

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

TÉISIS DE LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS

TEMA:

EFFECTOS PERJUDICIALES QUE PRODUCE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA
DENTRO DE LAS RELACIONES DE CONSUMO DE PRODUCTOS EN EL
MERCADO

AUTOR:

BYRON ISRAEL SALAS LÓPEZ

TUTOR:

DR. VICTOR CEVALLOS VÁSQUEZ

QUITO- 2011

DEDICATORIA

Principalmente a Dios, porque sin su voluntad nada es posible.

A mis padres, Byron y Caty, porque gracias a su guía y constante apoyo, he podido cumplir mis metas. Porque me han enseñado que sólo a base de esfuerzo se pueden alcanzar los sueños.

A mi hermana Carolina, que con su ejemplo y consejos me alienta a seguir adelante.

A mis abuelitos, Guillermo y Magdalena porque a lo largo de mi vida me han brindado su amor.

A mi enamorada María José, en cada paso es ese apoyo incondicional, que ha sido necesario para no decaer y siempre seguir adelante.

Para Pelusso, Nenita, Luchita y Luchito, quienes siempre me reciben con emoción cada día al llegar a casa y me han acompañado mientras redactaba la presente Tesis.

AGRADECIMIENTO

A mis padres, gracias porque me han brindado la posibilidad de seguir esta carrera, por creer en mí, y aunque no ha sido nada fácil siempre he dado mi mejor esfuerzo. Esto es por ustedes.

Gracias a María José, porque durante el tiempo que hemos compartido ha colaborado en mi crecimiento como persona.

A mi tutor el Dr. Víctor Cevallos.

A la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, por todo lo aprendido durante la carrera.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
INTRODUCCIÓN.....	vi
CAPÍTULO I.....	10
LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA.....	10
1.1 Introducción a la publicidad.....	10
1.1.1 Naturaleza Jurídica de la Publicidad.....	10
1.1.2 Publicidad: Concepto legal y elementos.....	13
1.1.3 Sujetos que intervienen en la publicidad.....	15
1.1.4 Infracciones publicitarias.....	20
1.2 Medidas para evitar la publicidad engañosa.....	25
1.2.1 Autocontrol como sistema de regulación.....	25
1.2.2 Códigos de Conducta.....	27
1.2.3 Principios que rigen.....	29
1.3 Instituciones encargadas de la regulación de la publicidad.....	36
1.3.1 DIDECO y Subsecretaria de la Competencia y Defensa del Consumidor.....	36
1.3.2 El INEN: control de calidad.....	39
1.3.3 Defensoría del Pueblo.....	41
CAPÍTULO II.....	43
EL CONSUMIDOR Y EL PERJUICIO CAUSADO.....	43
2.1 El consumidor.....	43
2.1.1 Quién es el consumidor?.....	43
2.1.2 Información dentro de la publicidad.....	44
2.1.3 Información básica comercial.....	47
2.1.4 Importancia de la información en las diferentes etapas contractuales.....	50
2.1.5 Publicidad Falsa o Engañosa.....	52
2.2 El perjuicio.....	55
2.2.1 Resarcimiento de daños.....	55
2.2.2 Cesación y Rectificación de la Publicidad.....	58
2.2.3 El daño como elemento de responsabilidad.....	59

2.2.4	Responsabilidad del empresario	61
2.2.4.1.	Falta de información e información falsa o engañosa como hecho generador del daño.....	65
2.3	Instituciones tutelan los derechos	67
2.3.1	Asociaciones de consumidores	67
2.3.2	Consumers International.....	71
2.3.3	Tribuna del consumidor.....	73
CAPÍTULO III		77
ORDENAMIENTO JURÍDICO.....		77
3.1	Normativa internacional	77
3.1.1	CAN.....	77
3.1.2	Régimen común andino	80
3.1.3	Legislación de la región.....	87
3.2	Normativa interna	89
3.2.1	Constitución y Acciones Populares	89
3.2.2	Superintendencia de Telecomunicaciones.....	92
3.2.3	Casos de la Defensoría del Pueblo de Ecuador	94
3.3	Vía administrativa y judicial.....	97
3.3.1	Infracciones y sanciones.....	97
3.3.2	Acciones y recursos administrativos	99
3.3.3	Rol de los intendentes y comisarios	102
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....		105
BIBLIOGRAFÍA		108

INTRODUCCIÓN

La publicidad es uno de los medios más eficaces y más utilizados para llegar de manera directa e indirecta a la mente del consumidor, incluso la publicidad crea dentro del subconsciente de las personas necesidades que en la realidad no existen. Esta realidad es conocida por los productores, quienes muchas veces utilizan este elemento de manera desleal y poco ético sin considerar que el consumidor, al ser el último eslabón dentro de la cadena de consumo, tiene la última palabra sobre la adquisición de un producto.

Mientras que la noción de consumidor ha estado directamente vinculada con el desarrollo de sociedades de consumo y el avance de nuevas tecnologías que permiten la elaboración masiva de productos de todo tipo. Esta tiene como objetivo llegar a los individuos de manera accesible y atractiva a fin de obtener los mejores resultados en cada operación. Es por eso que el productor busca captar al consumidor para que contrate con él o acepte sus ofertas con el afán, en su mayoría, de producir más para vender más, dentro de lo que se ha descuidado un elemento indispensable: la calidad de los productos; y, con el fin de captar mayor cantidad de clientela ante lo que ofrecen sus productos utilizando artimañas induciendo a error o confusión a los consumidores al adquirir bienes o recibir servicios distintos a los que en un principio fueron ofrecidos.

La problemática que encierra la publicidad engañosa radica en la importancia de la información que se distribuye o que se entrega sobre los productos comercializados. De esa forma, los consumidores debemos tener derecho a la seguridad, información, libre elección, existencia de competencia de precios y a ser escuchados por los Gobiernos. Todo un sistema tendiente a generar una situación a favor de un colectivo en situación de inferioridad respecto a las empresas, tendiendo a mejorar la calidad de vida.

Por esto, el objetivo principal que se desarrolla en este trabajo de investigación, es determinar que la información que se ofrece en la publicidad, puede llevar al consumidor a un engaño dando como resultado un perjuicio en los derechos fundamentales del público consumidor, llevada a cabo por medio de un análisis complejo de la información recolectada tanto teórica como práctica, llegando a

cumplirlo lo que queda demostrado en la comprobación de las hipótesis desarrolladas en las conclusiones.

Los métodos utilizados son el analítico-sintético, en el que se descompuso el tema en tres partes, mostradas en los tres capítulos, describiéndolas y explicándolas mediante conceptos, principios, definiciones, leyes y normas, logrando determinar las causas que hacen que el problema exista para luego unir las y encontrar soluciones prácticas y mediatas; y la observación, en la que se ubica el problema, se toma la información y analiza ya que se busca registrar los perjuicios que la publicidad engañosa causa al consumidor que fue llevado a un engaño por ésta.

El Primer Capítulo, titulado la Publicidad Engañosa, abordo la naturaleza jurídica de la publicidad, las finalidades, los elementos que intervienen dentro del acto publicitario además de los principios que rigen esta disciplina. Los tipos de publicidad ilícita, los medios para evitarla dentro de los que son analizados los mecanismos de autocontrol del sistema de regulación y la importancia de los Códigos de Conducta así como también las Instituciones encargadas de tal, dentro de las que sobresalen el DIDECO, la Subsecretaria de la Competencia y Defensa del Consumidor, el INEN y la Defensoría del Pueblo.

El consumidor y el perjuicio causado, es el Segundo Capítulo de la presente tesis, en el que se desarrollan los conceptos sobre consumidor, la importancia de la información contenida en los mensajes publicitarios, los derechos y obligaciones tanto del consumidor como del proveedor, dentro del que consta el evitar todo tipo de perjuicio. Por lo que estos son también analizados así como la responsabilidad de los agentes: resarcimiento de daños y perjuicios, cesación y rectificación de la publicidad y los efectos de la publicidad engañosa sobre los contratos. Por lo que para la debida protección del consumidor, se estudia a la Defensoría del Pueblo, en aplicación de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, como uno de los principales Órganos que encabezan esta lucha en pro de la defensa de sus derechos, a más de varias Organizaciones tanto a nivel nacional como internacional, como la Tribuna del Consumidor y Consumers International, respectivamente.

Por último en el Tercer Capítulo de la presente disertación, se analiza el Ordenamiento Jurídico tomando en cuenta la Legislación Nacional así como también la Internacional, de modo específico aquella que rige en los países de la Comunidad Andina. Así, se estudia el Régimen Común Andino que legisla a la Región, misma que busca una integración de la región tanto en lo comercial como en lo concerniente a la protección legal a sus ciudadanos; y de modo Interno, partiendo de la Constitución del Ecuador, la cual actualmente considera a los consumidores como un grupo vulnerable y de atención prioritaria, y que además prevé la posibilidad de ejercitar acciones populares en defensa de los derechos de los consumidores y en total concordancia, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Finalmente, la vía administrativa de defensa y protección de los derechos de los interesados, mediante acciones y recursos administrativos y la vía judicial.

CAPÍTULO I

LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

1.1 Introducción a la publicidad

1.1.1 Naturaleza Jurídica de la Publicidad

Para introducirnos en el estudio de la publicidad considero pertinente dar algunas definiciones para comprender de mejor manera la naturaleza de la publicidad.

Es así que para George Burton Hotchkiss,

“la publicidad es el conjunto de toda suerte de mensajes al público, difundidos con propósitos comerciales, pagados y firmados por quienes esperan sacar provecho de todo ello.”¹

Según Stuart Peabody:

“Publicidad es la exposición de ventajas, meritos o utilidades de productos, servicios, instituciones o personas, sobre quienes el anunciador ejerce influencia”²

Roberto C. Presas, publicista argentino, señala que la publicidad es:

“comunicación de un mensaje destinado a influir la conducta de los compradores de productos o servicios, divulgando por un medio pagado y emitido con fines comerciales.”³

En si la publicidad es, en términos generales, comúnmente considerada como un instrumento mediante el cual se busca transmitir un mensaje de un emisor a un receptor con el fin de atraer la atención de éste hacia una dirección específica.

La utilización de la publicidad conlleva varios objetivos o metas como por ejemplo:

1) Promover la venta de productos y servicios, aumentando en los consumidores las bases de convencimiento, sobre la elección de adquisición o utilización de un bien o servicio.

¹ BILLOROU, Oscar Pedro, *Introducción a la Publicidad*, El Ateneo, Buenos Aires, Séptima edición, 1996, p. 1.

² *Ibíd.* p. 2.

³ *Id.*

- 2) *Informar acerca de los bienes o servicios cuya contratación intenta alcanzar. Este contenido está sometido a una finalidad comercial concreta: inducir al comprador a una acción de compra.*
- 3) *Incidir en el destinatario mediante un mensaje para modificar su conducta.*
- 4) *Transmitir información, crear una actitud o inducir a una acción beneficiosa para el anunciante.*⁴

De lo anteriormente señalado podemos desprender que la publicidad es una forma de comunicación utilizada por los agentes que buscan brindar la información necesaria para lograr que las personas destinatarias de ese mensaje, opten por adquirir los productos o servicios en ella ofrecidos.

La publicidad al ser una forma de comunicación, utiliza los medios de difusión existentes. Esta es una de las condiciones esenciales para distinguir a la publicidad de otros tipos de comunicación.⁵

La publicidad está íntimamente ligada a disciplinas como la estadística y la economía, debido a que a través de éstas se puede evidenciar las necesidades y las inclinaciones del público dentro del mercado. Mediante la realización de análisis del comportamiento de los agentes de consumo, estas disciplinas aportan datos sobre las necesidades no satisfechas de usuarios y consumidores para que así los proveedores puedan ofertar bienes o servicios suficientes para satisfacer la demanda.

La LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR, define a la publicidad como:

*“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. Para el efecto la información deberá respetar los valores de identidad nacional y los principios fundamentales sobre seguridad personal y colectiva.”*⁶

Esta definición nos señala varios elementos fundamentales como son:

- a) La comunicación Comercial, entendida como:

⁴ *La Publicidad*, http://www.uclm.es/profesoradoricardoPublicidadla_publicidad.htm, Acceso: 29 de enero de 2011, 23h33.

⁵ Cfr. Óp. Cit. *Introducción a la Publicidad*. p. 3.

⁶ DEFENSORIA DEL PUEBLO, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, p. 14.

“Cualquier forma de comunicación destinada a promocionar, directa o indirectamente, bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial o artesanal o que ejerza una profesión regulada.”⁷

b) Proveedor

“Es el que suministra bienes o servicios, materiales y no materiales, a un cliente. Puede ser externo (con contraprestación) o interno (sin contraprestación directa).”⁸

c) Consumidor, es definido como:

“Adquirente en oposición al productor, industrial o comerciante, aun cuando no asimile o gaste materialmente”⁹

d) Bienes o servicios, jurídicamente cabe considerarlos como

“todas las cosas, corporales o no, que pueden constituir objeto de una relación jurídica, de un derecho, de una obligación, o de uno y otro a la vez.”¹⁰

e) Medios idóneos, son los principales instrumentos que utilizan los emisores de la publicidad, que según las características de la información, deben ser cuidadosamente estudiados con el fin de difundir el mensaje.¹¹

f) Motivación para adquirir. Este elemento está constituido por varios factores que pretenden provocar, mantener y dirigir una determinada conducta, hacia un objetivo establecido. Cuando existe la motivación adecuada, produce un impulso que conduce a las personas a realizar elecciones en base a las alternativas presentadas.¹²

La publicidad se presenta además en la perspectiva del derecho de comunicación, basándose en otro derecho, que es el de la libertad de expresión. Esto tiene concordancia con lo mencionado anteriormente, que la publicidad es entendida como cualquier forma de comunicación.

Por otro lado, la propia naturaleza de la publicidad lleva intrínsecamente una finalidad lucrativa, por lo que no se podría elevarla al mismo estatus de actividad informativa. La razón de existencia de la publicidad supone una

⁷ DERECHO, *Comunicación Comercial*, http://www.derecho.com/c/Comunicaci%C3%B3n_comercial, Acceso: 31 de enero de 2011, 22h15.

⁸ PROVEEDOR, <http://www.derecho.com/c/Proveedor>, Acceso: 2 de enero de 2011, 21h35.

⁹ CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo II, Heliastra, Argentina, p. 322.

¹⁰ *Ibíd.*, Tomo II, p. 509

¹¹ Cfr. *Los Medios de Comunicación y la Publicidad*, <http://www.hiru.com/medios-de-comunicacion/los-medios-de-comunicacion-y-la-publicidad>, Acceso: 2 de enero de 2011, 22h19.

¹² *Motivación y Conducta*, <http://motivacionlaboral.galeon.com/motivacion.htm>, Acceso: 2 de enero de 2011, 22h46.

actividad profesional que tiene como meta el alcanzar un beneficio de carácter económico y se vincula con actividades comerciales con la finalidad de incentivar o inclinar positivamente la contratación de bienes o servicios.¹³

La comunicación que tiene propósitos comerciales, puede ser llamada publicidad, aquella comunicación cuyos fines no son estrictamente comerciales no es publicidad.

Cabe mencionar que si bien el mensaje publicitario cumple una función persuasiva, también tiene una función informativa cuando da a conocer a los consumidores sobre la existencia, características, y otros elementos característicos del bien o servicio que se ofrece.

1.1.2 Publicidad: Concepto legal y elementos

Es considerada como actividad publicitaria, toda divulgación para dirigir la atención del público o de los medios de difusión hacia una determinada persona, producto o servicio, con el fin de promover de modo mediato o inmediato su contratación.¹⁴

En base a las consideraciones expuestas anteriormente, se puede determinar que existen varios elementos sustanciales que encierra la actividad publicitaria, tales como elementos subjetivos, objetivos y de actividad.

a) Elementos Subjetivos.- son aquellos que se encuentran en la actividad publicitaria pero desde la perspectiva del anunciante, y son las siguientes:

i) Comunicación.- La comunicación dirigida hacia un grupo, es uno de los elementos que junto con otros, integran el acto de la publicidad.

La publicidad es una forma de comunicación, debido a que a través de ella un mensaje es transmitido hacia una persona o grupo de personas; pero tomar a la publicidad

¹³ EUMED, *Naturaleza Jurídica de la Publicidad*, <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/mlg/222.htm>, Acceso: 1 de enero de 2011, 21h45.

¹⁴ DE LA CUESTA RUTE, José María, *Régimen Jurídico de la Publicidad*, Editorial Tecnos, Madrid, 1974, p. 37.

como un simple acto de información, sería limitar el alcance que el concepto de publicidad le brinda, ya que el mensaje que se difunde no pertenece al género informativo, es decir que no está encaminada a ilustrar el entendimiento de las personas con el objetivo de emitir un criterio; sino que busca provocar una reacción en el receptor del mensaje, que desencadene una respuesta en el mundo material. Esta información lo que busca es llamar la atención, condicionar una decisión de establecer una relación contractual por parte del receptor del mensaje.¹⁵

- ii) Instrumentalidad.- La publicidad como instrumento implica que ésta tiene una finalidad o elemento teleológico, es decir, lo que va a encuadrar a la publicidad como tal, será la clase de respuesta que produzca en los receptores. Ya que la comunicación publicitaria no se limita a la aceptación, sino que busca siempre provocar un incentivo en el receptor y la consiguiente respuesta a ese incentivo. Es así que la publicidad centra su fin primordial, en llamar la atención de los consumidores hacia una dirección en concreto que forma parte de la realidad. Ese fin primario, inmediato o genérico, responde exclusivamente a los intereses privados del anunciante. La publicidad se instrumenta para favorecer cualquier contratación.¹⁶
- iii) Intencionalidad.- otra finalidad que tiene la publicidad, que se la puede denominar mediata o última, es la expresión de la respuesta que provoca la publicidad, esto es mediante la figura jurídica del contrato. A través de esto la publicidad pretende influir en el mercado de bienes y servicios, modificando las conductas de los compradores llamando la atención de los mismos. En este punto de la

¹⁵ Cfr. *Ibíd.* p. 38.

¹⁶ Cfr. *Ibíd.* pp. 39, 40.

discusión es irrelevante si la publicidad es un acto de comunicación. Lo importante ahora es que los objetivos de la publicidad son: la atracción de la atención de los compradores, mantener el interés de los mismos, despertar el deseo y como consecuencia de lo anterior, la correlativa contratación de los bienes o servicios ofrecidos en dicha publicidad.¹⁷

b) Elementos Objetivos.- los elementos objetivos hacen referencia a que la publicidad ejerce su influencia directamente dentro de las relaciones jurídicas susceptibles de manifestarse a través del contrato, y son:

- i) Bienes de consumo.- el contenido de la publicidad está integrado por cualquier bien físico. Prácticamente el único requisito que debe cumplir el bien materia de la publicidad es que pueda ser susceptible de celebrar un contrato sobre ese bien. El acto publicitario debe hacer referencia a bienes que puedan ser disponibles por voluntad privada.¹⁸
- ii) Factores de producción.- es importante señalar que dentro de un elemento objetivo de la publicidad se incluyen también aquellos que constituyen los factores de producción. Como por ejemplo la publicidad sobre oferta o demanda de mano de obra, este caso es publicidad como cualquier otra.¹⁹

1.1.3 Sujetos que intervienen en la publicidad

Dentro del proceso publicitario por lo general intervienen tres elementos a los que se les denomina **sujetos publicitarios**, y son los siguientes:

¹⁷ Cfr. Ibíd. pp. 40, 41, 42, 43.

¹⁸ Cfr. Ibíd. pp. 46, 47.

¹⁹ Cfr. Ibíd. pp. 47, 48.

1. **Anunciante:** la persona o empresa para la que se realiza la publicidad, generalmente el que fabrica el producto o proporciona el servicio)

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor define al anunciante como:

*“Aquel proveedor de bienes o servicios que ha encargado la difusión pública de un mensaje publicitario o de cualquier tipo de información referida a sus productos o servicios”*²⁰

El **anunciante** es también considerado como el emisor, inversor, ordenante y responsable de la publicidad. El anunciante es además titular de **derechos y deberes**. Además desde el punto de vista legal “es la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad”²¹.

También es clasificado como anunciante quien ejecuta o se beneficia del acto material de la divulgación. Es todo aquel que se beneficia directa o indirectamente de un anuncio publicitario. Además es considerado como el ente en cuyo interés se realiza el acto de la publicidad, aunque sea otro su autor material.

De lo expuesto anteriormente se puede establecer que anunciante no es sólo aquel en cuyo interés se realiza el acto de publicidad, sino también quienes se aprovechan de éste.

2. **Agencias de publicidad:** las empresas a las que se les encarga la elaboración del anuncio.

Las agencias publicitarias son organizaciones que se encargan de la creación y ejecución de procesos de comunicación masivos. Más concretamente son empresas que prestan un servicio relacionado con la difusión de campañas

²⁰ Op.cit. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, p. 13.

²¹ Cfr. El Anunciante, <http://recursos.cnice.mec.es/media/publicidad/bloque3/pag3.html>, Acceso: 22 de febrero de 2011, 22h14.

publicitarias, que por lo general corre por cuenta del anunciante, y busca captar consumidores para los bienes o servicios que ofrecen.²²

Las agencias de publicidad son empresas que realizan de manera profesional y organizada anuncios de carácter publicitario, cuyos clientes (por así decirlo) son las personas naturales o jurídicas (anunciantes) que buscan promocionar y llegar al público a través de las campañas publicitarias que dichas agencias realicen.

3. **Medios de difusión:** empresas que difunden la publicidad a través de los soportes o medios de comunicación (televisión, radio, prensa, vallas, etc.)²³

La publicidad al ser una forma de comunicación social, necesita de caminos o medios que viabilicen su alcance al mayor número de personas, es decir a la sociedad en general de una manera sistematizada.

Los medios de difusión de los mensajes publicitarios son instrumentos que cumplen una variedad de funciones dentro del entorno social. En una sociedad de consumo los medios de comunicación cumplen una trascendental función, ya que éstos no se configuran solamente como meros transmisores de información, sino que en la actualidad también actúa como un mecanismo de formación de los criterios de la población e influyendo en su toma de decisiones en el mundo exterior.²⁴

Los medios de comunicación que son utilizados comúnmente para la difusión de mensajes publicitarios, pueden ser agrupados en dos categorías: **audiovisuales e impresos.**

a. Medios Audiovisuales

²² Cfr. *Qué es una agencia de publicidad*, <http://www.rppnet.com.ar/agenciadepublicidad1.htm>, Acceso: 22 de febrero de 2011, 22h32.

²³ *Sectores que intervienen. Proceso Publicitario*, <http://publicidadresumida.wordpress.com/1-vamos-a-probar/sectores-que-intervienen-proceso-publicitario/>, Acceso: 21 de febrero de 2011, 20h53.

²⁴ Cfr. *Lenguaje no sexista en medios de comunicación y publicidad*, <http://www.nodo50.org/ameco/Tenerife.pdf>, p. 9. Acceso: 23 de febrero de 2011, 21h22.

En los años anteriores a la era tecnológica en la que vivimos, sólo existía la palabra verbal o escrita, y era de esta forma como la información y los mensajes eran transmitidos de una persona a otra. Con el transcurrir de los años las tecnologías avanzaron, sin dejar atrás a los medios de comunicación impresos, pero de todas formas fue, sobre todo la televisión quien logro ganar la mayor cantidad de espacios.

i) La televisión

Como ya lo hemos establecido, la publicidad es una forma de comunicación ya que la publicidad emite un mensaje y existe un receptor que la asimila. El objetivo principal de la comunicación es lograr que ese receptor realice una rápida asimilación de la información transmitida.

La eficacia de la publicidad televisiva está fuera de duda porque el poder sugestivo de las imágenes en movimiento unido con palabras y música en el propio hogar es considerable y su efecto a corto plazo es indudablemente mayor que el de las otras formas de publicidad. Para muchos la televisión es el medio que mejor define qué es la publicidad.

El principal objetivo de la publicidad a través de la televisión es causar un impacto visual que se convertirá en una acción o respuesta del televidente.²⁵

ii) El cine

El rol del cine en el negocio publicitario está determinado por su fuerza audiovisual, la cual provoca en el público un impacto comunicacional superior al del medio televisivo. La pantalla gigante, el sonido estereofónico y la oscuridad de la sala, permiten un nivel de abstracción o concentración del público en la pantalla, produciendo un ambiente óptimo para el anuncio publicitario. Además con el surgimiento del conocido “emplazamiento del producto”, el cual consiste en introducir de

²⁵Comunicación en televisión, publicidad, <http://www.cibersociedad.net/congres2006/gts/comunicacio.php?id=470>, Acceso 25 de febrero de 2011, 22h45.

manera estratégica productos dentro de las escenas de las películas, dichos productos son utilizados por los artistas de cine lo que produce un impacto aún más fuerte en la mente de las personas que lo observan. De tosa formas las producciones fílmicas, han pasado a jugar el rol de medio secundario o complementario ante públicos específicos.²⁶

iii) **La radio**

Debido a la inclusión dentro del medio publicitario de los medios de comunicación en los cuales el factor visual juega un papel indispensable, la radio ha quedado más como un medio complementario a uno principal.

Aun así la radio presenta características técnicas que la presentan como un canal personal, íntimo y extraordinariamente intrusivo debido a su gran capacidad de alcance está en la playa, la montaña, en las casas, automóviles, cocinas, empresas, y hasta en las alcobas. Por lo que su alcance es prácticamente ilimitado.

b. Medios impresos

Debido a la fuerte aceptación de los medios audiovisuales por parte de la sociedad, se creía que llegó el fin del espacio para los medios impresos, sin embargo, hubieron factores que evitaron que esto ocurra, y principalmente fueron: El primero, lo permanente del mensaje publicitario impreso frente a la fugacidad del mensaje audiovisual. El segundo, la creciente complejidad del mercado. Es así que los medios de información más relevantes son:

i) **La prensa**

El papel de la prensa como medio publicitario se fundamenta en la gran diversidad de audiencias que proporciona, tanto en términos de tamaño como de características demográficas.

²⁶ALONSO, Silvia, *Publicidad y Cine*, [http://www.portalfarma.com/pfarma/taxonomia/general/gp000012.nsf/voDocumentos/355545D99BE97AF6C125767A003F09EF/\\$File/31_Cine.pdf](http://www.portalfarma.com/pfarma/taxonomia/general/gp000012.nsf/voDocumentos/355545D99BE97AF6C125767A003F09EF/$File/31_Cine.pdf), p. 31, Acceso: 25 de febrero de 2011, 23h21.

Esto permite a los anuncios realizados a través de la prensa llegar directamente a un grupo determinado al cual vaya dirigida la publicidad, sea éste a nivel nacional, o regional según el interés del anunciante.

ii) Las revistas

Las revistas dentro del panorama de la publicidad anteriormente desempeñaron un rol complementario, pero desde hace algún tiempo ha tomado fuerza y ha desarrollado su papel dentro de las relaciones publicitarias. Esto se debe a que según algunos expertos a través de las revistas se puede lograr una segmentación o selección del público destinatario. A través de este sistema es más sencillo destinar mensajes publicitarios a una parte determinada de la población, de la cual se desea que forme parte de su mercado.²⁷

- 4. Destinatarios de la publicidad.-** el consumidor es el destinatario de los anuncios publicitarios. El concepto de público consumidor debe ser entendido en sentido relativo, es decir que el público no está compuesto por la totalidad de la población, sino por el sector de la población al cual está dirigido dicho mensaje.

Los anuncios publicitarios deberán ser analizados dependiendo su contenido y el significado que el consumidor le atribuya. Es decir, dependiendo del nivel de influencia que ejerza el mensaje publicitario sobre el público.

1.1.4 Infracciones publicitarias

La publicidad se presenta como uno de los medios a través de los cuales las empresas buscan presentar sus productos a los compradores potenciales.

Muchos de los proveedores de productos y servicios que se ofertan en el mercado, utilizan publicidad de varios tipos para lograr llegar al punto preciso en

²⁷ PEREIRA, Jorge, *Revistas como Medio Publicitario*, <http://www.gestiopolis.com/canales6/mkt/mercadeopuntocom/revistas-como-medio-publicitario.htm>, Acceso: 26 de febrero de 2011, 23h56.

el cual los consumidores deciden optar por adquirir lo ofertado. El gran problema existente, es que mucha de la información que se utiliza en la publicidad, impide que el consumidor realice una elección teniendo una plena conciencia de los elementos que caracterizan un determinado producto, independientemente de la intencionalidad que ello implica.

Las infracciones publicitarias surgen cuando los proveedores quieren ofrecer sus productos utilizando información que no refleja las verdaderas características de lo ofertado. Esta práctica perjudica, en lo principal, a los consumidores a los cuales se les afecta en su derecho a la libre elección, sin una información adecuada, eficaz, veraz, etc., ya que las personas que van a adquirir lo ofertado a través de la publicidad, tendrán pocos elementos para poder realizar una elección responsable y libre.

Según lo establece LA LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR, se cometen infracciones publicitarias en los siguientes casos:

Art.7.- Comete infracción a esta Ley el proveedor que a través de cualquier tipo de mensaje publicitario induce al error o engaño, especialmente cuando se refiere a:

- 1. País de origen, comercial o de otra índole del bien ofrecido o sobre el lugar de prestación del servicio pactado o la tecnología empleada;*
- 2. 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;*
- 3. 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 y otras, y;*
- 4. Los reconocimientos, aprobaciones o distinciones oficiales o privadas, nacionales o extranjeras, tales como medallas, premios, trofeos o diplomas.²⁸*

La publicidad puede de varias maneras provocar un error o engaño dentro del público que, al ser influenciado por la mencionada publicidad, inclina sus elecciones a favor o en contra de ciertos productos de los cuales no tiene los elementos básicos para realizar su elección.

Es por eso que ante la posibilidad de que se produzcan varias formas de perjuicio a los consumidores a través de la publicidad, se establecen estas normas a través de las cuales se trata de crear una especial protección a los derechos de las personas que realizan a diario consumos.

²⁸ Óp. Cit. *Ley Orgánica de defensa del Consumidor*, p. 18.

Se debe tomar muy en cuenta que no sólo comete una infracción publicitaria quien de una u otra manera brinda información que no es correcta, al promocionar sus productos, sino que también incurre en dichas infracciones quienes ocultan información o la otorgan pero de manera incompleta al momento de difundirse el mensaje publicitario a través del amplio espectro que son los medios de comunicación.

La publicidad que realizan los agentes de comercio para promocionar los productos que ofrecen, debe enmarcarse siempre dentro de principios básicos de lealtad, buena fe, objetividad, etc., procurando no causar un efecto perjudicial a las personas destinatarias de los mensajes.

Existen varios tipos de publicidad que se encuentra prohibida, ya que de una u otra forma causan algún tipo de perjuicio a los consumidores, entre otras tenemos las siguientes:

- a) **La Publicidad ilícita.**- es aquella que vulnera la dignidad de las personas o los valores y derechos reconocidos de los cuales ellas son titulares, sobre todo aquella publicidad que atente contra los niños, niñas y adolescentes, la mujer y demás grupos vulnerables. Del mismo modo, se considera ilícita la publicidad que incita a los menores, aprovechando su inexperiencia, a adquirir un bien o servicio.
- b) **La Publicidad engañosa.**- es todo aquel mensaje que induce o puede inducir a error a sus destinatarios. Dentro de esta clasificación se encuentra incluida la presentación tanto de bienes como de servicios que debido a esta circunstancia, puede afectar el comportamiento económico de usuarios o consumidores, o que puede perjudicar a un competidor.

Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca error de los destinatarios.²⁹

Además, se considera publicidad engañosa, que las empresas afirmen sin ser verdad que se rigen bajo un código de conducta determinado o exhiban sellos de calidad o que mencionen que han ganado premios cuando en realidad no lo han hecho.

La Ley de Defensa del Consumidor define a la publicidad engañosa como "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".³⁰

- c) **Publicidad desleal.**- Es aquella que por su contenido o forma de presentación provoca descrédito o menosprecio de una persona, una empresa o sus productos o servicios; induce a confusión con empresas, actividades, productos, nombres o marcas de los competidores.³¹ Se trata de una publicidad cuyo fin es llevar a confusión a los consumidores al hacer comparaciones entre diferentes productos o marcas o al mencionar a otras empresas de forma injustificada.

También se considera desleal la publicidad comparativa si no se apoya en características esenciales y objetivamente

²⁹ LÓPEZ GARCÍA, Mabel, *La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*, <http://www.eumed.net/cursecon/dic/oc/publieng.htm>, Acceso: 13 de febrero de 2011, 11h57.

³⁰ Óp. Cit. *Ley Orgánica de defensa del Consumidor*, p.

³¹ Cfr. Asociación General de Consumidores, *Publicidad Desleal*, http://www.asgeco.org/index.php?option=com_easyfaq&task=view&id=89&Itemid=43, Acceso: 13 de febrero de 2011, 12h17

demostrables de los productos o servicios, así como la publicidad agresiva que, mediante el acoso, la coacción o la influencia indebida, disminuya la libertad de elección del consumidor.

d) **Publicidad subliminal.**- es considerada publicidad subliminal aquella que se presenta ante el consumidor de manera tan sutil que no es posible percibirla conscientemente, pero que lo induce transmite un mensaje que incita al consumidor a adquirir un determinado producto.³²

e) **Publicidad encubierta.**- La publicidad encubierta no es específicamente una modalidad de publicidad ilícita.

Un ejemplo de publicidad encubierta 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.

f) **Determinados supuestos de publicidad televisiva.**- Es ilícita la publicidad propagada a través de la televisión que se encuentre en estas circunstancias:

“Que fomente comportamientos perjudiciales para la salud o para la protección del medio ambiente; atente contra la dignidad de las personas o contra sus convicciones religiosas y políticas o discrimine por motivo de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social.

Que incite a la violencia o a comportamientos antisociales, tales como actitudes violentas, o fomente conductas agresivas.

Que fomente la crueldad y el maltrato a personas o animales.

³² Cfr. Ibíd. Publicidad subliminal, Acceso: 13 de febrero de 2011, 12h35.

Que indirectamente utilice símbolos, marcas u otros rasgos distintivos que se asocien con productos que no se mencionan directamente.”³³

1.2 Medidas para evitar la publicidad engañosa

1.2.1 Autocontrol como sistema de regulación

El objetivo primordial de los procesos de autorregulación, es mejorar el contenido de la información que se transmite y lo que los medios ofrecen, de esta forma es el público consumidor quien resulta más beneficiado.

Por otra parte hay grupos que consideran la posibilidad de que el público en general pueda tener injerencia en el ámbito de los medios, lo cual se podría tomar como una forma de intromisión en un campo en el cual tradicionalmente ha sido ajeno.

La mayoría de empresarios de la comunicación consideran a los medios como de propiedad exclusiva de ellos, y el público debe limitarse exclusivamente a decidir si adquiere o no los productos promocionados a través de estos medios, pero ni siquiera puede pensar siquiera en participar.

Dentro de la mayor parte de las sociedades está establecido que los consumidores gozan de ciertos derechos que deben ser respetados por los productores o proveedores. Es así que de entre los derechos más relevantes esta el derecho a la información y comunicación.

Al hablar de una participación por parte del público dentro de los medios, no supone un establecimiento de la línea editorial que el medio sigue, sino por el contrario, el papel del público es exigir que dicha línea se ajuste a la realidad, a la promesa ofrecida por el anunciante, siempre respetando los principios básicos que rigen la difusión a través de un medio de comunicación de bienes.

³³Portal del Consumidor, *Tipos de Publicidad Prohibidos*, http://www.madrid.org/cs/Satellite?apartado=4&cid=1139836018952&idioma=_es&pagename=PortalConsumo%2FPPage%2FPTCO_DetalleSectoresPageTemplat e§or=1139836019092, Acceso: 13 de febrero de 2011, 19h04.

Alrededor de los años 20 de este del siglo pasado se desarrollo la teoría denominada “hipodérmica” la cual analiza los efectos de los medios de comunicación dirigido a las masas, en la opinión pública. Esta teoría establece que:

*Los procesos de comunicación son concebidos de una forma totalmente asimétrica, con un emisor activo que produce un estímulo y una masa pasiva de destinatarios que atacada por el estímulo reacciona.*³⁴

De lo cual se entiende que el mensaje del emisor busca un propósito determinado, cuyos resultados pueden ser establecidos al verificar la respuesta a ese estímulo que es el mensaje.

Posteriormente surge en contraposición a la teoría hipodérmica otra, que de manera evolucionada, establece que la comunicación ha pasado de una concepción informacional, mecanicista y conductista a una comunicación más sociológica, comprensiva. Este proceso de cambio va hacia una concepción más participativa del público, al cual ya no se lo considera como un simple objeto que reacciona ante los estímulos, sino como un sujeto activo dentro del proceso de la comunicación.

Este nuevo postulado exige el establecimiento de mecanismos que hagan factible y normal esa participación que al público en general le corresponde.

Por lo que se debe pasar de una cuestión más fáctica, referida al hecho de que si participa o no el público, a una cuestión normativa en el sentido de positivizar acerca del derecho que se tiene de participar. Es así que la importancia que tiene el receptor dentro del proceso de comunicación se acentúa.

Es de tal importancia y trascendencia que la Declaración Universal de Derechos Humanos lo recoge en su artículo 19, expresando lo siguiente:

Artículo 19.

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y

³⁴ AZNAR, Hugo, Comunicación responsable, editorial Ariel, Barcelona, 1999, p. 164.

*recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.*³⁵

De esta manera es elevado a categoría de Derecho Humano a la Información. Gracias a esto se trata de compensar la tradicional asimetría que durante tanto tiempo ha existido entre el emisor y el receptor de la información difundida, volviendo a tomar como punto central al ser humano.

Al reconocer a la información como derecho humano, surge correlativamente el derecho a la participación que tienen las personas en los medios de comunicación. Por lo que los mencionados medios están en la obligación de facilitar y fomentar la participación del público haciéndolo posible. Por lo que cualquier acción encaminada a facilitar o promover lo anteriormente dicho, debe ser considerada como un mecanismo de autorregulación de los medios.

Ya que el público es el titular del derecho humano a la información que forma parte del proceso de comunicación, así mismo lo es de una obligación. Esta obligación conlleva la responsabilidad de mejorar la comunicación, logrando que ésta se ajuste a los principios y valores éticos.³⁶

1.2.2 Códigos de Conducta

Los códigos de conducta en materia publicitaria han sido creados para que el incumplimiento de las normas en ellos contenidos tenga consecuencias legales. En un inicio los códigos de conducta nacieron de la autonomía de la voluntad como forma de autorregulaciones. Así por ejemplo, en el supuesto de que la publicidad que realiza el empresario no se ajuste a la realidad con el fin de captar la voluntad del consumidor, este podrá reclamar judicialmente por publicidad engañosa puesto que el empresario no ha cumplido con las normas autoimpuestas. Es decir, se prohíbe cualquier comportamiento que induzca a error al consumidor y que, por lo tanto, perjudique a la competencia de la empresa incumplidora.³⁷

³⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>, Acceso: 17 de marzo de 2011, 21h42.

³⁶ Op.cit. *Comunicación responsable*, pp.165-167.

³⁷ HORCAJADA, María José, *Los códigos de conducta y la publicidad engañosa*, [http:// indemnizaplus.com/los-codigos-de-conducta-y-la-publicidad-enganosa-100481.html](http://indemnizaplus.com/los-codigos-de-conducta-y-la-publicidad-enganosa-100481.html), Acceso 8 de mayo de 2011, 18h11.

Pero a pesar de lo dicho anteriormente no hay que olvidar que lo que vincula principalmente al vendedor es la confianza justificada que sus declaraciones puedan provocar en el consumidor.

Cuando la publicidad que el empresario realiza se encuentre ligada a un código de conducta, el incumplimiento de este se considerará desleal siempre que esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento del consumidor. Debemos que tener en cuenta que la publicidad será exigible por el consumidor aunque no figure expresamente en el contrato.³⁸

Las normas contenidas en estos códigos son de carácter deontológico. Su ámbito de aplicación a toda actividad de comunicación de tipo publicitaria que tiende a fomentar, de manera directa o indirecta y sean cuales fueren los medios empleados, la contratación de bienes o servicios, o el potenciamiento de marcas y nombres comerciales.

El objeto de los códigos de conducta es contribuir a que la publicidad constituya un instrumento útil dentro del proceso económico, velando por el respeto a la ética publicitaria y a los derechos de los destinatarios de la publicidad y demás agentes competidores.

Existen ciertos principios que rigen a los códigos de conducta, entre son los siguientes:

- **Respeto a la legalidad y a la Constitución:** La publicidad debe respetar la legalidad vigente y de manera especial los valores, derechos y principios reconocidos en la Constitución.
- **Interpretación de los anuncios publicitarios:** Los anuncios y las expresiones publicitarias deben ser analizadas en su conjunto, sin descomponer sus partes integrantes y atendiendo a la impresión global que generen en sus destinatarios.
No obstante lo anterior, podrán ser objeto de análisis específico aquellas partes que, por aparecer de forma especialmente destacada, capten principalmente la atención del consumidor.
En todo caso, cuando un anuncio contenga un mensaje claramente destacado en el sentido del párrafo anterior, el anunciante deberá adoptar las medidas necesarias para que las restantes partes del

³⁸ *Ibíd.*

anuncio sean claramente comprensibles y no introduzcan ni modificaciones ni limitaciones relevantes del mensaje principal. En particular, podrá analizarse la influencia que en la interpretación del mensaje puedan tener aspectos tales como el horario de emisión, el medio de difusión utilizado, los canales y modalidades de comercialización del producto promocionado, u otras acciones publicitarias anteriores o simultáneas en el mismo o en otros medios, que puedan guardar relación con el mensaje analizado.

Al analizar un mensaje publicitario, el Jurado tomará en consideración la perspectiva de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, dentro del círculo de destinatarios a los que se dirija la publicidad.

- **Buena fe:** La publicidad no deberá constituir nunca un medio para abusar de la buena fe del consumidor.
- **Explotación del miedo:** La publicidad no ofrecerá argumentos que se aprovechen del miedo, temor o supersticiones de los destinatarios. Los anunciantes podrán recurrir al miedo, siempre proporcionado al riesgo, para alentar un comportamiento prudente o desalentar acciones peligrosas, imprudentes o ilegales.
- **No incitación a la violencia:** La publicidad no incitará a la violencia, ni sugerirá ventajas en las actitudes de violencia.
- **No incitación a comportamientos ilegales:** La publicidad no incitará a comportamientos ilegales.
- **Respeto al buen gusto:** La publicidad no deberá incluir contenidos que atenten contra los criterios imperantes del buen gusto y del decoro social, así como contra las buenas costumbres.
- **Prácticas peligrosas y seguridad:** La publicidad no deberá alentar prácticas peligrosas salvo cuando lo haga en un contexto en que precisamente pueda deducirse que fomenta la seguridad.
- **Publicidad discriminatoria:** La publicidad no sugerirá circunstancias de discriminación ya sea por razón de raza, nacionalidad, religión, sexo u orientación sexual, ni atentará contra la dignidad de la persona. En particular, se evitarán aquellos anuncios que puedan resultar vejatorios o discriminatorios para la mujer.
- **Derecho al honor:** La publicidad ha de respetar necesariamente los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.
- **Respeto al medio ambiente:** La publicidad no incitará ni alentará comportamientos que perjudiquen el medio ambiente.³⁹

1.2.3 Principios que rigen

La publicidad al ser una forma de comunicación, debe tener siempre en cuenta la influencia que ejerce sobre las personas, y su potencialidad para causar peligro, ya que sus consecuencias se miden en base a la trascendencia social.

³⁹Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, *Código de Conducta Publicitaria*, http://www.autocontrol.es/pdfs/Cod_conducta_publicitaria.pdf, Acceso: 8 de mayo de 2011, 18h40.

Es por esto que la publicidad debe manejarse bajo ciertos principios de aplicación universal, cuya trasgresión implicaría una lesión en los derechos de los consumidores hacia quienes va dirigida esa publicidad. Estos principios son los siguientes:

g) El principio de veracidad.- este principio es considerado como el de mayor trascendencia, y consiste en que “en toda actividad publicitaria deberá respetarse la verdad, evitando que se deformen los hechos o se induzca al error. Las afirmaciones que contengan alegaciones que se refieran a la naturaleza, composición, origen, cualidades sustanciales o propiedades de los productos o servicios objeto de la publicidad, serán siempre exactas y susceptibles de prueba en cualquier momento”.⁴⁰ Es aquel que tienen una función fundamental en Derecho del consumo dada la repercusión que tiene la publicidad en la información precontractual. Como hemos mencionado anteriormente la publicidad constituye un factor determinante dentro de la demanda en el mercado alterando las tendencias de los consumidores. Por lo que la publicidad puede lograr se adquiera lo que sin ella no se hubiere deseado. Debido a la fuerza de influencia que ejerce este medio en el público consumidor, es que se le impone el cumplimiento del principio de veracidad.

El punto primordial del principio de veracidad no es solo exigir verdad en el contenido publicitario, sino sobre todo amparar al consumidor que como destinatario final del mensaje publicitario no puede ser inducido a error o engaño mediante información distorsionada.

Existen dos corrientes que tratan al principio de veracidad: por un lado están aquellos que consideran a la falsedad publicitaria como un supuesto de competencia desleal. Por

⁴⁰ Óp. Cit. *Régimen jurídico de la publicidad*, p. 183.

otro lado están aquellos que consideran a la veracidad publicitaria como un principio que tutela el interés público.

La veracidad del acto publicitario se debe formular independientemente a los criterios de la lealtad de competencia. Ya que la calificación de la publicidad como falaz, no puede producirse en función de la potencialidad del acto, como por ejemplo el desvío de la clientela entre competidores. La falacia publicitaria se debe calificar solo en función de los consumidores y sus derechos que se reprimen.

Es importante potenciar el servicio de la publicidad verídica a la sociedad y no solo reprimir la publicidad falaz. Ya que es importante que los destinatarios de la publicidad obtengan por su dinero exactamente el producto promocionado que satisfaga la necesidad que tenga sea ésta real o creada. Es así que, a través de este principio, el anunciante deberá suministrar la suficiente información para que el consumidor ejerza una decisión racional, por lo que en el anuncio deberá incluir aspectos negativos o menos favorables. Lo que se pretende con lo anteriormente mencionado, es que el consumidor no crea que contratando con el anunciante, va a obtener un bien con características que no corresponden a la realidad. Por lo tanto si el anunciante no está obligado a mencionar todo lo que sabe, por lo menos lo que emite en el mensaje debe ser verídico, aunque una verdad a medias termina siendo una falsedad, la ambigüedad y la vaguedad se pueden considerar como supuestos de falacia publicitaria.

Analizándolo desde otra perspectiva hay circunstancias en que a pesar de que se exprese la verdad literal, esta no es suficiente cuando con ella se induce a un engaño, de tal modo que la información publicitaria aún siendo veraz en su contenido puede tener algún planteamiento que induzca a error. La interpretación del mensaje publicitario se realiza de acuerdo con el significado que posee el mensaje para el consumidor medio (aquel que por regla general está

normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz. Se estima falaz el mensaje cuando es capaz de motivar falsamente al consumidor más confiado dentro de los límites de la normalidad. El principal objetivo de la publicidad es la posibilidad de que se produzca un resultado el cual es la contratación con el anunciante. Pero el mensaje transmitido será engañoso cuando después de producido el resultado esperado, éste no se adecua a la realidad.

Por lo tanto para poder juzgar la veracidad del mensaje publicitario no es preciso que se haya producido una defraudación en concreto, producto de la contratación, ya que en este caso los resultados deben ser analizados desde la perspectiva de las obligaciones y los contratos y no desde la perspectiva publicitaria. El principio de veracidad se impone en razón de la potencialidad del acto para estimular determinadas conductas independientemente de que el resultado haya sido la efectiva contratación. Este principio persigue impedir que se reduzca la libertad de los receptores del mensaje para ejercer sus decisiones racionalmente.

- h) El principio de legalidad hace referencia a que el mensaje publicitario no puede ser contrario a ninguna norma del ordenamiento jurídico.

El principio de legalidad pone como límites al acto de realizar publicidad, el mantenimiento de la paz y el orden social⁴¹, además se toma como principal factor a respetar, los derechos de la personalidad. Ningún acto puede desconocer la dignidad y el respeto a las personas, ya que estos elementos tienen la característica especial de ser inalienables e imprescriptibles. El derecho del informante a comunicar, no supone un derecho de menoscabar sus derechos personalísimos.

⁴¹ Se puede considerar al orden social como un conjunto de principios e instituciones que se consideran fundamentales en la organización social de un país y que inspiran su ordenamiento jurídico.

El acto publicitario debe desarrollarse de tal manera que ya sea por su finalidad o por la forma de expresarse siempre respete las normas jurídicas.

El ordenamiento jurídico de un país está orientado a regular conductas indeseables que alteren el orden establecido, de esta manera, se pretende evitar que a través de la publicidad se pueda infringir dichas normas, vulnerando derechos de terceros.

Al hablar de un orden social, es indispensable manejar ciertos factores que van implícitos, como son: las buenas costumbres, el decoro, el buen gusto, la moral. A través de esto se busca proteger el conjunto de valores que forma parte de lo que constituye la naturaleza de la convivencia social.

La publicidad no puede estar dirigida a la estimulación de conductas antisociales, o que pretendan beneficiarse de la credulidad del receptor, tampoco puede destinarse a promover sensaciones de miedo o pánico dentro de la población o a generar expectativas que no se cumplirán.

El principio de legalidad se aplica de un modo general como principio jurídico vinculante a los ciudadanos y a los poderes públicos.⁴²

- i) El principio de autenticidad alude a la exigencia de que la publicidad se presenta como tal, es decir, sea claramente reconocible y se diferencie del resto de la información. Los medios de comunicación no tienen claramente delimitado lo que presentan como servicios informativos, de entretenimiento y de publicidad. Este principio busca que el público al cual va dirigida la publicidad pueda diferenciar la información no publicitaria de la publicidad. Lo dicho anteriormente prescribe que cualquier mensaje publicitario que se difunda a través de cualquier medio de comunicación

⁴² Óp. Cit. *Régimen Jurídico de la Publicidad*, pp. 171 – 177.

debe identificarse como tal. Para algunos tratadistas el principio de autenticidad se presenta como la aplicación del principio de veracidad al momento de presentarse el mensaje dentro del contexto de la transmisión de información.

El hecho de que se plantee como necearía la identificación de un mensaje publicitario como tal, involucra la suposición de la existencia de cierto nivel de desconfianza o como se lo conoce doctrinariamente “coeficiente de reserva”, dentro de los destinatarios de esa publicidad. Los anunciantes no deben aprovecharse de la confianza de la que gozan los medios de comunicación, ya que esto le podría acarrear su propio desprestigio. Es así dentro del ejercicio de actividades en las cuales se transmite información al público, debe ser fácilmente identificable y diferenciarse claramente la publicidad de información de otra clase.

Este principio no pretende modificar el contenido de la actividad publicitaria al obligarla a presentar solo la verdad, sino que se busca adecuar al mensaje publicitario a su verdadera naturaleza sin que se logre sacar provecho de elementos que no le pertenecen, perjudicando a los destinatarios de dicho mensaje, persigue que el mensaje quede encuadrado en los límites de su propia naturaleza, dejando de manera evidente que la intervención de los medios de comunicación es únicamente como trasmisor de un mensaje.

El vulnerar este principio además de constituir una falta a los derechos de los consumidores, incurriría en la práctica desleal contra la competencia. El principio de autenticidad busca proteger y generar confianza dentro del público, tanto en los anunciantes, como en los medios que se utilizan para realizar dicho anuncio.⁴³

⁴³ Óp. Cit. *Régimen Jurídico de la Publicidad*, pp. 182 – 202.

- j) El principio de libre competencia implica la relación de la publicidad con las leyes del mercado, particularmente con las leyes de libre competencia y prohibición de la publicidad desleal.⁴⁴

La publicidad dentro del sistema económico es utilizada de manera instrumental, para conquistar el mercado.

Algunos autores establecen que está mal denominado el presente principio, debido a que la publicidad no afecta a la libertad de competencia. La publicidad no tiene efectos restrictivos debido a que los competidores están en igualdad de condiciones en el tema publicitario. Este principio pretende proteger directa y fundamentalmente la libertad de la competencia entre los concurrentes en el mercado, y en materia publicitaria busca proteger este medio, el cual hace efectivo el ejercicio de la libertad de elección de los consumidores.

Cuando un acto de competencia es publicitario, su calificación de desleal se mide por la lesión que cause a la competencia en sí misma. Entonces podemos decir que no todo acto de deslealtad competitiva visto desde la perspectiva de un competidor, debe ser considerado como tal, sino después de haber realizado un análisis desde la óptica de la libertad de elección de los consumidores. La calificación de deslealtad se obtiene al momento de realizar un análisis, se debe subsumir el acto en el supuesto de la confusión, en el de denigración, atribución de falso prestigio, lo cual atrae el problema, ya analizado anteriormente, de la veracidad dentro de la publicidad.

Dentro del ámbito de la sanción que se debe imponer a quien incurre en un acto publicitario desleal, para satisfacer el orden jurídico alterado, no se lo logra a través del resarcimiento de

⁴⁴ *La Publicidad Ilícita*, <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/mlg/321.htm>, Acceso: 11 de marzo de 2011, 17h09.

los daños causados, sino se logra a través de la cesación del acto publicitario o de lo contrario la prohibición de repetirlo.⁴⁵

1.3 Instituciones encargadas de la regulación de la publicidad

1.3.1 DIDECO y Subsecretaría de la Competencia y Defensa del Consumidor

DIDECO es la Dirección de Defensa del Consumidor, institución adscrita al MIPRO, encargada de la protección al consumidor. Ofrece la información necesaria para detectar y evitar que vulneren los derechos a los consumidores.

Este departamento no resuelve disputas de carácter individual, ya que está encargado de vigilar la información que recibimos los consumidores, debido a que esta es de gran utilidad para lograr que se cumplan las leyes de protección al consumidor.

El objetivo principal de este departamento es recuperar espacios de política pública en materia del consumidor, a través de la difusión, capacitación y vigilancia de la aplicación de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su Reglamento, con el fin de propiciar las buenas prácticas comerciales en las relaciones de consumo entre los proveedores y consumidores.

El DIDECO está bajo la responsabilidad del Subsecretaría de la Competencia y Defensa del Consumidor, la cual mediante Decreto Ejecutivo No. 1614 publicado en el R.O. 558 de 27 de marzo de 2009, se establecen las normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN, regulando así el comportamiento de los operadores económicos que pudieren ser lesivos o que atenten a la competencia. Se designa como autoridad encargada de la aplicación de la Decisión 608 al Ministro de Industrias y Productividad; y, como autoridad investigadora a la Subsecretaría de la Competencia, al mismo tiempo se designa al Subsecretario de la Competencia como autoridad ecuatoriana para que conforme el Comité Andino de Libre Competencia de la Comunidad Andina de Naciones.

⁴⁵ Óp. Cit. *Régimen Jurídico de la Publicidad*, pp. 205 – 212.

Adicionalmente, esta Subsecretaría 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.⁴⁶

Está conformada por las Direcciones de Competencia y Defensa del Consumidor, y tiene entre otras funciones las siguientes:

- Promoción y difusión de aspectos relacionados con la competencia.
- Investigación y sanción en materia de competencia.
- Promoción y protección de los derechos de los consumidores.
- Fomentar una cultura de consumo inteligente.

Un ejemplo de ello son los operativos de control por parte de la Dirección de Defensa del Consumidor (Dideco), en los Centro Comercial de la ciudad.

Según Juliana Tamayo, comisaria tercera nacional, el objetivo es que los locales comerciales cumplan con la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, “Es decir, que no haya publicidad engañosa, que respeten los precios, etc.”.⁴⁷

La comunidad percibe estas medidas como buenas ya que como muchos hemos visto, por ejemplo, un precio, pero cuando se lo multiplica por las cuotas y por el tiempo que se tiene que pagar, el valor aumenta.

Por ejemplo, en el catálogo de Almacenes La Ganga se especifica las cuotas semanales a pagar, que oscilan entre USD 7 y USD 32, pero no se incluye el tiempo de pago ni el valor final del producto. Por eso, Alan Ramos, administrador del establecimiento, recibió el citatorio para que los representantes

⁴⁶ DIDECO, http://www.micip.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=458&Itemid=135, Acceso: 6 de mayo de 2011, 20h30.

⁴⁷ El Comercio, *Nuevas inspecciones a los locales comerciales*, <http://www4.elcomercio.com/generales/solo-texto.aspx?gn3articleID=241786>, Acceso: 6 de mayo de 2011, 21h45.

del Almacén expliquen su falta. Tienen hasta finales de mayo para hacer su declaración.⁴⁸

Ángelo Carvajal, coordinador de DIDECO, explica que esta operación tiene tres etapas:

- la informativa;
- la de control; y
- la sancionatoria. las multas serán de entre USD 100 y USD 1 000.

Dentro de la labor que cumple El Ministerio de Industrias y Productividad a través de la Dirección de Defensa del Consumidor, informa:

- Que la ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece que todo proveedor tiene la obligación de entregar al consumidor información veraz, clara, completa y oportuna de los bienes o servicios ofrecido, incluyendo los montos adicionales correspondientes a impuestos y otros recargos, con el fin de permitir al consumidor comparar y elegir libremente lo que desea adquirir.

Esta obligación legal no se subsana incluyendo leyendas explicativas como por ejemplo: "precios no incluyen impuestos", "más IVA y 10% de servicio" u otro tipo de textos.

- Están autorizados a cobrar el 10% adicional al consumo solo los hoteles, bares y restaurantes de las dos primeras categorías establecidas en el Reglamento General de Actividades Turísticas.
- Cuando un consumidor cancele con tarjeta de crédito (crédito corriente) sus consumos, el valor cobrado deberá ser el mismo que el precio en efectivo. Los establecimientos no pueden trasladar los costos que les

⁴⁸ *Ibíd.*

cobra la compañía emisora de la tarjeta hacia el consumidor final.

- Todo proveedor de bienes y servicios está obligado a entregar al consumidor, la factura o nota de venta que documente el negocio realizado.
- Todo proveedor de bienes y servicios tiene la obligación de poner a disposición del consumidor un libro de sugerencia o reclamos.
- Si se hacen públicas cualquier tipo de promociones y ofertas, estas deberán señalar, además del tiempo de duración de las mismas, el precio anterior y el nuevo del bien o servicio. Las ofertas son de cumplimiento obligatorio.

Es importante que se promueva entre la ciudadanía una cultura del consumidor, para lo cual también llegan con la campaña a los proveedores, que deben cumplir con las responsabilidades que exige la ley para ofertar sus productos o servicios.⁴⁹

1.3.2 El INEN: control de calidad

Es el organismo oficial de la República del Ecuador para la normalización, la certificación y la metrología.

Es una entidad adscrita al Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad, MICIP, y fue creada en 1970-08-28 mediante Decreto Supremo No.357 publicado en el Registro Oficial No.54 de 1970-09-07.

Este decreto fue reformado según el artículo 30 de la ley No.12 de Comercio Exterior e Inversiones, LEXI, de 1997-05-26 y publicada en el Registro Oficial No.82 de 1997-06-09 y según el cual, este organismo se constituye en una entidad con personería jurídica de derecho privado con finalidad social y pública.

⁴⁹ *Ibíd.*

El Artículo numero 64 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece que:

El Instituto Ecuatoriano de Normalización, INEN, determinará la lista de bienes y servicios, provenientes tanto del sector privado como del sector público, que deban someterse al control de calidad y al cumplimiento de normas técnicas, códigos de práctica, regulaciones, acuerdos, instructivos o resoluciones. Además, en base a las informaciones de los diferentes ministerios y de otras instituciones del sector público, el INEN elaborará una lista de productos que consideren peligrosos para el uso industrial o agrícola y para el consumo.

Para la importación y /o expendio de dichos bienes, el ministerio correspondiente, bajo su responsabilidad, extenderá la debida autorización.⁵⁰

Así mismo este instituto está a cargo de emitir las normas técnicas a través de las cuales se realizaran los controles de calidad. Estos controles serán realizados por las unidades de control de calidad dentro de empresas públicas y privadas.

El INEN además está a cargo de la capacitación y la creación de programas permanentes de educación sobre normas de calidad a los proveedores y consumidores.

El Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor también establece que en caso de que el Instituto Ecuatoriano de Normalización (INEN) compruebe técnicamente una defectuosa calidad de bienes o servicios, deberá remitir un informe a las autoridades competentes para que procedan de conformidad con lo previsto en el Art. 66 de la ley.⁵¹

El reglamento anteriormente mencionado dispone que “El INEN determinará, los productos considerados potencialmente peligrosos para la salud o integridad física de los consumidores, para la seguridad de sus bienes o del ambiente, a efectos de que el proveedor esté obligado a incorporar las

⁵⁰ Óp. Cit. Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, p. 42.

⁵¹ *Ibíd.* p. 77.

advertencias o indicaciones necesarias para que su empleo se efectúe con la mayor seguridad posible.”⁵²

De lo anteriormente expuesto podemos desprender que tanto la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor como su reglamento buscan un sistema de control y regulación para prevenir y evitar que a los consumidores se les cause un perjuicio con productos que no lleguen a tener las características necesarias para que satisfagan una necesidad y no perjudiquen a los consumidores.

1.3.3 Defensoría del Pueblo

Es importante analizar cual es el papel de la Defensoría del Pueblo frente a la Ley de Defensa del Consumidor.

Y es así que la Defensoría del Pueblo empezó a estudiar la Ley de Defensa del Consumidor. Surgió la iniciativa de reunir a varias ONG, como la Comisión de Defensa del Consumidor y la Tribuna del Consumidor, que junto a nosotros elaboraron el proyecto. Este, sin muchos cambios, fue aprobado por el Congreso.

Según la Ley, la Defensoría del Pueblo tiene el papel de mediador entre el consumidor y el proveedor. No solamente es mediador. De acuerdo con la Ley, la institución es la primera instancia de solución extrajudicial de los conflictos entre el consumidor y el proveedor. Hacemos mediación cuando es posible y las partes aceptan. Procura la reparación de un derecho vulnerado. La principal función es lograr que quien ha infringido la ley, la repare.

La Defensoría del Pueblo realiza un trabajo conjunto con otras organizaciones como la Tribuna del Consumidor. Sin embargo, las instancias de acuerdo con la Ley son:

- Primero la Defensoría del Pueblo, que asume la defensa extrajudicial; y

⁵² *Ibíd.* p. 71.

- Luego, los jueces de contravenciones para la demanda judicial.

Según la primera transitoria de la Ley, el papel de jueces de contravención lo ejercen, los intendentes y comisarios; en segundo lugar, el juez de lo penal.

Esta disposición fue reformada mediante la Resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura, publicado el 20 de Enero del 2011, a través del cual se resuelve crear los Juzgados de Contravenciones.

El artículo 215 de la Constitución dice que la Defensoría del Pueblo protegerá los derechos fundamentales de los ciudadanos y entre esos están los del consumidor.

Art. 215.- La Defensoría del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país. Serán sus atribuciones, además de las establecidas en la ley, las siguientes:

1. *El patrocinio, de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados.*
2. *Emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los derechos, y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente, por sus incumplimientos.*
3. *Investigar y resolver, en el marco de sus atribuciones, sobre acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos.*
4. *Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso, y prevenir, e impedir de inmediato la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante en todas sus formas.⁵³*

Basada en la Constitución y la propia Ley Orgánica, la Defensoría puede aplicar sanciones morales para exigir el respeto a los derechos de los consumidores.

La Defensoría está facultada a encaminar las causas hacia los jueces. Hay varias maneras:

- la denuncia;

⁵³Asamblea Constituyente, Constitución de la Republica del Ecuador, http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf, Acceso: 7 de mayo de 2011.

- la acusación; y
- la excitativa fiscal, según el caso.

El artículo 215 de la Constitución establece que es función de La Defensoría del Pueblo la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de los ecuatorianos que estén fuera del país.

Entre sus atribuciones, están las siguientes:

1. *El patrocinio, de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados.*
2. *Emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los derechos, y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente, por sus incumplimientos.*

En base a este artículo se atribuye al Defensor del Pueblo facultades suficientes para iniciar las acciones necesarias tendientes a proteger los derechos de los consumidores ya sea solicitud de parte o por su propia cuenta. Además puede dictar medidas que deben ser cumplidas obligatoriamente por aquellos agentes que violen derechos de los consumidores.

CAPÍTULO II

EL CONSUMIDOR Y EL PERJUICIO CAUSADO

2.1 El consumidor

2.1.1 Quién es el consumidor?

La doctrina menciona dos formas de considerar al consumidor, desde la óptica objetiva y la óptica subjetiva.

La visión objetiva da preeminencia al acto de adquisición, es decir siempre y cuando la finalidad del acto sea el consumo como destinatario final del bien. Por el contrario la concepción subjetiva se centra en la calidad del sujeto que realiza el acto.

Nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor ha adoptado una posición acerca del consumidor, de carácter objetiva, ya que en su artículo 2 define al consumidor como: “Toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente Ley mencione al consumidor, dicha denominación incluirá al usuario.”⁵⁴

Por lo expuesto anteriormente se puede desprender que nuestra Ley considera consumidores a quienes contratan bienes o servicios para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social. Del mismo modo, no considera consumidores a quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, así lo establece el artículo 1 del Reglamento a la anteriormente mencionada Ley:

*“...no serán considerados consumidores aquellas personas naturales o jurídicas que adquieran, utilicen o reciban oferta de bienes o servicios para emplearlos en la explotación de actividades económicas con fines de lucro o, en beneficio de sus clientes o de terceros a quienes ofrezcan bienes o servicios.”*⁵⁵

Esta definición de consumidor aclara una duda que generalmente se plantea, ésta es si la persona jurídica puede ser considerada como consumidor.

Pero otro cuestionamiento surge, ya que la definición no deja claro si una persona que adquiera un bien por haberlo ganado en una rifa, sorteo o a título gratuito, puede ser considerado consumidor.⁵⁶

2.1.2 Información dentro de la publicidad

Como hemos dicho anteriormente, dentro de la publicidad existe un traslado de información por parte de un emisor hacia un receptor. Lo que sucede

⁵⁴ Óp. Cit. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, p. 13.

⁵⁵ *Ibíd.*, p 58.

⁵⁶ GÓMEZ GARCÍA, Carlos Andrés y MUÑOZ CORTINA Silvia Helena, Fundamentos para la Protección del Consumidor frente a la Publicidad Engañosa, <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/852/745>, p. 266. Acceso: 17 de abril de 2011.

es que muchas de las veces los emisores publicitarios incluyen en sus mensajes información que no está directamente relacionada con el producto, pero que al ser difundida, dicha información produce en las personas una reacción que influye al momento de realizar una elección.

Los emisores del mensaje necesitan por parte de los productores del producto a ofrecerse la mayor cantidad de información, para así poder de igual manera brindar de manera más eficiente la información que el consumidor requiere para realizar una elección conciente.

La publicidad es considerada como un acto de comunicación pública, y tiene el carácter de comercial cuando gira alrededor de bienes o servicios dentro del mercado de manera directa o indirecta.

La información comercial es una herramienta indispensable de carácter económico, ya que a través de ella busca destacar las bondades, cualidades y características de un producto o servicio.

Este tipo de información presenta algunas características, como las siguientes:

- i) El contenido del mensaje.- el mensaje publicitario busca informar a los consumidores sobre las cualidades de un bien o servicio que tiene un origen empresarial.
- ii) La finalidad.- el anuncio publicitario está encaminado a persuadir y a causar una modificación dentro de la conducta de quienes reciben el mensaje. Esto quiere decir que el mensaje lleva encerrado un componente sugestivo mediante la exaltación de las características de los productos o servicios. Cabe aclarar que la publicidad no solo cumple una función persuasiva sino que también cumple una función informativa al dar a conocer a los consumidores sobre las características, existencia y otros elementos indispensables de los productos.
- iii) Los destinatarios.- el destinatario de este tipo de información es el público en general, más concretamente,

aquellos quienes están interesados en la adquisición de los bienes o servicios que en el mensaje se ofertan.

- iv) Los medios utilizados.- la publicidad se presenta generalmente a través de medios como la prensa la radio y la televisión.

Por lo anteriormente expuesto se ha establecido que la publicidad no sólo beneficia los empresarios, sino a los consumidores al permitirles conocer las características sobre los productos, y además beneficia también al mercado en general al facilitar un mayor flujo de información.

De lo expuesto anteriormente se puede desprender que la publicidad comercial presenta algunos beneficios como por ejemplo, reduce los costos en lo referente al acceso a la información a favor de los consumidores, también sirve como método de incentivo para la competencia, ya que los competidores utilizarán este mecanismo para atraer la demanda logrando mayor clientela.

La información comercial está relacionada indirectamente con la libertad de expresión. Pero esta relación no debe ser entendida en sentido amplio, ya que es completamente legítimo que el estado regule esta libertad, cuando están en juego los derechos reconocidos de los consumidores.

Existen algunos requisitos que se deben cumplir para que el Estado esté plenamente facultado para intervenir, algunos de estos requisitos son los siguientes:

- El interés gubernamental alegado para justificar la restricción debe ser sustancial;
- La actuación restrictiva ha de promover directamente el interés gubernamental alegado;
- La actuación restrictiva no debe ser más extensiva de lo necesario para promover el interés gubernamental.⁵⁷

⁵⁷ CALLE CASUSOL, Jean Paul, *Responsabilidad Civil por Publicidad Falsa o Engañosa*, ARA editores, Lima, primera edición, 2002, p. 135.

Esta protección está basada principalmente en la función informativa de la publicidad. Por lo que no se podría encontrar una justificación para impedir o suspender los mensajes publicitarios que no informan correctamente al público.

La restricción a la que hemos estado haciendo alusión, debe estar destinada directamente a la satisfacción del interés estatal, que no es otro que el bienestar de la sociedad.

Está claramente establecido en la Constitución de la República en su artículo 52, que en su primer inciso menciona:

“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.”⁵⁸

De este artículo pueden desprender que existe protección a dos derechos fundamentales que son el derecho a la libre expresión de los empresarios a través de la publicidad que está formada por información comercial; y el derecho de los consumidores a recibir información verídica y clara acerca de los productos que van a adquirir.

Es así que de esta manera se garantiza a los productores que a través de la publicidad puedan ejercer su libertad de expresión, no sólo para informar a los consumidores sobre sus productos, sino también para atraerlos hacia su oferta. Pero también se garantiza el derecho de los consumidores a recibir información objetiva relacionada con los precios, contenido, origen, efectos, etc., para si poder ejercer una decisión racional.

2.1.3 Información básica comercial

A través de este tipo de información el anunciante busca crear una imagen de sus productos y además despertar nuevas necesidades y deseos en los consumidores, para así incentivar la contratación de bienes o servicios.

⁵⁸ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf, Acceso: 06 de abril de 2011, 21h41.

Se conoce como información básica comercial a la información que las empresas deben entregar al consumidor sobre los productos que ofrecen. Dicha información debe ser difundida de manera leal, veraz, de tal modo que no induzca a engaño a los consumidores.

La importancia de la información entregada radica en el hecho de tratar de equilibrar la asimetría que existe entre consumidores y productores. Por lo tanto, dicha información debe aportar herramientas necesarias y suficientes a los consumidores, para permitirles realizar una elección libre, conciente y racional.⁵⁹

Existen varias fuentes de información en las cuales se basan los anunciantes para publicitar productos.

La información que las agencias publicitarias reciben, pueden provenir de tres fuentes:

- a) La información escrita.- la misma puede ser de índole técnica, acerca del producto; histórica sobre la evolución del producto; de marketing sobre la situación del producto; externa referida a los consumidores; y, referencial sobre el mercado (la competencia y publicidad).
- b) La segunda fuente de información es la referente a la forma de elaboración de un producto. Este elemento puede ser un factor diferenciador al momento de publicitar un producto.
- c) La tercera fuente de información es el producto en sí mismo. Al momento de utilizarlo o acercarlo al comunicador, le brinda a éste una dimensión personal lo cual le forma un criterio que combinado con las demás fuentes de información crea su punto de vista que va a ser transmitido.⁶⁰

En nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor se establecen claramente lo que, entre otras cosas, puede considerarse como información básica comercial, que los productores deben proporcionar a los consumidores con el

⁵⁹Cfr. SERNAC, *Información Básica Comercial*, http://www.sernac.cl/proveedores/doc/Columna%20estrategi_a_10.pdf, Acceso: 18 de febrero de 2011, 23h42.

⁶⁰ Óp. Cit. *Introducción a la Publicidad*, pp. 83, 84.

objetivo de que realicen elecciones conscientes y bien informadas sobre lo que van a consumir.

El Capítulo IV de Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, tiene como título “Información Básica Comercial”. En el artículo 9 en adelante, se establece que la información básica comercial está constituida por lo siguiente:

1. INFORMACION PÚBLICA

Todos los bienes a ser comercializados deberán exhibir sus respectivos precios, peso y medidas, de acuerdo a la naturaleza del producto.

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.

Además del precio total del bien, deberá incluirse en los casos en que la naturaleza del producto lo permita, el precio unitario expresado en medidas de peso y/o volumen.

2. IDIOMA Y MONEDA

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, en moneda de curso legal y en las unidades de medida de aplicación general en el país; sin perjuicio de que el proveedor pueda incluir, adicionalmente, esos mismos datos en otro idioma, unidad monetaria o de medida. La información expuesta será susceptible de comprobación.

3. GARANTÍA

Los productos de naturaleza durable tales como vehículos, artefactos eléctricos, mecánicos, electrodomésticos, y electrónicos, deberán ser obligatoriamente garantizados por el proveedor para cubrir deficiencias de fabricación y de funcionamiento. Las leyendas «garantizado», «garantía» o cualquier otra equivalente sólo podrán emplearse cuando indiquen claramente en qué consiste tal garantía; así como las condiciones, forma plazo y lugar en que el consumidor pueda hacerla efectiva. Toda garantía deberá individualizar a la persona natural o jurídica que la otorga, así como los establecimientos y condiciones en que operará.

4. PRODUCTOS DEFICIENTES O USADOS

Cuando se oferten o expendan al consumidor productos con alguna deficiencia, usados o reconstruidos, tales circunstancias deberán indicarse de manera visible, clara y precisa, en los anuncios, facturas o comprobantes.

5. PRODUCCIÓN TRANSGÉNICA

Si los productos de consumo humano o pecuario a comercializarse han sido obtenidos o mejorados mediante trasplante de genes o, en general, manipulación genética, se advertirá de tal hecho en la etiqueta del producto, en letras debidamente resaltadas.

6. ROTULADO MÍNIMO DE ALIMENTOS

Sin perjuicio de lo que dispongan las normas técnicas al respecto, los proveedores de productos alimenticios de consumo humano deberán exhibir en el rotulado de los productos, obligatoriamente, la siguiente información:

- a) Nombre del producto;
- b) Marca comercial;
- c) Identificación del lote;
- d) Razón social de la empresa;
- e) Contenido neto;
- f) Número de registro sanitario;

- g) Valor nutricional;
- h) Fecha de expiración o tiempo máximo de consumo;
- i) Lista de ingredientes, con sus respectivas especificaciones;
- j) Precio de venta al público;
- k) País de origen; y,
- l) Indicación si se trata de alimento artificial, irradiado o genéticamente modificado.

7. ROTULADO MÍNIMO DE MEDICAMENTOS

Sin perjuicio de lo establecido en las normas especiales, los medicamentos en general y los productos naturales procesados, deberán contener información sobre:

- a) Nombre del producto, genérico o de marca;
- b) Marca comercial;
- c) Identificación del lote;
- d) Razón social de la empresa;
- e) Contenido neto;
- f) Número de registro sanitario;
- g) Fecha de expiración o tiempo máximo de consumo;
- h) Lista de componentes, con sus respectivas especificaciones;
- i) Precio de venta al público;
- j) País de origen;
- k) Contraindicaciones;
- l) En cuanto a productos naturales, debe identificarse la procedencia, y si hay elementos culturales o étnicos en el origen.

8. INFORMACIÓN DE BIENES DE NATURALEZA DURABLE

A más de la información que el proveedor debe hacer constar para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos anteriores, cuando se trate de bienes de naturaleza durable, se deberá informar sobre la seguridad de uso, instrucciones sobre un adecuado manejo y advertencias.

2.1.4 Importancia de la información en las diferentes etapas contractuales

Dentro de la etapa precontractual, el deber de información se manifiesta como la obligación de suministrar, de manera previa a la verificación del acto de consumo, la información necesaria que permita al consumidor ingresar de manera adecuada a dicha relación.

La finalidad primordial de la información en esta etapa, es el proteger el consentimiento del consumidor. Se busca que el consumidor no entre a la relación de consumo sin información y a causa de esto adopte decisiones equivocadas, que siendo de otra manera, si el consumidor hubiere estado mejor informado, no hubiere tomado la decisión de adquirir cierto producto, o no lo hubiese hecho en esas condiciones.

En este sentido, el deficiente suministro de información en la etapa precontractual puede llevar a configurar una situación que genere

responsabilidad precontractual. Y es de esta manera que el proveedor asume un deber precontractual de información destinado a preservar un adecuado consentimiento a ser prestado por el consumidor.

Pero este deber no es sólo para preservar el consentimiento, sino también está destinado a preservar la salud o integridad de los consumidores, en este caso el proveedor deberá responder si existe alguna lesión a los intereses que se produzca como falta a ese deber de informar.

Dentro de esta particularidad, resulta importante la forma como se debe manejar la oferta, promoción y publicidad, no solo porque cada una de estas puede constituir eventualmente un punto de partida para una futura relación contractual, sino porque proporcionan una información que puede resultar determinante para los destinatarios.

Se puede exigir que la información contenida en un anuncio publicitario sea veraz en lo referente al tema en concreto, pero nada más; ya que posteriormente existirán otros momentos o fases en los cuales se podrá profundizar en la información sobre el producto.⁶¹

Dentro de la etapa contractual, el proveedor también tiene el deber de informar al consumidor una vez formalizado el acto de consumo. El deber contractual de información abarca:

- Toda la información necesaria en la etapa posterior a la celebración del contrato, puede ser al momento de la entrega de la cosa o durante la prestación del servicio.
- Además de toda la información que resulte indispensable después de la entrega de la cosa para su total y completo disfrute.

⁶¹ Óp. Cit. pp. 310-312.

Es así que la información otorgada al consumidor en la etapa precontractual es simplemente una primera aproximación que queda reducida a exhibir los puntos básicos sobre los productos que se ofrecen, pudiendo exigir simplemente una obligación negativa que es el no ser engañado.

Por eso al tratarse de información contenida en anuncios publicitarios, una vez que el consumidor decida adquirir el bien o servicio, el proveedor debe entregar el bien o servicio con las características y cualidades que prometió. Ya que sería muy grave que el proveedor ya en la etapa contractual se niegue a otorgar el bien con las características ofrecidas. Esto constituiría un abuso a la confianza depositada por los consumidores que adquieren los productos creyendo que la información brindada es real.

Si el cumplimiento por parte del proveedor es tardío o defectuoso, o se produce el incumplimiento del deber de otorgar información asumido por el proveedor, puede constituir un presupuesto de responsabilidad contractual.

2.1.5 Publicidad Falsa o Engañosa

La publicidad comercial en general presenta varias modalidades, entre ellas, hay algunas que son consideradas lícitas y otras ilícitas por los distintos ordenamientos jurídicos que los tratan. Entre las principales prácticas publicitarias que están consideradas como ilícitas, está la publicidad falsa o engañosa.

Por publicidad engañosa se entiende a toda aquella publicidad que induzca a error a los consumidores. El mencionado error se puede producir por varias circunstancias como por ejemplo omisión, exageración, ambigüedad, etc. en la información.

Es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos

fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios.⁶²

Los mensajes publicitarios son **literalmente falsos** al compararse que el mensaje transmitido con las características del producto que se publicita, no se ajusta a la realidad o si son erróneos o equivocados. En tal sentido, la calificación de cierto o falso que se haga del anuncio, requiere que se realice un cotejo y una comprobación del mensaje con la realidad que el mismo transmite.

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

Todo acto a través del cual se produzca un efecto que lleve al consumidor a tomar decisiones inadecuadas o perjudiciales para sí, decisiones que en circunstancias favorables para el consumidor, no las hubiera adoptado, es también considerado falso.

Por otro lado un mensaje puede contener información verídica, pero en la forma que es expuesta al público, puede causar engaño o confusión al consumidor. Un ejemplo de esto puede ser cuando se utiliza publicidad comparativa, señalando las características de un producto, utilizando información verídica, pero sin señalar las características del otro, produciendo en el consumidor la sensación de que el producto anunciado es superior.

Este tipo de mensajes son literalmente ciertos, pero engañosos ya que son aquellas afirmaciones objetivas que, a pesar de ser literalmente ciertas, transmiten un mensaje o una representación engañosa del producto que se anuncia, capaz de inducir en error al destinatario.

De la misma manera puede suceder que la información que se utiliza para realizar el anuncio publicitario, sea errónea como resultado de un concepto o apreciación errada.

⁶² *Publicidad Engañosa*, http://www.poderdelconsumidor.com.ar/otros_temas/publicidad_enganosa.htm, Acceso: 11 de abril de 2011.

La publicidad engañosa puede presuponer tres presupuestos:

- i) Los anuncios que son absolutamente falsos;
- ii) Los anuncios parcialmente inexactos; y
- iii) Los anuncios que omiten ciertas circunstancias.⁶³

Se ha intentado agrupar las distintas situaciones que, bajo la denominación de “publicidad engañosa”, se presenta, de las cuales el consumidor puede ser víctima.

Es así como se puede encontrar algunas situaciones de las que se puede proteger al consumidor frente a la publicidad, como por ejemplo: violación de la responsabilidad social en la comunicación comercial

La publicidad no solamente es la posibilidad que tiene el comerciante de dar a conocer sus productos o servicios, incluso constituye un derecho constitucional cuyo titular es el anunciante, y este derecho se puede ver materializado a través de la libertad de expresión comercial.

Las formas de expresión comercial no pueden ser desvinculadas de las demás formas en las que se aplica la libertad de expresión; pues aunque la publicidad se diferencia de la libertad de prensa en que no siempre es una información imparcial, ya que de lo que se trata es de hacer resaltar un producto o servicio sobre los demás, obviamente tendrá que ser siempre una posición parcializada.

La Constitución, no solamente obliga a los emisores de información a difundirla con veracidad, sino que también obliga a que ese derecho a la libertad de expresión comercial se ejerza responsablemente lo cual engloba el respeto por los demás derechos y principios constitucionalmente consagrados, es decir, la publicidad no puede vulnerar principios tales como la paz, la dignidad, el buen nombre, el respeto por la vida y los valores inherentes a ella, entre otros principios constitucionales.

⁶³ Op.cit. *Responsabilidad Civil por Publicidad Falsa o Engañosa*, p. 168.

Esto concuerda con lo que el autor colombiano Luís Gabriel Botero sostiene, que en la publicidad, la responsabilidad social incorpora el respeto por los derechos fundamentales.

Es por esto que “cuando se presenta un choque entre la libertad de expresión y los demás derechos fundamentales, son éstos el límite para el primero, es decir siempre que la libertad de expresión vulnere un derecho fundamental debe ceder ante éste”.⁶⁴

2.2 El perjuicio

2.2.1 Resarcimiento de daños

Para hablar de resarcimiento de daños, primero debemos establecer la responsabilidad y a quien es atribuible esa responsabilidad en el campo de la publicidad. Es así que hablaremos de nociones básicas del tipo de responsabilidad existente en este ámbito y hasta qué punto es exigible.

La reparación de los daños que se pueden causar como resultado de la publicidad falsa o engañosa desemboca finalmente en la posibilidad de compensación efectiva por los daños causados. Por lo tanto, las reglas a aplicarse en este tipo de resarcimiento serán las de la responsabilidad civil. Por lo que me parece pertinente realizar algunas precisiones acerca de lo que la responsabilidad civil engloba.

En armonía con lo antes mencionado, podemos definir a la responsabilidad civil como la obligación que la ley impone a un determinado sujeto de resarcir el daño causado a otro; obligación que presupone un vínculo entre la conducta del agente y el daño.⁶⁵

La responsabilidad civil engloba dos grandes supuestos:

1. El incumplimiento de una relación jurídica determinada, sea cual sea su origen.

⁶⁴ Óp. Cit. *Fundamentos para la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa*, pp. 270-272.

⁶⁵ *Ibíd.* p. 183.

2. El incumplimiento de un deber genérico de prudencia y diligencia impuesto a todas las personas.

Es así que estos dos supuestos dan lugar a lo que es la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.

Doctrinariamente se acepta la posibilidad de la existencia de otro tipo de responsabilidad a parte de la contractual y la extracontractual, y esta es la responsabilidad precontractual.

FAGGELLA sostiene que la responsabilidad precontractual comprende todo el período previo a la conclusión del contrato, que divide en dos etapas:

1. Comprende las tratativas realizadas antes de emitirse la oferta;
2. La emisión de la oferta que termina con la conclusión del contrato o la cesación definitiva de las negociaciones.⁶⁶

Por lo mencionado anteriormente se puede desprender que la responsabilidad precontractual comprende una etapa de tratativas o tratos preliminares que son los actos que los interesados llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar el contrato.

En base a lo anteriormente expresado podemos determinar que la responsabilidad precontractual, es la obligación de resarcir aquellos daños que se producen con anterioridad a la celebración del contrato.⁶⁷

Pero en si la etapa precontractual no genera propiamente una obligación jurídica entre las partes. La relación jurídica se genera cuando las partes decidan terminar con las negociaciones y concluir con el contrato. Es por eso que doctrinariamente es aceptado que los tratantes asumen ciertos deberes cuando deciden ingresar a la etapa precontractual, estos deberes son los de comportarse con buena fe y lealtad.

⁶⁶ *Responsabilidad Precontractual*, <http://www.articuloz.com/leyes-articulos/responsabilidad-precontractual-404675.html>, Acceso: 24 de abril de 2011, 13h16.

⁶⁷ Óp. Cit. *Responsabilidad Civil por Publicidad Falsa o Engañosa*, p. 211.

Los tratantes tienen el deber de respetar la palabra empeñada, la buena fe impone a los tratantes el deber de actuar correctamente sin aprovecharse del estado de ignorancia del otro y sin inducirle a error. Por lo tanto, habrá responsabilidad de los tratantes si vulneran el principio de buena fe.

Como señala Díez Picazo, la hipótesis de la responsabilidad precontractual se puede describir de la siguiente manera: si en el curso de las negociaciones o tratos preliminares una de las partes hace surgir en la otra razonable confianza de que el contrato que se negocia será concluido, y posteriormente interrumpe dichas negociaciones sin justo motivo, está obligado a resarcir los daños que la otra parte sufra como consecuencia de dicha ruptura. Los elementos de este supuesto son:

1. La creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato;
2. El carácter injustificado de la interrupción o ruptura de las negociaciones;
3. La producción de un daño en el patrimonio de una de las partes;
4. La relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada.⁶⁸

Actualmente está catalogado como supuesto de responsabilidad precontractual, el caso de violación al principio de buena fe en la información brindada masivamente. La buena fe nos impone, en los tratos preliminares, el deber de informar a la otra parte de circunstancias y hechos relevantes y desconocidos por ella.

El objetivo es contribuir en la construcción de efectivos medios de defensa para el consumidor frente a la ilicitud publicitarias, buscando hacerle frente a la gran desigualdad que se presenta entre las empresas y los consumidores, cuando estos últimos pretenden hacer valer sus derechos frente a las compañías que anuncian de manera ilícita sus productos.

⁶⁸ *Ibíd.* p. 218.

El derecho del consumidor ha establecido ciertos mecanismos que sirven para precautelar y desincentivar la práctica de la promoción de productos a través de la utilización de publicidad engañosa.

2.2.2 Cesación y Rectificación de la Publicidad

La cesación es uno de los mecanismos previstos por el derecho del consumidor, orientado a hacer parar aquella publicidad que induce al público consumidor a realizar elecciones en base a información incorrecta, sea esta intencional o no.

La rectificación publicitaria, es otra medida utilizada para corregir las distorsiones dentro de la publicidad. La finalidad principal de este mecanismo es eliminar de la mente del público consumidor aquellos residuos de información que se quedan gravados en ella, como consecuencia del engaño que han difundido.

Esta medida persigue evitar que el tipo de práctica publicitaria engañosa siga causando efectos e induciendo a errores a los consumidores.

La aplicación de esta medida requiere que se reúnan ciertos requisitos como son:

- i) Se requiere la difusión masiva de afirmaciones inexactas, falsas o engañosas, respecto a un determinado bien o servicio. En el caso de que la información haya sido difundida masivamente los efectos de esta persistirán en la mente de los consumidores, lo que quiere decir que los efectos característicos de la publicidad engañosa seguirán influyendo en las decisiones de los consumidores;
- ii) Están sujetas a rectificación las afirmaciones que pueden ser susceptibles de comprobación. En materia publicitaria la carga de probar la veracidad de las afirmaciones que realiza le corresponde al anunciante, por lo que en caso de que no se logre probar lo que se afirma entonces cabe la rectificación; y

- iii) La rectificación publicitaria sólo es procedente en tanto exista una distorsión en la información que se difunde.⁶⁹

La publicidad rectificadora es una medida de carácter resarcitoria hacia el público consumidor en general, ya que busca enmendar el daño infringido por la difusión de información incorrecta, pues su finalidad inmediata es proteger al consumidor y lograr que éste, realice elecciones en base a argumentos veraces como lo establece su derecho. Pero además beneficia a los competidores ya que en este sentido gozarían de una competencia más leal y de cierta manera se lograría recuperar la clientela que, la publicidad engañosa atrajo.

2.2.3 El daño como elemento de responsabilidad

El concepto de responsabilidad debe basarse en la idea de daño, es decir que se es responsable frente a otro porque la ley le otorga consecuencias indemnizatorias al daño causado. Por lo tanto, existe responsabilidad cada vez que una persona deba reparar a otra por el daño causado, es así que en base de lo mencionado una persona se vincula o se obliga con otra en virtud de un daño provocado.

Dentro de cualquier hipótesis de responsabilidad se requiere necesariamente que exista:

1. Un daño real;
2. La obligación de reparación de ese daño.

El daño es el elemento central de toda responsabilidad, por lo tanto el agente no asumirá ninguna obligación resarcitoria si no ocasiona un daño a la víctima. Por daño no solo debe entenderse como disminución en el patrimonio de la víctima o conculcación de los derechos subjetivos.

Alessandri define el daño como “todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.”

⁶⁹ *Ibíd.* pp. 172-175.

De esta definición podemos colegir que el daño resarcible es un daño real y no hipotético. Eso quiere decir que el daño debe producirse o al menos existir la posibilidad suficiente de que el daño exista. Por lo tanto, el peligro o la amenaza del daño no constituyen un presupuesto de daño resarcible.

Por regla general en la responsabilidad extracontractual le corresponde a la parte interesada, es decir a la víctima, probar la existencia del daño causado. En el caso de la responsabilidad contractual le corresponde al acreedor la carga de probar el daño.

Para el efecto de establecer el daño resarcible dentro de la responsabilidad precontractual, la doctrina ha establecido una distinción entre el:

- Interés positivo.- se refiere al interés de cumplimiento. Este tipo de interés consiste en la privación de los bienes que la parte tendría si el negocio se hubiera concluido válidamente.
- Interés negativo.- se refiere al daño que se produce por falta de validez o la frustración del contrato. El interés negativo o interés de confianza consiste en el daño sufrido como consecuencia de haber creído en la conclusión del contrato. Es por eso que en este sentido el resarcimiento consiste en restablecer las cosas a su estado anterior.⁷⁰

Partiendo de lo anteriormente mencionado podemos desprender que el daño resarcible en los casos de responsabilidad precontractual se circunscribe a lo referente al interés negativo, esto abarca todo lo que el acreedor hubiere tenido si **no** hubiera confiado en los tratos preliminares.

Por lo general cuando se habla de resarcimiento, éste se traduce en una indemnización en términos de dinero, pero se han establecido formas más adecuadas para llevar a cabo este proceso de resarcimiento de daños causados. Pero el termino reparación abarca más de lo que a indemnización se trata, sino

⁷⁰ *Ibíd.* p. 238.

que también involucra una reparación en especie o en equivalente, cuando el daño ha sido de carácter patrimonial.

2.2.4 Responsabilidad del empresario

Los eventos dañosos consecuencia de la actividad empresarial no deben de recaer sobre los consumidores, sino que se debe tener en cuenta el riesgo empresarial y se debe imputar la responsabilidad al titular de la empresa.

Al hablar de riesgo, quiero decir que existen características que hacen riesgosa la actividad empresarial. Por un lado, está el hecho de que congrega a una cantidad de gente que hace imposible el hecho de controlarla por completo, además por el carácter organizado y por el papel protagónico que cumple dentro del mercado, la empresa es la que está en mejor posición de asumir el costo social de las consecuencias que crea debido al riesgo, ya que esta traslada dicho costo al consumidor.

Este tipo de responsabilidad de la empresa tomó fuerza con la llamada responsabilidad por productos defectuosos, en la cual se estableció que los miembros de la cadena de producción y comercialización deben responder objetivamente por productos defectuosos. Adicionalmente se extiende este tipo de responsabilidad no sólo por los productos defectuosos sino además por los daños que ocasionan la información falsa o engañosa y el comportamiento publicitario incorrecto.

Es por eso que la información falsa o engañosa proporcionada también puede ser considerada como una clase de defecto. Los defectos de información son conocidos también como defectos de instrucción y éstos se presentan cuando se omite información relevante respecto de la forma de uso o consumo de un determinado producto. Por lo general esta clase de información es necesaria para aquellos productos que de no incluir dicha información, puede resultar peligroso su uso incorrecto.

La información es uno de los pilares básicos sobre los cuales se sustenta todo el sistema de mercado, donde se desarrollan las actividades comerciales, ya que a través de la información es que los consumidores pueden conocer sobre las distintas alternativas de bienes y servicios que dentro del mercado se ofrecen, posibilitando de esta manera que el consumidor realice una elección lo más objetiva posible.

Es por eso que los consumidores tienen derecho a que se les brinde información adecuada antes de adquirir un determinado bien. Y así es que el derecho que tienen los consumidores a recibir información veraz, oportuna, adecuada, etc., se fundamenta en la asimetría de la información. Los consumidores no tienen la capacidad de acceder a información relevante, y muchas veces aunque la tuvieran no pueden asimilarla o procesarla, es por eso que es importante reconocer este derecho para de alguna forma poder equilibrar a favor del consumidor la situación.⁷¹

Por lo tanto, la información difundida debe contener tres elementos esenciales:

1. Debe ser exacta, completa y comprensible;
2. Debe ser completa, recayendo sobre todo en aquellos puntos que configuran el consentimiento de la persona a la que se dirige; y
3. Debe ser comprensible.

A partir de lo mencionado anteriormente podemos determinar que como existe un derecho de los consumidores a ser informados de manera correcta, de igual manera existe una obligación correlativa a ese derecho. Esta obligación la asume el proveedor, cuya obligación concreta y específica consiste en suministrar al consumidor una información veraz, completa sobre los precios, la cantidad, las cualidades, la composición y características de los productos o servicios objeto del contrato. Además los proveedores deberán incluir información sobre las fechas de fabricación y caducidad, también deberán incluir

⁷¹ Cfr. *Ibíd.* p. 303.

aquella información sobre cómo se deben usar cierta clase de productos para evitar daños a los consumidores.

Este derecho tiene como función principal formar un consentimiento dentro del consumidor, libre de vicios, para lograr de manera clara y reflexiva una conclusión contractual.

La omisión de información relevante o la emisión de información falsa o engañosa constituyen una clase de defectos que pueden viciar el consentimiento de los consumidores. Por esto es necesario proteger a los consumidores contra dichos defectos no solo en el caso de contratar, sino también de la información distribuida en las promociones destinadas a atraer clientes. Esta situación puede generar daños, ya que produce que los consumidores adopten decisiones equivocadas.

La responsabilidad del anunciante no se debe por el simple engaño, sino por los daños producidos por ese engaño.

Debemos analizar cómo se manifiesta ese engaño. Y determinamos que la responsabilidad del anunciante se presenta cuando se vende bienes y servicios sin las cualidades y características ofrecidas en la publicidad.

Por lo anteriormente expuesto se puede determinar que el origen que da lugar a la responsabilidad del anunciante es la oferta publicitaria.

Desde el momento en el que se emite el mensaje publicitario aparece una relación entre los sujetos partes, es decir el vendedor y el consumidor. Pero, no existe propiamente dicho un vínculo jurídico entre las partes anteriormente mencionadas.

La oferta es “una propuesta de contrato que una persona hace a otra”, “una proposición seria de realizar un contrato dirigida a una persona determinada o a un colectivo, es “una declaración de voluntad dirigida por una

de las partes a la otra con el fin de concluir un contrato una vez se reciba la aceptación”⁷².

Por eso, la doctrina establece la pregunta de si la publicidad es una oferta al público o una invitación a ofrecer.

Si optamos por la primera aproximación, es decir que la publicidad es una oferta al público, bastaría con la simple aceptación por parte del consumidor para que el contrato quede perfeccionado y por lo tanto que vincule al anunciante.

Por el contrario, si consideramos que la publicidad es solamente una invitación a ofrecer, será necesario una nueva declaración de voluntad del anunciante en los mismos términos para que quede vinculado.⁷³

La oferta es en primer lugar una declaración de voluntad unilateral que contiene todos los elementos del contrato y que el oferente emite con una seria intención de obligarse y dar a conocer al destinatario. En la oferta, el emisor oferente transmite un mensaje con un marcado carácter informativo y con una clara voluntad de contratar. La finalidad del oferente será satisfecha si el receptor del mensaje acepta la oferta, momento en el cual se produce la perfección del contrato.⁷⁴

El Código de Comercio establece en su artículo 148 que *“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.”*

El mencionado artículo nos dice que las ofertas se entienden incorporadas al contrato, por lo tanto son de obligatorio cumplimiento para el oferente y el consumidor tiene legítimo derecho a exigir las.

⁷² MENÉNDEZ MATO, J.C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 46.

⁷³ Óp. Cit. pp. 331-332.

⁷⁴ *Diferencias entre publicidad comercial y oferta. Publicidad comercial y deber de información*, [http:// www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/mlg/223.htm](http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/mlg/223.htm), Acceso: 3 de mayo de 2011, 21h50.

El carácter informativo de la publicidad ha supuesto que en ocasiones sea difícil diferenciar claramente cuando nos encontramos ante publicidad comercial y cuando ante una verdadera oferta de contrato.

Las diferencias entre la publicidad y la oferta son relevantes por las consecuencias jurídicas teóricas de cada una de ellas, pero en la práctica tanto la información que se dé en una, como la que se dé en otra se considerarán jurídicamente relevantes en atención a la defensa de los consumidores.⁷⁵

2.2.4.1. Falta de información e información falsa o engañosa como hecho generador del daño

Se está ante un supuesto de falta de información cuando no se provee la información suficiente para que el consumidor pueda adoptar una decisión de manera conciente. La doctrina sugiere que los proveedores usualmente deben informar sobre los peligros de los productos a través de manuales, folletos, posologías (en caso de productos farmacéuticos), etc. cuando esta información no es proporcionada al consumidor, expone a éstos a riesgos que son desconocidos y por ende no toma las medidas necesarias para evitarlos.

Otro supuesto de hecho generador de daño, es la información falsa o engañosa. Como ya hemos mencionado anteriormente, esto supone el hecho de que el proveedor difunda características falsas o que a pesar de ser verdaderas, inducen a error al consumidor.

En algunos casos el daño puede resultar de información incorrecta sobre la composición o características del producto, contraindicaciones, fecha hasta la cual se puede consumir, modo de conservarlo, peligrosidad, etc. es estos casos si un consumidor cuenta con información que no es precisa puede hacer uso imprudente de un determinado producto y causarle perjuicios a su integridad.

Por otro lado la información falsa o engañosa puede causar efectos perjudiciales a los intereses económicos, por ejemplo cuando el proveedor

⁷⁵ *Ibíd.*

proporciona información errónea sobre los precios finales de los productos, condiciones de comercialización, etc., que no corresponden a la realidad. Esto es muy común en la mayoría de locales en los cuales no se presenta los precios finales de los productos, es decir el consumidor percibe dicha información sin los costos por servicio e impuestos que recaen sobre determinados productos, formando una idea en la mente de los consumidores errada, induciéndoles a engaño.

Como ya hemos mencionado anteriormente la publicidad es un medio de información precontractual, ya que tiene como finalidad una aproximación del público al producto. Esto genera una obligación negativa al proveedor, la cual es la de no proporcionar información errónea, falsa u omitir información relevante, ya que de hacerlo el consumidor realizaría una elección, pero de manera equivocada. Es por eso que ante este particular el derecho debe intervenir estableciendo sanciones para disuadir y resarcir los daños causados.⁷⁶

Por eso el daño producido en esta etapa es considerado precontractual ya que se presenta en la etapa previa a la celebración del acto de consumo.

Para lograr que la información que se pretende distribuir llegue a la mayor cantidad de personas, es indispensable reducir los costos de transacción que genera la distribución masiva de dicha información. El método más idóneo para lograrlo es la estandarización, que es la forma como lograr que un servicio se preste a tantas personas.

Pero el problema de la estandarización es que reduce la capacidad de negociación entre las partes que intervienen en la relación de consumo, colocando en situación de desventaja a unos en relación con otros. Por lo general es el consumidor el afectado dentro de esta relación desigual.

Debido a la estandarización de los bienes y servicios que se ofrecen, se da lugar a una estandarización de las relaciones jurídicas vinculadas a estos bienes o servicios. Para conseguir esto se necesita eliminar los costos que genera

⁷⁶ Óp. Cit. pp. 320 y 321.

la negociación, lo que produce que se limiten las negociaciones, dando como consecuencia que se limite también la voluntad de una de las partes, circunscribiéndose a la simple aceptación o no de las condiciones impuestas por una de las partes.⁷⁷

La ventaja que obtiene el proveedor como consecuencia del control que ejerce sobre la cadena de producción y distribución se vería de alguna forma equilibrada al brindarle la información necesaria al consumidor al momento de realizar una elección.

Es por eso que la intervención del derecho es necesaria para evitar que los proveedores informen al público consumidor sobre las características o cualidades de los productos o servicios a su conveniencia sin informar correctamente y causando perjuicios.

La publicidad genera expectativas en los consumidores, por lo que se afirma que si sobre esa confianza que proyecta la publicidad se llega a celebrar el contrato por el cual se llega a ocasionar un daño al consumidor, el proveedor responderá precontractualmente.⁷⁸

2.3 Instituciones tutelan los derechos

2.3.1 Asociaciones de consumidores

Debido a lo expuesto anteriormente se puede desprender que las normas que protegen al consumidor tutelan un interés general. Por lo que los derechos de los consumidores a pesar de que recaen de manera individual, sus efectos se extienden a un conglomerado social.

Esto nos lleva a analizar y considerar los perjuicios que puedan causarse a un consumidor, no como un perjuicio individual solamente, pues a pesar de que el perjuicio se causa de manera específica a un individuo, los alcances de ese

⁷⁷El contrato por adhesión, <http://www.uss.edu.pe/Facultades/derecho/documentos/produccionjuridica/2007-I/ELCONTRATOPORADHESIONENELCODIGOCIVILDE1984.pdf>, p. 4. Acceso: 2 de mayo de 2011, 21h46.

⁷⁸ Óp. Cit. p. 328.

daño afectan también directamente a un conjunto de individuos que enfrentan la misma situación.

Es por esta situación que los derechos de los consumidores son considerados como difusos, ya que son intereses que le pertenecen a todos y a nadie a la vez. Los derechos difusos son aquellos que se caracterizan porque corresponden a una serie indeterminada de personas.⁷⁹

Las **asociaciones de consumidores** son organismos, generalmente no gubernamentales, dedicados a defender los intereses y los derechos de los individuos como consumidor

Las asociaciones de consumidores constituyen un mecanismo efectivo de protección de los intereses y sobre todo los derechos (difusos) del inmenso conglomerado social que constituyen los consumidores.

La representación de los consumidores a través de las asociaciones, conforma un pilar fundamental en lo que protección al consumidor se refiere. Uno de los principales objetivos de las asociaciones de consumidores es agrupar a individuos que buscan que se respeten sus derechos, presentándose ante las grandes empresas e intercediendo por ellos, tratando de resolver los problemas que los afectan tanto directa como indirectamente.

Otra de las funciones primordiales de las asociaciones de consumidores, y que es el centro de nuestro estudio, es que sirve como canal de distribución de información, facilitando a que los consumidores adquieran la información necesaria y adecuada sobre los bienes y servicios que desean adquirir, otorgando así un medio para que los consumidores maximicen la satisfacción o bienestar que la adquisición de bienes o servicios les pueda representar.

Las asociaciones de consumidores centran sus funciones en las siguientes:

⁷⁹ Óp. Cit. *Responsabilidad Civil por Publicidad Falsa o Engañosa*, pp. 114-117.

- La prevención de riesgos que puedan poner en peligro sus derechos.
- La información de los consumidores sobre todos los temas que les puedan afectar.
- La defensa del consumidor en los posibles problemas que puedan surgir.

Por ejemplo en España existen muchas asociaciones de consumidores unas se especializan en determinados sectores y otras abarcan sólo cierto tipo de éstos. También existen en base a la distribución geográfica, es decir algunas actúan a nivel nacional y otras a nivel local. Además, también difieren según los servicios que ofrece cada una, desde las que se limitan a informar a las que prestan asesoramiento jurídico.

Es así que existen:

Asociaciones generales.- Son aquellas que ofrecen asistencia a sus miembros en relación a temas de carácter general. Centran sus labores en mantener informado al consumidor y se encargan de su formación, de su defensa jurídica y de la protección de sus derechos.

Asociaciones específicas.- Centran sus labores en la información, protección, formación y defensa de los consumidores en relación a determinados servicios.⁸⁰

Cabe recalcar que la facultad de los ciudadanos de constituir asociaciones y otras organizaciones que velen por sus derechos, está consagrado en la Constitución de la Republica en su artículo 55 que dice:

*Las personas usuarias y consumidoras podrán constituir asociaciones que promuevan la información y educación sobre sus derechos, y las representen y defiendan ante las autoridades judiciales o administrativas.
Para el ejercicio de este u otros derechos, nadie será obligado a asociarse.⁸¹*

Además este principio es recogido en las Directrices para la protección de los consumidores adoptadas en 1985 por las Naciones Unidas y recogidas por la mayoría de los países; mencionando lo siguiente:

⁸⁰YOTECA, Asociaciones de Consumidores (España), <http://www.yoteca.com/pg/Informacion-de-asociaciones-de-consumidores.asp>, Acceso: 29 de marzo de 2011, 22h12.

⁸¹ Constitución del Ecuador, http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf, Acceso: 30 de marzo de 2011, 21h09.

38. Los gobiernos deben alentar a las organizaciones de consumidores y a otros grupos interesados, incluidos los medios de comunicación, a que pongan en práctica programas de educación e información, incluso sobre los efectos de las modalidades de consumo en el medio ambiente y las consecuencias, incluidos costos y beneficios, que pueda tener la modificación de esas modalidades, particularmente en beneficio de los grupos de consumidores de bajos ingresos de las zonas rurales y urbanas.⁸²

En la misma línea va encaminado lo dispuesto en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor la cual en su artículo numero 61 establece que:

Art. 61.- ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES.- *Se entenderá por Asociación de Consumidores, 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.*⁸³

Y además plantea específicamente cuales van a ser los objetivos de dichas organizaciones pro-consumidores:

Art. 63.- OBJETIVOS.- *Entre otros, son objetivos de las Asociaciones de Consumidores:*

- *Difundir el conocimiento de las disposiciones de esta Ley y sus disposiciones conexas;*
- *Promover y proteger los derechos de los consumidores;*
- *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;*
- *Realizar programas de capacitación, orientación y educación del consumidor,*
- *Promover la organización de los consumidores con sentido solidario para proteger sus derechos;*
- *Promover el conocimiento sobre el precio, la cantidad, la calidad, peso, medida, rotulado e información de los bienes y servicios;*
- *Denunciar la práctica o manejo que atente contra los derechos del consumidor consagrados en la presente ley;*
- *Desarrollar una conciencia ambiental, individual o de grupo sobre las consecuencias del consumo en el ambiente y la necesidad de preservar los recursos naturales; y,*
- *Prestar la debida colaboración a las autoridades que requieran de su contingente para la investigación de las infracciones establecidas en la presente Ley.*⁸⁴

⁸²Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, *Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor*, http://www.un.org/esa/sustdev/publications/consumption_sp.pdf, Acceso: 30 de marzo de 2011, 21h36.

⁸³ Óp. Cit. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, pp.

⁸⁴ Id.

Es de este modo que las asociaciones de consumidores pueden perfectamente ejercer una legitimación activa al momento de proteger derechos de los consumidores, que han sido vulnerados.

En consonancia con lo expresado, doctrinariamente se admite que las asociaciones de consumidores ejerzan 3 tipos de acciones:

- a) Acciones dirigidas a hacer valer los derechos de los miembros partes de una determinada asociación.- en este caso la asociación no actúa en base a sus propios intereses sino en los de los consumidores miembros;
- b) Acciones encaminadas a proteger los intereses de la propia asociación.- es este caso las asociaciones de consumidores ejercen las acciones necesarias en defensa de sus propios intereses; y
- c) Acciones en defensa de los intereses generales de los consumidores.- se concede legitimación activa a las asociaciones para que ejerzan acciones en defensa de los intereses de la colectividad en general.

De esta manera las asociaciones de consumidores pueden iniciar acciones para lograr indemnizaciones por daños y perjuicios ocasionados a consumidores o también proteger a los consumidores en el caso de que se vulneren sus derechos como en el caso de la publicidad ilícita o engañosa.

2.3.2 Consumers International

Consumers International (CI) es una federación mundial conformada de organizaciones de consumidores, que trabaja en conjunto con sus asociados y actúa como la única voz global autorizada e independiente de los consumidores.⁸⁵

Esta organización está conformada por más de 220 organizaciones asociadas en 115 países, CI está construyendo un poderoso movimiento internacional para ayudar a proteger y a fortalecer a los consumidores de todas las regiones del mundo. Este moderno movimiento es esencial para garantizar un

⁸⁵ LA VOZ GLOBAL DE LOS CONSUMIDORES, <http://www.consumersinternational.org/>, Acceso: 12 de mayo de 2011, 20h15.

futuro seguro y sustentable para los consumidores en un mercado global crecientemente dominado por las compañías multinacionales.⁸⁶

Consumers International realiza trabajos tendientes a situar los derechos de los consumidores en un papel predominante donde en el mundo cada persona tenga acceso a bienes y servicios seguros y sustentables, donde la fortaleza del poder colectivo sea usada para el bienestar de los consumidores en todo el mundo.

Los derechos básicos que esta organización trata de proteger son:

- El derecho a la satisfacción de necesidades básicas
- El derecho a la seguridad
- El derecho a ser informado/a
- El derecho a elegir
- El derecho a ser escuchado/a
- El derecho a la reparación
- El derecho a la educación de los consumidores
- El derecho a un medio ambiente sano.

Es así, que en base a su finalidad y a su labor que la mencionada organización lleva a cabo alrededor del mundo, que reveló que muchas compañías farmacéuticas gastan más en publicidad que en investigación, explotando algunas condiciones del estilo de vida actual como el estrés y los desórdenes alimentarios con promoción que induce al consumo de medicamentos y otras prácticas inescrupulosas de comercialización, con lo que propician la desinformación en detrimento de los intereses de los consumidores y las consumidoras.

En el estudio realizado se revela que la inversión en publicidad de esas compañías asciende a 60 mil millones de dólares al año, el doble de lo que dedican a la investigación para la producción de nuevos medicamentos.⁸⁷

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ *Consumers International (CI) denuncia malas prácticas de la Industria Farmacéutica Internacional*, http://fundecom.org/fweb/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=38, Acceso: 13 de mayo de 2011, 12h30.

Este sector difunde afirmaciones engañosas o falsas, suprime deliberadamente riesgos y efectos secundarios de los fármacos y proporciona incentivos financieros a los médicos para que prescriban algunas marcas comerciales en particular, según CI.

Del mismo modo Consumers International buscan poner un alto a las grandes cadenas multinacionales de alimentos ya que ejercen una agresiva campaña publicitaria sobre los niños. Muchas de esas empresas utilizan atractivas figuras animadas para promocionar alimentos ricos en grasas y azúcares.

Además, muchas veces los gobiernos están más interesados en prestar atención a lo que le interesa a las grandes empresas y a los grupos económicos antes que a los consumidores.⁸⁸

También Consumers International trabaja en la promoción de la responsabilidad social empresarial. Es una de sus labores exigir a las empresas que tengan una responsabilidad conforme a criterios éticos. Lo que ha ocurrido históricamente es que muchas compañías han usado este tema como una oportunidad de hacer mercadeo desarrollo de sus estrategias publicitarias.⁸⁹

Es por esto que el principal rol del movimiento de consumidores es atacar todos los casos en que las empresas mencionen como información que son amables con el ambiente y que se preocupan por sus trabajadores cuando en realidad no es así. Su importancia radica en el hecho de que lo que se difunde constituye información y publicidad engañosas.⁹⁰

2.3.3 Tribuna del consumidor

La Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios es una fundación sin fines de lucro, que tiene por objetivo educar, informar y defender los derechos de los consumidores y usuarios del país. Lo hace desde una perspectiva democrática, equitativa y sostenible, contribuyendo así a una sociedad con

⁸⁸ DIARIO DIGITAL RD, *Consumidores Apuntan a Publicidad Engañosa*, <http://www.diariodigital.com.do/articulo,22704.html>, Acceso: 13 de mayo de 2011, 23h10.

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ *Ibíd.*

justicia económica y social. Se suma al criterio de consumo sustentable, esto significa que la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras, debe ser de una manera respetuosa con la economía, el ser humano y el medio ambiente.⁹¹

María José Troya, directora de la Tribuna del Consumidor, asevera que los engaños publicitarios son muy comunes y “los consumidores ya se acostumbraron e incluso lo asumen con normalidad”. Por esto es que no se denuncian.

La directora dice que los consumidores se han acostumbrado a no reclamar e incluso esperan menos de lo que se ofrece, de tal manera que no quedan decepcionados cuando reciben el producto final

Se menciona además que el engaño no radica sólo en las fotografías que se exhiben sino también en la falta de información de los empleados del local sobre los productos que comercializan.⁹²

Un ejemplo de esto es el siguiente:

Sofía Chevasco por su aniversario decidió ir a cenar con su esposo y ambos alentados por la descripción de un plato de mariscos que encontraron en el menú, hicieron su pedido. Al recibirlo se encontraron con un plato distinto, que en lugar de almejas tenía concha y, reemplazando a los ostiones, el plato estaba lleno de calamar. Los langostinos que ofrecían, era solo uno acompañado de varios camarones grandes. Sofía afirma que reclamó al mesero y que éste le pidió disculpas porque no tenían todos los mariscos que se ofrecían. Sin embargo, al pagar la cuenta, no recibieron ningún descuento. Ella tampoco puso su

⁹¹ Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios, <http://www.tribunadelconsumidor.org.ec/>, Acceso: 9 de mayo de 2011, 21h26.

⁹² Publicidad engañosa no es denunciada, http://www.telegrafo.com.ec/zonaciudadana/noticia/archive/zonaciudadana/2009/04/15/Publicidad-enga_F100_osa-no-es-denunciada.aspx, Acceso: 9 de mayo de 2011, 21h46.

*queja porque dice que es “una pérdida de tiempo, ya que a la final ni una disculpa me darían”.*⁹³

Así como los consumidores en nuestro ejemplo, muchas personas sufren los mismos hechos a diario, sin que se tomen medidas al respecto por no considerarlas lo suficientemente importante para denunciar.

Por otro lado los empresarios publicistas señalan que por el tamaño de la foto, muchas personas pueden creer que las porciones alimenticias son más grandes, pero eso no es lo mismo que mentir al cliente. Para ella, todas las personas deben saber que la publicidad no engaña sino que solo hace más apetecibles las cosas.⁹⁴

Según un estudio de la Tribuna del Consumidor, el 100% de la publicidad sobre medicamentos en el Ecuador no respeta los requisitos básicos de difusión. La entidad realizó un estudio basado en 65 avisos de medicamentos, escogidos de forma aleatoria, en los cuales se les analizó la veracidad sobre sus ofrecimientos. El resultado: ninguno acató las normas y recomendaciones del Ministerio de Salud, la Organización Mundial de la Salud y la Industria Farmacéutica de Investigación (IFI).⁹⁵

La Ley Orgánica de la Salud en el artículo 143 señala: "La publicidad y promoción de los productos sujetos a registro sanitario deberá ajustarse a su verdadera naturaleza, composición, calidad u origen, de tal modo que se evite toda concepción errónea de sus cualidades o beneficios". De igual forma, el artículo prohíbe la publicidad de medicamentos que necesiten prescripción médica.⁹⁶

Otro de los problemas en relación a la salud es la Automedicación. Uno de las consecuencias más graves de la publicidad engañosa tiene que ver con el

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ GUERRA L Mireya, *Promoción Ética de Medicamentos en el Ecuador*, <http://www.consumidoresandinos.com/documentos/campanas/3/estudios/medicamentosecuador.pdf>, Acceso: 11 de mayo de 2011, 21h10.

⁹⁶ Ley Orgánica de Salud, http://www.bioetica.org.ec/c_ley_salud.pdf, Acceso: 11 de mayo de 2011, 21h15.

efecto sobre quienes consumen dichos productos pues, en algunos casos puede causar la muerte.

El publicista Óscar León admitió que existen falencias en este tipo de publicidad, que muchas veces se producen por falta de asesoría de médicos a quienes elaboran el mensaje publicitario.⁹⁷

La información que una publicidad debe contener con respecto a los fármacos según un estudio realizado por la Tribuna del Consumidor es:

- El nombre de los ingredientes activos utilizando la denominación común internacional o el nombre genérico aprobado del medicamento más el nombre comercial.
- Principales indicaciones para el uso. Debe contener las principales precauciones, contraindicaciones y advertencias. El nombre y la dirección del fabricante o distribuidor. Además debe figurar el precio exacto.

El mencionado estudio se realizó a 65 avisos publicitarios, arrojando los siguientes resultados:

- 38% fueron dípticos, trípticos y libretines; 32% se anunciaron en revistas y el 20% de anuncios fue en periódicos y en televisión. El 97% fueron destinados al público en general y el 3% a profesionales.
- El 100% de los anuncios no cumplen las normas vigentes.

Entre las contravenciones están:

- El 97% no incluye el registro sanitario.
- Del total, el 96% no menciona efectos adversos y el 92% no menciona el nombre de ingredientes que puedan causar problemas.
- Un 89% no menciona contraindicaciones del producto.
- 85% no menciona precauciones y advertencias en relación a situaciones especiales como embarazo.

⁹⁷ Óp. Cit. *Promoción Ética de Medicamentos en el Ecuador*.

- 80% tienen bases científicas comprobadas.⁹⁸

La experiencia de la Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios, que ha atendido un promedio de 600 quejas al año, nos revela que los consumidores cada vez más actúan en pos de hacer cumplir sus derechos, mediante la consulta sobre la normativa que le ampara. Así pues, la Tribuna les asesora para que resuelvan directamente sus casos, ya que la manera más eficiente y rápida de restablecer el derecho vulnerado es a través de la propia actuación del perjudicado.⁹⁹

Cuando no ha sido posible obtener resultados positivos con el proceder arriba indicado, la Tribuna recepta la queja por escrito y firma de responsabilidad del reclamante, a la cual se le adjuntan copias de los documentos de respaldo (recibos, facturas, contratos, etc.), que demuestran la existencia de la relación jurídica de consumo. Con estos elementos se procede a elaborar una comunicación dirigida al proveedor en la que constan la relación de los hechos entregada por el consumidor, más la argumentación legal que sustenta la reclamación, así como el planteamiento de una solución para reparar la situación existente. Si la respuesta es positiva, se procura firmar un acta que recoja el acuerdo entre proveedor y consumidor, de lo contrario se realiza un informe para que el consumidor pueda iniciar, si así lo estima, un procedimiento judicial.

El porcentaje de casos concretados que se resuelven mediante la participación de la organización, fluctúa entre el 75 al 80%, dependiendo del período analizado.¹⁰⁰

CAPÍTULO III

ORDENAMIENTO JURÍDICO

3.1 Normativa internacional

3.1.1 CAN

⁹⁸ EL HOY, *Publicidad en Fármacos sería Engañosa*, <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/publicidad-de-farmacos-seria-enganosa-368701.html>, Acceso: 11 de mayo de 2011, 21h40.

⁹⁹ *Sistema De Protección Del Consumidor Ecuador Estado De Situación De Los Consumidores En Ecuador (Foda)*, <http://www.consumidoresandinos.com/documentos/campanas/foda/fodaecuador.pdf>, Acceso: 22 de mayo de 2011, 18h10.

¹⁰⁰ Id.

El público consumidor dentro de la Comunidad Andina de Naciones, conformada por los países **Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú**, tiene derechos adicionales a los del país de origen, que son efectivos dentro del territorio de la Comunidad Andina.

Los consumidores y usuarios y en general todos los **ciudadanos andinos** hemos adquirido nuevos derechos de carácter político, económico y social que los podemos hacer valer en todo momento.

Los derechos de las personas cuya nacionalidad es de uno de los países miembros de la CAN les son otorgados por la legislación supranacional de la CAN.

El ordenamiento jurídico andino garantiza los derechos del consumidor y del usuario en sus diferentes expresiones, incluido el derecho a acceder a productos y servicios de calidad óptima y que no conlleven un riesgo a su salud y seguridad.¹⁰¹

En su condición de consumidores, en determinados supuestos, los ciudadanos andinos tienen derecho a que el comercio sea válidamente restringido, cuando el producto no cumpla con razonables estándares de seguridad y calidad.

Los consumidores de los países que forman parte de la Comunidad Andina tenemos derecho a la veracidad y suficiencia de la información. Los ciudadanos andinos tienen derecho a acceder a información clara, precisa y cierta sobre la naturaleza y características de determinado bien, así como a las respectivas instrucciones de uso y manejo.¹⁰²

Son derechos de las personas consumidoras:

- Que **no se les induzca a error** sobre la naturaleza, origen empresarial, modo de fabricación, o la cantidad de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado.
- A que los productos cosméticos, veterinarios y de higiene doméstica y de higiene personal que se comercialicen en la

¹⁰¹ Derechos del Ciudadano Andino, http://www.comunidadandina.org/public/derechos_CAN.pdf, Acceso: 27 de mayo de 2011, 23h00.

¹⁰² Id.

Subregión **presenten sus instrucciones de uso**, así como un debido rotulado y frases explicativas en castellano.

- A la **elección libre** del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su utilización.
- Al **acceso a información** clara, precisa, cierta, completa, oportuna y gratuita acerca de las tarifas y planes tarifarios vigentes, así como respecto a la suspensión, restricción o eliminación de los servicios que se hayan contratado.
- A la **recepción y respuesta rápida y eficaz de todas nuestras solicitudes**, quejas y/o reclamos.
- A la **compensación o reintegro** que corresponda por el tiempo que el servicio no haya estado disponible, por causas imputables a los operadores o proveedores.
- A la prestación del servicio **sin ser obligado o condicionado** a adquirir otro bien o servicio.¹⁰³

Existen además unos “derechos especiales” de los usuarios de servicios de Telecomunicaciones, que consisten en el derecho a acceder a un servicio de telecomunicaciones eficiente, caracterizado por precios razonables, facturación oportuna y privacidad, así como por la libre competencia entre proveedores.

También los consumidores de la Subregión tienen derecho a:

- Ser representados y participar, a través de sus representantes, en los procesos de concertación social y de toma de decisiones de la integración subregional en las áreas de su interés.
- A **ser representados** en el Sistema Andino de Integración, a través de las instituciones públicas y privadas vinculadas con la defensa de los derechos del consumidor en los Países Miembros de la CAN, que integran la Mesa Andina de Trabajo sobre la Promoción y Protección de los Derechos del Consumidor.

¹⁰³ Id.

- **A emitir opinión e informar de sus conclusiones y recomendaciones**, a través de sus representantes en la Mesa Andina de Trabajo sobre la Promoción y Protección de los Derechos del Consumidor, ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la CAN.¹⁰⁴

3.1.2 Régimen común andino

Uno de los objetivos primordiales de la creación de un régimen común para los países que forman parte de la Comunidad Andina, es la formación de un mercado único en el cual exista “libre circulación”. Esto quiere decir circulación sin trabas de bienes y servicios, de personas y de dinero entre los países de la Comunidad, como si fuera un solo país o un solo mercado.

Por lo anteriormente mencionado, se pretende que existan empresas instaladas en cualquiera de los países miembros ofreciendo sus productos o servicios, y que los consumidores puedan tratar libremente con dichas empresas. El objetivo de esto es que los consumidores puedan aprovechar plenamente las oportunidades, para lo cual se debe garantizar seguridad de que sus intereses están protegidos. Se necesita pues, un mínimo de garantías sobre los bienes que adquiere, al igual que una información objetiva, un marco legislativo claro, y eventualmente una asistencia jurídica económica y confiable en caso de controversias.¹⁰⁵

La finalidad básica de la Comunidad Andina, establecida en el artículo primero del Acuerdo de Cartagena, es “*procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la subregión*”. Para ello, la misión es promover un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada de sus economías y una elevación de la calidad de vida.

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ GIRALDO, Alejandro, *El Estado De Situación De La Protección Al Consumidor En El Ámbito Nacional Y Comunitario*, <http://www.comunidadandina.org/bda/docs/CAN-PAS-0003.pdf>, Acceso: 27 de mayo de 2011, 23h00.

El Mercado Común Andino exige crear un ambiente de confianza que permita dar la fuerza y el respaldo suficiente a la integración. Para lograr este objetivo, se debe exigir un nivel mínimo de seguridad de los productos que circulan, y garantizar una protección jurídica adecuada a todas las relaciones de consumo que se hagan en la subregión, con el fin de que cualquier ciudadano andino pueda adquirir productos en los demás Países Miembros con la misma confianza que en su propio país.¹⁰⁶

La comunidad Andina de Naciones se rige bajo las disposiciones establecidas en las diferentes decisiones, y aunque no existe una decisión específica que proteja de manera delimitada los derechos de los consumidores fijando los lineamientos de defensa, podemos encontrar de manera dispersa en algunas de las decisiones, disposiciones que buscan tutelar los derechos de los consumidores y usuarios dentro del territorio de los países miembros.

Es así que podemos nombrar las siguientes decisiones en las cuales podemos encontrar normas relativas a la protección al consumidor:

1. Decisión 399: Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, sustitutoria de la Decisión 257.

Esta decisión en su artículo 75 establece la necesidad de que se suscriba un contrato denominado CPIC (Carta de Porte Internacional por Carretera) que es *“el documento que prueba que el transportista autorizado ha tomado las mercancías bajo su responsabilidad y se ha obligado a transportarlas y entregarlas de conformidad con las condiciones establecidas en ella o en el contrato correspondiente.”*¹⁰⁷

La suscripción de un contrato genera reglas claras para las partes, además este tipo de documentos acredita la existencia de un contrato de transporte, tiene mérito ejecutivo y es negociable.

Este contrato de transporte debe contener la siguiente información:

- a) *Denominación o razón social y dirección del transportista autorizado;*
- b) *Nombre y dirección del remitente;*

¹⁰⁶ Id.

¹⁰⁷ DECISION 399 Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, sustitutoria de la Decisión 257, <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D399.htm>, Acceso: 30 de mayo de 2011, 22h00.

- c) Nombre y dirección del destinatario;
- d) Nombre y dirección del consignatario;
- e) Lugar, país y fecha en que el transportista recibe las mercancías;
- f) Lugar y fecha de embarque de las mercancías;
- g) Lugar, país y plazo previsto para la entrega de las mercancías;
- h) Cantidad y clase de bultos, con indicación de marcas y números;
- i) Descripción corriente de la naturaleza de las mercancías. En caso de productos peligrosos, se indicará esta circunstancia;
- j) Peso bruto en kilogramos o volumen en metros cúbicos, y cuando corresponda, su cantidad expresada en otra unidad de medida;
- k) Precio de las mercancías;
- l) Valor del flete y otros gastos suplementarios, indicados separadamente; y,
- m) Firma del remitente y del transportista autorizado o de sus respectivos representantes o agentes.

Artículo 78.- La información consignada en la CPIC deberá estar escrita o impresa en caracteres legibles. No se admitirán enmiendas o raspaduras si no han sido debidamente salvadas bajo nueva firma del remitente. Cuando los errores afecten a cantidades, deberán salvarse escribiendo con números y letras las correctas.

Artículo 85.- El servicio de transporte internacional será prestado bajo condiciones de libre competencia y de libertad contractual y de contratación.¹⁰⁸

Los artículos anteriormente citados de la decisión 399, evidencian que se busca proteger al usuario del servicio de transporte de mercaderías bajo reglas claras y bajo los principios de libertad contractual, logrando que tanto el proveedor del servicio como el usuario satisfagan una necesidad con total seguridad.

2. Decisión 436: Norma Andina para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola.

Esta decisión en su artículo 28 menciona que si el registro de un producto plaguicida ha sido cancelado por razones de daños a la salud o al ambiente, se prohibirá su venta y uso, además menciona que la Autoridad Competente hará conocer de este particular a las Autoridades de los demás países para que tomen las medidas necesarias.

¹⁰⁸ Id.

Otra de las medidas que se debe tomar dependiendo la gravedad del caso, es el retirar el producto del mercado e informar a los consumidores sobre la prohibición de su uso.

Por otro lado el CAPÍTULO VIII de la mencionada decisión establece los requisitos que deben contener el ETIQUETADO Y ENVASADO de los productos plaguicidas de uso agrícola. Y es así que en su artículo 38 establece que “La etiqueta debe contener la información que se derive de los datos proporcionados en el registro del producto y de su evaluación. Esencialmente incluirá la información sobre el uso y manejo seguro del mismo.”

Lo mencionado anteriormente nos deja claro que con la inclusión de la información necesaria para el uso y manejo del producto en las etiquetas, se pretende proteger a los consumidores sobre los posibles daños que se puedan generar por debido a la mala utilización del producto.

3. Decisión 483: Normas para el registro, control, comercialización y uso de Productos Veterinarios.

La presente Decisión establece los requisitos y procedimientos armonizados para el registro, control, comercialización y uso de los productos veterinarios en los Países Miembros de la Comunidad Andina, a fin de facilitar su comercio, uso correcto y mejorar su calidad, minimizando los riesgos para la salud animal, salud pública y el ambiente.

Al igual que la decisión anteriormente citada, ésta prohíbe que en las cajas, etiquetas, folletos, prospectos, etc., se: *a) Utilicen vocablos, signos, denominaciones, símbolos, emblemas, ilustraciones u otras representaciones gráficas que puedan hacer que dicha información sea falsa, incorrecta, insuficiente o que pueda inducir a equívoco, error, confusión o engaño al consumidor en relación con la verdadera naturaleza, composición, procedencia, tipo, cantidad, calidad, duración, eficacia o forma de uso del producto. b) Le atribuya efectos o propiedades que no posea o que no puedan demostrarse.*¹⁰⁹

¹⁰⁹ DECISION 483 Normas para el registro, control, comercialización y uso de Productos Veterinarios, <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D483.htm>, Acceso: 30 de mayo de 2011, 23h00.

Gracias a esta mención, se puede proteger a los consumidores de los efectos perjudiciales que un etiquetado sin información precisa y veraz puede causar.

4. Decisión 486: Régimen Común sobre Propiedad Industrial.

Esta decisión establece que en caso de que se vulnere alguno de los derechos sobre los cuales el titular de una patente goza de protección, está facultado a que a través de la Autoridad Nacional competente se disponga entre otras medidas:

- a) el cese de los actos que constituyen la infracción;*
- b) la indemnización de daños y perjuicios;*
- c) el retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la infracción, incluyendo los envases, embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad u otros materiales, así como los materiales y medios que sirvieran predominantemente para cometer la infracción;*

5. Decisión 516: Armonización de Legislaciones en materia de Productos Cosméticos.

La decisión ahora mencionada establece en su artículo 2 la obligatoriedad de garantizar la seguridad para la salud de las personas al momento de usar de manera razonable productos cosméticos que se comercializan dentro de la Subregión, y que en particular estos productos deben contener las eventuales instrucciones de uso y eliminación, así como cualquier otra indicación o información que proceda del fabricante o del responsable de comercialización del producto.

Además se debe contar con la denominada “INFORMACIÓN TÉCNICA”, la cual deberá ser:

- k) La descripción del producto con indicación de su fórmula cualitativa;*
- l) Nomenclatura internacional o genérica de los ingredientes (INCI);*
- m) Especificaciones organolépticas y fisicoquímicas del producto terminado;*
- n) Especificaciones microbiológicas cuando corresponda, de acuerdo a la naturaleza del producto terminado;*
- o) Justificación de las bondades y proclamas de carácter cosmético atribuibles al producto, cuya no veracidad pueda representar un problema para la salud. Deberá tenerse en cuenta que en dicha justificación no se podrán atribuir efectos terapéuticos a los productos cosméticos;*
- p) Proyecto de arte de la etiqueta o rotulado;*
- q) Instrucciones de uso del producto, cuando corresponda; y,*
- r) Material del envase primario.*

Estos requisitos permiten sobretodo mantener informado a los consumidores, además previene del hecho que se produzcan daños a la salud de los consumidores debido a información engañosa o falsa contenida en las etiquetas de dichos productos.

6. Decisión 539: Mesa Andina de Participación de la Sociedad Civil para la Defensa de los Derechos del Consumidor.

En su Artículo 1, la presente decisión establece la creación de la denominada “Mesa Andina de Trabajo sobre la Promoción y Protección de los Derechos del Consumidor”, la cual se presenta como una instancia consultiva dentro del marco del Sistema Andino de Integración. La misma que servirá para promover la activa participación de las instituciones, públicas y privadas, vinculadas con la defensa de los derechos del consumidor en los Países Miembros de la Comunidad Andina.¹¹⁰

7. Decisión 562: Directrices para la Elaboración, Adopción y Aplicación de reglamentos Técnicos en los Países Miembros de la Comunidad Andina y a Nivel Comunitario.

Uno de los objetivos primordiales de esta decisión es la protección de la vida o la salud humana, animal o vegetal, la defensa del consumidor y la protección del medio ambiente.

En lo principal su artículo 9, numeral 3, literal d, menciona las especificaciones técnicas necesarias de los envases o empaques adecuados al producto para su uso y empleo, así como la información que debe contener del producto, incluyendo su contenido o medida.¹¹¹

8. Decisión 608: Normas para la Promoción y protección de la Libre Competencia.

Uno de los objetivos específicos de la presente decisión es la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina,

¹¹⁰ Mesa Andina de Participación de la Sociedad Civil para la Defensa de los Derechos del Consumidor, <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D539.htm>, Acceso 12 de mayo de 2011, 21h00.

¹¹¹ Directrices para la elaboración, adopción y aplicación de Reglamentos Técnicos en los Países Miembros de la Comunidad Andina y a nivel comunitario, <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D562.htm>, Acceso: 19 de mayo de 2011, 20h00.

buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores, ya que así lo establece su artículo número 2.¹¹²

9. Decisión 638: Lineamientos para la Protección al Usuario de Telecomunicaciones de la Comunidad Andina.

En el contenido del artículo 2 de la presente decisión se establecen los derechos de los usuarios del sistema de telecomunicaciones, en el mismo menciona que los Países Miembros de la Comunidad Andina se comprometen a garantizar la protección de los derechos de los usuarios, y haciendo énfasis en la parte que nos compete, menciona:

4. El acceso a información clara, precisa, cierta, completa, oportuna y gratuita acerca de las tarifas y planes tarifarios vigentes y la manera de utilizar con eficiencia y seguridad el servicio respectivo de acuerdo a la legislación interna de cada uno de los Países Miembros.

5. La recepción y respuesta rápida y eficaz de todas sus solicitudes, quejas y/o reclamos derivados de la prestación de los servicios de telecomunicaciones.

6. La posibilidad de presentar quejas, reclamos y denuncias ante la autoridad competente por violaciones a los derechos del usuario contemplados en la normativa de cada País Miembro.

Esto garantiza a los usuarios que puedan acceder libremente a medios de comunicación, además de garantizar que la información que se difunda a través de estos medios sea veraz, clara completa, etc.

Por otro lado esta decisión establece cuales son las obligaciones de los operadores o proveedores en su artículo 4, estableciendo entre otras las siguientes:

1. El cumplimiento de las disposiciones legales sobre protección al consumidor y al usuario de los servicios de telecomunicaciones.

2. El otorgamiento a los usuarios de un trato igual y no discriminatorio, en condiciones similares, en relación con el acceso, la calidad y costo de los servicios.

3. El suministro de información veraz, suficiente, precisa y que no induzca a error a los usuarios, respecto de los servicios, sus derechos y los procedimientos para solicitar su protección, la cual deberá ser adecuada y oportunamente difundida entre los usuarios, de acuerdo con las normas nacionales.¹¹³

¹¹²Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>, Acceso: 19 de mayo de 2011, 23h30.

¹¹³ Lineamientos para la Protección al Usuario de Telecomunicaciones de la Comunidad Andina, <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D638.htm>, Acceso: 19 de mayo de 2011, 23h30.

10. Decisión 706: Armonización de legislaciones en materia de productos de higiene doméstica y productos absorbentes de higiene personal.

Esta decisión al igual que otras busca la protección de los derechos del consumidor de productos comercializados dentro de la subregión. En especial se trata de regular lo concerniente a la información contenida en las etiquetas, lo cual ayuda a los consumidores poder conocer las indicaciones y el contenido de los productos que adquiere.

Es de esta manera que el artículo 37 de la presente decisión establece que *“Las Autoridades Nacionales Competentes realizarán el control y vigilancia en el mercado en lo relacionado a la publicidad de los productos de higiene doméstica y productos absorbentes de higiene personal, que no induzca a comportamientos que afecten la salud, basada en la información técnica...”*

En concordancia con el artículo anteriormente citado se encuentra el Artículo 42, el mismo que establece que las Autoridades Competentes de los países miembros deberán aplicar sanciones administrativas, entre otros, en los siguientes casos:

- a) *Cuando se compruebe que un producto representa riesgo sanitario o peligro para la salud de las personas;*
- b) *Por falsedad de la información proporcionada en las especificaciones técnicas;*
- c) *Cuando no se cumpla con lo establecido en la presente Decisión y sus disposiciones complementarias;*

De esta forma podemos observar cómo a pesar de no existir una decisión específica que agrupe todos los derechos de los consumidores dentro de la subregión, podemos encontrar disposiciones tendientes a que se respete y se garantice por parte de los países miembros los derechos de los llamados “Consumidores Andinos”

3.1.3 Legislación de la región

Bolivia es uno de los pocos países sudamericanos que carece de una legislación relativa a la protección de los derechos e intereses de los

consumidores, cuya aplicación se extienda de modo general a todos los actos de consumo.

El ordenamiento jurídico boliviano ha demostrado una carencia de normas, que de manera general, reconozcan y protejan los derechos de los consumidores. Además, existe, en general, un desconocimiento de la importancia de la aplicación, por ejemplo, de directrices de Naciones Unidas en materia de derechos de los consumidores y hasta hace poco tiempo no se había avanzado de manera efectiva para solucionar esta situación.¹¹⁴

A pesar de esto, desde hace algunos años se han formulado proyectos de ley que tienen por objeto satisfacer la ausencia de una normativa específica al respecto, sin que haya progresado exitosamente.

Sin embargo existe legislación que, a pesar de ser poco precisa, podría estimarse como comprensiva de los derechos económico-sociales que se identifican universalmente con la protección del consumidor.¹¹⁵

En Colombia la Constitución defiende el derecho del consumidor cuando dentro de su articulado señala que: “La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.”¹¹⁶

En Colombia la ley 73 de 1981 expresa que “El Estado interviene en la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor, y se conceden unas facultades extraordinarias. Y en el numeral 8 de su artículo 1° reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias. Estas facultades comprenderán aspectos como el siguiente: *Regulación de todo lo relativo a la organización, reconocimiento y régimen de control y vigilancia de las asociaciones y ligas de consumidores, así como las condiciones bajo las cuales*

¹¹⁴ La Protección De Los Derechos Del Consumidor En La Subregión Andina, <http://www.consumidoresandinos.com/documentos/campanas/foda/sistematizacion.pdf>, Acceso: 28 de mayo de 2011, 13h00.

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ Constitución Política de la República de Colombia [Chttp://www.bibliotecasvirtuales.com/biblioteca/Constituciones/Colombiana/titulo2.asp](http://www.bibliotecasvirtuales.com/biblioteca/Constituciones/Colombiana/titulo2.asp), Acceso: 28 de mayo de 2011, 12h30.

*puedan colaborar con el Estado, con el carácter de policía civil, en su acción de protección al consumidor y participar en los organismos y dependencias que en desarrollo de esta misma ley puedan crearse.*¹¹⁷

En Chile existe una dispersión normativa. La Protección del Consumidor se encuentra enmarcada dentro de una normativa de carácter multidisciplinario. Lo que significa que, a diferencia de otras legislaciones, no existe un solo cuerpo legal que compile o contenga todas las leyes que regulan esta materia, sino que se trata de un conjunto de leyes, normas y disposiciones sectoriales que en su conjunto configuran el "Derecho del Consumo".

La ley 19.496, publicada el 07 de marzo de 1997, constituye una ley general marco a cuyas disposiciones sólo quedan sujetos los actos jurídicos que, de conformidad al Código de Comercio u otras disposiciones especiales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor.

Aunque existan leyes especiales que regulen determinadas materias, como, por ejemplo, servicios básicos de electricidad, seguros, sanitarios, teléfonos, etcétera; la ley de Protección de los Derechos de los consumidores se aplica en lo que ellas no prevean, es decir de manera supletoria.¹¹⁸

3.2 Normativa interna

3.2.1 Constitución y Acciones Populares

Dentro de la evolución de los derechos en de la sociedad, primero se llegaron a consolidar los llamados “derechos individuales”, que incluyen los derechos civiles y políticos. Posteriormente se lograron desarrollar los derechos sociales, los cuales básicamente protegen a los trabajadores, a las mujeres, las madres, los niños, y otros roles sociales que ocupan las personas.

Una vez consolidados estos derechos ‘básicos’ surgió la preocupación por otros asuntos; el medio ambiente, los consumidores y usuarios, las

¹¹⁷ Óp. Cit.

¹¹⁸ Ibíd.

generaciones futuras, las etnias (por ejemplo, comunidades indígenas), minorías de género y sexualidad, etc. A estos derechos, que han surgido en una ‘tercera etapa’, se les llama de ‘tercera generación’, ‘de intereses difusos’, ‘de incidencia colectiva’, etc.

Este tipo de derechos no pertenecen a ninguna persona en forma individual sino a una comunidad o conjunto de personas que comparten un mismo ambiente o que se hallan afectadas por una determinada situación.¹¹⁹

Este tipo de derechos no son taxativos por lo que algunos ejemplos de estos derechos son:

- La preservación del medio ambiente o la ecología
- La conservación de recursos naturales no renovables: fauna, flora o paisajes
- La calidad de vida
- La salud
- La defensa de los derechos de consumidores de algún producto o de usuarios de un servicio público
- La conservación del patrimonio artístico o histórico
- Derecho al desarrollo urbano ordenado
- Derecho a no ser discriminado por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen social, nacionalidad, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, etc.¹²⁰

Es por eso que una de las posibilidades existentes para hacer respetar o proteger los derechos colectivos, están las **acciones populares**.

Las Acciones Populares, son el mecanismo que ha resultado más idóneo, las cuales permiten a numerosos individuos que han sufrido un mal común, interponer una sola acción, en lugar de presentar numerosas demandas individuales. De esta forma, aquellas actividades que producen perjuicios a amplios sectores de la comunidad, como es el caso de la inadecuada explotación de los recursos naturales, los productos médicos defectuosos, la ausencia de

¹¹⁹ *Intereses difusos y derechos de incidencia colectiva*, http://www.fundaciongeos.org/documentos/intereses_difusos.pdf, Acceso: 16 de mayo de 2011, 22h15.

¹²⁰ *Ibíd.*

seguridad industrial, la imprevisión de la construcción de una obra pública o privada, el cobro excesivo de bienes o servicios, las alteraciones de la calidad de los alimentos, la publicidad engañosa o los fraudes en el sector financiero cuentan con una vía jurídica eficaz para solucionar ese tipo de conflictos.

Las ventajas que proveen este tipo de acciones son entre otras las siguientes:

- Proporcionan agilidad y eficacia al proceso, al permitir que en un sólo litigio se tramiten numerosas peticiones y la sentencia produzca efectos sobre los integrantes del grupo.
- Fomentan la interposición de aquellas demandas que individualmente no habrían sido ejercidas por tratarse de daños leves, frente a un procedimiento costoso
- Fortalecen los grupos humanos como conjunto, al permitir que los sectores vulnerables o que se encuentran en situación de desventaja económica se sitúen en condición de igualdad y puedan enfrentar jurídicamente a aquellos más poderosos.¹²¹

Es por eso que con la consagración de las acciones populares se ha avanzado en el desarrollo de un derecho solidario que responda a fenómenos como el daño ambiental, los perjuicios a los consumidores, los peligros a que se somete a las comunidades en su integridad física y patrimonial, los daños que se causan a las mismas por el ejercicio abusivo de la libertad económica y otros.

Además se ha producido un cambio significativo en la concepción del derecho de acción, el mismo que tradicionalmente ha sido entendido como el poder jurídico para acudir a los jueces para proteger un interés individual lo cual ha resultado insuficiente frente a los fenómenos en los cuales se vulneraban intereses pertenecientes a todos los miembros de la comunidad y que requerían una respuesta judicial igualmente amplia. Por ello mediante estas acciones, se

¹²¹ ARIAS ALICIA, Los Derechos Colectivos y su relación con las Acciones Populares, http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1999/13-tomo-1/13_derechos_colectivos.pdf, Acceso: 17 de mayo de 2011, 21h40.

pueden defender los intereses propios de una comunidad, de un grupo o de una organización.¹²²

En Nuestra Constitución se consagran este tipo de acciones bajo el nombre de “Acción Ciudadana, que en su artículo 99 establece:

“La acción ciudadana se ejercerá en forma individual o en representación de la colectividad, cuando se produzca la violación de un derecho o la amenaza de su afectación; será presentada ante autoridad competente de acuerdo con la ley. El ejercicio de esta acción no impedirá las demás acciones garantizadas en la Constitución y la ley.”

En concordancia con lo anteriormente expresado la Constitución establece en su artículo 439 lo siguiente:

“Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente.”

Por lo tanto la Constitución avala el ejercicio de las llamadas acciones populares, las mismas que se caracterizan por poseer un carácter preventivo y restaurador de los derechos e intereses colectivos. "Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anteriores cuando fuere posible"¹²³

3.2.2 Superintendencia de Telecomunicaciones

El sexto artículo innumerado posterior al artículo 5 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, establece que:

Art.- En lo concerniente a la aplicación de la Ley de Radiodifusión y Televisión son atribuciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones:

... c) Tramitar todos los asuntos relativos a las funciones del Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión y someterlos a su consideración con el respectivo informe;

¹²² *Ibíd.*

¹²³ Acciones Populares, http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/ejercitar_populares.html, Acceso: 17 de mayo de 2011, 21h40.

- d) Realizar el control técnico y administrativo de las estaciones de radiodifusión y televisión;*
 - f) Imponer las sanciones que le facultan esta Ley y los reglamentos;*
 - g) Ejecutar las resoluciones del Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión; y,*
 - h) Las demás que le asignen esta Ley y los reglamentos.*
- El Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión reglamentará la tramitación de todos los asuntos inherentes a la aplicación de esta Ley.*

De igual manera la mencionada ley en su artículo 71 establece que la Superintendencia de Telecomunicaciones tiene la competencia para imponer las siguientes sanciones por infracciones de carácter técnico o administrativo previstas en esta Ley o en el reglamento:

- a) Amonestación escrita;*
- b) Multa de hasta diez salarios mínimos vitales;*
- c) Suspensión del funcionamiento, por reincidencia de una misma falta de carácter técnico o administrativo, o por mora en el pago de las tarifas o derechos de la concesión, mientras subsista el problema.*

Al momento de imponer las sanciones previstas en la ley la Superintendencia notificará previamente al concesionario haciéndole conocer la falta o faltas en que hubiere incurrido, éste tiene el termino de ocho días, tiempo en el cual debe presentar las pruebas de descargo que la Ley le faculta.

Posteriormente si la autoridad lo considerare pertinente se le impondrá la sanción correspondiente. El concesionario a quien eventualmente se le impusiera la sanción, podrá apelar de esta resolución en el término de ocho días de notificada, ante el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, el que podrá confirmarla, revocarla o modificarla en la siguiente sesión de este organismo; en este caso no procederá el voto del Superintendente de Telecomunicaciones.

Uno de los ámbitos de la publicidad en los cuales la Superintendencia de Telecomunicaciones ejerce control, es sobre los planes y promociones comerciales, en las que la SUPTEL exigió a las operadoras de Telefonía Móvil la entrega de sus planes y promociones comerciales para que el usuario conozca los costos de los servicios en forma clara y pueda comparar y decidir lo que más le convenga, para tratar de eliminar la publicidad engañosa y la competencia

desleal, prácticas que afectan al mercado e impiden una libre y leal competencia.¹²⁴

Así podemos ver que la Superintendencia de Telecomunicaciones tiene amplias facultades para intervenir en los casos que las estaciones de radio y televisión transmitan información falsa que pueda causar confusión, engaño o distorsione la realidad de los productos que se ofrecen en el mercado.

3.2.3 Casos de la Defensoría del Pueblo de Ecuador

El primero caso a analizar inicia con la queja signada con el No. 47977-010-M.LL.M., presentada el 2 de julio de 2010, por la Señora Martha Gavidia la misma que expresa que el 24 de junio de 2010, firmó un contrato de compra de un programa vacacional denominado Multivaciones de Decameron, con la empresa Hoteles Decameron Colombia (HODECOL) S.A., ya que al encontrarse en el Centro Comercial Iñaquito (CCI), le aborda una señorita para que realice una raspadita gratuita en la que gana un premio, le informan que para cobrar ese premio debe acudir con sus papeles personales a las oficinas de la empresa donde se realizaría un brindis y la entrega del premio que consistía en la estadía en un hotel con la alimentación incluida, todo de forma gratuita, y que los únicos gastos que debía asumir eran costos mínimos de los pasajes aéreos, además de un exhaustivo interrogatorio sobre su situación económica.

La trabajadora de la empresa les acompaña, a ella y su familia, en el auto hasta la oficina de la empresa Decameron, en donde les ubicaron en una mesa y empezaron las explicaciones. Otra trabajadora de la empresa les manifiesta que con \$1.000,00 podrían viajar a cualquier parte del mundo una vez al año hasta con seis personas, durante 15 días, los que incluyen alojamiento en Hotel 5 estrellas, alimentación, barra libre y snacks ilimitados. Luego se les acerca otro trabajador de la misma empresa y después de tres horas de intensa presión les entrega el contrato, apenas la señora Gavidia empieza a leerlo, este trabajador se lo quita y le da un resumen del mismo, impidiéndole que ella lo lea y la presionó para que lo firmara junto una serie de papeles.

¹²⁴ *Acciones de la SUPTEL en 100 Días de Gestión*, <http://www.infodesarrollo.ec/noticias/politicas/501-acciones-de-la-suptel-en-100-d-de-gesti.html>, Acceso: 29 de mayo de 2011, 11h00.

Luego de lo cual al revisar detenidamente el contrato, determina que las ofertas realizadas verbalmente por las personas que promocionaban la venta del programa no constaban en el contrato. En vista de esto y basada en la cláusula octava numeral tres del contrato, presenta una carta escrita manifestando su voluntad de dejar sin efecto el mismo.

Por lo que por medio de su queja presentada ante la Defensoría del Pueblo, solicita que la empresa Decameron anule el contrato suscrito por las partes y que le devuelvan el valor de \$2.800,00 dólares que le fueron debitados de su cuenta así como todos los documentos que firmó entre los que consta una letra de cambio por el valor de \$5.600,00 dólares.

La Delegación Provincial de Pichincha, Zona Norte, de la Defensoría del Pueblo, realiza la audiencia pública con las partes en conflicto, el 14 de julio de 2010, en donde acuerdan que la empresa Decameron, devolverá a la señora Gavidia el valor de \$2600 dólares y las letras de cambio que la actora había firmado.

Así concluye este caso, con la devolución del 92% del dinero que la perjudicada había entregado a la empresa. Pero no es solamente ese el papel de la justicia. Hubo publicidad engañosa, falta de información, un abuso por parte de la empresa que sometió al consumidor a una presión extenuante a fin de conseguir su objetivo: la firma del contrato, errores en el contrato que no estipulaba lo ofrecido verbalmente y un aparente intento de estafa al ofrecer servicios imposibles de cumplir por el precio solicitado y un evidente engaño al consumidor.

En el caso particular de este consumidor, la actuación de la Defensoría del Pueblo fue suficiente para proteger sus derechos, pero el actuar de la mencionada empresa no ha cambiado, sigue ofreciendo los mismos servicios con la misma forma de actuar, lo que deja la posibilidad de que existan otros consumidores o usuarios afectados, por lo que el engaño y el daño se volverá a producir.

El segundo caso trata de la queja No. 44664-2009-M.LL.M., presentada el 12 de octubre de 2009 por el señor Luis Eduardo Romero León contra la empresa IMPOCOMJAHER CIA. LTDA., en vista de que el consumidor adquiere el 13 de septiembre de 2009 un televisor LCD 42” por el valor de \$1.335,50 mismo que adquirió debido a que una trabajadora de esta empresa le

ofrece este televisor con un descuento especial, manifestado de esta forma por la vendedora, publicidad que hizo que el consumidor decidiera comprar este y no el que tenía pensado que era solamente un LCD 32”, mismo televisor que nunca estuvo en exhibición ni fue probado antes de salir del almacén.

El 9 de octubre de 2009 el consumidor decide desempacar y utilizar por primera vez el televisor adquirido, con la sorpresa de que el mismo tenía la pantalla trisada. Ante lo que el Sr. Romero concurre al almacén en el que realizó la compra, dialoga con la jefe de la sucursal la misma que se niega a darle solución al problema manifestando que no tiene garantía y de forma textual les dice: “ya perdieron mil quinientos dólares”.

La Defensoría del Pueblo por medio de la Delegación Provincial Zona Norte, fija la fecha de la audiencia pública para el viernes 06 de noviembre de 2009, misma que no consta en el proceso pero se colige que si fue realizada en vista de los escritos que presentan las partes: el 11 de noviembre de 2009 la empresa IMPOCOMJAHHER CIA. LTDA., por medio de su representante legal, ratifica todo lo actuado en la audiencia realizada la fecha antes mencionada y manifiesta una vez más que IMPOCOMJAHHER cumplió con la entrega del bien según las especificaciones acordadas y a entera satisfacción del cliente; y, el 24 de noviembre de 2009 el consumidor afectado Sr. Luis Romero manifestando que en la audiencia realizada no llegaron a ningún acuerdo pero que sin embargo la abogada de IMPOCOMJAHHER hablaría con los representantes del almacén para brindarle una solución y solicita a la Defensoría del Pueblo, se nombre un perito para determinar el daño real de producto.

Pese a esto, el 12 de enero de 2010 el señor Luis Romero, en su calidad de consumidor afectado, solicita a la Defensoría del Pueblo se agilite la causa ya que hasta la fecha mencionada transcurrieron tres meses desde la compra del producto y este no puede ser utilizado. Por lo que la Defensoría del Pueblo fija la audiencia pública para el 26 de enero de 2010, fecha en la que concurre el consumidor afectado más no la empresa IMPOCOMJAHHER, por lo que la Defensoría del Pueblo emite el informe motivado a la intendenta General de Policía de Pichincha para que inicie el proceso judicial correspondiente haciendo respetar el derecho que como consumidor tiene el reclamante.

Así concluye en esta vía la queja, con una evidente afectación sufrida por el consumidor al haber adquirido un producto atraído por publicidad engañosa.

Quedando de esta forma evidenciadas las falencias de la Defensoría del Pueblo, entre las más alarmantes están el hecho de que no cuenta con la facultad de practicar pruebas más allá de las aportadas, el informe dirigido a la autoridad judicial no es vinculante, por lo que ésta tiene la facultad de basarse en él o desecharlo.

3.3 Vía administrativa y judicial

3.3.1 Infracciones y sanciones

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece las infracciones y las sanciones en las que puede incurrir un proveedor, éstas se refieren principalmente a:

Art. 7.- INFRACCIONES PUBLICITARIAS.- Comete infracción a esta Ley el proveedor que a través de cualquier tipo de mensaje publicitario induce al error o engaño, especialmente cuando se refiere a:

1. País de origen, comercial o de otra índole del bien ofrecido o sobre el lugar de prestación del servicio pactado o la tecnología empleada;
2. 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;
3. 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 y otras; y,
4. Los reconocimientos, aprobaciones o distinciones oficiales o privadas, nacionales o extranjeras, tales como medallas, premios, trofeos o diplomas.¹²⁵

La mencionada ley establece, en su artículo 8, la posibilidad de que el proveedor que incurra en alguna de las infracciones publicitarias justifique el cometimiento de dicha infracción. El mencionado artículo dice lo siguiente:

Art. 8.- En las controversias que pudieren surgir como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en los artículos precedentes, el anunciante deberá justificar adecuadamente la causa de dicho incumplimiento.

¹²⁵ Óp. Cit. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

El proveedor, en la publicidad de sus productos o servicios, mantendrá en su poder, para información de los legítimos interesados, los datos técnicos, fácticos y científicos que dieron sustento al mensaje.

Con respecto a las sanciones establecidas en la ley, el artículo 70 establece que:

“...siempre que no tengan una sanción específica, serán sancionadas con multa de cien a mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda de curso legal, y si es del caso, el comiso de los bienes, o la suspensión del derecho a ejercer actividades en el campo de la prestación del servicio o publicidad, sin perjuicio de las demás sanciones a las que hubiere lugar. El pago de las sanciones pecuniarias no libera al proveedor de cumplir con las obligaciones que le impone la ley.”¹²⁶

La sanción establecida para aquellos proveedores que promocionan sus productos a través de mensajes publicitarios engañosos o abusivos, según lo establecido en el artículo 72, son:

“El proveedor cuya publicidad sea considerada engañosa o abusiva, según lo dispuesto en el Art. 7 de la 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.”¹²⁷

Con respecto a la reincidencia al momento del cometimiento de una infracción, la ley establece que se considerara reincidencia, al hecho en el que “el proveedor sea sancionado por una misma infracción a esta Ley, dos veces o más dentro del mismo año calendario”¹²⁸

Las infracciones por reincidencia, la multa señalada podrá ser elevada al doble, además de la clausura temporal o definitiva del establecimiento. Para la aplicación de las multas, la autoridad competente tendrá en cuenta de manera

¹²⁶ Op.cit. La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, p. 44.

¹²⁷ Ibíd. p. 45.

¹²⁸ Ibíd. p. 48.

especial, la gravedad de la infracción, la cuantía de lo disputado y las condiciones económicas del infractor.¹²⁹

Pero además de la imposición de sanciones por parte de las autoridades, existe la posibilidad de encontrar soluciones extrajudiciales a los conflictos resultantes de las relaciones de consumo.

Desde el punto de vista de la solución extrajudicial de los conflictos, el rol de las asociaciones de consumidores implica aspectos preventivos y de reparación, pues su intervención puede evitar un conflicto de consumo, cuando brinda asesoría al consumidor, respecto de un caso específico o ayuda a la reparación del derecho, en el evento de que ya se haya producido una violación a la Ley.¹³⁰

3.3.2 Acciones y recursos administrativos

Es importante establecer si los recursos administrativos de los que cuentan los consumidores afectados por publicidad engañosa son realmente efectivos y precautelan los derechos de los consumidores. En teoría la vía administrativa debería ofrecer al consumidor, protección más rápida, eficaz y menos onerosa que la vía judicial.

La importancia de la vía administrativa radica en el hecho de que el consumidor difícilmente entabla una acción judicial por publicidad ilícita. Y la respuesta a esta problemática estaría dada en los distintos órganos administrativos, que teniendo un carácter imparcial y dotado de un poder coercitivo suficiente, emitan resoluciones de manera motivada, tendientes a vigilar e imponer el cumplimiento de sus decisiones.

La legislación de nuestro país contempla algunas sanciones que buscan precautelar los derechos de los consumidores. Así un ejemplo de lo dicho

¹²⁹Infracciones y Sanciones, http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2941&Itemid=426, Acceso: 22 de mayo de 2011, 17h50.

¹³⁰Óp. Cit. *Sistema De Protección Del Consumidor Ecuador Estado De Situación De Los Consumidores En Ecuador (Foda)*.

anteriormente se encuentra en la Ley de Radiodifusión y Televisión, la cual en su artículo 58, en la parte pertinente señala:

Art. 58.- *Se prohíbe a las estaciones de radiodifusión y televisión:*

h) Realizar publicidad de artículos o actividades que la Ley o los Reglamentos prohíben.

Entonces podemos deducir que el organismo administrativo de control es el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión (CONARTEL). Del mismo modo el reglamento a la mencionada ley establece que son infracciones administrativas de tercera clase:

Art. 80.- (CONTINUACIÓN)
CLASE III

Son infracciones administrativas las siguientes:

a) Realizar actividades prohibidas contempladas en el artículo 58 de la Ley de Radiodifusión y Televisión que no sean tipificadas como infracciones penales y que el Superintendente haya determinado que es de su competencia el juzgarlas.

La correspondiente sanción establecida para dicha infracción consta en el artículo 81 de dicho reglamento, que literalmente dice:

Art. 81.- *Las sanciones se aplicarán de acuerdo a la clase de acción cometida, conforme se indica a continuación:
Para las infracciones Clase III, se aplicará sanción económica del 100% del máximo de la multa contemplada en la Ley de Radiodifusión y Televisión.*

Esta sanción del 100% del máximo de la multa contemplada es equivalente, según el artículo 71 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, a diez salarios mínimos vitales.

El artículo 84 del Reglamento a la Ley de Radiodifusión y Televisión establece que la persona natural o jurídica concesionaria que incurra en las infracciones señaladas en las clases I, II, III y IV será sancionada por el Superintendente de Telecomunicaciones.

Para llevar a cabo el juzgamiento de infracciones de la clase II, III y IV, se procederá de la siguiente manera:

...NOTIFICACIÓN: La notificación se hará por boleta en el domicilio mercantil o civil del infractor haciéndole conocer la falta o faltas en que hubiera incurrido. Cuando no se conociere el domicilio o se trate de notificar a los herederos del infractor, la notificación se hará mediante una publicación en un periódico de la capital de provincia de su domicilio, cuando hubiera, y además en uno de los periódicos de mayor circulación en el país.

Las notificaciones por la prensa podrán hacerse individual o colectivamente, cuando fueren varios los presuntos infractores.

CONTESTACIÓN: El presunto infractor tendrá el término de ocho días contados a partir de la fecha de notificación respectiva para contestarla y presentar las pruebas de descargo que la Ley le faculta y ejercer plenamente su derecho de defensa.

RESOLUCIÓN: El Superintendente de Telecomunicaciones dictará su resolución en el término de quince días contados desde el vencimiento del término para contestar, haya o no recibido la contestación.

Las resoluciones contendrán la referencia expresa a las disposiciones legales y reglamentarias aplicadas y a la documentación y actuaciones que las fundamenten...

El CONARTEL, resolverá las apelaciones que presenten los concesionarios en el término de ocho días de haber sido notificado con la resolución de sanción impuesta por la Superintendencia de Telecomunicaciones, el que podrá confirmarla, revocarla o modificarla en la siguiente sesión de este organismo, en este caso, no procederá el voto del Superintendente de Telecomunicaciones.¹³¹

El artículo 71 de la Ley de Radiodifusión y Televisión establece que si la sanción impuesta se tratare de suspensión y ésta fuere confirmada o modificada, el concesionario podrá recurrir ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, en la forma prevista en la Ley.

En el caso de que una de las partes interponga recurso de casación, la resolución de suspensión quedara sin efecto, si a criterio de la Superintendencia se hubiere solucionado el problema que motivó la suspensión sólo en el caso de que así lo disponga la resolución en firme del Consejo o sentencia ejecutoriada del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.¹³²

¹³¹ Reglamento a la Ley de Radiodifusión y Televisión.

¹³² *Ibíd.*

Existe otros organismos encargados de velar por los derechos de los consumidores como por ejemplo en el ámbito de la salud está el Ministerio de Salud que se encuentra encargado de verificar los etiquetados de las medicinas dentro del mercado, que dentro de las medicinas exista las contraindicaciones y las formas como administrarlos para así evitar daños a los consumidores.

Está de igual forma el Instituto Ecuatoriano de Normalización que en su Reglamento Orgánico Funcional establece la existencia de un “Departamento de Protección al Consumidor”, y que en su artículo 28 determina cuales serán las funciones de este departamento, que en la parte pertinente sobre el tema que nos ocupa señala:

Art. 28.- Son funciones del Departamento de Protección al Consumidor las siguientes:

d) Analizar y evaluar la publicidad y propaganda de productos y presentar los informes técnicos correspondientes;

3.3.3 Rol de los intendentes y comisarios

Para desarrollar esta parte de la presente tesis, debemos primero analizar el contenido de la primera disposición transitoria de La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la cual a su tenor literal menciona lo siguiente:

“PRIMERA DISPOSICIÓN TRANSITORIA.- En tanto empiecen a funcionar los Juzgados de Contravenciones, los Intendentes y Subintendentes de Policía y los Comisarios Nacionales serán competentes para conocer y juzgar las infracciones contempladas en la presente ley. En lo referente a indemnizaciones por daños y perjuicios, mientras empiezan a funcionar los juzgados de contravenciones, serán competentes los jueces de lo civil.”

En la disposición mencionada anteriormente, se delega a los Intendentes, Subintendentes y Comisarios de Policía la 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.

Es así como se han venido manejando el tema del juzgamiento de las infracciones a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Y es por eso que han surgido una serie de vacíos normativos debido a la ausencia originaria de la autoridad juzgadora especializada en materia de los derechos del consumidor. La autoridad que ha juzgado al no ser especializada en el Derecho del Consumidor, dista mucho de impartir justicia en las funciones que le asigna la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.¹³³

Es por eso que EL PLENO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA, con fecha 20 de enero de 2011, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, resolvió crear los juzgados de contravenciones dentro del Distrito metropolitano de Quito, divididos territorialmente según las diferentes parroquias.

Las competencias de los jueces de contravenciones están establecidas en el Código Orgánico de la Función Judicial, que establece que entre otras atribuciones, son competentes para:

*Art. 231.- En cada distrito habrá el número de juezas y jueces de contravenciones que determine el Consejo de la Judicatura, con la determinación de la localidad de su residencia y de la circunscripción territorial en la que tengan competencia; en caso de no establecer esta determinación se entenderá que es cantonal.
Serán competentes para:*

*3. Conocer las infracciones a las normas de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor;*¹³⁴

Ahora bien, en concordancia con lo establecido anteriormente advertimos lo que dispone la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en su artículo 84,

¹³³ GUERRA NARANJO, Marco, *La Protección al Consumidor por Publicidad Engañosa en el Ecuador y sus Limitaciones Legales de Acuerdo a la Legislación Vigente*, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/910/1/T408-MDE-Guerra-La%20protecci%C3%B3n%20al%20consumidor%20por%20publicidad%20enga%C3%B1osa.pdf>, Acceso: 21 de mayo de 2011, 21h30.

¹³⁴ Código Orgánico de la Función Judicial, <http://docs.ecuador.justia.com/nacionales/codigos/codigo-organico-de-la-funcion-judicial.pdf>, Acceso: 21 de mayo de 2011, 23h30.

estableciendo que: *“Son competentes para conocer y resolver sobre las infracciones a las normas contenidas en la presente Ley, 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.”*¹³⁵

Pero existe el mismo problema que mencionamos anteriormente, ya que los Jueces Penales, actualmente son los más importantes en la cadena de juzgamiento, pues ellos conocen en apelación las resoluciones emitidas por los jueces de contravenciones, siendo también la mencionada autoridad jurisdiccional, carente de especialización en materia de Derecho del Consumidor.¹³⁶

Es de suma importancia el rol del Juez de Apelaciones, pues debe verificar todos aquellos errores que pudieron producirse dentro del proceso y que pudo cometer el mismo juez de contravenciones en la resoluciones de las causas sobre infracciones a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor; de allí que el conocimiento de todas las causas en defensa de los consumidores, debería residir en una autoridad con conocimientos especializados.¹³⁷

Los derechos de los consumidores se ven impedidos de ser justiciados por autoridades no especializadas en la materia, y su desconocimiento desemboca en resoluciones desacertadas, incluyendo a los trámites que se llevan a cabo en la Defensoría del Pueblo, en los cuales se verifica inclusive que las sanciones son poco exigibles o ejecutables al proveedor vencido en la denuncia.

¹³⁵ Óp. Cit. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, p. 49.

¹³⁶ Op.cit. GUERRA NARANJO, Marco, p. 51.

¹³⁷ Ibíd.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- La información constituye un factor importante dentro del proceso publicitario y esta información debe cumplir con principios básicos como veracidad, lealtad, seguridad, etc. Este problema debe ser regulado por las autoridades las cuales tienen las facultades necesarias, lo que hace falta es ponerlas en práctica.
- Dentro del mercado globalizado que actualmente predomina, la publicidad es el medio más idóneo para lograr captar la atención de los consumidores, y al ser este un factor indispensable debe ser motivo de regulación por parte de las autoridades con la finalidad de evitar abusos por parte de los proveedores.
- El engaño dentro de las ofertas publicitarias es una práctica comúnmente utilizada por los proveedores de bienes y servicios, tendiente a captar mayor cantidad de clientela despreocupándose completamente de la calidad del servicio o de los productos que ponen a disposición de los consumidores, es por eso que se debe proteger de manera más seria el derechos de los consumidores de recibir información clara, veraz y oportuna sobre los bienes y servicios que se les ofrece.
- Existe legislación tendiente a brindar protección a los consumidores de manera tanto directa como indirecta, pero que no es aplicada rigurosamente lo que permite que casos de publicidad engañosa sigan ocurriendo y además las sanciones que se imponen no son de carácter ejemplificativo para aquellas grandes empresas que son las que más se aprovechan del perjuicio a los consumidores, imponiéndoles sanciones que son fácilmente asimilables por estas, sin evitar que nuevos casos de publicidad engañosa sucedan.
- Las medidas de autocontrol son débiles y en sociedades como la nuestra es difícil que se pueda poner en práctica como medida principal de regulación de los agentes publicitarios, por lo que siempre es necesario que autoridades cumplan rigurosamente con los sistemas de control previstos en la ley. Pero no

hay que descartar completamente este método, lo que se debe hacer es incentivar la creación de compromisos serios, tanto por parte de los proveedores como por parte de los medios de difusión masivos que logran que los mensajes publicitarios lleguen a un gran número de personas.

- El ejercicio de la publicidad está directamente relacionado con la ética y la responsabilidad social de la empresa, por lo cual, al promocionar productos que no poseen las cualidades que ofrecen se genera una mala imagen frente al público, llegando en muchos casos a la pérdida de confianza.
- El consumidor es la parte débil dentro de las relaciones de consumo y por este motivo necesita de mayor protección por parte del estado, siendo el garantizar sus derechos una cuestión de orden público. Es por eso de vital importancia el lograr alcanzar una efectiva protección al consumidor para poder equiparar de algún modo la relación entre los productores y consumidores compensando las fuerzas entre estos, ya que los segundos no tienen en comparación a los primeros no tienen los mismos recursos.
- La publicidad genera deseos en las personas, o se puede decir que transforma los deseos de las personas en verdaderas necesidades, logrando que el público consuma productos que realmente no necesita, o que por lo menos, no son de necesidad básica. Las principales causas que logran captar al consumidor son el ocultamiento de información, la limitación de las ofertas anunciadas y el tamaño de la letra, creando de este modo una persuasión gracias a la promesa de ser más bello, más delgado, más fuerte, más saludable., más feliz con productos que parecen ser mágicos y que no se acercan a cumplir con las funciones indicadas en la publicidad.
- El gran desafío que tienen las personas en general es aprender a leer, escuchar y ver las publicidades, a través de programas de educación a los consumidores y usuarios para evitar caer en engaños.
- La Defensoría del Pueblo, no tiene facultades sancionadoras ni coercitivas. Por lo que su actuar se limita a promover mecanismos alternativos de solución de

conflictos, pero el consumidor queda muchas veces en indefensión al dejar de ejercitar las acciones judiciales por las molestias en cuanto a incurrir en gastos y el tiempo que se debería invertir, sin olvidar el tiempo que ya ha invertido en los trámites que realizó en la Defensoría del Pueblo.

- La ayuda que brinda la Defensoría del Pueblo en cuanto a la defensa de los derechos de los consumidores, buscando la mediación, es buena pero no es suficiente para brindarle una efectiva protección e importancia a los derechos de los consumidores en cuanto a las violaciones por publicidad engañosa.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

- AZNAR, Hugo, *Comunicación responsable*, editorial Ariel, Barcelona, 1999
- BILLOROU, Oscar Pedro, *Introducción a la Publicidad*, El Ateneo, Buenos Aires, Séptima edición, 1996
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo II, Heliastra, Argentina
- CALLE CASUSOL, Jean Paul, *Responsabilidad Civil por Publicidad Falsa o Engañosa*, ARA editores, Lima, primera edición, 2002.
- DE LA CUESTA RUTE, José María, *Régimen Jurídico de la Publicidad*, Editorial Tecnos, Madrid, 1974
- LOWENROSEN, Flavio, *Derecho del Consumidor*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2008.
- MENÉNDEZ MATO, J.C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998

Páginas web:

- ALONSO, Silvia, *Publicidad y Cine*, [http://www.portalfarma.com/pfarma/taxonomia/general/gp000012.nsf/voDocumentos/355545D99BE97AF6C125767A003F09EF/\\$File/31_Cine.pdf](http://www.portalfarma.com/pfarma/taxonomia/general/gp000012.nsf/voDocumentos/355545D99BE97AF6C125767A003F09EF/$File/31_Cine.pdf).
- ARIAS ALICIA, *Los Derechos Colectivos y su relación con las Acciones Populares*, http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1999/13-tomo1/13_derechos_colectivos.pdf.
- Asociación General de Consumidores, *Publicidad Desleal*, http://www.asgeco.org/index.php?option=com_easyfaq&task=view&id=89&Itemid=43.
- *Comunicación en televisión, publicidad*, <http://www.cibersociedad.net/congres2006/gts/comunicacio.php?id=470>.
- *Declaración Universal de Derechos Humanos*, <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>
- Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, *Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor*, http://www.un.org/esa/sustdev/publications/consumption_sp.pdf.

- Derechos del Ciudadano Andino, http://www.comunidadandina.org/public/derechos_CAN.pdf.
- DERECHO, *Comunicación Comercial*, http://www.derecho.com/c/Comunicaci%C3%B3n_comercial.
- DIARIO DIGITAL RD, *Consumidores Apuntan a Publicidad Engañosa*, <http://www.diariodigital.com.do/articulo,22704,html>.
- DIDECO, http://www.micip.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=458&Itemid=135.
- Diferencias entre publicidad comercial y oferta. Publicidad comercial y deber de información, <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/mlg/223.htm>.
- El Comercio, Nuevas inspecciones a los locales comerciales, <http://www4.elcomercio.com/generales/solo-texto.aspx?gn3articleID=241786>.
- El contrato por adhesión, <http://www.uss.edu.pe/Facultades/derecho/documentos/produccionjuridica/2007I/ELCONTRATOPORADHESIONENELCODIGOCIVILDE1984.pdf>.
- EUMED, *Naturaleza Jurídica de la Publicidad*, <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/mlg/222.htm>.
- La Protección De Los Derechos Del Consumidor En La Subregión Andina, <http://www.consumidoresandinos.com/documentos/campanas/foda/sistematizacion.pdf>.
- La Publicidad, http://www.uclm.es/profesoradoricardoPublicidadla_publicidad.htm
- La Voz Global de los Consumidores, <http://www.consumersinternational.org/>.
- LÓPEZ GARCÍA, Mabel, La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico, <http://www.eumed.net/cursecon/dic/oc/publieng.htm>
- Los Medios de Comunicación y la Publicidad, <http://www.hiru.com/medios-de-comunicacion/los-medios-de-comunicacion-y-la-publicidad>,
- GIRALDO, Alejandro, El Estado De Situación De La Protección Al Consumidor En El Ámbito Nacional Y Comunitario, <http://www.comunidadandina.org/bda/docs/CAN-PAS-0003.pdf>.
- GÓMEZ GARCÍA, Carlos Andrés y MUÑOZ CORTINA Silvia Helena, Fundamentos para la Protección del Consumidor frente a la Publicidad Engañosa, <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/852/745>.

- GUERRA L Mireya, *Promoción Ética de Medicamentos en el Ecuador*, <http://www.consumidoresandinos.com/documentos/campanas/3/estudios/medicamentoecuador.pdf>.
- GUERRA NARANJO, Marco, *La Protección al Consumidor por Publicidad Engañosa en el Ecuador y sus Limitaciones Legales de Acuerdo a la Legislación Vigente*, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/910/1/T408-MDE-Guerra-La%20protecci%C3%B3n%20al%20consumidor%20por%20publicidad%20enga%C3%B1osa.pdf>.
- HORCAJADA, María José, *Los códigos de conducta y la publicidad engañosa*, [http:// indemn Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, Código de Conducta Publicitaria, http://www.autocontrol.es/pdfs/Cod_conducta_publicitaria.pdfizaplan.com/los-codigos-de-conducta-y-la-publicidad-enganosa-100481.html](http://indemnAsociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, Código de Conducta Publicitaria, http://www.autocontrol.es/pdfs/Cod_conducta_publicitaria.pdfizaplan.com/los-codigos-de-conducta-y-la-publicidad-enganosa-100481.html).
- Intereses difusos y derechos de incidencia colectiva, http://www.fundaciongeos.org/documentos/intereses_difusos.pdf.
- PEREIRA, Jorge, *Revistas como Medio Publicitario*, <http://www.gestiopolis.com/canales6/mkt/mercadeopuntocom/revistas-como-medio-publicitario.htm>
- Portal del Consumidor, *Tipos de Publicidad Prohibidos*, http://www.madrid.org/cs/Satellite?apartado=4&cid=1139836018952&idioma=_es&pagename=PortalConsumo%2FPage%2FPTCO_DetalleSectorPageTemplate§or=1139836019092.
- Responsabilidad Precontractual, <http://www.articuloz.com/leyes-articulos/responsabilidad-precontractual-404675.html>.
- SERNAC, Información Básica Comercial, http://www.sernac.cl/proveedores/doc/Columna%20estrategia_10.pdf.
- Sistema De Protección Del Consumidor Ecuador Estado De Situación De Los Consumidores En Ecuador (Foda), <http://www.consumidoresandinos.com/documentos/campanas/foda/fodaecuador.pdf>.
- Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios, <http://www.tribunadelconsumidor.org.ec/>.

Códigos y Leyes

- CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA
- CÓDIGO DE COMERCIO
- DECISIONES DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

- LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR
- LEY ESPECIAL DE TELECOMUNICACIONES