autocontrol de la publicidad, no consiste únicamente en modificar los textos y códigos de ética, sino en fortalecer, impulsar e incentivar el efectivo funcionamiento del autocontrol, creo conveniente, que al haberse elaborado el código en 1982, es necesario que se refuercen y adecúen ciertos temas, para que la regulación este más acorde a la realidad del país.

Entre los temas tenemos:

¹¹⁶ CEVALLOS VÁSQUEZ, Loc, cit, pp. 257

1. Ámbito de Aplicación y Objeto
2. Objeto y fines de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad.
3. Obligaciones de los asociados.
4. El Comité de Ética: Composición, conflicto de intereses y atribuciones.
5. El Comité de Ética: Actuación en Pleno y por Secciones. Recursos
6. Procedimiento.
7. Eficacia de las resoluciones.
8. Normas Subsidiarias al Código
9. Sanciones

En lo que corresponde a las normas deontológicas debe establecer:

1. Principios Básicos
2. Prácticas peligrosas y seguridad.
3. Publicidad discriminatoria.
4. Respeto al medio ambiente.
5. Autenticidad
6. Exigencia de Veracidad
7. Normas sobre determinadas técnicas y formas publicitarias
 - 7.1 Garantías
 - 7.2 Disponibilidad de Productos
 - 7.3 Datos Técnicos
 - 7.4 Testimonios
 - 7.5 Comparaciones
 - 7.6 Promociones
 - 7.7 Campañas con causa social
8. Protección de los Niños y Adolescentes
9. Protección de la Salud.

El Ministerio de Industrias y Productividad, mediante la Subsecretaría de Competitividad y Defensa del Consumidor, debe impulsar la actividad de estas asociaciones, mediante campañas, con grupos afines, con la colaboración de otras instituciones públicas ofertar beneficios a los socios que se afilien a este tipo de organizaciones. A su vez promover junto con las asociaciones, los derechos de los consumidores y sus obligaciones, así como los

derechos de los proveedores, sus obligaciones, el control previo y la facultad de consulta que les asiste en caso de pertenecer a este tipo de asociaciones.

Por su parte, la Defensoría del Pueblo, debe destinar un mayor presupuesto para la conformación de Asociaciones de Consumidores en el País, y debe elaborar e impulsar una política de consumo inteligente, con el apoyo de diferentes sectores sociales y económicos del país, y así cumplir realmente con una de las funciones más importantes que tiene a su cargo, como lo son los derechos de los consumidores.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- La actividad publicitaria lícita tiene protección constitucional contenida en los derechos a la libertad de empresa, y la libertad de expresión y opinión, no debe restringirse su derecho de expresión publicitaria, pero si regulársela de mejor manera, para evitar el incremento acelerado de publicidad engañosa en el medio ecuatoriano y el desacierto en el juzgamiento de infracciones relacionadas con la publicidad.
- Como hemos mencionado, la primera disposición transitoria de La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor confiere a los Intendentes, Subintendentes y Comisarios de Policía competencia para conocer y juzgar las infracciones contempladas en la Ley; esto es, hasta que comiencen a funcionar los Juzgados de Contravenciones, especializados en Defensa de los Consumidores; este hecho ha llevado a que autoridades no preparadas en el tema de defensa de los derecho de los consumidores, sean jueces accidentales y en tal condición ejerzan jurisdicción pero en materias en las que no son versados.

El avance en el ejercicio de la Defensa del Consumidor no solamente radica en la existencia de un ordenamiento jurídico pertinente y en una autoridad juzgadora especializada, sino también la casuística que da el desarrollo de la jurisprudencia en la materia. En la actualidad, no existe jurisprudencia enriquecedora en materia de protección al consumidor y peor aún relacionada con publicidad engañosa, pues como se ha mencionado, no existe autoridad juzgadora especializada en el tema; y en tal sentido, hay poco avance respecto a criterios jurídicos que viabilicen una mejor diferenciación entre la publicidad lícita y la publicidad engañosa y abusiva.

La administración de justicia cuenta con escaso presupuesto para posibilitar la conformación de juzgados y órganos jurisdiccionales especializados, como se refleja en el hecho de que no se han creado los juzgados y tribunales distritales de propiedad intelectual; pero esto no deberá ser una excusa para no establecer los Juzgados de Contravenciones, que deben juzgar las infracciones a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. La existencia de los Juzgados de

Contravenciones es apremiante en la actualidad y su conformación coadyuvaría a la defensa de los intereses del consumidor.

- La inexistencia de un juzgador especializado en infracciones que violentan derechos del consumidor ha llevado a que no sean respetadas las disposiciones legales y doctrinarias sobre la materia, por los Intendentes y Comisarios de Policía, y también por la misma Defensoría del Pueblo. Esta inseguridad jurídica por la expedición de fallos contrarios, contrapuestos e incoherentes, pronunciados por las autoridades a cuya competencia se les han otorgado las causas de los consumidores, ha llevado a la necesidad de que las sentencias pronunciadas por el Juez Penal como juez competente para conocer apelaciones de las resoluciones de los consumidor, deban ser revisadas por una autoridad jurisdiccional jerárquicamente superior. En la actualidad es imposible impugnar una sentencia pronunciada por un Juez Penal, quien a su vez conoce en apelación las resoluciones de las causas relacionadas con derechos de los consumidores, conocidas en primera instancia por los Intendentes y Comisarios de Policía. Lo mencionado se colige de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, norma que al finalizar el Art. 86, menciona: “[...] La sentencia que dicte el juez de los penal, causará ejecutoría”.

Es necesario que se efectúe una reforma tanto a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y también a la Ley de Casación, para que se permita recurrir de la sentencia pronunciada por el Juez de lo Penal, en las causas relacionadas con derechos de los consumidores y puedan ser conocidas por una de las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia, mediando para tal efecto, la interposición del recurso extraordinario de casación.

- La necesidad de las autorregulaciones de las empresas publicitarias, radica en admitir por parte de las agencias, que no solo es imprescindible la captación de potenciales clientes, sino practicar el principio de información y el de respeto para con los consumidores.

Las empresas publicitarias ecuatorianas no ha formulado ningún código ético respecto al correcto desempeño de la publicidad en el medio y de autorregulación para su gestión; en tal sentido, es imperativo que la Defensoría del Pueblo y las

pocas asociaciones de consumidores que pudiesen existir en el medio, fomenten e impulsen la formación de manuales de autorregulación publicitaria por parte de las agencias de publicidad.

- En el avance de la investigación he observado que la Carta Magna expresó la necesidad de conformar asociaciones de consumidores y promover sus constituciones; sin embargo, hasta la presente fecha poco se ha conocido de la existencia de asociaciones y peor aún de sus actividades en procura de la defensa de los consumidores. La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece los objetivos que deben tener las asociaciones de consumidores y entre ellos se encuentra: promover la Información, educación, el respeto de los derechos de los consumidores y representar judicialmente y extrajudicialmente los intereses individuales o colectivos de los consumidores ante las autoridades competentes.

Las asociaciones se convierten en entes de respaldo de los consumidores, evitando su indefensión y procurando también, que los servicios y bienes ofertados y vendidos mejoren en su calidad y precio. Por lo mencionado es necesario que el Estado Ecuatoriano, promueva la conformación real de las asociaciones de consumidores, las cuales deberán existir en un número óptimo de una por cada cantón, para monitorear la debida aplicación de los derechos de los consumidores de bienes y servicios.

- La investigación verificada en esta tesis, ha cumplido de entre sus propósitos primordiales, con establecer las causas normativas y fácticas que imposibilitan el control publicitario de la publicidad engañosa, la cual se ha expandido constantemente en todos los medios publicitarios, sin respuestas efectivas por parte de las autoridades administrativas, jurisdiccionales y gubernamentales que impidan su proliferación. El estudio exclusivo de las causas y defectos regulatorios y normativos que originan la impunidad de los proveedores que promocionan sus bienes y servicios a través de publicidad engañosa, implicaría polarizar la afectación solamente en los consumidores, y apartándonos de los perjuicios que también pueden tener los proveedores, por la mala aplicación de las normas de publicidad ilícita (publicidad abusiva y engañosa); son importantes

también los inconvenientes que sobre la publicidad ilícita afecta a los consumidores y los proveedores de bienes y servicios.

- El contenido del presente trabajo investigativo, procura llegar a los consumidores y proveedores de bienes y servicios, estableciendo mecanismos que les permita diferenciar una publicidad lícita de la ilícita, además de clarificar los inconvenientes legales, jurisdiccionales y regulatorios que se involucran en el momento de acceder al órgano jurisdiccional ante quien se pretende hacer valer sus derechos.
- Las propuestas de cambios y reformas de las normas, aplicación de ellas e incentivo en la creación de distintos mecanismos (creación de asociaciones de consumidores y normas de autorregulación publicitaria) que favorezcan la disminución de la publicidad engañosa, son a mi criterio imprescindibles de efectuarlos. Dichas propuestas, no se han concentrado exclusivamente en reformas legales y reglamentarias, sino se ha planteado fórmulas de aplicación práctica, que promueve la protección al consumidor de la publicidad ilícita y dentro de ella encontramos a la publicidad engañosa.

BIBLIOGRAFÍA

1. DÍEZ PICAZO, Luis. Masificación y Contrato, en: Daños, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1991.
2. CALLE CASUSOL, Jean Paul. La publicidad Comercial y el control de la Publicidad Falsa y engañosa en: Responsabilidad Civil por Publicidad Falsa o Engañosa”. Lima, Ara Editores, 2002.
3. CEVALLOS VASQUEZ, Víctor, Derecho de la Competencia en: Libre Competencia Derecho de Consumo y Contratos, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2001.
4. De La Cuesta Rute, José María, *Régimen Jurídico de la Publicidad*, Madrid, Ed. Tecnos, 1974.
5. Lema Devesa, Carlos, *La Publicidad Engañosa en el Moderno DerechoEspañol” en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menendez*, Madrid, Ed. Civitas, S.A., 1996.
6. Mattlelart, Armand; *La publicidad*, Barcelona Ed. Paidós, 1991.
7. Méndez, Rosa M., Vilalta A. Esther, *Publicidad Lícita: Engañosa, Desleal, Subliminal y Otras*, Barcelona, Ed. Bosh, S.A., 2003.
8. Stiglitz, Gabriel, comp., *Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios*, Buenos Aires, Ediciones La Roca, 2001.

LEYES O NORMAS

1. Constitución de la República del Ecuador.
2. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.
3. Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.
4. Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.
5. Reglamento a la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.
6. Ley de Propiedad Intelectual.
7. Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos.

