



FACULTAD DE DERECHO

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN EL ECUADOR.

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador.

Profesor Guía

Dr. Manuel Fernández de Córdova.

Autor

Michel Alejandro Alarcón Barrera.

Año

2014

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA.

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Manuel Fernández de Córdova.
Doctor en Jurisprudencia.
C.C.170776089-6

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE.

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

Michel Alejandro Alarcón Barrera.
C.C.171309159-1.

AGRADECIMIENTOS.

A Dios y a mi familia por haber apoyado en el transcurso de mi carrera, también a la Universidad de las Américas por haber dado los conocimientos fundamentales para aplicarlos, pero en particular a mi Director el Dr. Manuel Fernández de Córdova por su apoyo incondicional en este trabajo de titulación.

DEDICATORIA.

A mis padres, por el permanente apoyo a mis requerimientos, en el objetivo de culminar con éxito esta carrera.

RESUMEN

La publicidad comercial se encuentra regulada a través de tres normas de carácter orgánico, que son: la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor; la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; y, la Ley Orgánica de Comunicación.

En la actualidad, la publicidad comercial se considera como una actividad económica; se ha convertido en una herramienta eficiente e idónea para los agentes económicos, a fin de que puedan transmitir la información a los consumidores y éstos puedan conocer y adquirir los bienes y servicios que se promocionan dentro del mercado concurrente.

Estas actividades publicitarias tienden a provocar actos de engaño, que pueden perjudicar tanto a los consumidores como a los usuarios, por manejar información falsa o que induzca a error en la obtención de un bien o servicio por parte del consumidor, auspiciando un perjuicio económico y desviando la clientela ajena para provecho propio del competidor desleal.

Por otro lado tenemos la Ley Orgánica de Comunicación, que por primera vez regula a la publicidad y prohíbe la difusión de contenidos engañosos, que en su momento pueden perjudicar los derechos de las personas al recibir una información no veraz.

El objetivo de este estudio se conduce a evaluar el marco jurídico sobre los actos de engaño publicitario en el Ecuador, con esto se podrá disponer de las herramientas de asesoramiento adecuado para proteger al consumidor y al empresario dentro de un mercado competitivo. Igualmente, tiene como alcance conocer la normativa aplicable para reprimir los actos de engaño dentro de las actividades publicitarias comerciales, como lineamiento para evitar la competencia desleal en el Ecuador.

ABSTRACT

Commercial advertising is currently being regulated by three laws of organic character. These laws are: The Law of Consumer Protection, Law of Regulation and Market Control and the Law of Communication.

Currently, commercial advertisement is considered an activity performed by the business market; it has become an efficient tool for all finance agents with the purpose of transmitting the information needed to the consumer so they can better decide and acquire the services and goods that are being advertised in the current market.

However, these publicity activities can also be deceiving and could cause damage to the consumer as well as the producer; if the information being advertised is false, incorrect or incomplete, this could create financial loss for both parties. And this decision would be made under misguided information received through the advertisement.

That being said, we now have the Law of Communication; which for the first time prohibits and regulates untruthful advertising that can cause damage to the people who receive the false information.

The objective of this study is to evaluate the judicial parameters within the law regardless to false advertisement in Ecuador. With that information, tools could be created to protect and advise the consumer as well as the businessmen in our current competitive market. It would also help create laws that could stop these acts from happening and make commercial competition fair in Ecuador.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	4
COMPETENCIA DESLEAL	4
1.1. Fundamentos constitucionales sobre la competencia desleal	4
desleal	4
1.2. Concepto de competencia desleal	13
1.2.1. Finalidad.....	14
1.2.2. Cláusula general de prohibición.....	21
1.2.3. Concepto personal de competencia desleal.....	26
1.3. Actos de competencia desleal	26
1.3.1. Acto de confusión.....	28
1.3.2. Acto de engaño.....	30
1.3.3. Acto de imitación.....	31
1.3.4. Acto de denigración.....	32
1.3.5. Acto de comparación.....	34
1.3.6. Acto de explotación de la reputación ajena.....	35
1.3.7. Acto de violación de secretos empresariales.....	37
1.3.8. Acto de inducción a la infracción contractual.....	39
1.3.9. Acto de violación de normas.....	40
1.3.10. Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores.....	41
CAPÍTULO II	43
PUBLICIDAD ENGAÑOSA	43
2.1. El fenómeno de la publicidad dentro de la dinámica comercial contemporánea	43

2.2. Concepto de publicidad	47
2.2.1. Publicidad como derecho de información y comunicación.....	47
2.2.2. Publicidad como un derecho de empresa.....	51
2.2.3. Concepto personal de publicidad.....	54
2.3. Principios de la publicidad	54
2.3.1. Principio de legalidad.....	54
2.3.2. Principio de veracidad.....	56
2.3.3. Principio de autenticidad.....	59
2.3.4. Principio de leal competencia.....	60
2.4. Publicidad engañosa	62
2.4.1. Nociones generales.....	62
2.4.2. Concepto de publicidad engañosa.....	64
2.4.3. Tipos de publicidad engañosa.....	65
2.4.3.1. Publicidad engañosa por omisión.....	65
2.4.3.1. Publicidad encubierta.....	66
2.4.4. Causales de la publicidad engañosa.....	68
CAPÍTULO III	71
RELACIÓN DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA CON LOS ACTOS DE ENGAÑO	71
3.1. Acto de engaño	71
3.1.2. Nociones generales.....	71
3.1.2. Concepto de engaño.....	75
3.1.3. Relación del acto de engaño con la publicidad engañosa.....	77
3.2. Prácticas de la publicidad engañosa	81
3.2.1. Publicidad engañosa por confusión.....	81
3.2.2. Publicidad engañosa por comparación.....	83
3.2.3. Publicidad engañosa por testimonio.....	84
3.2.4. Publicidad engañosa por encubierta.....	85

3.2.5. Publicidad engañosa subliminal.....	86
CAPÍTULO IV.....	88
REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y SU VALORACIÓN DEL TRATAMIENTO JURÍDICO EN EL ECUADOR.....	88
4.1. Legislación ecuatoriana.....	88
4.1.1. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.....	88
4.1.2. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado....	92
4.1.3. Ley Orgánica de Comunicación.....	97
4.1.4. Códigos de Autorregulación de las actividades publicitarias.....	98
4.2. Legislación comparada.....	102
4.2.1. Legislación española.....	102
4.2.2. Legislación peruana.....	103
4.3. Valoración del tratamiento jurídico de la publicidad engañosa en el Ecuador.....	106
4.3.1. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.....	106
4.3.1.1. Análisis.....	106
4.3.1.2. Valoración.....	107
4.3.2. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado....	108
4.3.2.1. Análisis.....	108
4.3.2.2. Valoración.....	109
4.3.3. Ley Orgánica de Comunicación.....	109
4.3.3.1. Análisis.....	109
4.3.3.2. Valoración.....	110
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	111
CONCLUSIONES.....	111

RECOMENDACIONES	112
REFERENCIAS	113

INTRODUCCIÓN

El “Régimen Jurídico de la Publicidad Engañosa en el Ecuador” es un estudio innovador en el campo jurídico, cuyo objetivo es dar un moderno tratamiento a la publicidad dentro del mercado y revisar su influencia para ofertar los bienes y servicios que producen los empresarios en atención a los consumidores.

El marco jurídico de la publicidad es muy diverso, se menciona a la publicidad en la Ley de Defensa del Consumidor, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y la Ley Orgánica de Comunicación; en tal virtud, procede esta investigación para determinar cuál es el verdadero marco jurídico de la publicidad comercial y específicamente de la publicidad engañosa.

En los actuales momentos la publicidad engañosa es objeto de intensos estudios por parte de muchos juristas, ya por el aumento de empresarios que compiten dentro del mercado ecuatoriano, que se ha elevado mucho más, ya por la utilización de nuevos signos distintivos para atraer a los consumidores, lo cual obviamente permite la utilización de prácticas desleales en sus objetivos.

Estas prácticas desleales distorsionan a los mercados y producen monopolios, oligopolios y otras acciones reñidas con la ley, permitiendo que el mercado se transforme en algo no competitivo, puesto que en estas condiciones los pequeños y medianos empresarios ya no entran en el mercado, distorsionando sus objetivos, ya que en buena proporción van en contra de la buena fe y de las buenas costumbres.

Con este breve preámbulo sobre el “Régimen Jurídico de la Publicidad Engañosa en el Ecuador”, es preciso mencionar que la presente investigación ha sido configurada en cuatro capítulos esenciales: 1. La competencia desleal; 2. La publicidad engañosa; 3. La relación de los actos de engaño con la publicidad engañosa; 4. El régimen normativo de la publicidad engañosa y su valoración del tratamiento jurídico del Ecuador.

El capítulo I comprende el marco teórico de la competencia desleal, sustentado en la vigente Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que en sus artículos 25, 26 y 27 trata justamente lo referente a las prácticas desleales. El trabajo se inicia con un somero preámbulo sobre la Constitución económica, continuando con un concepto personal sobre la materia y el amparo de los conceptos vertidos por importantes tratadistas, utilizando en forma permanente los elementos que en la doctrina y en la legislación se determinan para definirlo, tanto por la finalidad cuanto por la cláusula general de prohibición. La investigación finaliza revisando los actos de competencia desleal reconocidos en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

El capítulo II trata sobre la publicidad engañosa, comenzando con un breve análisis de la publicidad como fenómeno dentro de la dinámica comercial contemporánea, y su alternativa esencial en el mercado para la oferta de bienes y servicios que realizan los empresarios hacia los consumidores. Contiene también una definición personal referente a la publicidad engañosa, así también un especial análisis sobre los tipos de publicidad engañosa y sus principios.

En el capítulo III se determina la relación existente entre el acto de engaño con la publicidad engañosa, donde se determina los tipos de publicidad engañosa en referencia a los actos de engaño.

En el capítulo IV se establecen las normas que regulan la publicidad engañosa en el Ecuador, y luego, una valoración respecto de las normativas de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la Ley Orgánica de Comunicación y la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

El presente análisis pretende enmarcar y disponer de los pertinentes medios para proceder a una apropiada evaluación del marco jurídico ecuatoriano, concretamente sobre los actos de competencia desleal y de engaño publicitario

que se producen en el país, permitiendo una objetiva apreciación sobre la normativa.

CAPÍTULO I

COMPETENCIA DESLEAL

1.1. Fundamentos constitucionales sobre la competencia desleal

Por ser sustancialmente garantista de derechos, la Constitución busca también proteger el sistema económico del Estado, por medio de políticas públicas para el correcto funcionamiento del mercado.

Siendo el mercado básicamente el intercambio de bienes y servicios que realizan los empresarios hacia los consumidores, resulta imperativo que en el flujo competitivo puedan aparecer prácticas desleales que afecten a los intereses de los consumidores y empresarios, lo que redundaría también en la estabilidad económica del Estado.

Como lo menciona Durand (en Riofrío y Marín, prólogo, s.f., p. 13), que: “(...) el mercado es un proceso en permanente movimiento en el que interactúan las personas poniendo de manifiesto sus intereses, es decir, una relación biunívoca entre proveedores y consumidores, cuyos intereses se expresan en los precios y en la aceptación de tales precios”. Esta mención da a entender que el mercado tiene un movimiento dinámico de interacción, que los proveedores o en este caso los empresarios, utilizan como tráfico económico para su actividad, en este caso para la publicidad, como medio de atraer a los consumidores y usuarios que están dentro de este sistema comercial.

Siendo el sistema económico la base fundamental para el desarrollo del Estado, deben existir normas suficientemente claras para su actividad y control. Sobre el particular, Burneo (2010, p. 348), dice que “Sistema económico es el conjunto estructurado de normas por medio de las cuales se organiza la actividad económica de una colectividad o de un país”. Según esta definición podemos apreciar que la economía siempre va a tener una organización, donde todos los participantes que realizan actividades económicas deben

cumplir con ella para el correcto funcionamiento del sistema; por ello, siendo la Constitución Política del Estado la que estructura su organización política y administrativa, también estructura y organiza su funcionamiento económico, que se lo denomina actualmente Constitución económica.

La noción de Constitución económica parte de la idea de establecer un sistema económico ordenado. Al respecto, a continuación se incluye el concepto formulado por varios tratadistas:

Marín (en Riofrío y Marín, s.f., p. 25), menciona que la Constitución económica es “(...) una manera de ordenar lo que hoy podemos denominar el fenómeno económico, en cuanto se expresa en los elementos de propiedad, contrato y trabajo, así como en la intervención del Estado en la economía y en la regulación de lo que hace a la organización y a la técnica de la producción y de la distribución”.

Jara (2013, p. 28), dice sobre el asunto que la Constitución económica es “(...) como el conjunto de aquellos principios fundamentales de los cuales se deriva la estructura y funcionamiento de la actividad económica en un Estado”.

Grijalva (2013, p. 77), define a la Constitución económica como el “(...) análisis de la estructura constitucional de un sistema económico, incluyendo las relaciones de este con el sistema político”.

Todos los autores citados hacen mención de que la Constitución económica es una organización de la economía, por medio de la intervención del Estado a través de una política pública, la misma que contiene los elementos esenciales de los agentes económicos, los cuales realizan dichas actividades para el desarrollo y sustentabilidad de la producción, lo cual puede decirse que se configura en un modelo económico.

Sobre el modelo económico, la misma autora Jara (2013, pp. 31 y 32), determina que:

“(…) los medios se constitucionalizan para efectivizarlos y destacan que, bajo el enfoque constitucional vigente, las políticas públicas son garantías, es decir, medios concretos, para la realización de los derechos de los individuos, sin que sea admisible la idea de un Estado orientado fundamentalmente a la idea de estabilidad macroeconómica”.

Con ello se sustenta la importancia de la Constitución en materia económica, tanto para organizar el sistema económico cuanto para respaldar todas las libertades en aras de obtener una economía eficiente y transparente, donde la promoción de los bienes y servicios que se producen dentro del mercado ecuatoriano puedan controlarse, manteniendo el necesario equilibrio que el Estado debe tener con la sociedad y el mercado.

Respecto del sistema económico, el artículo 283, inciso primero, de la Constitución de la República del Ecuador (2008), establece el modelo económico estipulado en los siguientes términos:

“El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir”.

Este sistema económico que contempla la Constitución, tiene dos aspectos fundamentales que son: la economía social y la economía solidaria. En cuanto a la primera, Grijalva (2013, p. 87) expresa:

“La economía social enfatiza la participación democrática de quienes aportan con su trabajo en la gestión de los procesos productivos, y al

mismo tiempo la distribución equitativa de sus frutos entre todos ellos; propugna la primacía del trabajo sobre el capital y la provisión de bienes y servicios de óptima calidad a las y los consumidores, mediante un intercambio según las reglas del precio justo y de respeto a la diversidad étnica y cultural”.

En lo que respecta a la economía solidaria, Askunze (2007, p. 1), expone:

“(…) precisamente aporta una visión y una práctica personal y comunitario, como instrumento que contribuya a la mejora de la calidad de vida de las personas y de su entorno social en una consideración ética y humanista del pensamiento y de la actividad económica, que coloca a la persona y a la comunidad en el centro del desarrollo”.

Por lo mencionado, podemos determinar que nuestro sistema económico social y solidario es una valoración de quienes en el trabajo, en los procesos productivos para el mejoramiento del estilo de vida de las personas y de la comunidad, dentro de un entorno social y humanista para el desarrollo de la economía del Estado. De esta manera, se puede comprender la existencia de una relación entre sociedad, Estado y mercado.

Esta relación entre sociedad, Estado y mercado dentro de una economía social y solidaria, pretende buscar la necesaria armonía entre todos los modos de producción, como la libertad de empresa, la propiedad privada, el trabajo, las personas, la comunidad y el interés del Estado, para que se pueda lograr un desarrollo eficaz dentro del mercado.

Dentro del mercado, como ya lo mencionamos, están los agentes económicos, quienes deben cumplir el objetivo que establece el artículo 284, numeral 8, de la Constitución de la República del Ecuador (2008), que dice: “Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes”. Este objetivo que establece la Constitución, hace

que todos los ciudadanos puedan acceder libremente a los bienes y servicios que transitan en el mercado y, por tanto, hace prevalecer el principio de igualdad.

El tratadista ecuatoriano, Riofrío (en Riofrío y Marín, s.f., p. 85), expresa lo siguiente con respecto al intercambio justo:

“El intercambio justo implica una cierta igualdad en donde no conceda a nadie más ni menos, que lo suyo. Se habla de una ‘cierta’ igualdad, porque ante los sujetos no hay un valor absolutamente objetivo de la cosa (...). Y este hecho hace justamente que los agentes del mercado estén incentivados a producir lo que falta, a llenar los huecos del mercado donde hay necesidades, porque saben ellos que allí los sujetos desean más esos productos y podrán venderlos a mejor precio sacando un mejor excedente (...). Para que sea posible un intercambio justo es necesario que las partes conozcan qué se da y qué se recibe, resultando imposible el intercambio justo fuera de un mercado transparente. Uno y otro concepto se implican mutuamente. En desarrollo de las normas del error y del dolo (cfr. CC1467ss), ampliamente comentadas por los civilistas, la transparencia debe darse sobre toda la información relevante”.

Este comentario expresado por el autor nos conduce a pensar que, para que el intercambio sea justo, debe primar el principio de igualdad, para que la sociedad tenga acceso sin contratiempos a los bienes y servicios que producen los agentes económicos, los mismos que deben ser de buena calidad y de beneficio para todos. También hace mención a la información, ya que ésta es considerada como parte fundamental en la práctica comercial, lo que es concordante con el artículo 18, numeral 1, de la Constitución de la República del Ecuador (2008), cuyo texto dice: “Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura

previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior”. Texto que empata con el contenido del artículo 52, inciso primero, de la misma Constitución de la República del Ecuador (2008), que reza: “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”.

Todo lo expuesto sustenta y forma parte de un intercambio justo, no como manera expresa en el objetivo que menciona la Constitución para la adquisición de los bienes y servicios, sino en función de la transparencia en el mercado, donde se debe abundar en información y detalles para no falsear el mercado, objetivo primordial para fomentar el comercio justo.

El concepto de comercio justo está establecido en la Constitución de la República del Ecuador (2008), en el artículo 336, con los siguientes términos:

“El Estado impulsará y velará por el intercambio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.

El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley”.

El citado artículo se puede determinar, indefectiblemente, que es el principio de la competencia donde se procura que el intercambio de bienes y servicios sean de calidad y, asimismo, que tenga una funcionalidad transparente y eficiente en igualdad de oportunidades, donde participarán todos los agentes económicos, lo cual puede traducirse como una libre competencia.

El tratadista Gómez (1998, pp. 252 y 253), al respecto de la libre competencia menciona lo siguiente:

“El ordenamiento jurídico se orienta a conservar la transparencia en las conductas o medios utilizados en la emulación de los distintos participantes en el mercado. Si bien cada participante tiene el derecho de buscar el favor de la clientela, para lograrlo ha de luchar en forma honesta, limpia y transparente, ya que toda lucha tiene sus límites (...). Por tanto, la libertad de luchar del empresario debe orientarse a lograr el favor de la clientela. En lo económico y en lo político, esta finalidad es parte esencial de su desarrollo; lo repudiable son los medios empleados para obtenerla colocando en el mercado bienes y servicios en mejores condiciones a los ofertados por la competencia, en cuanto cantidad, presentación, calidad y precio”.

Lo expuesto por Gómez, hace concordar al comercio justo con la leal competencia, ya que se busca la transparencia que debe dinamizar el mercado y el intercambio de bienes y servicios entre proveedores y consumidores. De esta manera corresponde considerar que, para mantener esa armonía en el mercado, se deben establecer los medios fundamentales para que dicha actividad pueda llegar a ser eficiente y transparente, evitando caer en prácticas desleales que pueden afectar al mercado.

Por esta razón, la misma Constitución obliga a la intervención del Estado en precautelar la transparencia y eficiencia en la adquisición de bienes y servicios y, que prevalezca el principio de igualdad por medio de una política pública que regule las prácticas desleales que puedan producirse por parte de los agentes económicos. Norma que se incluye en el artículo 335, inciso segundo, de la misma Constitución de la República del Ecuador (2008), en su objetivo de reprimir la competencia desleal:

“El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de

posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal”.

Según el mismo artículo, se puede determinar que la Constitución protege al mercado, a la sociedad y al mismo Estado, creando una política de competencia que reprima las prácticas desleales que se producen en el mercado.

Trujillo (2006, p. 317), expone la importancia de una política de competencia en los siguientes términos:

“La finalidad de una política de competencia debe ser la de garantizar la libertad de empresa, frente a todas las manipulaciones que tiendan a entorpecer o impedir el ingreso de empresas al mercado, lo mismo que las maniobras que buscan eliminarlas del mismo mercado; debe también tutelar el derecho de los consumidores y usuarios a elegir con libertad los bienes y servicios en procura de la óptima calidad; y, en tercer lugar, debe proteger el interés general que se concreta en la satisfacción de las necesidades de la demanda”.

En líneas posteriores, el autor continúa su exposición al respecto en los siguientes términos: “el Estado debe promover la competencia, aprobar normas de calidad sin desmedro de las que acuerden los mismos productores que más bien debe estimular, promover las asociaciones de consumidores ‘para mejorar el nivel y la distribución de información de mercado y para impedir el abuso de ventajas de información’ y otros mecanismos que tiendan a impedir la alta concentración de la oferta, la publicidad engañosa, etc.”.

La explicación dada por Trujillo, resulta muy acertada para nuestra doctrina, porque con anterioridad al año 2006, de publicación de su obra, no se tenía una política que regule a la competencia, pues a la competencia desleal solo la

regulaba la Ley de Propiedad Intelectual, la cual sólo protegía en parte a los empresarios, postergando a los consumidores.

Con la expedición de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, ahora se protege no solo a los empresarios y al interés del Estado, sino también a los consumidores, pues ellos son también partícipes en la evolución y problemática del mercado. La Ley en referencia también menciona a la información, que en este caso es la publicidad, ya que es catalogada como una práctica comercial más dentro del tráfico económico, donde también se puede producir un acto o práctica desleal que pueda provocar distorsión; lo cual no solamente afectaría al empresario y al Estado sino también al consumidor.

En este punto cabe mencionar la Resolución No. N001-2001-LIN-CCD/INDECOPI, que al respecto emite en el año 2001 el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [INDECOPI] (2001, p. 2 y 3), de la República del Perú, en el afán de sustentar esta política que reprime la competencia desleal dentro del sistema económico, cuyo significativo alcance tiene el siguiente texto:

“En esta economía social de mercado, tanto la legislación sobre la competencia desleal como la de la publicidad comercial tienen como finalidad brindar el marco legal para que los empresarios puedan realizar sus actividades dentro de los principios que rigen este modelo económico, promoviendo el desarrollo de la leal y honesta competencia. La finalidad de la legislación sobre competencia desleal no es incentivar la permanencia en el mercado de empresas ineficientes que no responden a los retos que implica interactuar en un mercado competitivo y que, finalmente, pueden terminar siendo eliminadas del mercado”.

Por tanto, es fundamental tener una política de competencia que reprima las prácticas desleales que se producen en el mercado, pues con ello se pretende

buscar la transparencia y eficiencia que requiere dicha actividad, haciendo prevalecer la leal competencia de una manera proteccionista para la libertad de empresa, de los consumidores, de la propiedad y del interés público en general, tomando siempre en cuenta el principio de igualdad y la relación dinámica entre la sociedad, el Estado y el mercado.

En conclusión, los fundamentos constitucionales para reprimir la competencia desleal están considerados en los artículos 335 inciso segundo y 336 de nuestra Constitución, que son las normas que prohíben la competencia desleal y que exigen el comercio justo, en consideración a que la leal competencia propende a mantener un mercado transparente, eficiente y alejado totalmente de la falsedad. También sus contenidos hacen que se prevalezcan el principio de igualdad y la defensa de los consumidores, respetando todo tipo de publicidad basada en la transparencia y veracidad de la información, para precautelar en forma amplia la relación entre sociedad, Estado y mercado, dentro de una economía social y solidaria.

1.2. Concepto de competencia desleal

El concepto de competencia desleal, en la legislación ecuatoriana nace prácticamente con la expedición de la Ley de Propiedad Intelectual expedida en 1997, el mismo que se precisa definitivamente en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que entra en vigencia el 13 de octubre del 2011, Registro Oficial Suplemento No. 555. Pero resulta evidente que la legislación de otros países, como por ejemplo, España y Perú, no registra un concepto unificado y definido sobre la competencia desleal. De todas maneras, al margen del concepto, revisemos necesariamente lo relacionado con la finalidad y la cláusula general de prohibición, pues ellas enmarcan las razones y objetivos de la competencia desleal.

1.2.1. Finalidad

Al respecto, Alonso (2012, p. 307), considera que la finalidad de la competencia desleal es “(...) la protección de todos aquellos intereses que se ven afectados por la competencia principalmente son: el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado en el mantenimiento de un orden concurrencial no falseado”.

Para determinar esta consideración, es preciso analizar los puntos esenciales a que se refiere: la competencia y los agentes económicos, pues constituyen parte insoslayable para determinar que el criterio dado por el tratadista es correcto.

El derecho de la competencia se divide en dos materias fundamentales, las cuales funcionan en el objetivo de que la competencia se realice en el mercado concurrente para fomentar la libre y leal competencia.

Cabanellas (2003, p. 115), hace una distinción de estas dos ramas cuando manifiesta que:

“El derecho de la competencia tiene dos grandes ramas: la defensa de la competencia y la competencia desleal. El primero se basa en un modelo de comportamiento, la competencia efectiva, fundado en la independencia en las decisiones entre competidores, la libertad de acceso al mercado, la posibilidad de elegir entre posibles oferentes y demandantes, y la existencia de una estructura de mercado que permita una pluralidad de oferentes y demandantes reales e independientes en cada mercado –en contraposición al monopolio-. La otra rama del derecho de la competencia es el derecho de la competencia desleal. Se basa también en un modelo de competencia no contradictorio con el de competencia efectiva, cuyos elementos esenciales son la apropiación de los resultados del propio esfuerzo productivo, el flujo de información

veraz entre los agentes del mercado, y la eliminación de actividades cuya rentabilidad se origina en perjudicar a un competidor y no en la producción de bienes y servicios”.

Con esta diferenciación dada por el autor, se puede determinar que la defensa de la competencia se basa en proteger la libre competencia y evitar prácticas anticompetitivas como el abuso de poder de dominio, el monopolio, el oligopolio, las concentraciones económicas y los acuerdos colusorios. La competencia desleal se fundamenta por los resultados propios del esfuerzo productivo, el flujo de información y otros actos desleales que se puedan producir dentro del proceso competitivo.

El proceso competitivo es muy grande, y la participación de los competidores por atraer a la clientela es muy dinámica, por lo que las empresas en razón de tener que desarrollar una actividad competitiva, sin llegar a ejercer actos anticompetitivos, pueden falsear la competencia y caer en prácticas desleales, es decir, la deslealtad competitiva busca desviar la clientela ajena en provecho propio, como por ejemplo, el uso de la publicidad engañosa.

Al respecto de “finalidad”, Bercovitz (2011, p. 75), hace la siguiente explicación respecto de la competencia:

“La competencia sirve para perjudicar a los competidores. En eso consiste el sistema competitivo, en que los empresarios se esfuerzan por captar la mayor cuota posible de clientela, esto es conseguir atraer nuevos clientes que dejarán de serlo de los competidores. Pero evidentemente cuando la actuación competitiva se desarrolla por medios correctos no hay ilicitud alguna que deba reprocharse al empresario que compite. No hay, por lo tanto, protección frente a la competencia en general, sino que lo que existe es protección frente a la competencia desleal”.

Esta aseveración dada por Bercovitz, concuerda con el criterio de Cabanellas, puesto que la represión de la competencia desleal tiende a corregir y mantener un proceso competitivo que sea concurrente, y que no provoque falsedad en la competencia y pueda distorsionar dicho proceso competitivo, es decir, tiene la intención de mantener un comercio justo para que los agentes económicos puedan competir en un mercado libre y leal.

Se puede afirmar que la competencia desleal es una materia que se complementa con la defensa de la competencia por el bien jurídico protegido, que es la libre competencia; esta relación la certifica Alonso (2012, pp. 281, 282), que explica lo siguiente:

“Entre las conductas prohibidas se incluyen, por último, los actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público. El interés público consiste, en este caso, en la preservación del funcionamiento concurrencial del mercado. Los requisitos para que no proceda la aplicación de esta norma serán los siguientes: que exista un acto de competencia desleal en los términos establecidos en las normas reguladoras de esta materia, que dicho acto afecte a la libertad de competencia en el mercado y que esta afectación cause una grave perturbación en los mecanismos que regulan la competencia en el mercado (...). Esta norma no trata de regular, con carácter general, la competencia desleal, sino que pretende, por una parte coordinar la aplicación de todas aquellas leyes que tienen por objeto la regulación de la competencia (fundamentalmente la Ley de Defensa de la Competencia, la Ley de Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad) y, por otra, solucionar el problema técnico de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia a aquellas conductas, de carácter unilateral, realizadas por empresas, que no se encuentran en posición dominante, pero que, teniendo un cierto poder de mercado, buscan a través de determinadas prácticas desleales en falseamiento de los mecanismos concurrenciales”.

Con esta explicación, Alonso confirma que las dos materias son diferentes, pero el objetivo fundamental es proteger a la libre competencia, toda vez que el interés público es proteger la sana y libre competencia para que el funcionamiento concurrencial no sea falseado en el mercado.

El mercado está compuesto por los agentes económicos que son los empresarios y los consumidores, éstos son los principales actores que intervienen en la competencia, es decir, son los componentes esenciales del proceso competitivo que se debe proteger. Sobre el tema, Santana (2008, p. 4), determina lo siguiente:

“El mercado se compone de dos sujetos principales, los demandantes y los oferentes. En cuanto a los demandantes, basta con decir que corresponden a aquella parte del mercado lo que busca es satisfacer sus necesidades mediante los bienes o servicios ofrecidos por los competidores”. En líneas posteriores, agrega: “Se define oferentes como aquel conjunto de productores que muestra cantidades de un artículo que esos mismos productores están dispuestos a ofrecer durante un determinado período de tiempo a diversos precios”.

De esta manera, los agentes económicos en sí con los componentes esenciales en el mercado, y por tanto necesitan estar protegidos para que el mercado funcione de manera eficiente y transparente, manteniendo a la competencia en forma concurrente y no falseada. Por tanto, la ley también tiene como objetivo no sólo proteger a un solo agente económico, que es el empresario, sino también a los consumidores.

Nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2009), en su artículo 2, inciso tercero, 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 ellos”. Esta descripción dada por la Ley, menciona que el consumidor puede ser cualquier persona, sea natural o jurídica, con el objetivo

de que disfrute del producto adquirido y que éste se halle en buenas condiciones o que sea de calidad.

Farina (2005, p. 325), expone una importante reflexión respecto de la importancia de proteger al consumidor:

“Los consumidores son considerados la parte débil frente a las empresas, de modo que hablar de su tutela es ir más allá de lo que ellos mismos pudieron pretender según la letra del contrato celebrado; significa otorgarles una protección jurídica, pues se parte de la base de que han debido aceptar sin discusión las cláusulas impuestas por los empresarios (...). Se considera preciso proteger al consumidor o más exactamente al individuo particular, que se encuentra generalmente inerme frente a las empresas y a los profesionales con los que se relaciona”.

Es de suma importancia la consideración expuesta por Farina, puesto que al consumidor se le debe proteger para evitar que las empresas puedan abusar de su credulidad, y en estas condiciones de presión se le hagan adquirir bienes y servicios que no le interesa.

En concordancia con lo expuesto, el artículo 52 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), inciso primero, manifiesta que “las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características”. Este enunciado constitucional impone al consumidor que, para que pueda adquirir los productos o servicios que requiera, debe estar bien informado para que pueda efectivizar dicha adquisición, porque su derecho es para “una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad

social y otros servicios sociales necesarios” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 66, Núm. 2).

A los empresarios se les reconoce el principio de la libertad de empresa. Y la misma Constitución de la República del Ecuador (2008), en su artículo 66, numeral 15, define a la libertad de empresa como “el derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”. Por su parte, la Ley de Compañías (2011) en su artículo 1 define a la empresa o compañía como “aquel por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades”. Es decir, que toda persona es libre en unir sus capitales y patrimonios para emprender operaciones mercantiles en forma individual o colectiva, con solidaridad y responsabilidad social y ambiental.

La empresa es tomada muy en cuenta en el mercado, pues se convierte en el principal elemento de las actividades económicas dentro de su ámbito. Farina (2005, p. 25), considera que “la empresa comercial es la organización funcional y activa de medios, apta para la producción o el intercambio de bienes o servicios para el mercado, con ánimo de lucro”. Esta consideración es correcta, ya que la empresa tiene como objetivo el lucro; de igual forma, debe realizar las actividades económicas utilizando los medios de producción apropiados para su desempeño, a efectos de así lograr los ingresos planificados.

También en la empresa se puede agregar a la propiedad inmaterial. Muchos empresarios utilizan este derecho de exclusiva para desarrollar actividades económicas; pues se constituye en un mecanismo efectivo de atracción de clientela, porque promociona sus creaciones: invenciones, signos distintivos, etc.

En el campo de la propiedad inmaterial, Castro (2009, p. 37), menciona lo siguiente:

“La gran mayoría de los productos que se comercializan hoy en día cuentan, en mayor o menor medida, con un valor agregado protegido por el derecho de la propiedad intelectual, en general, y por la propiedad industrial en particular. Valor agregado que se puede manifestar bajo la forma de una marca, de un lema comercial, de un diseño industrial o de una patente, por ejemplo”.

Se puede determinar que el derecho de propiedad inmaterial es un mecanismo de actividad económica, utilizado por el empresario como herramienta de comercialización del mercado; por ejemplo, el uso de una marca o un lema comercial, que pueden atraer a muchos clientes para la adquisición de productos que ellos promocionan o atraen. También se utilizan como una actividad económica para la publicidad, en función de difundir marcas, lemas comerciales o signos distintivos.

El artículo 2 de la Ley de Defensa del Consumidor (2009), en su inciso 10 define a la publicidad en los siguientes términos:

“Publicidad: 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”.

Con esta definición se considera a la publicidad como una actividad económica, donde los empresarios utilizan diferentes medios e imaginación para atraer clientela. En definitiva, la publicidad está también vinculada con las diferentes actividades del empresario, como el manejo de la propiedad inmaterial y la publicidad para promocionar sus bienes y servicios dentro de la competencia.

Por los antecedentes expuestos, la necesidad de reprimir la competencia desleal tiene como objetivo proteger los intereses de los empresarios, de los consumidores y público en general, desvirtuando el aprovechamiento de la competencia desleal; bajo este marco, las actividades económicas no deben caer en la deslealtad comercial. De otro lado, la protección de los consumidores resulta de manera indirecta, porque ellos cuentan con una normativa que los protege, puesto que ellos son propensos de caer en las actividades desleales provocadas por los empresarios. Así mismo, en la protección de los intereses públicos generales encontramos la intervención del Estado, como tutelar del mercado, pues su deber primordial es precautelar la libre competencia y dictar normas de protección ante las prácticas desleales producidas por los empresarios, avizorar un mercado transparente y eficiente con fines concurrenciales no falseados.

1.2.2. Cláusula general de prohibición

Es preciso iniciar mencionando que la competencia desleal se basa en la cláusula general de prohibición, que determina las prácticas desleales que se producen dentro de la competencia y, por ende, está acompañada por una serie de actos reconocidos por la ley, considerados como desleales.

No obstante, hay que manifestar que en otras legislaciones la cláusula general de prohibición es tomada como punto de referencia para identificar las prácticas desleales y conlleva a corregir, prevenir o sancionar al momento de producirse dichas prácticas. La cláusula general de prohibición identifica si las actuaciones son lícitas o ilícitas, obrando como instrumento para determinar la conducta buena o mala que se ostenta en el desarrollo de la competencia.

Bercovitz (2011, p. 97), incluye el siguiente comentario respecto de la mencionada cláusula general:

“Es normal que la regulación de la competencia desleal incluya una cláusula general de prohibición de esa competencia, seguida de una

enumeración de supuestos concretos de comportamientos prohibidos (...) La necesidad de esta cláusula general prohibitiva es indudable. Solamente gracias a ella puede evitarse que la protección contra la competencia desleal quede obsoleta debido al continuo desarrollo de nuevas prácticas empresariales”.

Por otro lado, Chamorro (2011, pp. 510, 518), también se refiere a la importancia de la cláusula general de prohibición, mencionando lo siguiente:

“Estos ordenamiento jurídicos se caracterizan por contener la previsión de una cláusula general que trata de dar protección a los consumidores y empresarios competidores, prohibiendo todo comportamiento contrario a los usos profesionales, que se complementa con posteriores prohibiciones concretas de prácticas comerciales desleales”. Más adelante la autora, en la página 518, agrega: “De este modo, la cláusula general funciona como un mecanismo de autorregulación del sistema, asegurando su adaptación a las cambiantes circunstancias del mercado y de las conductas concurrenciales, además de asegurar que los comportamientos diversos a los tipos legalmente establecidos puedan quedar sometidos al control de deslealtad concurrencial sin necesidad de modificar la ley”.

Con estas dos reflexiones, se puede establecer que la cláusula general de prohibición determina las prácticas desleales y, por ende, goza de autorregulación normativa para evitar que la norma quede obsoleta ante los cambios del mercado, haciendo prevalecer con ello la sana y libre competencia.

En el derecho comparado, las otras legislaciones revisadas adoptan criterios más o menos parecidos respecto de la cláusula general de prohibición. El Convenio de París (1999), en su artículo 10*bis*, numeral 2, menciona que la cláusula general de prohibición es “todo acto de competencia contrario a los

usos honestos en materia industrial o comercial”. La Decisión 486 (2001) de la Comunidad Andina de Naciones, en su artículo 258, la define como “todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos o prácticas honestos”.

En la Ley de Competencia Desleal de España (2009), en su artículo 4, inciso primero, se define a la competencia desleal, por medio de la cláusula general de prohibición, como: “todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”. De igual manera, en la Ley de Represión de la Competencia Desleal (2008), de la República del Perú, en su artículo 6.2., define a la competencia desleal, asimismo, por medio de la cláusula general de prohibición, como: “un acto de competencia desleal es aquel que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado”.

Analizando estas definiciones se puede distinguir claramente que las dos primeras fuentes consultadas radican su concepto en función de los usos honestos; en cambio, los dos restantes, lo hacen en fundamento a la buena fe objetiva.

En nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2013), artículo 25, inciso primero, se define a la competencia desleal en los siguientes términos: “se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria”. Esta definición se asemeja en mucho al Convenio de París y también a la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, pues la competencia desleal se produce siempre cuando las prácticas son contrarias a los usos y costumbres honestos.

El concepto de “costumbre” emitido por Larrea (1998, p. 24), expresa que la “costumbre surge por la repetición de actos por parte de una comunidad o de

un conjunto de personas”. De otro lado, Cevallos (2009, pp. 59-61), hace la siguiente explicación respecto de la costumbre:

“Nuestro Código de Comercio reconoce expresamente a la costumbre como fuente del derecho en el Art. 4 que dice: ‘las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República, o en una determinada localidad y reiterados por más diez años’ (...). En materia mercantil la costumbre adquiere el carácter de norma y suple el silencio de la ley; en tanto que en el ámbito civil, la costumbre sólo constituye derecho en los casos en que la ley se remite a ella. La costumbre es un producto espontáneo de las necesidades del comercio (...), la costumbre en nuestro país no puede modificar la ley mercantil, es decir que no corre costumbre ‘contra legem’ porque ésta es insuficiente para derogar por sí sola a la ley, pero en cambio, si es viable que en un contrato las partes se remitan inclusive a una costumbre extranjera, en caso de falta de ley o costumbre nacional”.

Lo expresado por Cevallos destaca que en el Ecuador, la costumbre en materia mercantil es de carácter normativo, porque permite ser utilizada en los actos contractuales atípicos, es decir, que no están dentro de la ley, pero que se aplican en nuestro territorio a los criterios del comercio nacional.

En cuanto a los usos, Cevallos (2009, p. 62), expresa lo siguiente: “el uso interpretativo según Joaquín Garrigues: ‘representa el contenido típico del contrato. Se trata de prácticas profesionales que dominan tácitamente la formación de los actos jurídicos y que se sobreentienden en todos estos actos para interpretar o completar la voluntad de la partes”.

Esta explicación dada por Cevallos, determina que el uso es la práctica profesional que realiza el empresario dentro de la competencia, por el cual, en ellas se puede recaer en la deslealtad. Además, se complementa con la

costumbre por la manera repetitiva de la práctica realizada dentro de la competencia y, por tanto, se constituye en una forma viable de identificación a las prácticas desleales producidas en la competencia.

En la Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su Proceso No. 176-IP-2012, en cuanto a los usos honestos se determina lo siguiente:

“El concepto de usos honestos parte de lo que se denomina buena fe comercial. Y en armonía a lo mencionado se toma en consideración lo que la doctrina señala sobre el tema: ‘Tal y como se emplea en la ley, la buena fe constitutiva de competencia desleal es calificada con el adjetivo ‘comercial’, por lo cual no se trata de una buena fe común, sino que está referida a la buena fe que impera entre los comerciantes. En consecuencia, el criterio corporativo toma importancia, pues el juicio de valor debe revelar con certeza que la conducta es contraria a esta particular especie de buena fe. Teniendo en cuenta la precisión anterior y uniendo la noción de buena fe al calificativo comercial, se debe entender que esta noción se refiere a la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones’ (Jaeckel Kovaks, Jorge. Apuntes Sobre Competencia Desleal, Seminarios 8. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, Universidad Javeriana, Pág. 45)” (2012, p. 14).

En esta Interpretación Prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se puede determinar que los usos honestos son la buena fe objetiva, porque su comercialización se basa en este principio que deben cumplir todos los agentes económicos que compiten en el mercado, ya sea en forma contractual, industrial, etc., porque la dinámica del comercio es siempre de carácter objetivo y, por esta razón, los usos honestos tienen una interpretación como de buena fe.

Por otro lado, García S. (2004, p. 61), expone lo siguiente:

“La consideración de la buena fe supone un gran acierto para no dejar sin sanción actos desleales que van surgiendo novedosamente en el mercado o que se dan en forma aislada. Sin embargo, parece muy útil también el recurso a los usos y costumbres mercantiles, ya que con ellos el intérprete puede calificar con más detalle la ilicitud de la conducta dentro de las reglas de juego de una plaza determinada (...) Por ende, quizá la opción más integradora sería evaluar la adecuación del acto desleal a los usos y costumbres mercantiles generalmente aceptados y, supletoria o simultáneamente, recurrir al criterio de la buena fe en aquellos casos en que los mencionados usos y costumbres no sirvan por sí solos de calificadores de conducta”.

La postura de García S. es la más correcta, porque las prácticas comerciales deben ser valoradas por los usos y costumbres honestos. Es más fácil llegar a ello mediante la utilización de la repetición constante de la actividad económica, practicada por los empresarios, en la que la buena fe objetiva debe ser complementaria para sancionar o prevenir las prácticas desleales producidas en el mercado.

1.2.3. Concepto personal de competencia desleal

Por todos los antecedentes expuestos, bien se puede definir que la competencia desleal es aquella que utiliza actos o prácticas contrarios a los usos o costumbres honestos, afectando los intereses de los agentes económicos y el interés público general dentro de la competencia.

1.3. Actos de competencia desleal

Los actos de competencia desleal se encuentran establecidos en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2013), la misma que los tipifica como desleales porque afectan a la libre competencia.

Velandia (2011, p. 380), determina que: “acto desleal es cuando existe una afectación o un aprovechamiento indebido de la competitividad”. Es decir, que el empresario que compite dentro de un mercado concurrente, es propenso a cometer actos de competencia desleal para su propio provecho; por tanto, es fundamental que estos actos desleales estén reconocidos en la Ley para corregir o sancionar al momento en que sean cometidos y, así proteger la libre competencia.

Para calificar la existencia de un acto de competencia desleal, Gómez (1998, p. 255), considera dos aspectos fundamentales que son: “a) Que la forma de manifestación de la conducta reprobable queda descrita en el ordenamiento jurídico; y, b) Que los supuestos que dan lugar a la calificación de desleales a ciertas conductas, también quedan determinados en dicho ordenamiento”. Es decir, que para calificar un acto de competencia desleal éste debe estar tipificado dentro del ordenamiento jurídico.

De igual manera, Gómez (1998, p. 287), considera dos características esenciales que tiene el acto desleal que son: su materialidad y la independencia del éxito. En cuanto a la materialidad, dice: “Consiste en su autonomía; por consiguiente, la deslealtad no tiene conexidad alguna con todo lo que pueda realizarse posteriormente, o con lo que no se realice; bien contratos, sus efectos, porque cada acto de competencia será valorado con independencia, de manera autónoma, vale decir, sin tener en consideración al que lo ha originado”. En cuanto a su independencia del éxito, agrega: “La valoración del acto de competencia desleal no está condicionada al éxito, o a que produzca los efectos esperados; luego basta que el supuesto legal se realice. Se trata pues, de un ilícito objetivo, que no depende de la efectividad en su exteriorización”.

Por tanto, se puede considerar que los actos desleales se materializan porque carecen de autonomía, y su valoración se basa en la independencia del acto realizado en la competencia; mientras que la independencia del éxito, se

determina en virtud de que el acto desleal realizado en la competencia se halle tipificado dentro del ordenamiento jurídico.

Con estos antecedentes, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, tipifica diez actos considerados como desleales, en afectación a la libre competencia, los mismos que son los siguientes:

1. Actos de confusión.
2. Actos de engaño.
3. Actos de imitación.
4. Actos de denigración.
5. Actos de comparación.
6. Explotación de la reputación ajena.
7. Violación de secretos empresariales.
8. Inducción a la infracción contractual.
9. Violación de normas.
10. Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores.

En este trabajo investigativo, interesa estudiar obviamente el acto de engaño, que será tratado en el capítulo III, en el cual se establece la relación del acto de engaño con la publicidad; por tanto, los demás actos desleales establecidos en la ley, serán objeto de una somera revisión conceptual.

1.3.1. Acto de confusión

El acto de confusión está tipificado en el artículo 27, numeral 1, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2013), cuyo texto dice:

“Acto de confusión: Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos.

En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero”.

Velandia (2011, p. 381), considera que: “El acto de deslealtad por confusión se presenta cuando existe error acerca de la procedencia empresarial de los productos puestos a disposición del mercado”.

En la Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en su Proceso No. 54-IP-2013, se expone lo siguiente:

“El riesgo de confusión es la posibilidad de que el consumidor al adquirir un producto piense que está adquiriendo otro (confusión directa), o que piense que dicho producto tiene un origen empresarial diferente al que realmente posee (confusión indirecta) (...). El riesgo de asociación es la posibilidad de que el consumidor, que aunque diferencie las marcas en conflicto y el origen empresarial del producto, al adquirirlo piense que el productor de dicho producto y otra empresa tienen una relación o vinculación económica (Proceso 70-IP-2008. Interpretación Prejudicial de 2 de julio de 2008, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1648, de 21 de agosto de 2008. Marca: ‘SHERATON’)” (2013, pp. 14 y 15).

Por otro lado, Riofrío (en Riofrío y Marín, s.f., p. 401), establece que: “el acto de confusión es la conducta informativa que es capaz de inducir a error al público receptor de la información en puntos comerciales relevantes”.

En las consideraciones mencionadas, se determina que el acto de confusión afecta a la libre competencia mediante el aprovechamiento de la procedencia del producto, utilizando como apoyo a la información para inducir al error al público en general, para que adquiera los bienes y servicios que se

promocionan, haciéndole creer que los competidores tienen una relación o vinculación económica dentro del mercado concurrente.

1.3.2. Acto de engaño

El acto de engaño se encuentra tipificado en el artículo 27, numeral 2, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2013), y a pesar de que su tratamiento se desarrolla totalmente en el capítulo III, es pertinente incluir su texto a continuación:

“Acto de engaño. Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje”.

1.3.3. Acto de imitación

El acto de imitación se encuentra tipificado en el artículo 27, numeral 3, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2013), que establece lo siguiente:

“Actos de imitación. Particularmente, se considerarán prácticas desleales:

- a. La imitación que infrinja o lesione un derecho de propiedad intelectual reconocido por la ley.
- b. La imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando resulte idónea para generar confusión por parte de los consumidores respecto a la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. Las iniciativas empresariales imitadas podrán consistir, entre otras, en el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros de un anuncio de un tercero.
- c. La imitación sistemática de las prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según sus características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquel”.

Alonso (2012, p. 316), considera que:

“(…) los actos de imitación dejarán de ser lícitos y se reputarán desleales cuando atenten contra los derechos de exclusiva otorgados por una Ley (es el caso, por ejemplo, de las patentes o de las marcas), cuando generen el riesgo de confusión por parte de los consumidores (actos de confusión), o cuando supongan el aprovechamiento indebido

de la reputación o el esfuerzo ajeno. Sólo en estos casos podrán, pues, ejercitarse las acciones derivadas de la competencia desleal con base en un acto de imitación”.

De otro lado, Velandia (2011, p. 389), al referirse a los actos desleales de imitación, dice:

“Lo general es poder copiar. La anterior afirmación se basa en la libre imitación de creaciones que existe en nuestro derecho, ya que se aclara que este derecho no es absoluto, pues existe protección de ciertas creaciones con amparo legal que no pueden ser copiadas. Pero para que tal imitación sea considerada como desleal se requiere que genere confusión o aprovechamiento indebido de la reputación ajena”.

Con estas dos consideraciones, se puede concluir que la imitación será lícita siempre y cuando no atente los derechos de exclusiva de la propiedad inmaterial. Será considerada desleal al momento que se apoye por medio del aprovechamiento indebido de la reputación ajena de un empresario, o, por medio de la confusión hacia los consumidores.

1.3.4. Acto de denigración

El artículo 27, numeral 4, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2013), considera al acto de denigración y al respecto establece lo siguiente:

“Acto de denigración. Se considera desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Constituyen acto de denigración, entre otros:

- a. Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones incorrectas o falsas u omitir las verdaderas, con el objeto o que tengan por efecto, real o potencial, menoscabar el crédito en el mercado del afectado.
- b. Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que refieran a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.
- c. Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que, debido al tono de desprecio o ridículo, sean susceptibles de menoscabar el crédito del afectado en el mercado. Las conductas descritas en los literales b) y c) del presente artículo se presumen impertinentes, sin admitir prueba en contrario”.

Citando nuevamente a Alonso (2012, p. 315), menciona que:

“Se consideran actos de denigración los consistentes en la realización o difusión de manifestaciones sobre un competidor que sean aptas para menoscabar su crédito o buen nombre en el mercado. Dicha valoración se completa con una doble referencia a la separación que ha de hacerse siempre entre la actividad comercial y la esfera privada del empresario y a la posible explotación por los comerciantes de los sentimientos o pasiones de los consumidores y usuarios, para establecer expresamente, en consonancia con lo afirmado, que no tendrán la consideración de pertinentes y por tanto habrán de ser calificadas siempre como desleales, aunque sean veraces, las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias y las ideologías, o la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado”.

Por otro lado, citando nuevamente a Velandia (2011, pp. 383 y 384), manifiesta lo siguiente:

“Este supuesto fáctico salvaguarda la credibilidad que tienen los productos o un empresario dentro del mercado. Las empresas trabajan en una reputación adquirida, la cual debe ser cuidada; sin embargo, esa reputación puede resultar afectada por comportamientos de terceros que mediante señalamientos y afirmaciones incorrectas encaminadas a hacer perder la credibilidad frente al mercado, intentan resquebrajar ese posicionamiento adquirido. De tal manera se castigan los comportamientos mediante los cuales se adelantan señalamientos que afectan la confianza que se han ganado las empresas con sus productos. Por lo tanto, la pérdida de credibilidad nace o tiene como fuente la afirmación incorrecta de un tercero (...). Lo que se castiga es la pérdida de credibilidad que nace de la mentira, de lo inexacto, de lo incompleto, de lo amañado, de lo torcido”.

Por las consideraciones vertidas por ambos autores, se puede concluir que el acto de denigración es desleal cuando un competidor desacredita los productos o el buen nombre de una empresa dentro del mercado concurrente.

1.3.5. Acto de comparación

Al acto de comparación se lo considera en el artículo 27, numeral 5, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2013), con el siguiente texto:

“Actos de comparación. Se considera desleal la comparación de la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, inclusive en publicidad comparativa, cuando dicha comparación se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables”.

Alonso (2012, p. 316), considera que: “son aquellos actos en los que un empresario, para promocionar su actividad, establecimiento o productos,

contrapone la propia oferta a la del competidor con la finalidad de mostrar que la suya es superior”.

La comparación tiene como objetivo en demostrar la calidad que tiene un producto en referencia de otro, hace que el consumidor tenga una claridad del producto y pueda adquirirlo. Marín (en Riofrío y Marín, s.f., pp. 424-426), considera lo siguiente:

“La licitud de los actos de comparación, incluyendo a la publicidad comparativa, cuando aquellos cumplan con la finalidad informativa que permite mejorar la asignación de los recursos a través de un incremento en la posibilidad de tomar una decisión de consumo adecuada. Dicha finalidad es cumplida únicamente cuando la comparación se basa sobre elementos objetivos, es decir, comprobables”, agrega: “Los actos de comparación se transforman en ilícitos cuando pierden su carácter informativo, es decir, cuando dejan de transmitir información al consumidor y únicamente tienen por objeto o efecto, real o potencial, aprovecharse indebidamente de la reputación del competidor a fin de resaltar supuestas ventajas de la oferta propia sobre supuestas desventajas de la oferta ajena”.

Por tanto, el acto de comparación se lo encuentra en la publicidad comparativa, donde se compara dos productos para demostrar la calidad que tiene el un producto sobre el otro, siempre y cuando sea comprobable. Se reputa desleal al momento que el competidor aprovecha indebidamente a la reputación ajena de su otro competidor, es decir al instante que la información que realiza no sea verdadera.

1.3.6. Acto de explotación de la reputación ajena

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2013), en su artículo 27, numeral 6, considera como acto de competencia desleal a la explotación de la reputación ajena, y establece al respecto lo siguiente:

“Acto de explotación de la reputación ajena. Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado”.

Alonso (2012, p. 317), dice que:

“Se trata de una modalidad especial de los actos de engaño o confusión y, consiste en el aprovechamiento indebido de las ventajas de una reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otra persona en el mercado. En particular, se encuadran en esta clase de actos el empleo de signos distintivos ajenos, denominaciones de origen falsas, indicaciones inexactas sobre la naturaleza y cualidades del producto o sobre homologaciones o marcas de calidad, o el uso de expresiones tales como <<modelo>>, <<sistema>>, <<tipo>>, <<clase>> y similares”.

Lo que manifiesta el autor es que la conducta de un competidor utiliza el buen nombre de una marca de otro competidor para aprovecharse por medio del engaño o la confusión, para desviar a la clientela en su propio provecho.

Por otro lado, Marín (en Riofrío y Marín, s.f., p. 428), considera que la explotación de la reputación ajena es desleal al momento que exista los siguientes elementos que son: “i) que el sujeto pasivo posea una reputación; ii) que el sujeto activo se aproveche de esa reputación; iii) que el aprovechamiento sea indebido; y, iv) en beneficio de alguien”.

Con los elementos expuestos por el autor, se puede concluir que existe explotación de la reputación ajena, puesto que tiene una conexión con los actos de engaño y confusión, para utilizarlos como apoyo en el ánimo de desviar a la clientela para su propio provecho. Por tanto, la explotación de la reputación ajena es muy utilizada en materia de propiedad inmaterial, ya que recaen en los derechos de exclusiva que tienen los propietarios de las marcas,

signos distintivos o lemas comerciales entre otros, donde el aprovechamiento indebido de los competidores se basa en estos derechos para el beneficio propio.

1.3.7. Acto de violación de secretos empresariales

El artículo 27, numeral 7, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2013), considera como acto de competencia desleal a la violación de secretos empresariales, y establece lo siguiente:

“Violación de secretos empresariales. Se considera como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que:

- a. La información sea secreta en el entendido de que como conjunto o en la configuración y composición precisas de sus elementos no sea conocida en general ni fácilmente accesible a las personas integrantes de los círculos que normativamente manejan el tipo de información de que se trate.
- b. La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial, por ser secreta.
- c. En las circunstancias dadas, la persona que legalmente la tenga bajo control haya adoptado medidas razonables para mantenerla secreta.

Se considera desleal, en particular:

- a. La divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos a los que haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, como resultado de alguna de las conductas previstas en el literal siguiente o en el numeral 8 de este artículo.

- b. La adquisición de información no divulgada, cuando resultara, en particular, de:
1. El espionaje industrial o comercial.
 2. El incumplimiento de una obligación contractual o legal.
 3. El abuso de confianza.
 4. La inducción a cometer cualquiera de los actos mencionados en los numerales 1), 2), 3) y 4).
 5. La adquisición por un tercero que supiera o debía saber que la adquisición implicaba uno de los actos mencionados en los numerales 1), 2), 3) y 4)".

Alonso (2012, pp. 317 y 318), sobre la violación de secretos empresariales dice:

“Los inventos no patentables son de dominio público y los inventos no patentados no gozan de una especial protección jurídica. Sin embargo, el divulgarlos sin autorización o el apropiarse de ellos o llegar a conocerlos por medios incorrectos, tales como la utilización de informaciones confidenciales, el espionaje industrial o la actuación de un trabajador infringiendo el deber de fidelidad para con su empresa, constituyen actos de competencia desleal (...); lo mismo sucede con los actos relativos a la estrategia o política comercial de una empresa (precios, costes, clientes, lanzamiento de nuevos productos, etc.) (...) De este modo esta calificación se ve sustituida por la exigencia de una especial intencionalidad: que la violación de secretos haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho propio o de un tercero o de perjudicar al titular del secreto”.

Por lo expuesto, se puede determinar que la violación de secretos empresariales se basa por medios ilícitos, tales como el espionaje, la

infidelidad del trabajador, la adquisición de información confidencial que realizan los competidores para su provecho propio, etc.

1.3.8. Acto de inducción a la infracción contractual

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2013), respecto del acto de inducción a la infracción contractual, en su artículo 27, numeral 8, determina lo siguiente:

“Inducción a la infracción contractual. Se considerará desleal la interferencia por un tercero en la relación contractual que un competidor mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tenga como propósito inducir a éstos a infringir las obligaciones que han contraído. Al tenor de lo dispuesto en este párrafo, no será necesario que la infracción se refiera a la integridad de las obligaciones contraídas mediante contrato, sino que bastará que se vincule con algún aspecto esencial del mismo. Del mismo modo, para que se verifique la deslealtad, no será necesario que el tercero que interfiera se subroge en la relación contractual que mantenía su competidor con quien infrinja sus obligaciones contractuales.

La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas”.

Alonso (2012, p. 318), dice sobre el particular:

“Se trata de una categoría de actos que se presenta bajo tres diferentes modalidades: la inducción a trabajadores, proveedores o clientes para

que incumplan un contrato con un competidor, la inducción a la terminación regular de un contrato y el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena. Las principales manifestaciones de este tipo de actos se dan, de un lado, en relación con los contratos personales de trabajo o de arrendamiento de servicios y, de otro, con referencia a contratos empresariales de obra, prestación de servicios o suministros”.

Cevallos (2012, p. 105), concluye al respecto diciendo que: “La infracción de competencia desleal por inducción a infracción contractual mediante el incumplimiento de las obligaciones emanadas del convenio por parte de los trabajadores, proveedores o clientes con los competidores, es indispensable que efectivamente el acto desleal de inducción devenga en una ventaja competitiva para el inductor”.

1.3.9. Acto de violación de normas

Sobre la violación de normas, el artículo 27, numeral 9, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2013), establece lo siguiente:

“Violación de normas. Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativos o del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida.

La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura a una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa”.

Sobre el mismo tema, Alonso (2012, pp. 318 y 319) considera que: “La deslealtad en estos casos viene dada por la ruptura del principio de igualdad en las condiciones de acceso al mercado; como consecuencia de ello se van a establecer importantes diferencias en la situación competitiva de las empresas concurrentes de las que podrá beneficiarse claramente el infractor”.

También, Velandia (2011, p. 388), dice que: “Al tratar la prohibición general se expresó que esta prohibición contiene sólo casos de abuso de derecho donde estando dentro de la permisión se causa deslealtad, pues si el comportamiento desleal está prohibido, la tipificación se encuentra en los enunciativos; y si está basado en la infracción a otro ordenamiento, la deslealtad es por violación de ley”.

Por tanto, se puede concluir que la violación de normas se considera desleal al momento que un competidor ingresa al mercado sin cumplir con las debidas autorizaciones legales, como por ejemplo, poner un anuncio comercial en una avenida, sin permiso del municipio.

1.3.10. Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores

Sobre estas prácticas, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2013), en su artículo 27, numeral 10, expresa lo siguiente:

“Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores. Se consideran prácticas desleales entre otras:

- a. El aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor.
- b. El acoso por prácticas dirigidas al desgaste del consumidor.
- c. Dificultar la terminación del contrato por parte del usuario final al obligarle a seguir largos y/o complicados procedimientos.

- d. Amenazar con acciones legales cuando no exista base para las mismas.
- e. La suscripción de contratos de adhesión que perjudiquen los derechos de los usuarios y consumidores, conforme manda la ley”.

Alonso (2012, p. 314), al tenor de estas prácticas agresivas, dice:

“Comprende todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación con el bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico”, concepto que consolida el contenido y detalle de la ley.

CAPÍTULO II

PUBLICIDAD ENGAÑOSA

2.1. El fenómeno de la publicidad dentro de la dinámica comercial contemporánea

Las actividades económicas nacen a través de la agricultura, donde se comercializaban los productos por medio del trueque. El pasar del tiempo, más el nacimiento y desarrollo de la industria, hasta llegar al uso de la ciencia, la tecnología y la información, ha llevado al hombre a crear nuevas formas de comercialización para efectivizar el tráfico comercial en la promoción de los bienes y servicios, por lo cual se ha considerado a la publicidad como una actividad comercial.

La publicidad se ha vuelto un factor muy importante para la promoción de bienes y servicios dentro de la competencia. Su uso comienza en épocas remotas a través de un pregonero, llegando hasta la actualidad con el establecimiento de profesionales y agencias de publicidad, así también con los medios de comunicación, como periódicos, revistas, radio, televisión, internet, etc., lo que ha colaborado en la proyección y rendimiento de las empresas dedicadas a esta actividad, como estrategia comercial para el incremento de sus beneficios.

Con este antecedente, Muguillo (2005, pp. 5-7), establece que la publicidad ha evolucionado por medio de cuatro etapas, a saber:

“La primera, inicia hace poco más de un siglo, nos muestra un incipiente fenómeno publicitario que era un accesorio o forma de menor actividad económica. Desempeñaba un papel de escasa importancia en orden a la colocación de bienes de consumo o a la formación de costumbres en los usuarios. Era practicada principalmente por los comerciantes minoristas e intermediarios que ofrecían sus productos sin intención de resaltar una

marca particular, siendo eminentemente fáctica-didáctica, sin exhortación o tendencia de captación específica alguna.

La segunda etapa se inicia cuando fabricantes y productores comienzan a percibir la importancia de la publicidad, en particular aquella en gran escala, concibiendo en ese momento la idea de presentar su producto e insertarlo en la conciencia del consumidor para imponer una marca distintiva propia.

Una tercera etapa que llega casi hasta nuestros días se caracteriza por dos fenómenos: la intervención creciente de estudios o empresas de publicidad, que desarrollan la profesionalización del fenómeno, y el cambio de una publicidad tendiente a crear consumo.

La última etapa de la publicidad surge cuando al desarrollo de los medios de comunicación masiva, se le incorpora el fenómeno informativo y los *cybermedios* generados por la incidencia de internet, que ha creado nuevas figuras y formas de llegar al público consumidor”.

De esta manera la publicidad en la actualidad llega a ser considerada como una materia de especialidad de formación y también de conformación de agencias de publicidad, como mecanismo de estudio de mercado para poder captar al público consumidor. Por tanto, “la publicidad es calificada por la doctrina como obra utilitaria pues predomina su particular función: lanzamiento y afirmación en el mercado de productos o servicios” (Malo, 2010, p. 57).

Este lanzamiento y asentamiento en el mercado se produce gracias a las exigencias que predominan la oferta y la demanda, la que ha obligado a los empresarios a ser cada día más competitivos y al mismo tiempo más agresivos en las estrategias de mercado, bajo la influencia de la publicidad.

Esta influencia de la publicidad ha dado en los últimos años un giro importante en las actividades comerciales, para la comercialización de los bienes de consumo, conforme lo explica Farina (2005, p. 304):

“La influencia que ejerce la publicidad en el mundo actual constituye un fenómeno que otorga a la contratación mercantil de nuestros días aspectos ignorados hasta las primeras décadas del siglo XX. (...). En efecto, a las condiciones generales de contratación, al contrato celebrado mediante formularios y cláusulas predispuestas, o por el empleo de aparatos automáticos, etc., debemos agregar la influencia que ejerce la publicidad para imponer una marca, para orientar al público hacia determinado producto, incluso para hacer que la gente sienta necesidad de adquirir bienes o servicios que de otro modo, habría ignorado. (...). El comercio necesitó de la información para hacer conocer la mercadería ofrecida, y en esto consistió durante tiempo la publicidad comercial; pero, durante el siglo XX, la promoción de productos y marcas avanzó a punto tal, que su principal objetivo es lograr que la gente compre y utilice los servicios que ofrecen las empresas. Por ello, más del 90% de la publicidad está dirigida al público consumidor”.

Por esta razón y los antecedentes expuestos, la publicidad se ha convertido en materia de estudio para muchos tratadistas, en el marco de la dinámica comercial, así como por ejemplo Muguillo (2005, pp. 1-3), que ha considerado sobre el particular lo siguiente:

“La publicidad como fenómeno contemporáneo genera la necesidad de analizarla desde el punto de vista tanto sociológico, económico, educativo universitarios, sino que ha llegado a tener incidencia en la vida de nuestra sociedad, por lo que requirió el análisis mencionado. En efecto, han sido necesarias distintas reglamentaciones legales, según los países, para proteger al individuo en circunstancias en que el

fenómeno publicitario rompe los esquemas de equilibrio social y llega a afectar a la comunidad toda. (...) su presencia como factor operador integrante no sólo del campo social y económico, sino también político, nos llevan a advertir toda su incidencia en el sector de la convivencia social y negocial, cuya actual complejidad nos impone un análisis profundo de ésta problemática en aras de la mejor defensa de los derechos de las partes interesadas, pues –parafraseando a Lipari- la publicidad es el elemento de refuerzo del ‘poder normativo de hecho’ que tienen el empresario o los medios de comunicación y que se refleja en la comprensión sufrida por la autonomía de la voluntad del individuo usuario o consumidor. (...) estamos ante una actividad económica contemporánea”.

Bajo estas perspectivas, la economía en la actualidad ha impuesto que la publicidad sea estudiada dentro de las normas de competencia, tanto por su finalidad de lanzamiento y afirmación dentro del mercado, como por su importante rol para prevalecer la leal competencia. Por esta razón, Marín (en Riofrío y Marín, s.f., pp. 404 y 405) ha determinado que:

“La publicidad constituye un dato o elemento fáctico o de hecho de ciertos supuestos del tráfico económico. (...) la publicidad debe ser evaluada como un instrumento de competencia –en ocasiones el más importante- que busca ganar la preferencia de los consumidores, quizá en desmedro de otro competidor. Las afectaciones a la regla de la buena fe ocurridas en el marco de la actividad publicitaria comercial devendrán necesariamente en actos de competencia desleal. La ley zanja definitivamente cualquier problema de interpretación, integrando la materia publicitaria al ordenamiento de represión de la competencia desleal”.

Por lo expuesto, el Estado ha considerado intervenir en este campo a través de políticas públicas, para prevenir la existencia de actos de competencia desleal

que se pueden desarrollar por medio de esta actividad comercial, en el ánimo de proteger a los consumidores y usuarios, empresarios y al interés público general, a fin de lograr el mantenimiento de una relación equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, dentro de una economía social y solidaria.

2.2. Concepto de publicidad

La publicidad se encuentra reconocida a través de los principios de libertad de empresa y de expresión, por lo cual ha sido analizada a través de dos puntos de vista: como un derecho de información y comunicación; y, como un derecho de empresa.

2.2.1. Publicidad como derecho de información y comunicación

La publicidad es considerada como un derecho de información y comunicación, por la difusión de ideas creativas para llamar la atención del público general en la promoción de bienes y servicios dentro del ámbito comercial.

Esta actividad es reconocida a través de la libertad de expresión establecida en el artículo 66, numeral 6, de la Constitución de la República del Ecuador (2008) que determina lo siguiente:

“Art. 66.- Se reconoce y garantiza a las personas:

6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones”.

La libertad de expresión es la base fundamental dentro de un Estado de derecho, con el ánimo de obtener conocimientos y poder transmitirlos a todas las personas sin dañar la honra de las demás. Al respecto, Tole y Guerrero (2003, p. 22), manifiestan que:

“La libertad de expresión se funda en la autonomía de la persona humana y es una manifestación de la sociabilidad natural entre los seres

humanos. Es más, el hombre necesita expresar sus opiniones a sus semejantes, como muestra de la convivencia racional del ser humano. Esta posibilidad de ejercer la libertad de expresión sin la injerencia arbitraria del Estado o de los particulares en un ámbito de espontánea y autónoma circulación de las ideas, es una de las conquistas del Estado de Derecho”.

Se puede entender que la libertad de expresión ayuda a fomentar la construcción de una sociedad civilizada, a objeto de mantener una convivencia social entre todos los ciudadanos. Esta virtud también se aplica en el ámbito comercial para exponer las ideas, creaciones e invenciones que pueden intervenir dentro de un mercado, denominado comúnmente como libertad de expresión comercial.

Sobre la libertad de expresión dentro del ámbito comercial, el INDECOPI (2001, p. 8), de la República del Perú, en su Resolución No. 001-2001-CCD/LIN/INDECOPI, considera que:

“A través de la libertad de expresión comercial se fomenta mayor competencia, pues con ella se garantiza que los agentes del mercado hagan uso de la creatividad para difundir sus mensajes en la forma que consideren más adecuada a sus intereses, generando de esta manera un mayor flujo de información y más opciones para que el consumidor pueda satisfacer sus necesidades. Debido a este nivel de información, los consumidores van a poder exigir una mayor cantidad de información relevante a los proveedores, lo cual a su vez va a motivar a éstos a mejorar la calidad de los productos y servicios que ofrecen, contribuyendo de este modo al desarrollo de los mercados”.

De esta manera, la libertad de expresión no radica solamente en la opinión, en el pensamiento o en la crítica, también interviene en el plano comercial por la creatividad de las ideas que realizan los agentes económicos, para difundir

mensajes adecuados en la promoción de bienes y servicios con el objeto de llamar la atención del público general, lo cual se convierte en un derecho de información y comunicación.

El derecho de información y comunicación está reconocido en los artículos 16 y 18, numeral 1, de la Constitución de la República del Ecuador (2008), que menciona lo siguiente:

“Art. 16.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos.
2. El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación.
3. La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas.
4. El acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad.
5. Integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación.

Art. 18.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa

acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior”.

Estos derechos que establece la Constitución se los puede interpretar como el libre acceso a los medios de comunicación, para que se pueda difundir las ideas creativas realizadas por los empresarios. Por otro lado, el artículo 18, numeral 1, de la Constitución, exige que la información que se realice debe ser veraz, oportuna, contextualizada, para evitar la censura que pueda vulnerar los derechos e intereses de las personas.

De esta manera, el legislador ecuatoriano ha determinado la siguiente definición dentro del Reglamento General de la Ley Orgánica de Comunicación (2014), en su artículo 38, inciso primero, como:

“Definición de publicidad.- Es cualquier forma de publicidad remunerada o pagada de difusión de ideas, mercaderías, productos o servicios por parte de cualquier persona natural o jurídica con fines comerciales”.

En fundamento a esta definición, cualquier persona natural o jurídica puede realizar publicidad para difundir sus ideas, productos o servicios a través de un medio de comunicación.

El derecho de la información y comunicación se diferencia con la libertad de expresión comercial, porque la primera exige que el mensaje que va a ser difundido a través de un medio de comunicación masivo sea auténtico y verdadero, mientras que el segundo permite todas las ideas creativas comerciales, sin afectar el honor o discriminación a las personas, como lo explica Azurmendi (2011, p. 36) al decir que: “la argumentación acerca de la veracidad como parte esencial del derecho como la libertad de expresión son trascendentes en el Estado democrático”.

Con estos antecedentes, se puede concluir que la publicidad está reconocida por el principio de libertad de expresión dentro del ámbito comercial para la creación de ideas; y, tiene relación con el derecho de información y comunicación, donde se permite difundir los mensajes creativos de manera verdadera, oportuna y contextualizada a través de un medio de comunicación pagado.

2.2.2. Publicidad como un derecho de empresa

La publicidad es considerada como una actividad comercial, por ser una herramienta fundamental de los empresarios para poder lanzarse y afirmarse dentro de un mercado competitivo.

Este reconocimiento de la publicidad se origina en el artículo 66, numeral 15, de la Constitución de la República del Ecuador (2008), que establece el principio de libertad de empresa:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”.

De otro lado, el INDECOPÍ (2001, p. 2), en su Resolución No. 001-2001-CCD7LIN/INDECOPÍ, considera que:

“La libertad económica empresarial fomenta la innovación y la creatividad en beneficio del consumidor, al brindarle más y mejores opciones entre las cuales puede elegir aquella que satisfaga sus intereses de manera adecuada. Además, gracias a la competencia en su conjunto, se introducen nuevas tecnologías y se contribuye al desarrollo de los mercados”.

De esta manera, la libertad de empresa permite a las personas de manera individual o colectiva, desarrollen actividades comerciales a través de la publicidad, con la finalidad de lanzar y afirmar su empresa dentro del mercado competitivo, eso si, respetando los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental sobre la promoción de bienes y servicios, por el cual se lo puede catalogar como publicidad comercial.

La publicidad comercial se encuentra definida en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2009), inciso 10 que menciona lo siguiente:

“Publicidad.- 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”.

Esta forma de publicidad radica en que los anunciantes o proveedores pueden utilizar esta herramienta para que exista una relación entre el proveedor y el consumidor.

Los tratadistas que se dedican a la profesión de la publicidad, como por ejemplo Arens, Weigold y Arens (2008, p. 7), consideran que:

“La publicidad es la comunicación no personal estructurada y compuesta de información, por lo general pagada y de naturaleza persuasiva, sobre productos (bienes, servicios e ideas) por patrocinadores identificados a través de varios medios”.

Por otro lado, Thompson (2005, párr. 11) considera lo siguiente:

“La publicidad es un componente de las diferentes actividades de la mercadotecnia, específicamente de la promoción, que sirve para comunicar el mensaje de un patrocinador identificado a un público específico, mediante la utilización de medios que tienen un costo y que

son impersonales y de largo alcance, como la televisión, la radio, los medios impresos y el internet entre otros, con la finalidad de lograr los objetivos fijados”.

Algunos tratadistas consideran a la publicidad como una herramienta de oferta y otros como forma de persuasión. Para Farina (2005, p. 306) por ejemplo, considera que la publicidad comercial lo siguiente: “lo cierto es que la publicidad existe para informar, pero en el tráfico mercantil actual su función es ante todo persuadir: vende bienes y servicios convirtiéndolos en imágenes y sueños, ilusiones y fantasías”; mientras que, Cevallos (2012, p. 401) considera que: “la publicidad (...) está vinculada íntimamente con la oferta o policitud efectuada por los proveedores o empresarios para contratar con los consumidores y usuarios, siendo la mayoría de los casos éstos potenciales o indeterminados”.

Por los criterios expuestos se puede determinar que la publicidad cumple una herramienta de oferta y una forma de persuasión, en el objetivo de promocionar los bienes y servicios. Por tanto, Pinkas (2011, pp. 1095 y 1096) manifiesta que:

“La publicidad puede definirse como el uso de espacio o tiempo pagado en los medios para comunicar un aviso pre-determinado al comerciante minorista o consumidor (...), el propósito de la publicidad es atraer la atención de la gente del mercado objetivo e informarles, de una manera persuasiva, sobre los beneficios atractivo y ventajas de un producto”.

Consecuentemente, se puede concluir que la publicidad es reconocida por el principio de libertad de empresa, y es considerada como una actividad comercial para ofertar los bienes y servicios de manera persuasiva a través de los medios de comunicación, con el objeto de lanzarse y afirmarse dentro del mercado.

2.2.3. Concepto personal de publicidad

Con los antecedentes expuestos y habiendo sido reconocida por los principios de libertad de expresión y de empresa, se puede definir a la publicidad como aquella información de carácter persuasivo para ofertar bienes y servicios.

2.3. Principios de la publicidad

La publicidad por estar reconocida en la Constitución, a través de los principios de libertad de empresa y de expresión, debe cumplir también con los principios de legalidad, veracidad, autenticidad y de leal competencia.

2.3.1. Principio de legalidad

En la actualidad la publicidad se ha convertido en una herramienta muy eficiente para los empresarios, especialmente para hacer conocer sus ofertas de manera persuasiva a los consumidores y usuarios.

Sin embargo, el mercado, por ser dinámico, puede recaer en las imperfecciones emanadas por la publicidad, las que pueden desequilibrar el sistema económico, en tal virtud, Guerra (2006, p. 21), considera que:

“El sistema del mercado tiene desequilibrios e imperfecciones que reflejan mecanismos poco eficientes para proteger realmente a los consumidores. Las características que ha tenido el Estado intervencionista, han sido superadas por los distintos sistemas políticos, pero no por ello, en atención de una libertad de mercado, se debe dejar en la indefensión a los consumidores; es por ello, que es el Estado el encargado de proteger a los consumidores, en atención a su debilidad como parte integrante del proceso de consumo”.

De esta manera, la Constitución por ser garantista de derechos, reconoce como derecho fundamental de los consumidores y usuarios a disponer de

bienes y servicios de óptima calidad, como se establece en los artículos 52 y 54 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), que dice:

“Art. 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito y fuerza mayor.

Art. 54.- las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore.

Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas”.

También la Constitución de la República del Ecuador (2008), en su artículo 19, inciso segundo, prohíbe lo siguiente:

“Se prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos”.

Por tanto, la publicidad se encuentra regulada a través de políticas públicas con carácter orgánico, para el respeto de los derechos fundamentales reconocidos y garantizados en la Constitución. De esta manera, se han creado las leyes orgánicas como la de Regulación y Control del Poder de Mercado, y la de Defensa del Consumidor y de Comunicación.

Con el fin de “la aplicación de este principio se expresa en la regulación publicitaria de diversos sectores económicos, como el de medicamentos, de productos derivados del tabaco, del servicio de llamadas telefónicas de contenido erótico, de establecimientos de hospedaje, fondos mutuos, administradoras privadas de fondos de pensiones, entre otros” (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [INDECOPI], 2001, pp. 60 y 61).

2.3.2. Principio de veracidad

El principio de veracidad consiste en que toda información debe ser verdadera y no engañosa, manipuladora o fraudulenta que atente a los derechos fundamentales de las personas establecidos en la Constitución y en la ley.

Esta información es de relevancia pública, porque los mensajes que se transmiten llegan a todas las personas por un medio de comunicación masivo como la televisión, radio, internet, etc. En la Ley Orgánica de Comunicación (2013), en su artículo 7, menciona lo siguiente:

“Es la información difundida a través de los medios de comunicación acerca de los asuntos públicos y de interés general.

La información o contenidos considerados de entretenimiento, que sean difundidos a través de los medios de comunicación, adquieren la condición de información de relevancia pública, cuando en tales contenidos se viole el derecho a la honra de las personas u otros derechos constitucionalmente establecidos”.

Así, la información que es difundida a través de un medio de comunicación obtiene una relevancia pública, ya que el mensaje es de interés general y por tanto la misma Ley Orgánica de Comunicación (2013) obliga, en su artículo 22, inciso primero, que:

“Todas las personas tienen derecho a que la información de relevancia pública que reciben a través de los medios de comunicación sea verificada, contrastada, precisa y contextualizada”.

Para evitar la existencia que puedan producir falsas expectativas, los proveedores deben afirmar que su contenido esté acorde con la realidad objetiva para poder sustanciar la información.

Estas afirmaciones informativas son de dos formas: objetiva y subjetiva. El INDECOPI (2001, pp. 46 y 47) en su Resolución No. 001-2001-CCD/LIN/INDECOPI, las define de la siguiente manera:

“Afirmaciones objetivas.- son aquellas afirmaciones contenidas en un anuncio que el consumidor razonable percibe, mediante una interpretación integral y superficial como objetivamente comprobables, es decir, mensurables mediante un sistema de medición comúnmente aceptado.

Afirmaciones subjetivas.- son las afirmaciones contenidas en un anuncio que, por la forma en que son presentadas al consumidor, dan la impresión de que el anunciante presenta declaraciones de parte mediante las cuales intenta convencer de que se consuma el producto anunciado o se adquiera el servicio promocionado”.

Las afirmaciones objetivas están acorde con la realidad, por lo cual son susceptibles en demostrar la veracidad del contenido y características del bien o servicio; mientras que las afirmaciones subjetivas no necesitan demostrar la

veracidad del contenido, sino que va a ser valorado dicho contenido al momento de difundir la información de manera exagerada que recaiga en la inducción al error, engaño o confusión del bien o servicio que se promociona, como por ejemplo, la publicidad testimonial.

De esta manera, Escobar (2013, Párr. 2) ha considerado tres aspectos para que la publicidad sea veraz, son los siguientes:

- a. Veraces, es decir, que exista congruencia entre las afirmaciones realizadas y la realidad.
- b. Comprobables, quiere decir que es necesario que las afirmaciones estén ajustadas a una realidad objetivamente demostrable.
- c. Precisas, en este sentido, la información transmitida no debe ser inexacta, ambigua o exagerada”.

Con los aspectos mencionados se puede comprender que el principio de veracidad en la publicidad debe tener afirmaciones objetivas, las mismas que puedan ser susceptibles de demostración sobre los bienes y servicios, así mismo que estén acordes con la realidad objetiva para que los consumidores y usuarios, puedan informarse sobre los contenidos y características de los bienes y servicios.

De esta manera, el principio de veracidad es un derecho del consumidor y usuario para que tenga un conocimiento verdadero sobre el bien o servicio que desea adquirir. Este derecho se encuentra establecido en el artículo 4, numeral 4, de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2009), que establece:

“Derecho a la información adecuada, veraz, clara y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren prestar”.

Por otro lado, este principio es una obligación del proveedor de informarle al consumidor o usuario sobre los contenidos y características del bien o servicio que ofrece hacia los consumidores y usuarios. Esta obligación se encuentra establecida en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2009), en su artículo 17, que expresa:

“Es obligación de todo proveedor, entregar al consumidor información veraz, suficiente, clara, completa y oportuna de los bienes y servicios ofrecidos, de tal modo que éste pueda realizar una elección adecuada y razonable”.

Con todos estos antecedentes, se puede concluir que el principio de veracidad en materia de publicidad lo conforma la información de los contenidos y características de los bienes y servicios, que deben estar acordes a la realidad objetiva para el cumplimiento de las expectativas de los consumidores.

2.3.3. Principio de autenticidad

Muguillo (2005, p. 18), considera que: “El principio de autenticidad o reconocimiento, por el cual la publicidad debe ser reconocida fácilmente como tal, distinguiéndose claramente de las informaciones periodísticas o noticiosas, o de otra índole”.

El criterio expuesto por Muguillo, determina que la publicidad debe ser identificada en su origen o procedencia, a fin de que el consumidor y usuario puedan distinguirlos claramente.

Sobre el particular, el INDECOPI (2001, p. 57), en su Resolución No. 001-2001-CCD/LIN/INDECOPI, menciona que:

“Conforme a lo establecido en la ley, los anuncios que se difundan en el mercado deben distinguirse como tales. Por consiguiente, el reglamento señala que los anuncios que resulten similares a las noticias

periodísticas deben incluir los términos ‘publirreportajes’ o ‘anuncio contratado’ en el mismo tipo de dimensión de letra utilizada en el texto del anuncio”.

Con lo expuesto, es preciso identificar si la información que se difunde por un medio de comunicación es verdadera y confiable, para que el consumidor tenga un conocimiento de causa sobre el origen de dicha información publicitaria, pues ésta puede ser disfrazada por un flash informativo, una publicación periodística o un bien o servicio manifestado en forma errónea.

Así, los diversos tipos de comunicación social deben evitar que la información publicitaria que emiten, no provoque confusión en los consumidores o induzcan a cometer falsas interpretaciones.

Guerra (2006, p. 26) explica que:

“Tiene relación directa con el principio de veracidad y consiste en determinar en forma clara sobre el género comunicativo al que pertenece el mensaje publicitario que se efectúa a través de los medios de comunicación. Debe materializarse la publicidad de una forma clara para que el consumidor no la confunda con otro tipo de mensaje o noticia”.

Se puede concluir que el principio de autenticidad o de reconocimiento en materia de publicidad, es hacer conocer al consumidor o usuario el origen o la procedencia de la información, a fin de que no caiga en la confusión y elija con precisión el bien o servicio que desea obtener.

2.3.4. Principio de leal competencia

El principio de la leal competencia en materia de publicidad se basa en que las actividades publicitarias no deben recaer en actos de competencia desleal.

Marín (en Riofrío y Marín, s.f., p. 405) expresa que:

“La leal competencia en el mercado es entendida como aquella competencia guiada por los usos y costumbres comerciales honestos y por el respeto a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas, de modo que las actividades económicas se desenvuelven normalmente. El bien jurídico tutelado por estas normas es la concurrencia o competencia justa, ajustada al ordenamiento jurídico, sin excesos inaceptables”.

Por otro lado, Muguillo (2005, p. 18), considera lo siguiente:

“Principio de competencia, que consiste en que por vía de la publicidad no se rompa con la libre y leal concurrencia al mercado, y en que se utilicen en ella medios lícitos sin ofensa o ridiculización del contrario en competencia”.

Considerada la publicidad como una actividad comercial, puesto que los empresarios utilizan esta herramienta, por ser efectiva y eficiente en la difusión de informar a los consumidores y usuarios de manera masiva, no debe estar en contra de los usos y costumbres honestos.

Esta consideración de la publicidad como una actividad comercial, lo establece el artículo 25 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2013) que menciona lo siguiente:

“Se considera desleal todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria”.

De esta manera, se puede comprobar que la publicidad está considerada como actividad comercial para evitar la producción de prácticas que vayan en contra de los usos o costumbres honestos, como por ejemplo la publicidad engañosa.

En conclusión, el principio de la leal competencia en materia de publicidad tiene como objetivo principal en prevalecer la lealtad de la competencia, para así fomentar el bienestar de los consumidores y prevalecer el comercio justo.

2.4. Publicidad engañosa

2.4.1. Nociones generales

La publicidad comercial es una herramienta que utilizan los anunciantes o proveedores para informar de manera persuasiva sus bienes y servicios, los cuales se encuentran dentro del mercado.

Este tipo de publicidad se encuentra definida en el artículo 2, inciso diez, de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2009) como:

“Publicidad.- 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”.

Mediante la definición que establece la Ley Orgánica, se puede considerar que la publicidad comercial debe respetar los valores de identidad nacional, así también los principios fundamentales sobre seguridad personal y colectiva, con el fin de que la información que se emplee en la publicidad comercial respete los derechos fundamentales de la Constitución y la Ley.

De esta manera, el Estado ha tipificado en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2009), en su artículo 6, lo siguiente:

“Publicidad prohibida.- Quedan prohibidas todas las formas de publicidad engañosa o abusiva, o que induzcan a error en la elección del bien o servicio que puedan afectar los intereses y derechos del consumidor”.

Esta disposición que menciona la ley, considera la prohibición de dos tipos de publicidad que son la engañosa y la abusiva.

La publicidad abusiva se encuentra definida en el artículo 2, incisos 11 y 12, de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2009), en los siguientes términos:

“Publicidad abusiva.- Toda modalidad de información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, alterar la paz y el orden público o inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva.

Se considera también publicidad abusiva toda modalidad de información o comunicación comercial que incluya mensajes subliminales”.

Es considerada como prohibida la publicidad abusiva porque atenta los valores de identidad nacional y los principios fundamentales de seguridad personal y colectiva, pues induce a la violencia y altera la paz. De igual manera, se considera a la publicidad subliminal como abusiva, ya que los mensajes no solo recaen en lo comercial sino también en la dignidad de las personas.

Por otro lado, también se considera prohibida a la publicidad engañosa en virtud de que la información que efectúa el anunciante o proveedor, por medio de esta actividad, induce a error, engaño o confusión a los consumidores en la adquisición de bienes y servicios.

Esta forma de publicidad viola los principios de legalidad, veracidad y autenticidad, porque las afirmaciones que emite el anunciante o proveedor no están acordes con la realidad objetiva que debe cumplir.

Por tanto, García A. (2009, p. 354) considera que:

“Para calificar como engañosa la publicidad, el engaño no tiene que afectar a la totalidad del mensaje publicitario, es decir, si un mensaje parcialmente veraz y parcialmente engañoso, podrá ser considerado engañoso en su totalidad si induce a error a sus destinatarios”.

Es decir, que para calificar a la publicidad engañosa, se debe valorar que las afirmaciones que realiza el proveedor deben ser siempre objetivas, y que a la par estén acordes con la realidad, para así promover los bienes y servicios dentro del mercado objetivo.

Por todos estos antecedentes podemos concluir que la publicidad engañosa no sólo afecta a los consumidores, sino también al mercado, porque es un mecanismo de desvío para su propio provecho de la clientela ajena.

2.4.2. Concepto de publicidad engañosa

Nuestra legislación, en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2009), en su artículo 2, inciso doce, 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”.

Esta definición concuerda con el mecanismo de que la publicidad engañosa informa al consumidor de manera falsa o errónea, pues los mensajes con que informa al consumidor no son veraces, es decir, la información puede ser falsa en su totalidad, o siendo veraz, omite ciertas características del producto o servicio que se ofrece.

Por tanto, se puede concluir que la publicidad engañosa es aquella donde la promoción de los bienes y servicios no son acordes con la realidad objetiva.

2.4.3. Tipos de publicidad engañosa

Los tipos de publicidad considerados como engañosos son los siguientes: omisión y encubierta.

2.4.3.1. Publicidad engañosa por omisión

La publicidad engañosa por omisión se la puede considerar cuando la información que transmite el proveedor al consumidor es veraz, pero omite las características esenciales del producto o servicio que ofrece.

Como el principio de veracidad es un derecho del consumidor y una obligación del proveedor en que la información debe ser completa, ésta debe cumplir con las disposiciones de información básica. Como un ejemplo, tenemos la Resolución No. SCPM-NT-2013-002, de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (2013, p. 58), contenida en la Gaceta del mes de septiembre, que establece una norma técnica para la información que deben tener los empaques de los productos médicos:

“Todos los medicamentos que se produzcan o comercialicen en el Ecuador deberán incluir en el etiquetado o rotulación de cada empaque individual y en cualquier medio que se utilice para su promoción, la indicación clara y visible ‘MEDICAMENTO GENÉRICO’ o ‘MEDICAMENTO NO GENÉRICO’ según sea el caso”.

Cevallos (2012, p. 409) afirma que:

“El engaño en la publicidad también se puede producir por omisión, es decir, cuando se silencia datos fundamentales de los bienes o servicios y dicha omisión induce a error a los destinatarios de la publicidad, por lo tanto, no se toma en cuenta la mera omisión de datos accidentales o irrelevantes. Este tipo de omisiones en nuestro país se efectúan en los anuncios o publicidad de medicinas usualmente”.

En conclusión, se puede determinar que la publicidad engañosa por omisión es la falta de información esencial del producto o servicio que se está transmitiendo al consumidor, y que aun siendo veraz omite información específica.

2.4.3.1. Publicidad encubierta

La publicidad encubierta es la que, aun siendo veraz la información, no es totalmente auténtica porque no expresa el origen del contenido.

García A. (2009, p. 358), comenta lo siguiente:

“La publicidad encubierta induce a error a los consumidores sobre la clase, el origen y el valor de las alegaciones publicitarias. El público no identifica la naturaleza de la manifestación publicitaria, ya que no la reconoce como publicidad. Además, el público desconoce el origen de la manifestación, pues piensa que se encuentra en un tercero ajeno al anunciante por lo que otorgará un valor superior a esa alegación publicitaria”.

Por otro lado, Cevallos (2012, p. 408), considera lo siguiente:

“En esta forma de publicidad se aprecia consiguientemente, un engaño al público, es decir a los consumidores y usuarios. El engaño al

destinatario de la publicidad se consuma con el modo de presentar la publicidad, aun cuando sea veraz. El consumidor no distingue dicho anuncio como publicidad y de otro lado tampoco sabe cual es el origen de ella para su difusión, por este desconocimiento el consumidor o usuario confiere un valor superlativo al mensaje publicitario. Finalmente, no se precisa para la configuración de la publicidad encubierta que sea remunerada, pues ello es irrelevante”.

Con los criterios expuestos por estos tratadistas, se concuerda en que la publicidad encubierta se basa en que ésta es veraz pero hace desconocer el origen del mensaje que es difundido.

En la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2009), en su artículo 2, inciso trece, menciona lo siguiente:

“Toda modalidad de información o comunicación de carácter comercial, cuyo contenido sea total o parcialmente contrario a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos o que utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor”.

De igual forma, nuestra legislación hace mención de manera general que la publicidad encubierta puede ser veraz pero omite información esencial del producto, o también puede ser por acción que la información del producto es totalmente falsa. Este tipo de publicidad se la encuentra por medio de publrreportajes, redes sociales, flash informativo, etc., ya que, el encubrimiento del mensaje que se transmite no tiene veracidad y autenticidad en la presentación, llamando la atención del consumidor para adquirir dicho bien o servicio.

Por tanto, se puede concluir que la publicidad encubierta se encuentra por medio de terceros que desconocen el origen de la información veraz, o puede ser veraz pero ignoran los contenidos esenciales del producto que deben transmitir.

2.4.4. Causales de la publicidad engañosa

Para determinar a la publicidad engañosa, el artículo 7 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2009), establece las causales que pueden producir una publicidad engañosa, y que son:

“Infracciones publicitarias.- Comete infracción a esta Ley el proveedor que a través de cualquier tipo de mensaje induce al error o engaño en especial 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.
4. Los reconocimientos, aprobaciones o distinciones oficiales o privadas, nacionales o extranjeras tales como medallas, premios, trofeos o diplomas”.

Cevallos (2012, pp.417 y 418), describe de la siguiente manera el contenido de cada numeral que califica como engaño:

“El numeral 1, en mi opinión constituye una modalidad de fraude que puede ser sancionado acorde con las disposiciones de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y, desde luego en los términos del Código

Penal, pues hay inducción a error mediante los artificios señalados y perjuicio consecuente para los usuarios y consumidores.

El numeral 2, alude a una práctica muy común en el mercado ecuatoriano que consiste en publicitar por ejemplo, una serie de interminable de rebajas a veces superiores al 50%, o sobredimensionado la calidad de los bienes o servicios, engañando e induciendo a error a los destinatarios de la publicidad, pues anuncios de esta índole no se aproximan a la realidad objetiva.

El numeral 3, que se refiere a engaños en lo tocante, a la calidad de los ingredientes del producto, dimensión, cantidad o calidad, plantea un problema fundamental, esto es el relativo al modo de determinar el nivel de exageración de la publicidad particularmente sobre la calidad de los ingredientes referidos en el anuncio tolerable o punible.

El numeral 4, contempla la hipótesis de la publicidad que usa como artificio para el engaño al consumidor o usuario, la invención de reconocimientos, o distinciones, nacionales o extranjeros a favor del bien o servicio, para crear una imagen superior a la real de los mismos en el destinatario de la publicidad”.

Con estos causales que menciona Cevallos, se puede determinar que la publicidad engañosa debe recaer en uno o en todos de las causales para provocar una publicidad engañosa. Mientras también se encuentra otras modalidades en que puede caer la publicidad engañosa sin cumplir con estas causales, que menciona el artículo 7 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y que no tienen relación con dichas causales.

De otro lado, es preciso señalar también como causales los constantes en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que son los siguientes: Información pública, idioma y moneda, garantía, productos deficientes o usados, producción

y transgénica, rotulado mínimo de alimentos y medicamentos, y la información de bienes de naturaleza durable.

CAPÍTULO III

RELACIÓN DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA CON LOS ACTOS DE ENGAÑO

3.1. Acto de engaño

3.1.2. Nociones generales

El Derecho de la Competencia es una rama del Derecho Mercantil y es parte del Derecho Económico, donde se protege el proceso competitivo que realizan las empresas dentro de un mercado; tiene como función fundamental la represión de la competencia desleal, a efectos de hacer prevalecer la leal competencia.

La lealtad de la competencia tiene como finalidad en que ésta no se falsee, es decir evita que ciertas prácticas desleales alteren, distorsionen o falseen el mercado, perjudicando los intereses económicos de los empresarios, consumidores y también el interés público general.

Para evitar que las prácticas desleales entren al mercado competitivo, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2013) establece una cláusula general de prohibición, que dice lo siguiente en su artículo 26, inciso primero:

“Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”.

Como hemos mencionado en el capítulo I, respecto de que la cláusula general de prohibición se encuentra acompañada por un listado de actos considerados como desleales para proteger dichos intereses, entre ellos se encuentra el acto de engaño.

El acto de engaño es considerado como una práctica comercial desleal que viola los principios de legalidad, veracidad, autenticidad y leal competencia, porque provoca que la información difundida dentro del mercado contenga falsedad en su mensaje o induzca a error sobre la promoción de bienes o servicios que se ofertan dentro del mercado. Al respecto, Marín (en Riofrío y Marín, s.f., p. 410), comenta que:

“La modalidad de actos de competencia desleal denominada actos de engaño, señala que la conducta infractora se produce cuando un agente económico contraviene la buena fe al generar frente al público de los consumidores una impresión falaz de sus propios productos o servicios, de forma tal que se expone al consumidor a adoptar una decisión inadecuada a sus intereses; esto es, una elección que bajo otras circunstancias no hubiera realizado”.

Por otro lado, Velandia (2010, p. 382), expone lo siguiente:

“Bajo el engaño se castiga el error sobre el objeto, es decir sobre los productos, sean bienes o servicios. La verdadera afectación del engaño es crear una imagen irreal o inexistente acerca de los productos en un mercado, ya que de ello depende parte de las variables de la fidelidad de la marca, de sus bondades”.

Los actos de engaño se los entiende como creaciones materiales. La Sentencia No. 780, dictada por la Superintendencia de Industria y Comercio, (2012, p. 13) de la República de Colombia, al tenor de lo expuesto explica lo siguiente:

“(…), en el acto de engaño el error se circunscribe a la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos y se proyecta sobre la actividad, prestaciones mercantiles o el establecimiento, lo que constituye la propia prestación”.

Así, se puede comprender que la creación material del acto de engaño se basa sobre la realidad objetiva del mercado, por medio de información falsa o por inducción a error, donde se exponen todas las características de los bienes y servicios. Marín, (en Riofrío y Marín, s.f., p. 410), en atención al tema dice:

“La falsedad es el caso más simple de acto de engaño, que implica que lo afirmado no corresponde a la realidad. La inducción a error (a diferencia de la simple falsedad) puede ocurrir incluso cuando lo afirmado sea verdad, dependiendo de la forma en que dicha afirmación sea presentada y del contexto que la acompañe”.

También se considera como acto de engaño a las indicaciones falsas de procedencia del producto o servicio que trata sobre su origen. Como lo considera Marín (en Riofrío y Marín, s.f., p. 410) que: “En tal sentido, se considera particularmente grave el empleo de falsas indicaciones de procedencia, es decir, el uso de una expresión que designe un país determinado cuando aquella expresión fuera falsa con respecto a su origen verdadero”. Es decir, que también viola el principio de autenticidad donde se establece el origen y la procedencia del bien o servicio para su identificación.

Los actos de engaño pueden recaer en materia de propiedad inmaterial, en especial los signos distintivos, como por ejemplo: las marcas, basándose por medio de la confusión, la imitación y la explotación de la reputación ajena para atraer a la clientela de un competidor, para poder afirmarse o lanzarse dentro del mercado concurrente, con el objeto de distorsionar, falsear o alterar los aspectos económicos que son perjudiciales para la competencia.

De esta manera, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2013), en su artículo 27, numeral 2, tipifica lo siguiente:

“Actos de engaño.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje”.

Así, Alonso (2012, p. 312), ha considerado los siguientes requisitos donde se sustenta el acto de engaño, que son:

1. “Que se realicen una aseveraciones o indicaciones que no correspondan exactamente a la realidad, es decir, que sean incorrectas o falsas; el punto de referencia en este caso será la verdad o la realidad objetivamente demostrable; sin embargo, será considerada ilícita de denominada publicidad superlativa, esto es, la utilización de determinadas exageraciones o extravagancias

publicitarias que pretenden simplemente llevar al ánimo del consumidor la excelencia o superioridad de unos determinados productos sin llegar a afirmar una situación de hecho precisa (tal es el caso del anuncio de un producto como el mejor del mundo, el único en su género, etc.).

2. Se precisa de un acto extremo de utilización o difusión de esos datos (lo que puede hacerse con o sin publicidad) para que la conducta sea relevante.
3. Se requiere también que las aseveraciones que se formulen sean capaces de inducir a error a las personas a las que las mismas se dirigen o alcanzan; en este sentido cabe indicar, una vez más, que el supuesto no sólo incluye la difusión de datos falsos, sino también de aquellos que, siendo verdaderos, pueden inducir a error por su forma de presentarlos”.

Por lo expuesto, se puede concluir que el acto de engaño viola los principios de legalidad, veracidad, autenticidad y de leal competencia, ya que la información que realiza el agente económico es falsa o induce a error, particularmente sobre un producto o servicio dentro del mercado concurrente, con el fin de afectar los intereses económicos de los consumidores y también al interés del competidor.

3.1.2. Concepto de engaño

Por lo que hemos revisado, los actos de engaño recaen en la información de un bien o servicio que se ofrece dentro de un mercado concurrente. En este plano, el Convenio de París (1999), en su artículo 10*bis*, numeral 3.3, define al acto de engaño como: “Las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos”. Concepto que con el mismo texto consta en la Decisión 486 sobre el Régimen Común sobre la Propiedad Industrial, artículo 259, letra c).

El Convenio de París proviene de un modelo corporativo, donde su principal objetivo es reprimir la competencia desleal que realiza un empresario para perjudicar a otro. En la actualidad nuestro sistema económico se basa en una economía social y solidaria, donde se hace prevalecer la relación entre sociedad, Estado y mercado con el fin de reprimir las prácticas desleales engañosas, y también proteger a los consumidores, por ser parte del sistema económico.

Así, Massaguer y Palau (2002, p. 19), definen al acto de engaño en los siguientes términos:

“Acto de engaño es cualquier práctica que por las circunstancias en que tenga lugar sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre un extremo que puede influir en la formación de sus preferencias o en la toma de sus decisiones en el mercado”.

Esta definición se basa en que el acto de engaño recae en las preferencias de los consumidores al momento de elegir un bien o servicio, o en el instante de recaer en una información falsa o inducida a error, pues el consumidor puede adquirir un bien o servicio que no era de su agrado y expectativa. En tal virtud, la INDECOPI (2001, p. 14) en su Resolución No. 001-2001-CCD/LIN/INDECOPI, ha definido al acto de engaño en los siguientes términos:

“El engaño es concebido como el acto por el cual un competidor genera frente a terceros una impresión falaz acerca de sus propios productos o servicios, de forma tal que pueda inducir a un consumidor a efectuar una decisión de consumo inadecuada, es decir una elección que de no mediar las circunstancias referidas, no hubiera realizado”.

Por otro lado, Cabanellas de Torres (2006, p. 144), define al engaño como: “falta de verdad en lo que se dice o se hace, con ánimo de perjudicar a otro”. La mención de este autor se la puede considerar apropiada, toda vez que el

competidor desleal da una impresión falsa o errónea de un bien o servicio, con el exclusivo fin de desviar a la clientela ajena para su provecho propio.

También Alvear y Gómez de la Torre (2012, p. 102), definen al acto de engaño en lo siguientes términos:

“Aquellos que contengan información incorrecta o falsa, omisión de verdades y las que siendo veraces, puedan inducir a error a los destinatarios dirigidos y alteren su comportamiento económico”.

Con estos antecedentes, se puede definir al acto de engaño como aquella práctica comercial desleal, donde el competidor informa de manera falsa o errónea la promoción de bienes y servicios, dentro del mercado para perjudicar la economía del consumidor y usuario, con el objetivo de desviar la clientela ajena del competidor.

3.1.3. Relación del acto de engaño con la publicidad engañosa

Tomando como punto de partida el principio de veracidad, la relación del acto de engaño con la publicidad engañosa se conjuga en que la información difundida debe ser verdadera, y que no recaiga en error, ambigüedad o exageración, en la que un agente económico ofrece sus bienes y servicios a un consumidor, por medio de una actividad publicitaria.

Las actividades publicitarias deben cumplir con este principio de veracidad para prevalecer la transparencia del mercado; al momento de faltar a este principio, incurre a engañar a los consumidores sobre la oferta de bienes y servicios y también afecta a los otros competidores porque produce un desvío de la clientela ajena para su provecho propio. Sobre este punto, Otamendi (2009, p. 40) manifiesta que:

“Engañar al público consumidor es una de las formas clásicas de competencia desleal. Una de las formas de engañar es a través de la

publicidad. Mostrar cualidades o características inexistentes en el producto o servicio que se ofrece, es algo a lo que recurren habitualmente muchos competidores. Al no haber realizado el esfuerzo para llegar a las características que le permiten competir mejor, dicen que ofrecen lo que no tienen. De esta manera, inducen a comprar a quienes, de conocer las verdaderas cualidades o características de lo ofrecido, no comprarían”, es decir, “el engaño en la publicidad crea un desorden en el mercado ya que la mentira será, en algún momento, descubierta por el consumidor. Al hacerlo, quedará no sólo defraudado sino también desconcertado, ya que no sabrá quien dice la verdad y quien no. Para él todos los que están en el mercado carecerán de seriedad con el consiguiente daño para ellos. El competidor ha sufrido un daño diferente, que es el que causa el acto de competencia desleal”.

Por esta razón, el principio de veracidad se convierte en la base esencial de la publicidad, con el objeto de evitar el engaño, que puede perjudicar los intereses económicos de los consumidores y usuarios como también los intereses de los competidores. La INDECOPI (2001, p. 45) en su Resolución No. 001-2001-CCD/LIN/INDECOPI, considera que:

“Este principio se fundamenta en el hecho de que cada vez los consumidores exigen a los anunciantes mayor información relevante y veraz a efectos de adoptar una decisión de consumo adecuada a sus intereses. Por consiguiente, sin que ello signifique un límite al derecho a competir y al uso de la creatividad en la publicidad, la transparencia y el correcto funcionamiento del mercado exigen que las empresas proporcionen información veraz”.

Por ende, la veracidad de la información dentro de las actividades publicitarias “no puede ser engañosa ni por acción ni por omisión. Así, no puede contener falsedades que generen un error en sus destinatarios con el consiguiente perjuicio para ellos y para los competidores. Tampoco puede silenciar aspectos

o datos fundamentales de los bienes, servicios o actividades ofrecidos” (García A., 2009, p. 350). De esta forma, las actividades publicitarias engañosas se dividen por acción y por omisión engañosas.

Las actividades publicitarias por acción se basan a través de la información falsa o que induzca a error sobre los extremos relevantes de los bienes y servicios promocionados por los agentes económicos. Martín (2009, p. 151) las considera como: “aquellas que contengan información falsa o información que, sin ser falsa, pueda inducir a error al consumidor medio sobre determinados extremos relevantes y que le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que, de otro modo, no hubiera tomado”. De esta manera, Massaguer (2006, p. 16) las divide en información falsa e información adecuada de inducir a error, con los siguientes términos:

“La información falsa es aquella que no se corresponde con la realidad de las cosas y, por ello, es inveraz. El empleo de información falsa en una práctica comercial es indebido en todo caso, sin necesidad de acreditar que puede inducir a error a los consumidores. Ahora bien, la comunicación de información falsa sólo será engañosas y, por ello, desleal si recae sobre uno de los extremos considerados relevantes por la propia Directiva y además puede influir efectivamente en la conducta de mercado de los consumidores.

La información adecuada para inducir a error es aquella otra que es exacta u objetivamente correcta (esto es, que se corresponde efectivamente con la realidad de las cosas) y, ello no obstante, puede transmitir una incorrecta representación de la realidad o generar infundadas expectativas. Así las cosas, lo relevante no es la veracidad de la información que se comunique a los consumidores en si misma considerada, sino la exactitud de la creencia que inculca en sus destinatarios o, si se prefiere, la efectiva correspondencia de las

expectativas que despierta en sus destinatarios con la realidad de las cosas”

De esta manera, se puede considerar que la información falsa se basa por los extremos relevantes de los bienes y servicios, lo que no es acorde con la realidad objetiva, como por ejemplo, la publicidad comparativa ilícita. Mientras que la información adecuada para inducir a error se basa en que la información puede ser veraz, omite características esenciales que debe contener dicha información.

Por otro lado están las actividades publicitarias engañosas por “omisión engañosa”, donde se omite información sustancial de los bienes y servicios para la toma de decisiones de los consumidores. Martín (2009, p. 151) los considera como: “Las que omiten información sustancial que, atendidas las circunstancias, necesite el consumidor medio para tomar una decisión sobre una transacción”.

Manteniendo la línea de pensamiento de Massaguer (2006, p. 23), se considera como información sustancial “aquella que los consumidores necesitan para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa”. Es decir, que la información de bienes y servicios que se promocionan dentro del mercado, deben contener los datos básicos de información comercial para que el consumidor tenga un pleno conocimiento de causa en la adquisición de un bien o servicio, como por ejemplo, la publicidad encubierta.

La diferencia entre la publicidad engañosa y el acto de engaño, radica en que la primera brinda una información que no está acorde con la realidad objetiva al consumidor en la promoción de bienes y servicios, mientras que el segundo, provoca el aprovechamiento de la clientela ajena del competidor para su provecho propio.

En conclusión, se puede determinar que la publicidad engañosa con los actos de engaño tiene el mismo mecanismo de perjudicar los intereses económicos del consumidor, como también los intereses de los empresarios dentro del mercado.

3.2. Prácticas de la publicidad engañosa

Los supuestos casos en que puede incurrir la publicidad engañosa son los siguientes: Por confusión, por comparación, por testimonio, por encubierta y, por subliminal.

3.2.1. Publicidad engañosa por confusión

Este tipo de publicidad engañosa por confusión se fundamenta en que la información induce a error o confunde al consumidor, ubicándola en los extremos relevantes de los bienes y servicios que se ofertan dentro del mercado.

Al tenor del concepto, García A. (2009, p. 363), explica que:

“Con el riesgo de confusión se perjudica el interés de los empresarios y profesionales y el interés de los consumidores y usuarios a la diferenciación en el mercado. Precisamente, esta diferenciación es la base misma del sistema de competencia económica. Así, los empresarios y profesionales tienen interés en que sus productos o servicios sean diferenciados y que se puedan distinguir a través de los correspondientes signos distintivos. También los potenciales consumidores y usuarios desean distinguir claramente los diversos productos o servicios que se les ofertan en el mercado para satisfacer racionalmente sus necesidades”.

La publicidad engañosa recae en la confusión a través de la diferenciación de los bienes y servicios que se ofertan dentro del mercado, y le dan una

perspectiva al consumidor que adquiera de manera errónea el bien o servicio que no era de su expectativa.

También la publicidad engañosa recae en la imitación, porque aprovecha la reputación ajena para exhibir sus bienes y servicios a través de un signo distintivo, como por ejemplo un color de una marca reconocida, que provoca a confundir al consumidor que ese producto tiene las mismas cualidades de la otra marca.

Otamendi (2009, p. 15), explica en los siguientes términos el engaño a través de la confusión:

“Existe a mi juicio competencia desleal toda vez que alguien intenta confundir al público respecto de las características del producto de su competidor, actuando sobre el producto del competidor. Por ejemplo, ensuciar los envases exhibidos en una góndola para darles el aspecto de viejos y en mal estado. Igual efecto se consigue rompiendo, aunque sea parcialmente, la etiqueta o el envoltorio o rayando el envase.

Otro supuesto es el de la eliminación de la marca del competidor del producto que la lleva, para que el público no pueda identificar el producto que desea.

Otra forma de confusión puede darse cuando un competidor, hace creer que el producto del competidor desleal organiza un test de eficiencia entre productos de 100 gramos de peso e incluye el de un competidor que pesa 120 gramos”.

Por los supuestos expuestos por Otamendi, se puede comprender que la publicidad engañosa de confusión se basa, además de inducir a error en los extremos relevantes, en los supuestos de imitación, explotación de la reputación ajena y la procedencia geográfica de los bienes y servicios.

En tal virtud, Massaguer (2006, pp. 19 y 20) concluye que:

“La confusión es una de las modalidades de engaño, que los casos de confusión no comprendidos en ese precepto se consideren supuestos de inducción a error sobre el origen comercial de los bienes y servicios que claramente comprende el riesgo de confusión en sentido estricto mediato, o sobre la afiliación y conexiones del comerciante que comprende el riesgo de confusión en sentido amplio. Las prácticas comerciales engañosas o contrarias a la prohibición general, la publicidad que lo entañe, sobre la base de que induce a error y de que por ello puede ocasionar un perjuicio a otras empresas, sea considerada, y reprimida, como modalidad de publicidad engañosa”.

3.2.2. Publicidad engañosa por comparación

La publicidad comparativa se encuentra permitida en algunas legislaciones, donde se expone las ventajas y desventajas de un bien o servicio de otro competidor. Tiene como fin demostrar que el bien o servicio expuesto es superior al competidor.

La publicidad comparativa se transforma en engañosa, y por lo tanto ilícita, cuando la información del bien o servicio comparado no es verdadero u omite alguna de las características esenciales y relevantes que debió comparar.

Sobre este tema, Massaguer (2006, pp. 20 y 21), manifiesta que:

“Desde la óptica de la protección de los intereses de los consumidores ante la competencia desleal, la publicidad comparativa no ha de recibir un tratamiento singular, sino que debe someterse al juicio general de deslealtad y, más en particular, de que los riesgos que de común puede entañar para los consumidores derivan de la falsedad o aptitud para inducir a error de las afirmaciones realizadas y, por tanto, de la inculcación de creencias y expectativas infundadas. En efecto precisa

para asegurar a los consumidores acción contra las empresas que, mediante esta práctica, distorsiona su comportamiento económico de forma sustancial e indebida”.

De esta manera, la publicidad engañosa por comparación se presenta cuando los extremos relevantes de un bien o servicio que es comparado, no contienen las afirmaciones veraces u omite alguna información que provoca al consumidor tener una expectativa infundada del bien o servicio comparado.

3.2.3. Publicidad engañosa por testimonio

La publicidad testimonial se torna en ilícita cuando las aseveraciones, o las indicaciones de los bienes y servicios que brindan testimonio, caen en los extremos relevantes de testimonios falsos o en que la exageración pierde la efectividad del bien o servicio que se promociona.

Bercovitz (2011, pp. 112 y 113), explica al respecto:

“La práctica publicitaria consiste en hacer afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretende una interpretación literal. La sorpresa radica en que esta declaración de ilicitud para las <<afirmaciones exageradas con respecto de las que no se pretenda una interpretación literal>>. La realidad es que esta declaración de licitud de la que se suele considerar como exageración publicitaria es una norma de carácter general que rige para todas las prácticas publicitarias y que por tanto no tiene por qué estar vinculado a una norma que pretende proteger especialmente a consumidores y usuarios de grupos especialmente vulnerables. Por lo demás, la licitud de las exageraciones publicitarias es tradicional en el Derecho de la Competencia Desleal, entendiéndose por exageración publicitaria aquellas manifestaciones que no son tomadas en serio por el público general”.

La publicidad testimonial es considerada como exagerada, ya que la información puede ser veraz pero los testimonios ampulosos de los bienes y servicios no lo son suficientemente veraces, o inducen a error, lo que puede alterar la decisión del consumidor en la adquisición de lo requerido.

3.2.4. Publicidad engañosa por encubierta

La publicidad encubierta es otro tipo de publicidad engañosa, por la que se viola el principio de autenticidad del producto o servicio. Forma parte de las prácticas comerciales publicitarias engañosas por acción y por omisión engañosa, ya que la información puede ser falsa, como también inducir a error, porque se desconoce el origen de la información. También es la información que no tiene conocimiento de causa.

Massaguer y Palau (2002, p. 23), manifiestan que:

“La publicidad encubierta constituye un acto de engaño (desleal si versa sobre un extremo para decidir la preferencia del destinatario por un agente, por una prestación o por un establecimiento, que por demás encuentra acomodo en la referencia legal a la publicidad que es engañosa por su forma de prestación”.

Esta publicidad se caracteriza en que el consumidor adquiere una prestación de servicios sobre un extremo relevante, que afecta los intereses económicos del consumidor por el recibimiento de una información falsa o inducida a error para adquirirlo.

García A. (2009, p. 358), explica lo siguiente:

“Donde radica el engaño en la actividad del anunciante que disfraza su mensaje publicitario como una mera información emitida por un tercero. La publicidad encubierta induce a error a los consumidores sobre la clase, el origen y el valor de las alegaciones publicitarias. El público no

identifica la naturaleza de la manifestación publicitaria, ya que no la reconoce como publicidad. Además, el público desconoce el origen de la manifestación, pues piensa que se encuentra en un tercero ajeno al anunciante por lo que otorga un valor superior a esa alegación publicitaria”.

Estos supuestos suelen pasar, como por ejemplo, en las redes sociales, donde los anunciantes contratan a terceros y en especial a celebridades para que expongan sus productos o que recomienden a sus seguidores.

También existen supuestos de esta clase de publicidad cuando se aprovecha del espacio público, exhibiendo sus bienes y servicios de manera engañosa en una valla publicitaria sin la debida autorización del municipio.

3.2.5. Publicidad engañosa subliminal

La publicidad subliminal la define García A. (2009, p. 371) como:

“Los estímulos subliminales (ya sean visuales, auditivos, olfativos o de cualquier otra naturaleza) son reproducidos o emitidos con baja intensidad o de forma más o menos soslayada, semioculta o con breve exposición para que no sean captados de forma totalmente consciente”.

El engaño puede recaer a través de los estímulos que produce este tipo de publicidad, a través de difundir una información oscura, ambigua o poco clara sobre el origen del contenido publicitario, lo que hace al consumidor que adquiera un bien o servicio de manera consciente pero que no es de su expectativa.

Cevallos (2012, p. 413), explica al respecto:

“La publicidad subliminal es aquella que intercala mensajes que recibe inconscientemente el destinatario de la publicidad. Se la utiliza a

menudo, los consumidores recibimos mensajes por ejemplo, en las prestaciones de hombres o mujeres famosas, respecto a los bienes o servicios que se deben utilizar; o en películas por medio de los estímulos psicológicos que implica, el que los superhéroes usen ciertos bienes o cosas para imponer modas sin que los destinatarios de la publicidad caigan en cuenta de ese hecho”.

CAPÍTULO IV

REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y SU VALORACIÓN DEL TRATAMIENTO JURÍDICO EN EL ECUADOR

4.1. Legislación ecuatoriana

4.1.1. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor

La regulación de la publicidad en el Ecuador se inicia a través de la creación de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que entra en vigencia el 10 de junio del 2000, a través del Suplemento del Registro Oficial No. 116, con el objeto de proteger a los consumidores y usuarios ante las infracciones publicitarias engañosas realizadas por los proveedores.

Esta normativa regula a la publicidad comercial, que a través del artículo 2, incisos 10, 11, 12 y 13, de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2009), establece las definiciones de la publicidad, publicidad abusiva y publicidad engañosa, con el siguiente enunciado:

“Artículo 2.- Definiciones.- Para efectos de la presente Ley, se entenderá por:

Publicidad.- La comunicación 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.

Publicidad abusiva.- Toda modalidad de información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, alterar la paz y el orden público o inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva.

Se considerará también la publicidad abusiva toda modalidad de información o comunicación comercial que incluya mensajes subliminales.

Publicidad engañosa.- 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”.

Partiendo de las definiciones establecidas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2009), en su Capítulo III, se establece la regulación de la publicidad y su contenido, con los siguientes artículos:

“Artículo 6. Publicidad prohibida.- Quedan prohibidas todas las formas de publicidad engañosa o abusiva, o que induzcan a error en la elección del bien o servicio que puedan afectar los intereses y derechos del consumidor.

Artículo 7. Infracciones publicitarias.- Comete infracción a esta Ley el proveedor que a través de cualquier tipo de mensaje induce a error o engaño en especial 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.

Artículo 8. Controversias derivadas de la publicidad.- 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.

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”.

El artículo 72, de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2009), establece la sanción, suspensión y rectificación de la publicidad engañosa o abusiva, con el siguiente enunciado:

“Artículo 72. Sanción, suspensión y rectificación de publicidad engañosa o abusiva.- El proveedor cuya publicidad sea considerada engañosa o abusiva, según lo dispuesto en el artículo 7 de esta Ley, será sancionado con una multa de mil a cuatro mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda de curso legal. Cuando un mensaje publicitario sea engañoso o abusivo, la autoridad competente dispondrá la suspensión de la difusión de la rectificación de su contenido, a costa del anunciante, por los mismos medios, espacios y horarios. La difusión de la rectificación no será menor al treinta por ciento (30%) de la difusión del mensaje sancionado”.

El Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2009), expedido mediante decreto ejecutivo No. 1314, vigente desde el 19 de marzo del 2001, en el Registro Oficial No. 287, en su Capítulo III, reglamenta a la publicidad con los siguientes artículos:

“Artículo 6. Definición del término ‘comercial’.- En el numeral 1 del artículo 7 de la Ley, la referencia al término ‘comercial’, se entenderá por información comercial.

Artículo 7. Requisitos generales de la propaganda.- Toda comunicación comercial o propaganda que un proveedor dirija a los consumidores, inclusive la que figure en empaques, etiquetas, folletos y material de punto de venta, debe ser preparada con sentido de responsabilidad, respetando lo prescrito en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, absteniéndose de incurrir en cualquier forma de publicidad prohibida por el artículo 6 de la Ley”.

También el Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2009), en su artículo 60, establece la rectificación de mensajes publicitarios engañosos con los siguientes términos:

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

El organismo competente para conocer las controversias realizadas por los empresarios, respecto de publicidad engañosa en materia del consumidor, es el Defensor del Pueblo, que mediante queja sobre la utilización de publicidad engañosa, sanciona o subsana el problema, y la denuncia la presenta ante el juez de contravenciones, cuya apelación llegará a conocimiento del juez de garantías penales.

También la publicidad comercial se rige por otras normas especiales que se derivan de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, como por ejemplo, la Ley General de las Instituciones Financieras, donde se establece que la información debe ser fidedigna para la otorgación de un crédito; la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, donde prohíbe el envío de mensajes con carácter engañoso o que induzcan a error, considerados por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor; como también las ordenanzas municipales donde se prohíbe la colocación y difusión de mensajes engañosos en los espacios públicos.

4.1.2. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2013), entra en vigencia el 13 de junio del 2011, en el Suplemento del Registro Oficial No. 555. Partiendo del Artículo 1, de la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado (2011), se establece lo siguiente:

“Artículo 1. Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”.

De esta manera, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, reprime a las prácticas desleales para fomentar el bienestar de los agentes económicos, que son los empresarios y consumidores que están dentro del sistema económico social y solidario.

La regulación de la publicidad se inicia a través del artículo 25, inciso primero, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2013), que establece lo siguiente:

Artículo 25. Definición.- Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitarias. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicios y otras”.

En este artículo se menciona a la publicidad como una actividad económica, que puede ir en contra de los usos o costumbres honestos, que puede distorsionar, falsear o perjudicar al sistema económico.

En su artículo 26, inciso primero, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2013), establece la “Cláusula General de Prohibición” con el siguiente enunciado:

“Artículo 26. Prohibición.- Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera que sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores”.

La publicidad, por ser considerada como una actividad económica, puede recaer en prácticas desleales que son consideradas dentro de la “cláusula general de prohibición”, por lo cual, también recae en los siguientes actos considerados como desleales, los mismos que se encuentran tipificados en el artículo 27, numeral 2, en especial el acto objeto de este estudio:

“Artículo 27. Prácticas Desleales.- Entra otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes:

Actos de engaño.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

Configura actos de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje”.

Como los actos de engaño pueden recaer en otras prácticas que son consideradas como desleales, que se encuentran en la Ley Orgánica de

Regulación y Control del Poder de Mercado (2013), en su artículo 27, numerales 1, 3, 5 y 9, se menciona lo siguiente:

“Artículo 27. Prácticas desleales.- Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes:

Numeral 1. Acto de confusión.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos.

En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero.

Numeral 3. Acto de imitación.- Particularmente, se considerarán prácticas desleales:

- a. La imitación que infrinja o lesione un derecho de propiedad intelectual reconocido por la ley.
- b. La imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando resulte idónea para generar confusión por parte de los consumidores respecto a la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. Las iniciativas empresariales imitadas podrán consistir, entre otras, en el esquema general, el texto, el slogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros de un anuncio de un tercero.
- c. La imitación sistemática de las prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según sus características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquél.

Numeral 5. Actos de comparación.- Se considera desleal la comparación de la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, inclusive en publicidad comparativa, cuando dicha comparación se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables.

Numeral 6. Explotación de la reputación ajena.- Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

Numeral 9. Violación de normas.- Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativos o del incumplimiento de un norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida.

La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa”.

El órgano competente para resolver las controversias provocadas por la competencia desleal, es la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que tiene como atribución en “disponer la suspensión de las prácticas y conductas prohibidas por esta ley” (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2013, Art. 38, Núm. 22).

4.1.3. Ley Orgánica de Comunicación

La Ley Orgánica de Comunicación entra en vigencia el 25 de junio del 2013, a través del Suplemento del Registro Oficial No. 170, la misma que tiene por objeto proteger los derechos de la comunicación.

En esta normativa se encuentra un capítulo destinado exclusivamente a la regulación de la publicidad en el ámbito informativo; es considerado como un medio de comunicación social, por lo cual la sección quinta de la Ley Orgánica de Comunicación (2013), en su artículo 94, inciso segundo, prohíbe lo siguiente:

“Se prohíbe la publicidad engañosa así como todo tipo de publicidad o propaganda de pornografía infantil, de bebidas alcohólicas, de cigarrillos y sustancias estupefacientes y psicotrópicas”.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 214, se dicta el Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación (2014), que entra en vigencia el 27 de enero del 2014, a través del Suplemento del Registro Oficial No. 170, que en su artículo 50 establece lo siguiente:

“Artículo 50. Publicidad engañosa.- A efectos de la aplicación de la Ley Orgánica de Comunicación se entenderá por publicidad engañosa aquella que se define en los artículos 2 y 7 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Para proteger los derechos de las y los ciudadanos, la publicidad que sea considerada por la Superintendencia de la Información y Comunicación como potencialmente engañosa podrá ser suspendida temporalmente, hasta que se realice el debido proceso que establezca la suspensión definitiva o la continuidad de su difusión.

No se considerará engañosa la publicidad que usa recursos creativos para enfatizar o promover las características del producto, siempre que esto no induzca a error sobre la composición, cantidad, certificación, precio, origen, beneficios, consecuencias, contraindicaciones y usos del producto o servicio”.

De esta manera, por ser considerada la publicidad como un medio de comunicación social, para resolver los conflictos provocados por la publicidad engañosa, se le ha fijado competencia a la Superintendencia de Información y Comunicación, que es el “organismo técnico de vigilancia, auditoría, intervención y control, con capacidad sancionatoria (...), para cumplir la normativa de regulación de la información y Comunicación” (Ley Orgánica de Comunicación, 2013, Art. 55, inciso 1).

En concordancia, el artículo 94 de la Ley Orgánica de Comunicación (2013), en su inciso seis, establece lo siguiente:

“El Superintendente de la Información y Comunicación dispondrá la suspensión de la publicidad que circula a través de los medios de comunicación cuando ésta viole las prohibiciones establecidas en este artículo o induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos reconocidos en la Constitución. Esta medida puede ser revocada por el mismo Superintendente o por juez competente, en las condiciones que determina la ley”.

4.1.4. Códigos de Autorregulación de las actividades publicitarias

En el Ecuador, el 8 de septiembre de 1982 se crea el Código de Ética Ecuatoriano de Autorregulación Publicitaria, con el objeto de prevalecer los principios de la publicidad y la diferencia de los tipos de publicidad en relación a la ética y su autorregulación. Este código fue creado por la Asociación Ecuatoriana de Agencias de Publicidad, Asociación

Ecuatoriana de Canales de Televisión, Asociación Ecuatoriana de Radiodifusión y la Asociación Ecuatoriana de Anunciantes (Cevallos, 2012, p. 425).

En la actualidad, los Códigos de Autorregulación Publicitaria en el Ecuador no se encuentran establecidos de manera general, y se manejan a través de los Estatutos de las Agencias de Publicidad para proteger los derechos de los anunciantes o agentes de publicidad para fomentar la ética publicitaria.

También hay un Código de Ética de Defensa del Consumidor, denominado comúnmente “ACTVE”, para que al momento de producirse la publicidad engañosa se pueda proteger a los consumidores y usuarios ante las eventualidades de la publicidad engañosa.

No se encuentra establecido en el País, de manera oficial, un código de autorregulación publicitaria, pero con la expedición de la Ley Orgánica de Comunicación, se obliga a todos los agentes o personas que realizan actividad publicitaria, a crear códigos deontológicos para evitar la producción y la difusión de la información que puede atentar los derechos de la información y comunicación; y por ende, en su artículo 10, la ley en mención establece las normas mínimas que debe contener el Código Deontológico para su regulación. Su texto:

“Artículo 10. Normas deontológicas.- Todas las personas naturales o jurídicas que participen en el proceso comunicacional deberán considerar las siguientes normas mínimas, de acuerdo a las características propias de los medios que utilizan para difundir información y opiniones:

1. Referidos a la dignidad humana.
 - a. Respetar la honra y la reputación de las personas;

- b. Abstenerse de realizar y difundir contenidos y comentarios discriminatorios; y,
 - c. Respetar la intimidad personal y familiar.
2. Relacionados con los grupos de atención prioritaria.
- a. No incitar a que los niños, niñas y adolescentes imiten comportamientos perjudiciales o peligrosos para su salud;
 - b. Abstenerse de usar y difundir imágenes o menciones identificativas que atenten contra la dignidad o los derechos de las personas con graves patologías o discapacidades;
 - c. Evitar la representación positiva o avalorativa de escenas donde se haga burla de discapacidades físicas o psíquicas de las personas;
 - d. Abstenerse de emitir imágenes o menciones identificativas de niños, niñas y adolescentes como autores, testigos o víctimas de actos ilícitos; salvo el caso que, en aplicación del interés superior del niño, sea dispuesto por autoridad competente;
 - e. Proteger el derecho a la imagen y privacidad de adolescentes en conflicto con la ley penal, en concordancia con las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia; y,
 - f. Abstenerse de emitir contenidos que atenten contra la dignidad de los adultos mayores o proyecten una visión negativa del envejecimiento.
3. Concernientes al ejercicio profesional.
- a. Respetar los presupuestos constitucionales de verificación, oportunidad, contextualización y contratación en la difusión de información de relevancia pública o interés general;
 - b. Abstenerse de omitir y tergiversar intencionalmente elementos de la información u opiniones difundidas;
 - c. Abstenerse de obtener información o imágenes con métodos ilícitos;
 - d. Evitar un tratamiento morboso a la información sobre crímenes, accidentes, catástrofes u otros eventos similares;

- e. Defender y ejercer el derecho a la cláusula de conciencia.
 - f. Impedir la censura en cualquiera de sus formas, independientemente de quien pretenda realizarla;
 - g. No aceptar presiones externas en el cumplimiento de la labor periodística;
 - h. Ejercer y respetar los derechos a la reserva de fuente y el secreto profesional;
 - i. Abstenerse de usar la condición de periodista o comunicador social para obtener beneficios personales;
 - j. No utilizar en provecho propio información privilegiada, obtenida en forma confidencial en el ejercicio de su función informativa; y,
 - k. Respetar los derechos de autor y las normas de citas.
4. Relacionados con las prácticas de los medios de comunicación.
- a. Respetar la libertad de expresión, de comentario y de crítica;
 - b. Rectificar, a la brevedad posible, las informaciones que se hayan demostrado como falsas o erróneas;
 - c. Respetar el derecho a la presunción de inocencia;
 - d. Abstenerse de difundir publrreportajes como si fuese material informativo;
 - e. Cuidar que los titulares sean coherentes y consistentes con el contenido de la noticia;
 - f. Distinguir de forma inequívoca entre noticias y opiniones;
 - g. Distinguir claramente entre el material informativo, el material editorial y el material comercial o publicitario;
 - h. Evitar difundir, de forma positiva o avalorativa, las conductas irresponsables con el medio ambiente;
 - i. Asumir la responsabilidad de la información y opiniones que se difundan; y,
 - j. Abstenerse de realizar prácticas de linchamiento mediático, entendiendo por tales, la difusión de información concertada y reiterada, de manera directa o por terceros, a través de los

medios de comunicación destinada a desprestigiar a una persona natural o jurídica o reducir su credibilidad pública.

El incumplimiento de las normas deontológicas establecidas en este artículo podrá ser denunciado por cualquier ciudadano u organización ante la Superintendencia de la Información y Comunicación, la que, luego de comprobar la veracidad de lo denunciado, emitirá una amonestación, escrita, siempre que no constituya una infracción que amerite otra sanción o medida administrativa establecida en esta Ley”.

Así, la creación de normas deontológicas resulta fundamental para evitar que las prácticas publicitarias engañosas puedan afectar los derechos de comunicación, toda vez que las personas tienen derecho a recibir una información veraz, conceptualizada y oportuna, y así disponer de un pleno conocimiento de causa y puedan cumplir con sus expectativas.

4.2. Legislación comparada

4.2.1. Legislación española

La regulación de la publicidad engañosa en España se encontraba en la Ley General de Publicidad, que mencionaba a la publicidad engañosa como ilícita, pues afectaba los intereses económicos de los consumidores.

A través de la Directiva 2005/29/CE, de la Unión Europea, el legislador español ha considerado pasar las normas de publicidad ilícita como actos de competencia desleal, porque en la Directiva se consideró que la publicidad es una actividad económica y que, por lo tanto, tiene relación con los consumidores, por lo cual, el objeto es reprimir las prácticas desleales para proteger a los consumidores y usuarios, ya que forman parte del sistema económico.

De esta manera, en la vigente Ley General de Publicidad, en su artículo 3, literal e), se menciona que:

“e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal”.

Consecuentemente, las actividades publicitarias engañosas son consideradas como actos de competencia desleal que pueden perjudicar la lealtad del operador económico, es decir que pueden ir en contra de la buena fe y, por ende, su regulación pasa a ser como competencia desleal para la protección de los intereses económicos de los consumidores y también de los empresarios. Así, la Ley de Competencia Desleal, en su artículo 1, determina lo siguiente:

“Esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad”.

De esta manera, la legislación que regula a la publicidad engañosa se basa en fundamento a las normas de competencia desleal. Estos actos engañosos provocados por la publicidad engañosa se encuentran establecidos en los artículos 5 y 7 de la mencionada Ley.

4.2.2. Legislación peruana

En Perú, la economía social de mercado tiene objeto de proteger también a los operadores económicos que se encuentran participando en ello, que son los empresarios y consumidores.

La protección a los consumidores y usuarios, ante las eventualidades de publicidad engañosa, se evalúa a través de la asimetría de la información. La

INDECOPI (2006, p. 26) en su Resolución No. 001-2006-LIN-CPC/INCECOPI, explica al respecto:

“Los problemas de información en sí misma, son entendidos como los casos en que el proveedor omite brindar información relevante o la brinda de manera defectuosa, de tal modo que impide que el consumidor evalúe correctamente la contratación del bien o servicio a adquirir; o que, habiéndolo adquirido, realice un uso adecuado del mismo”.

Por lo tanto, la asimetría de la información se establece como una obligación del proveedor en difundir una información adecuada para que el consumidor tenga un pleno conocimiento del bien o servicio que desea adquirir, y también lo pueda evaluar correctamente. Pero, la misma INDECOPI (2001, p. 44) a través de su Resolución No. 001-2001-CCD/LIN/INDECOPI, ha considerado que las infracciones de publicidad comercial y la del consumidor no son lo mismo y las diferencia de la siguiente forma:

“Las normas de publicidad comercial, se protege el valor que tiene ésta como mecanismo de información y como elemento que permite un correcto funcionamiento del mercado; mientras que, en el caso de las infracciones a las normas de protección al consumidor, se protege el derecho del consumidor a recibir un trato adecuado en todas las transacciones económicas que realice”.

De esta manera, la legislación peruana también considera que la publicidad comercial es una actividad económica, porque la publicidad busca la relación entre proveedor-consumidor, y las normas de protección al consumidor son para que tengan un trato adecuado y que adquieran un bien o servicio de óptima calidad.

La publicidad comercial se regulaba hasta antes del 2008 a través del Decreto Legislativo No. 691, pero con los cambios realizados en dicho año, la

publicidad comercial pasó a ser regulada por intermedio del Decreto Legislativo No. 1044 de Represión de la Competencia Desleal, con el objeto de “unificar dichos cuerpos legales a fin de evitar la falta de claridad de un régimen dual, así como una serie de deficiencias y vacíos existentes en cada uno de ellos, requiriéndose por ello una reforma integral” (Decreto Legislativo No. 1044, 2008, párr. 2), para prevalecer el sistema social de mercado.

En su normativa encontramos una cláusula general de prohibición que legisla lo siguiente, ante las eventualidades desleales ocasionadas por la publicidad comercial, en el artículo 6.1., del Decreto Legislativo No. 1044 (2008):

“Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten”.

De esta manera, las actividades publicitarias no deben recaer en actos de competencia desleal que vayan en contra de la buena fe objetiva que determina la Ley.

El acto de engaño tipificado en el Decreto Legislativo No. 1044, contenido en el artículo 8, contiene cuatro aspectos considerados engañosos, que van en contra de las prácticas comerciales que afectan al mercado. También contiene un subcapítulo que tipifica los actos desleales de la publicidad comercial que se encuentran en los artículos 16, 17 y 18, que determinan los principios de la publicidad con sus respectivas causales, que pueden afectar a las actividades publicitarias que son el principio de autenticidad, veracidad y el principio de adecuación social.

4.3. Valoración del tratamiento jurídico de la publicidad engañosa en el Ecuador

4.3.1. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor

4.3.1.1. Análisis

La protección de los derechos del consumidor se encuentra establecida en la Constitución, así también en convenios internacionales, como por ejemplo la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, que en su artículo 2, considera lo siguiente:

“La presente Decisión tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores”.

La misma Decisión 608, en su literal b), establece el principio de transparencia en los siguientes términos:

“Transparencia, en el sentido de garantizar la publicidad, acceso y conocimiento de las leyes, normas y reglamentos, y de las políticas de los organismos encargados de vigilar su observancia, así como de las decisiones de los organismos o tribunales”.

Con esta norma, los consumidores se encuentran protegidos ante las eventualidades de la publicidad comercial que afecten sus derechos e intereses. Los consumidores y usuarios también forman parte del sistema económico social y solidario, donde ellos son árbitros ante la promoción de bienes y servicios para elegir y opinar sobre dichos productos si son acordes a sus necesidades.

La regulación de la publicidad engañosa en materia de defensa del consumidor, establece su derecho a recibir una información veraz sobre los

bienes y servicios que promociona el proveedor, y que tengan acceso a productos de óptima calidad.

La misma Ley prohíbe la utilización de publicidad engañosa y establece las causales en las que puede recaer la publicidad, las mismas que pueden ser consideradas como engañosas o que induzcan a error. También en el artículo 2, que define a la publicidad engañosa, se prohíbe la utilización de información que sea falsa o induzca a error de manera directa o indirecta, de los bienes y servicios que promociona el proveedor. Podemos entender que es de manera directa cuando la información es acorde con la realidad objetiva del mercado; y, que es indirecta cuando la información es sugestiva, es decir, da un testimonio del bien o servicio que se promociona.

En la Asamblea Nacional se encuentra en trámite la Ley Orgánica del Derecho de las Personas Usuarias y Consumidoras, cuyo borrador establece un capítulo que reprime a la publicidad engañosa, manteniendo la misma definición y agregando normas para las letras y números que debe contener un anuncio publicitario, como también, obliga a que la información se realice a través de mensajes visuales y auditivos con una velocidad que pueda ser percibida de manera correcta por parte del consumidor. Dicho proyecto mantiene las mismas causales consideradas como infracciones, que se encuentran establecidas en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor vigente.

4.3.1.2. Valoración

Con estos antecedentes, la valoración de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor es la siguiente:

- Protege los derechos e intereses de los consumidores y usuarios .
- Obliga a los proveedores a que la información de bienes y servicios debe ser verdadera y auténtica, para que el consumidor tenga un pleno

conocimiento de causa y que pueda adquirir el producto o servicio sin contratiempos.

- Protege de manera directa a los consumidores y usuarios ante las eventualidades de la actividad publicitaria engañosa, con un apropiado tratamiento jurídico.
- Norma de manera apropiada la información básica comercial que debe contener un anuncio publicitario, una etiqueta, un rótulo, etc., que hace llegar su información al consumidor.

4.3.2. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

4.3.2.1. Análisis

Las prácticas desleales en el Ecuador eran reguladas a través de la Ley de Propiedad Intelectual, e interpretadas por la Decisión 486 del Régimen Común sobre la Propiedad Industrial de la Comunidad Andina de Naciones, a través de los artículos 258 y 259.

El 13 de junio del 2011 entra en vigencia la Ley de Control del Poder de Mercado, con el objetivo de proteger a los agentes económicos que participan dentro del mercado ecuatoriano, con el ánimo de hacer prevalecer la transparencia y eficiencia del mercado, orientado al bienestar de los consumidores y usuarios, fomentando a la par el comercio justo dentro de una economía social y solidaria.

La Ley Orgánica en referencia reconoce a la publicidad como una actividad económica, la cual es ejercida a través de un agente económico dentro de un mercado con fines concurrentes. En comparación con las legislaciones española y peruana, la publicidad comercial se regula a través de las normas que reprimen la competencia desleal, ya que las actividades publicitarias pueden ir en contra de la buena fe objetiva que afecta los intereses económicos de los consumidores. El objetivo de esta normativa es proteger a

los consumidores, por ser los árbitros naturales para la elección de bienes y servicios que promociona un agente económico dentro del mercado.

4.3.2.2. Valoración

La valoración que tiene la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, es la siguiente:

- Reconoce a la publicidad comercial como una actividad económica que puede recaer en contra de los usos o costumbres honestos.
- Contiene una cláusula general de prohibición que evita las prácticas publicitarias engañosas que afectan al mercado y al bienestar de los consumidores y usuarios.
- Protege a todos los agentes económicos que se encuentran dentro del territorio ecuatoriano.
- Prevalece el comportamiento del consumidor ante las prácticas desleales producidas por un agente económico, considerando en primer plano el bienestar de los consumidores.
- Permite las acciones civiles de carácter extracontractual, cuando un tercero realice una práctica publicitaria engañosa que no tenga fines concurrentes en el mercado.
- Faculta a la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado, a expedir normas técnicas sobre agentes económicos que realizan publicidad comercial, para que los mensajes no sean falsos o que induzcan a error al consumidor y usuario.

4.3.3. Ley Orgánica de Comunicación

4.3.3.1. Análisis

La Ley Orgánica de Comunicación recién creada, ha dado un paso positivo en la regulación de la publicidad, prohibiendo la difusión de publicidad engañosa que afecte los derechos de comunicación e información de las personas.

Esta normativa tiene un antecedente polémico, pues algunos tratadistas que están alineados con el Gobierno consideran que es una herramienta muy fundamental para la protección de los derechos de la comunicación e información, mientras que los de oposición consideran que la normativa quebranta la libertad de expresión y vulnera los derechos fundamentales que se encuentran establecidos en la Constitución.

La normativa cuenta con una regulación de la publicidad, que antes en el Ecuador no existía, y por ende dicha Ley regula a las actividades publicitarias sean comerciales o no.

4.3.3.2. Valoración

En conformidad con el análisis esta ley, se puede considerar las siguientes valoraciones:

- Exige la creación de normas deontológicas de autorregulación que estén acordes con los principios establecidos en la ley orgánica.
- Dispone que toda información es de relevancia pública, por lo cual obliga a que deba ser veraz, oportuna y contextualizada, para que todas las personas tengan un pleno conocimiento de causa.
- Prohíbe la difusión de publicidad engañosa.
- Controla el mercadeo directo sobre anuncios publicitarios difundidos por cualquier medio de comunicación, en especial las ofertas que se envían a través del correo electrónico.
- Hace prevalecer la producción nacional publicitaria, invocando el respeto de los derechos de propiedad intelectual.
- Sanciona y controla los contenidos engañosos que se difunden a través de los medios de comunicación social.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

1. Los fundamentos constitucionales reprimen a la competencia desleal, para fomentar la transparencia y eficacia en el intercambio de bienes y servicios entre proveedores y consumidores, fomentando el comercio justo.
2. También los consumidores y usuarios se encuentran dentro del sistema económico social y solidario, que ha obligado al legislador ecuatoriano a establecer políticas públicas para que puedan conocer, a través de una información veraz, sobre los bienes y servicios y que presenten óptima calidad para que puedan adquirirlos.
3. La publicidad es considerada como un derecho de información y comunicación, para que la difusión de contenidos publicitarios deba ser veraz, oportuna y adecuada, y las personas tengan un claro conocimiento en la promoción de bienes y servicios, y a la vez, puedan cumplir con las expectativas de elección que desean.
4. La publicidad es también considerada como una actividad económica, la cual puede recaer en actos de competencia desleal o de engaño que puede perjudicar los intereses económicos del consumidor, provocando el desvío de la clientela ajena para su propio provecho.
5. La publicidad comercial es ejercida a través de los agentes económicos, y la información que se difunde se encuentra dentro de un mercado con fines concurrentes en el territorio ecuatoriano.
6. Las normas contenidas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor respecto de la publicidad engañosa, se encuentran por el momento estáticas y no han tenido ninguna reforma de carácter sustancial, constituyéndose en un ente subsidiario de la Ley Orgánica de Comunicación.
7. Las normas de competencia desleal establecidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, consideran a la publicidad como una mera actividad económica, otorgándole a la Ley Orgánica de Comunicación máximos poderes en su control y represión.

8. Nuestra normativa legal prohíbe a la publicidad engañosa, lastimosamente, a través de distinta legislación; sin embargo, no existe un ordenamiento de prevalencia sobre otra en ninguna de ellas; se encuentra fragmentada en la ley de Defensa del Consumidor, la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado y la Ley Orgánica de Comunicación.
9. La Ley Orgánica de Comunicación es la normativa que regula las eventualidades de publicidad engañosa, pero otorga al Superintendente de Información y Comunicación la atribución de reprimir y sancionar.

RECOMENDACIONES

- El régimen jurídico de la publicidad engañosa en el Ecuador, debe tener un solo cuerpo normativo para que lo reprima, y no hallarse fragmentado en diferentes leyes, por lo que el legislador debe introducir las necesarias reformas para enmendar esta deficiencia.
- La publicidad comercial debe ser regulada a través de las normas contenidas en la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, pues quien ejerce la publicidad es un agente económico, y no mediante la Ley de Orgánica de Comunicación, puesto que dichas prácticas se producen dentro del mercado.
- Las normas contenidas en la Ley Orgánica de Comunicación que repriman la publicidad engañosa, deben ser necesariamente subsidiarias o complementarias a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, porque las prácticas publicitarias se dan solamente dentro del mercado, es decir es también una actividad económica.
- Es procedente expedir una legislación que dicte parámetros para el manejo y control de la actividad publicitaria, y que actúe en defensa de los sujetos inmersos en este campo.

REFERENCIAS

- Alonso, R. (2012). Derecho de la Competencia (I). En Menéndez, A. & Rojo, A. (Eds.), *Lecciones de Derecho Mercantil* (10.^a ed., Vol. 1., pp. 275-304), Pamplona, España: Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters.
- Alonso, R. (2012). Derecho de la Competencia (II). En Menéndez, A. & Rojo, A. (Eds.), *Lecciones de Derecho Mercantil* (10.^a ed., Vol. 1., pp. 305-337), Pamplona, España: Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters.
- Alvear, P., y Gómez de la Torre, B. (2012). *Derecho de Corrección Económica, Derecho de Defensa de la Competencia y Competencia Desleal*, Quito, Ecuador: Universidad Internacional SEK.
- Arens, C., Weigold, M. y Arens, W. (2008). *Publicidad*, México: McGraw Hill.
- Askunze, C. (2007). *Economía Solidaria*: Recuperado el 3 de abril del 2014 de: http://www.economiasolidaria.org/files/ecosol_dic_ed.pdf.
- Azurmendi, A. (2011). *Derecho de la Comunicación*, Barcelona, España: Bosch.
- Bercovitz, A. (Dir.). (2011). *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, España: Aranzadi-Thomson Reuters.
- Cabanellas, G. (2003). El Derecho Argentino de la Competencia Desleal. Crítica y Propuesta de Reforma. En *Derechos Intelectuales* (Vol. 10., pp. 113-133), Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Cabanellas de Torres, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental* (18.^a ed.), Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Castro, J. (2009). *La Propiedad Industrial*, Bogotá, Colombia: Universidad de Externado de Colombia.

- Cevallos, V. (2009). *Manual de Derecho Mercantil* (4.^a ed.), Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Cevallos, V. (2012). *Libre Competencia, Derecho de Consumo y Contratos* (2.^a ed., Vols. 1 y 2). Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Chamorro, M. (2011). La Cláusula General Prohibitiva del Ilícito Desleal. En Viera, A. & Echevarría, A. (Eds.), *Distribución Comercial y Derecho de la Competencia* (pp. 505-538), Madrid, España: La Ley.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*. (29 de Junio de 1999). Quito, Ecuador: Registro Oficial No. 244.
- Decisión 608 (2005). Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina, *Comunidad Andina*. Recuperado el 3 de mayo de 2014 de <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx#>
- Decisión 486 Régimen Común sobre Propiedad Industrial*. (2 de Febrero de 2001). Quito, Ecuador: Registro Oficial No. 258.
- Escobar, M. (6 de noviembre de 2013). Principios de la publicidad comercial. *El Nuevo Diario.com.ni*: Recuperado el 27 de febrero del 2014 de: http://www.elnuevodiario.com.ni/blogs/articulo/1119_principios-de-la-publicidad-comercial
- Farina, J. (2005). *Contratos Comerciales Modernos* (3.^a ed., Vol. 1). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

- García, A. (2009). Facultades conferidas al titular de la marca: Límites a su uso en contexto publicitario. En Martínez, A. (Dir.). *Marca y Publicidad Comercial: Un enfoque interdisciplinar* (pp. 347-380), Madrid, España: La Ley.
- García, S. (2004). *Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor*. Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis.
- Gómez, D. (1998). *De las Restricciones, del Abuso y de la Deslealtad en la Competencia Económica*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Guerra, M. (2006). *La protección al consumidor por publicidad engañosa en el Ecuador y sus limitaciones legales de acuerdo a la legislación vigente* (Tesis de Maestría), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Quito. Recuperado el 1 de abril del 2014 de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/910/1/T408-MDE-Guerra-La%20protección%20al%20consumidor%20por%20publicidad%20engañosa.pdf>
- Grijalva, A. (2013). La Constitución Económica del Ecuador. En Grijalva, A., Jara, M. & Martínez, D. (Eds.), *Estado, Derecho y Economía* (Vol. 35, pp. 77-99). Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [INDECOPI]. (5 de julio de 2001). Resolución No. 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI. *Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial*. Lima, Perú: Recuperado el 3 de abril del 2014 de:

<http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/4/par/leyescdd/lineamientos-ccd-2001.pdf>.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [INDECOPI]. (30 de Noviembre 2006). Resolución No. 001-2006-LIN-CPC/INDECOPI. *Lineamientos sobre Protección al Consumidor*. Lima, Perú: Recuperado el 3 de septiembre del 2013 de: http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/8/ler/legislacion_lineamientos/LineamientosCPC2006.pdf

Jara, M. (2013). Constitución Económica Ecuatoriana y Desarrollo. En Ávila, R. (Comp.), *Estado, Derecho y Justicia. Estudios en honor a Julio César Trujillo* (Vol. 33, pp. 27-41). Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.

Larrea, J. (1998). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador* (5ª ed., Vol. 1). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ley de Compañías. (2011). Quito Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ley 3/1991, 11 de enero de Competencia Desleal. (31 de diciembre del 2009). España: Boletín Oficial del Estado, 10. Recuperado el 3 de abril del 2014 de <http://www.boe.es/buscar/pdf/1991/BOE-A-1991-628-consolidado.pdf>

Ley de Represión de la Competencia Desleal. (26 de Junio de 2008). Perú: Decreto Legislativo No. 1044 Recuperado el 3 de abril del 2014 de <http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/4/par/leyescdd/leyrepresioncompetenciadesleal.pdf>

- Ley Orgánica de Comunicación*. (25 de Junio 2013). Quito, Ecuador: Registro Oficial Tercer Suplemento, Año 1, No. 22.
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*. (2009). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. (2013). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Malo, N. (2010). *La publicidad engañosa como competencia desleal* (Tesis de Grado). Universidad de las Américas. Quito.
- Massaguer, J. (2006). *Prácticas Desleales Engañosas*. Recuperado el 3 de mayo de 2014 de <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1582/documento/b01.pdf?id=2084>
- Massaguer, J. y Palau, F. (2002). *El Régimen Jurídico de las prácticas comerciales en España, con especial atención a los aspectos considerados en la comunicación de la comisión de seguimiento del Libro Verde sobre la Protección de los Consumidores en la Unión Europea*. Recuperado el 3 de mayo de 2014 de <http://consumo-inc.gob.es/informes/docs/DICTAMEN.pdf>
- Martín, P. (2009). Consumidor, Marca y Publicidad. En Martínez, A. (Dir.). *Marca y Publicidad Comercial: Un enfoque interdisciplinar* (pp. 143-199), Madrid, España: La Ley.
- Muguillo, R. (2005). *Publicidad*, Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Pinkas, F. (2011). *Negocios y Transacciones Internacionales: El Comercio de los Bienes* (Vol. 1), Lima, Perú: Grijley.

Otamendi, J. (2009). *La Competencia Desleal*. Recuperado el 13 de noviembre de 2013 de

http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N2-October1998/032Juridica01.pdf

Reglamento General de la Ley Orgánica de Comunicación. (2014). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Reglamento General de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. (2014). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2012). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Riofrío, J., y Marín, M. (Eds.) (s.f.). *Régimen de Competencia*, Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones y Universidad de los Hemisferios.

Santana, R. (2008). *El Concepto de Competencia Desleal en la Ley No. 20.169*. (Tesina memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile): Recuperado el 8 de septiembre de 2013 de: <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2008/fjs232c/doc/fjs232c.pdf>.

Superintendencia de Control del Poder de Mercado (Septiembre, 2013). *Gaceta de Septiembre, Resolución No. SCPM-NT-2013-002, Norma Técnica para la Información que debe tener los Empaques de los Productos Médicos*: Recuperado el 3 de abril del 2014 de

<http://issuu.com/scpm2013/docs/plantillaseptiembre?e=7566755/503520>

7

Superintendencia de Industria y Comercio (2012). *Sentencia No. 780*:

Recuperado el 3 de abril del 2014 de

http://www.sic.gov.co/es/c/document_library/get_file?uuid=b86f184e-

[32c2-4c4a-aa53-8e1c1f9e7025&groupId=10157](http://www.sic.gov.co/es/c/document_library/get_file?uuid=b86f184e-32c2-4c4a-aa53-8e1c1f9e7025&groupId=10157)

Thompson, I. (Diciembre 2005). Concepto de Publicidad. *Pronegocios.net*.

Recuperado el 27 de febrero del 2014 de:

<http://www.promonegocios.net/publicidad/concepto-publicidad.html>

Tole, J. Y Guerrero, M. (Segundo Semestre, 2003). Las libertades

fundamentales en la sociedad informatizada. *La Propiedad Inmaterial* (7)

19-39.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (22 de Mayo de 2012). *Proceso*

176-IP-2012. Quito, Ecuador: Recuperado el 3 de abril del 2014 de:

http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/index.php?option=com_wrapper

[&view=wrapper&Itemid=23](http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=23).

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (24 de Julio de 2013). *Proceso*

54-IP-2013. Quito, Ecuador: Recuperado el 3 de abril del 2014 de:

http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/index.php?option=com_wrapper

[&view=wrapper&Itemid=23](http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=23).

Trujillo, J. (2006). *Teoría del Estado en el Ecuador, estudio de Derecho*

Constitucional. (2.^a ed., Vol. 8). Quito, Ecuador: Corporación Editora

Nacional.

Velandia, M. (2011). *Derecho de la Competencia y del Consumo*, (2.^a ed.),
Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.