



UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS

FACULTAD DE DERECHO

La Publicidad Engañosa como Competencia Desleal

Trabajo de titulación presentado por la conformidad a los requisitos
Establecidos para obtener el título de
Abogado

PROFESOR GUÍA:

Dr. Santiago Bustamante

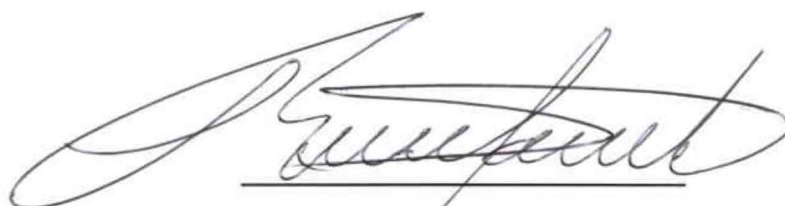
AUTOR:

NORELA MALO VILLAGÓMEZ

2010

DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA

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



Dr. Santiago Bustamante

170745166-0

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

“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”.



Norela Malo Villagómez

171611691-6

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por ser quien me da fortaleza todos los días.

A mi familia por ser un constante apoyo, desde el inicio de mi formación académica.

Al Dr. Francisco Pérez y al Abogado Rafael González Gómez de la Torre por haberme brindado la oportunidad de conocer el maravilloso mundo de Propiedad Intelectual.

Al Doctor Santiago Bustamante que fue una excelente guía durante la elaboración de este trabajo.

Al Doctor Álvaro Pólit por ser un magnífico apoyo para la culminación de este trabajo

Norela

DEDICATORIA

A mi madre, quien siempre me alienta a cumplir mis sueños.

A mi padre, por ser la fuente de mi inspiración.

A Mauricio, por ser mi incondicional apoyo.

Norela

RESUMEN

La publicidad de manera general, es una forma de informar al público consumidor acerca de un producto o servicio, la responsabilidad de transmitir el mensaje al público descansa en el sujeto emisor, que con la ayuda de los diferentes medios de comunicación podrán conseguirlo. La publicidad cumple un rol fundamental en el lanzamiento de un producto al mercado.

El sujeto receptor, es la meta final de la publicidad, recibirá mensajes creativos para conocer las ventajas de un producto, obteniendo que mantenga en su mente una marca determinada.

Las marcas podrán ser registradas o no, algunas de ellas no podrán ser registradas cuando estas sean iguales o similares, o que por su tipo de denominación no sean susceptibles de registro de acuerdo con lo establecido en la legislación ecuatoriana y las normas internacionales.

Al registrar una marca, se adquiere exclusividad y derechos sobre la misma, por cuanto el titular de esta tiene legítimo interés para oponerse al uso de su marca por un tercero., para identificar un producto o servicio

La publicidad utiliza también elementos que constituyen derechos de autor. El derecho de autor protegerá la forma de ser expresada una idea.

Por el crecimiento económico de los países y la competitividad en el mercado, se han incrementado el uso de aquellos actos contrarios a las buenas costumbres mercantiles, denominados como los actos de competencia desleal. Uno de ellos es la publicidad engañosa, que por impartir información no veraz, trae como consecuencia el inducir a error o engaño al consumidor.

Por lo cual se debería implementar una norma que sea eficaz, preventiva y protectora, para así impedir que la publicidad engañosa como acto de competencia desleal, produzca daños al consumidor.

ABSTRACT

Publicity in general, is a way to inform the consuming public about a product or service. The responsibility to transmit the message to the public rests in the emitting subject, which, with the aid of different mass media will be able to obtain it. The publicity fulfills a fundamental roll in the launching of a product to the market. The receiving subject, as the final goal of the publicity, will receive creative messages to know the advantages of a product. Obtaining that maintains in mind a certain mark. The marks could be registered or not; some of them may not be registered when these are equal or similar, or which by their type of denomination are not susceptible of registry in agreement with the Ecuadorian legislation and the international norms. When registering a mark, a person acquires exclusive features and rights on the same, inasmuch as the holder of this has legitimate interest to be against the use of his mark by a third party. The publicity also uses elements that constitute author rights. The author right protects the way to express an idea. Due to the economic growth of the countries and the competitiveness in the market, there has been an increase in the use of acts opposite to mercantile moral convention, denominated acts of disloyal competition. One of them is the deceptive publicity, that distributing untruthful information induces the consumer to error or deceit. Therefore a norm that is effective, would implement, protect and prevent deceptive publicity, as an act of disloyal competition which can cause physical and psychological damages to society.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	4
1 PUBLICIDAD	5
1.1 CONCEPTOS NECESARIOS	5
1.1.1 Qué es la Publicidad	5
1.1.2 Antecedentes en la Publicidad	6
1.1.3 Tipos de Publicidad	7
1.1.4 El Sujeto Emisor	8
1.1.5 Sujeto Receptor	8
1.1.6 Mensaje Publicitario	9
1.1.7 Objetivos del Mensaje	10
1.1.8 Medios para la Transmisión del Mensaje	11
1.1.9 Características y Tipos Medios de Comunicación	12
1.2 USO DE ANUNCIOS PUBLICITARIOS	15
1.2.1 Tipos de Mercados	15
1.2.2 Persuasión	15
1.2.3 Agencia de Publicidad	16
1.2.4 Influencias en el Consumidor	17
CAPITULO II	19
2 MARCAS Y DERECHOS DE AUTOR	20
2.1 ANTECEDENTES	20
2.1.1 Signos Distintivos	20
2.1.2 Origen de una Marca	20
2.1.3 Registro de una Marca	21
2.1.4 Funciones de una Marca	21
2.1.5 Tipos de Signos	29
2.1.6 Signos que son Registrables	33
2.1.7 Causales de Irregistrabilidad	34
2.1.8 Requisitos de Fondo	36
2.1.9 Representación Gráfica	39
2.1.10 Vigencia de una Marca	41
2.2 ACCIONES PARA HACER VALER LOS DERECHOS QUE OTORGA EL REGISTRO DE UNA MARCA A SU TITULAR	41
2.3 UTILIZACIÓN DE UNA MARCA AJENA	44
2.4 LAS MARCAS EN LA PUBLICIDAD	47
2.5 DERECHOS DE AUTOR DERIVADOS DE LA PUBLICIDAD	49

2.5.1	Protección de los Derechos de Autor en Creaciones Publicitarias.....	49
2.5.2	Utilización de los Derechos de Autor en Publicidad.....	57

CAPITULO III..... 61

3 LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA COMO EXPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL BAJO EL RÉGIMEN ECUATORIANO 62

3.1	ANTECEDENTES	62
3.1.1	Concepto	62
3.1.2	Desarrollo de la Competencia Desleal.....	64
3.1.3	Legislación Comparada	66
3.1.4	Autoridad Competente para conocer Casos de Competencia Desleal.....	67
3.2	LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL.....	70
3.2.1	Concepto de Acto	70
3.2.2	Clasificación de los Actos de Competencia Desleal según Tratados Internacionales, Normas y Doctrina	71
3.2.3	Actos Considerados como Desleales no Tipificados en la Ley	84
3.3	TRATAMIENTO DE LAS NORMAS INTERNACIONALES EN PUBLICIDAD ENGAÑOSA.....	88
3.4	TRATAMIENTO DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN ECUADOR	93
3.4.1	Autoridad Competente	98
3.5	TIPOS DE PUBLICIDAD	99
3.5.1	Publicidad Engañosa	99
3.5.2	Publicidad Comparativa	101
3.5.3	Publicidad Encubierta o Inauténtica.....	104
3.5.4	Publicidad Agresiva – Abusiva.....	106
3.6	EJEMPLOS DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA.....	108
3.7	TRATAMIENTO DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA FRENTE AL CONSUMIDOR	114
3.7.1	¿Quiénes son los Consumidores?	114
3.7.2	Clases de Consumidores.....	116
3.7.3	Protección al Consumidor de la Publicidad Engañosa.....	117

CAPÍTULO IV..... 120

4 CONCLUSIONES..... 121

4.1	DESARROLLO PROPUESTA Y CONCLUSIONES	121
-----	---	-----

Bibliografía	131
--------------------	-----

INTRODUCCIÓN

Mediante varios medios de comunicación, una propaganda ofrece un producto para un mejor rendimiento en el día, el consumidor lo adquiere, pasan varios días, y no obtiene ningún resultado. Es una realidad constante.

La globalización en el sector del mercado es un fenómeno que poco a poco se esta instituyendo ávidamente en nuestros países, sin limitaciones y a pasos agigantados, no existen fronteras, simplemente empeño de llegar a todos los lugares del mundo.

En el mundo actual, nos encontramos inmersos en un consumismo que está empezando a dejar sus secuelas; las sociedades se encuentran cada vez más cautivadas con la globalización como conexión de ideales y satisfacción inmediata de necesidades.

A partir de la revolución industrial, se inicia la era de la libertad de competencia y desarrollo de las empresas, circunstancia que origina un gran crecimiento, y como contrapartida, la competencia.

Las sociedades conquistadas por la globalización, cada día que pasa, exigen mejores y mayores cantidades de productos y servicios para satisfacer sus necesidades, que con el pasar del tiempo, van a generar deseos, gustos y satisfacción de vanidades.

El objeto del presente trabajo es analizar los efectos, producto de la influencia de la publicidad engañosa en la sociedad receptora.

Analizaremos las leyes, tanto nacionales como internacionales que regulan a la publicidad engañosa, las que protegen al consumidor y las que regulan a los competidores, con la finalidad de evaluar como funciona el sistema ecuatoriano

dentro de este novedoso tema y así poder obtener importantes ideas que pudieran ser implementadas en la legislación ecuatoriana.

La "Publicidad Engañosa" como "Competencia Desleal", es un tema que abarca varios contenidos, escenarios y realidades que serán estudiados para conocer cuando la publicidad llega a ser engañosa y por consiguiente un acto de competencia desleal.

La publicidad engañosa, envuelve a la Propiedad Intelectual, tiene injerencia, directa o indirectamente, en la economía de un país y en su sociedad.

Con esta propuesta, analizaremos dos grupos primordiales como parte del problema que genera la publicidad engañosa: los fabricantes o agentes económicos y los consumidores, que por su naturaleza, serán estudiados dependiendo de su intervención y protagonismo dentro del mercado.

La publicidad se enfocará principalmente en los consumidores sean personas naturales o jurídicas, que tienen necesidades materiales o inmateriales, demandan comodidades, servicios, soluciones reales y de cómo la publicidad influirá en sus elecciones.

En este trabajo es necesario analizar el tema marcario, toda vez que las marcas van a acompañar a un producto o servicio, constituyen la base del mercado: calidad y veracidad.

La publicidad necesita de la existencia de los productos y, en consecuencia, de una marca, puesto que ello implica amparo al consumidor, al producto y como fin último al mercado.

Concomitantemente, otro aspecto que se analizará, aunque parezca obvio, es el derecho de autor.

Un anuncio publicitario, estará compuesto por textos, símbolos, colores, en algunos casos hasta música, elementos que se encuentran debidamente protegidos por el derecho de autor.

El derecho de autor pretende proteger al creador de una obra, no para las ideas, sino para la manera de ser expresadas.

El engaño como acto de competencia desleal, genera varios problemas a la colectividad, el engaño no actúa solo, están inmersos otros aspectos que también son parte de inducir a error al consumidor.

Algunos países cuentan con una norma específica en cuanto a la publicidad engañosa como competencia desleal, el Ecuador cuenta tan solo con normas, que hablan de forma general y solo establece a la publicidad engañosa como un acto de competencia desleal pero no le da un tratamiento más amplio y específico.

Es por ello que en este trabajo, luego de un análisis de la situación jurídica y de amparo Constitucional existente, trata de presentar, como propuesta, la creación de un sistema regulador previo al lanzamiento de la publicidad, una Ley específica para tratar a la publicidad engañosa, para impedir perjudicar los derechos de los intervinientes del mercado, para evitar la teoría de los hechos consumados que se acentúa en el país, y que el engaño, de cualquier forma que se manifieste, sea controlado y sancionado.

CAPITULO I

1 PUBLICIDAD

1.1 CONCEPTOS NECESARIOS

1.1.1 Qué es la Publicidad

La publicidad es una forma destinada de o informar al público sobre un bien o servicio a través de los medios de comunicación, con el objetivo de motivar al público hacia una acción de consumo. La publicidad investiga y analiza el comportamiento del consumidor a través de numerosas técnicas como la psicología, sociología, antropología, estadística, entre otras.

Antes de continuar con el estudio de la publicidad, es trascendental establecer brevemente el significado de marketing, ya que se debe aclarar su finalidad dentro del mercado como también dentro de la publicidad.

El marketing es la rama de la administración de empresas, que estudia todas las funciones que debe realizar una empresa, investigar las necesidades del consumidor y traducir dicha información en la creación, producción e introducción de nuevos productos en el mercado, para lo cual se requiere desarrollar investigaciones dentro del comercio.¹ La publicidad es un instrumento de comunicación, por lo que hay que diferenciar un plan general de marketing con uno de publicidad. Con frecuencia, los publicistas confunden las metas del marketing con las de la publicidad, de ahí surgen una serie de decepciones cuando la publicidad no ha resuelto un problema de marketing.

Por consiguiente, marketing y publicidad no hay que confundir aunque se les considere en ciertas ocasiones como sinónimos, toda vez que el marketing analizará las necesidades tanto del mercado como del consumidor y la

¹ Marketing y Publicidad. [https://www.bves.com.sv/glosario/g_m.htm].

publicidad será el medio por el cual se informará acerca del producto o servicio a los consumidores.

1.1.2 Antecedentes en la Publicidad

Desde la antigüedad, a medida que el ser humano se fue desarrollando como sociedad, surgieron descubrimientos que han marcado la historia; como la comunicación entre personas, con la finalidad del intercambio de bienes y servicios.

Del intercambio de bienes y servicios, nace el comercio como una actividad económica, se instituye la unión del público consumidor con el fabricante y una industria en constante crecimiento, que conllevó a los fabricantes a crear marcas que identificarán sus productos dentro del mundo mercantil. Para lograr que el consumidor conozca de las marcas y pueda disponer de ellas, surge la comunicación entre el fabricante y el consumidor a través de la publicidad.

Históricamente la publicidad se encuentra dividida en tres periodos:

La era anterior al marketing: Desde el intercambio de bienes y servicios en tiempos prehistóricos hasta el siglo XVIII, los compradores y vendedores se comunicaban de forma primitiva, como por ejemplo en tablillas de arcilla, aproximadamente del año 3000 a.c. contiene inscripciones de un comerciante, escribano y zapatero, los papiros muestran que para los antiguos egipcios esta era la mejor manera de comunicarse, los pregoneros y los romanos también tuvieron noción de la publicidad con los letreros de las tabernas, donde anunciaban lo que vendían los comerciantes, hasta las últimas décadas de este periodo aparecieron los primeros anuncios públicos.²

La era de la comunicación masiva: Desde el siglo XVIII hasta el siglo XX, los publicistas fomentaron y engrandecieron sus conocimientos, logrando así llegar a segmentos más grandes de la población, primero mediante imprentas y después por transmisiones.³

² RUSSELL, T. Publicidad. Pearson Education Inc. 4ta. Edición. Pág. 3.

³ *Ibidem*. Pág. 3.

La era de la investigación: Los publicistas mejoraron la forma de utilizar técnicas para captar a los consumidores, hasta conseguir la campaña de publicidad perfecta.

La primera vez que se utilizó a la publicidad como instrumento de acción social fue en la Primera Guerra Mundial. Donde las agencias vendieron bienes de consumo de despertar patriótico, bonos del gobierno, fomentar la conservación de recursos y promover una serie de actividades con relación a la guerra.⁴

Por lo tanto, la publicidad desde su origen es el nexo entre el fabricante y el consumidor, toda vez que transmitirá mensajes e información, con elementos y técnicas que fortalecen la clara comprensión del consumidor acerca de los productos y servicios disponibles en el mercado.

1.1.3 Tipos de Publicidad

En términos generales, la publicidad se divide en dos tipos: Above the Line (ATL) y Below the Line (BTL), aplicados dependiendo del público objetivo.

Above the line abarca toda la comunicación dirigida a través de medios de comunicación tradicionales como: televisión, prensa, radio, revistas, cine, internet, vía pública, etc.

Por otro lado, Below the line se aplica para realizar publicidad no tradicional, agrupando acciones de marketing directo, promociones, auspicios, relaciones públicas, entre otras. Con este tipo de publicidad, la marca obtiene contacto más cercano y personalizado con el consumidor a quien va dirigido el mensaje. Se utilizarán actividades novedosas que promuevan la interacción de la marca con el consumidor cuyo principal objetivo es generar mayor impacto e impresionantes recuerdos a través de una experiencia inesperada.

⁴ Ibídem. Pág. 13-14.

Hoy en día encontramos en el mercado agencias de publicidad especializadas en cada uno de estos tipos de publicidad, por lo que las empresas que representan a una marca, contratarán a estas agencias para la promoción de acuerdo a sus intereses. Por ejemplo Porta, mantiene presencia en medios tradicionales como la televisión y vía pública, es decir publicidad ATL, y al mismo tiempo realiza varias activaciones en lugares donde está su grupo objetivo, con promociones, juegos, atención personalizada que genera mayor impacto, aplicando un tipo de publicidad BTL.

1.1.4 El Sujeto Emisor

Los medios de comunicación son los sujetos emisores, que emitirán mensajes de forma masiva; tienen como finalidad convencer al público consumidor el consumo de un bien o servicio.

El anunciante (medios de comunicación) emite el primer mensaje, el cual es creado en una agencia de publicidad contratada, y en algunos casos, en el departamento interno de la empresa.

La agencia de publicidad o el departamento interno, están encargados de plasmar mensajes claros y atractivos de acuerdo con lo que el anunciante busca transmitir a la audiencia.

1.1.5 Sujeto Receptor

El sujeto receptor es el destinatario de los mensajes publicitarios enviados por el emisor.⁵

El sujeto receptor es otro elemento imprescindible en la publicidad, es la meta final del sujeto emisor; recibe los mensajes para satisfacer sus necesidades y elegir los productos o servicios de su interés.

⁵ EZPINOZA, J. Normas de la Publicidad. Editorial Rodhas. Pág. 25.

Es importante tomar en cuenta que el receptor no tiene conocimiento sobre los productos o servicios existentes en el mercado, por tal motivo el emisor debe lograr que su mensaje informe al consumidor de una manera creativa e impactante, induciendo las ventajas del producto, con el objetivo de posicionar la marca en su mente y de esta manera ser la primera elección a considerarse en el momento que el consumidor busque satisfacer una necesidad, generando así la compra del producto.

La publicidad cumple un rol esencial en el lanzamiento de un producto al mercado. Del consumidor dependerá si un producto se mantiene o no en el mercado, por tal razón se debe analizar a la audiencia a la que se quiere llegar con el producto o servicio, considerando las características demográficas, psicológicas, sociales y culturales.

1.1.6 Mensaje Publicitario

En el libro *Creative Strategy and Advertising*, los autores dicen que un anuncio "necesita contener un mensaje persuasivo que convenza a la gente para que realice alguna acción". Sin embargo, para ser creativo, sugieren que un anuncio "debe conectarse de manera relevante con la audiencia y presentar una idea vendedora de un modo inesperado".⁶

Un mensaje publicitario es fundamental ya que busca resultados óptimos en el público consumidor mediante la comunicación que es: influir en la decisión del consumidor sobre un producto, por lo que tiene que ser creativo, relevante, original e impactante, con el fin de lograr un resultado positivo, a lo que se conoce como ROI (retorno sobre la inversión en la publicidad),⁷ es decir, los beneficios económicos que una marca obtiene cuando el mensaje cumplió su objetivo y generó la compra del producto o servicio.

Otro aspecto trascendental dentro de un mensaje es la "IDEA"; de ella depende el éxito del anuncio. Una gran idea implica dejar de lado lo que sería obvio y

⁶ KEITH, T. Canadian advertising in action. Pearson Prentice Hall. Pág. 327.

⁷ *Ibidem*. Pág. 327.

dejar de lado las limitaciones, lo que quiere decir, romper ciertos esquemas, indiscutiblemente sin que estos atenten contra las buenas costumbres de la sociedad. Una buena idea mira las cosas de forma distinta, cumpliendo expectativas más allá de las comunes del razonamiento de una persona.

Para catalogar a un anuncio como eficaz, hay que saber distinguir si éste nos transmite o no una gran idea. El anuncio tiene por objetivo el inquietar al lector con la información que proporciona, logrando que quede en el pensamiento el producto que se desea vender. Es significativo que en un mensaje prevalezca la creatividad.

El mensaje se desarrolla en las agencias publicitarias, es un trabajo en equipo de redactores y directores de arte. Un redactor es el generador del concepto publicitario, la idea y quien estructura los textos para la comunicación, el director de arte ejecuta el concepto y la idea, plasmándolas con objetos gráficos que facilitan el entendimiento del sujeto receptor.

Las técnicas utilizadas son:

- Asociación libre: es aquella que se piensa en la palabra y se plasma todas las ideas que surgen de ella.
- Pensamiento divergente: es aquel que no se lo hace con racionalidad, es decir no es lo correcto en el sentido que no es lo usual, así se busca todas las alternativas posibles para llegar a obtener una gran idea.
- Analogías y metáforas: es una técnica muy peculiar, puesto que es una forma de comparar o asociar algo con el producto que se quiere promocionar, lo cual genera una gran idea creativa que generalmente llega al consumidor.
- Pensamientos con el hemisferio derecho del cerebro: es el pensamiento que esta dividido en los dos hemisferios del cerebro, el derecho y el izquierdo, el derecho es aquel intuitivo, no verbal y emocional, al contrario del izquierdo que es lógico, ordenado y verbal.⁸

1.1.7 Objetivos del Mensaje

Las estrategias creativas tienen como función cumplir con la finalidad que se quiere transmitir con el mensaje, los objetivos son:

⁸ BURNET, W., MORIARTY, S. y BURNETT, J. Publicidad Principios y Práctica. Pearson Education Inc. Pág. 330.

1. Crear atención, conciencia, interés, reconocimiento y recordación (Percepción).
2. Entregar información y comprensión (Cognitivo).
3. Cambiar actitudes, crear convicción y preferencia (Persuasión).
4. Establecer identidad y asociaciones de marca (Transformación).
5. Estimular la prueba, compra, nueva compra, o alguna otra forma de acción (Comportamiento).⁹

El mensaje que busca influir en la percepción, debe ser constructivo e impactante para quedar en la memoria del consumidor, no solo debe atraer su atención, sino plasmarse constantemente en su mente.

Los mensajes que llevan cognición, son aquellos que van a demostrar y vender un producto o servicio. Se tendrá en cuenta las características de estos para establecer los beneficios que brindan.

La persuasión busca influir a la audiencia, que puede llegar a cambiar su forma de pensar acerca de un producto o servicio y así afectar la decisión del mismo.

1.1.8 Medios para la Transmisión del Mensaje

El anunciante tiene la opción de escoger el medio de comunicación para promocionar su producto, basándose principalmente en dos factores importantes: el impacto que producirá dicho medio en el consumidor y el costo que significará su contratación.

⁹ Ibidem. Pág. 334.

Los medios de comunicación empelados por la publicidad funcionan como herramienta para dirigirse al público ya que son los que transportan el mensaje al consumidor.

La efectividad de un medio de comunicación se mide por el alcance y la frecuencia que este proporcione, el alcance se refiere a la cobertura que se logra a través de él, a cuánta gente le va a llegar el mensaje; la frecuencia son las veces que el mensaje va a ser visto.

El planificador de medios es aquel que va a conocer las características de los diferentes medios de comunicación y así diseñar un plan adecuado, va a analizar el medio y la manera más eficiente para promocionar el producto, al costo más adecuado. Por lo tanto, un planificador de medios debe estar siempre en constante conocimiento y actualizado, sin poner reparo en el medio que se acomode mejor a sus ideas, sino realizar el análisis de cuál va a resultar mejor.¹⁰

El planificador de medios, no es responsable de la creatividad del mensaje que se quiere transmitir, tan solo tiene que ver cuál es el medio idóneo.

1.1.9 Características y Tipos Medios de Comunicación

- **Televisión:** es el medio con mayor alcance masivo, llega a gran cantidad de gente, está enfocado principalmente en el entretenimiento, transmite información y realiza publicidad. La televisión hoy en día se ha convertido en un medio que es utilizado diariamente, al menos algunas horas. Las desventajas de utilizar este medio son: se debe realizar una campaña publicitaria repetitiva de lo contrario sería fácil de olvidar, otro punto importante es si los spots de televisión son cortos pueden llegar a ser confusos.¹¹
- **Periódicos:** se clasifican después de la televisión como los principales medios utilizados en publicidad. Está enfocado a personas adultas,

¹⁰ RUSSELL, T. *Op. Cit.* Pág. 177.

¹¹ *Ibidem.* Pág. 178.

quienes son los que compran y lo leen. La publicidad en este medio tiene ciertas ventajas, como la flexibilidad de los anuncios en cuanto a sus tamaños y colores. Este medio de comunicación garantiza que la información emitida sea real, ya que si es un medio con un contenido veraz, la lógica pide que los anuncios también lo sean y por último hay variedad de precios.¹² Presenta dos desventajas, la primera es un medio leído de manera rápida. La segunda desventaja es que la circulación se verá afectada por el avance de la tecnología, este medio tal vez no cumple con los mismos beneficios de otros medios como el Internet y la televisión.

- Radio: es un medio que ha sido utilizado durante muchos años, es de uso común, el cual puede ser escuchado en cualquier lugar, sin importar el momento, puede ser escuchado en los momentos libres, mientras se trabaja, cuando se va de viaje en el auto etc. Este medio es móvil, tiene una relación personal con el público oyente y de bajo costo. Tiene una desventaja importante, no presenta un factor elemental que es la parte visual, que aunque no se crea, la imagen acompañando a un mensaje da mucha fuerza.
- Revistas: este medio pierde cada vez más fuerza en cuanto a su circulación, la sociedad dispone de menos tiempo y al disponer de menos tiempo hace que la lectura sea una excepción en sus ratos libres, ahora bien, la revista es una gran opción como medio, ya que contiene artículos interesantes, pensados para un sector en particular, que permiten plasmar publicidad de acuerdo al objeto de la revista. Como desventaja tenemos los altos costos, es un medio que no brinda mucha flexibilidad.
- Directorio de páginas amarillas: este es un medio utilizado por los consumidores desde hace mucho tiempo, es una forma fácil de dirigirse al

¹² Ibidem. Pág. 177-178.

consumidor de manera rápida, cuando es un caso de urgencia o una necesidad inmediata, es útil para el consumidor que tiene un determinado objetivo de compra de un producto o servicio. Mediante este medio se va a dar la publicidad comparativa, debido que la finalidad del mismo es ayudar a los consumidores a encontrar en un mismo espacio todos los anuncios que ofrezcan bienes o servicios, que se requieren.

- Internet, es un medio realmente conocido por todos, a su vez es un medio nuevo y todavía hay ciertos consumidores que están en proceso de conocerlo por completo, quizás es por ello que dichos consumidores aún tienen miedo de usarlo como medio de comunicación. La ventaja de este es tener el acceso a realizar compras y ventas sin importar la distancia siendo un medio no costoso. El enviar correos electrónicos es una manera de hacer publicidad poco costosa, puesto que lo único que se requiere es una lista de direcciones, una computadora e Internet.
- Otro medio interactivo es el teléfono, que hoy en día se enfoca en el celular móvil, es una forma popular de telecomunicación, que no se emplea simplemente para llamadas telefónicas sino también sirve para enviar mensajes de texto, utilizados por los jóvenes, sin embargo el recurrir a dichos mensajes de manera repetitiva hace que se genere molestia entre los consumidores, asociado como una falta de respeto a la privacidad.

Por consiguiente al momento de transmitir un mensaje se debe tener en cuenta el tipo de mensaje y su efectividad, es decir elegir una idea creativa para que sea asimilada por los consumidores y complementariamente para que tenga un éxito total, se necesita analizar el medio a utilizarse, para esto se debe acudir a la investigación, que la realizarán los planificadores de medios, con la finalidad de descubrir a los futuros consumidores, en que sector se encuentran y cuál es el medio más escuchado o visto.

1.2 USO DE ANUNCIOS PUBLICITARIOS

1.2.1 Tipos de Mercados

El mercado es el lugar de intercambio de bienes y servicios, compuesto por varios individuos con necesidades por satisfacer y agentes económicos que introducen productos a disposición de los consumidores.

Encontramos a continuación varios tipos de mercados:

- Mercado de consumidores, está compuesto por personas que compran y venden productos y servicios para uso personal o doméstico.¹³
- Mercado negocio a negocio, es aquel que se da entre empresas, es decir una empresa compra una computadora que le será útil para los empleados de su compañía.
- Mercados institucionales, estas pueden ser lucrativas como no lucrativas, aquellas que tienen como objetivo brindar bienes y servicios para ayudar a los demás.
- Mercados de canal, está compuesto por los revendedores o intermediarios.¹⁴

Se puede concluir que si no hay mercados, tampoco publicidad. La publicidad es elemental para comunicar sobre un producto o servicio en un mercado y así obtener la atención de los consumidores que lo componen.

1.2.2 Persuasión

La persuasión es el método empleado para cambiar las creencias de las personas acerca de un producto o servicio, de tal manera que dará como resultado el cambio de su conducta.

La información es la base de la persuasión, busca argumentos claros y bien definidos que hacen que sea más efectiva, cabe destacar que los argumentos

¹³ Ibidem. Pág. 40.

¹⁴ BURNET, W., MORIARTY, S. y BURNETT, J. Op. Cit. Pág. 40.

no necesariamente son reales y claros, ya que la información puede ser tergiversada a beneficio del comunicador. Por ejemplo, un producto que no es de buena calidad, pero tiene bajo precio, con la publicidad se puede emitir el mensaje "somos los mejores" porque son los más asequibles y ajustados a la economía, mensaje que a pesar de ser claro no necesariamente es del todo real.

A través de la persuasión, se convence a la gente de algo. La persuasión, de manera sutil podrá manejar el mensaje, a tal punto que cambiará la conducta de la persona.

En un principio, la persuasión no surte efectos de inmediato, la persona la primera vez no se convence fácilmente, después de un tiempo termina aceptando los argumentos que fueron usados, inclusive llegan a dar la razón y se convencen de la explicación.

La persuasión llega a cumplir su objetivo cuando la persona cambia la actitud y creencias, se halla una desventaja con el pasar del tiempo, la persona por sus creencias que marcaron inicialmente su esencia, van cambiando y van a ser ubicadas en su faceta inicial, es por eso que la persuasión busca que el mensaje publicitario que va a ser transmitido sea permanente y creíble. El mensaje persuasivo debe ser adecuado, esto quiere decir que al momento de ser emitido, el consumidor lo asimile, conmueva la parte emocional de la persona, capaces de transformar una actitud. Es necesario que el mensaje sea repetitivo, ya que de esa manera tendrá mayor recepción por parte del consumidor.

1.2.3 Agencia de Publicidad

Una agencia de publicidad está conformada por un grupo de personas que cumplen con la función de crear estrategias de comunicación y campañas creativas que impacten a la gente, con el objetivo de vender productos o servicios y generar una preferencia sobre una marca determinada.

Según las necesidades y políticas de las empresas, algunas cuentan con un departamento de publicidad interno, que se encarga de construir las campañas publicitarias, para promocionar las marcas de bienes o servicios que produce dicha empresa. Otro tipo de empresas contratan a una agencia de publicidad externa, quien presta sus servicios publicitarios a la empresa y trabajan en conjunto con el objetivo de lograr el éxito esperado para una marca.

Por lo tanto “las agencias tienen como función el administrar cuentas, servicios creativos, la planeación y planeación estratégica de cuenta, lo que va unido con la investigación”.¹⁵ Las agencias tendrán su propio departamento de contabilidad, departamento para verificar la culminación de proyectos, departamento de producción impresa y de recursos humanos.

1.2.4 Influencias en el Consumidor

La calidad del consumidor, dependerá de los factores sociales y culturales, que se identifican por:

- Cultura
- Familia

Cultura: Es el conjunto de conocimientos, moral, costumbres, como elementos intangibles. Dentro de una cultura existe una sociedad organizada con reglas que tienen que ser acatas por cada persona, sin embargo siempre habrá alguien que no lo haga, esas personas son las que van a distinguirse dentro de una sociedad, las cuales podrán ser bien vistas o no, o quizás ser un ejemplo a seguir, para esto la sociedad va a seguir parámetros ya establecidos, los cuales deben ser utilizados para el orden de la sociedad, estas son las normas que regulan una sociedad y conforman una cultura. Dentro de la sociedad estos van a caracterizar la cultura y los esenciales son los siguientes: “la

¹⁵ Ibidem. Pág. 46.

excitación, diversión y gozo de la vida, relaciones de amistad, autorrealización, respeto por parte de los demás, sentido de responsabilidad, seguridad y respeto por sí mismo".¹⁶ Entonces bien, cuál es la influencia de este aspecto dentro de la publicidad; los valores mencionados son elementos importantes para realizar los anuncios publicitarios, así se los utilizará de forma estratégica para poder influir en el pensamiento de las personas, y eso tiene mucha lógica, será difícil llegar con un anuncio que se vaya contra las costumbres y pensamiento de la sociedad.

Familia: Esta compuesta por varios miembros, los cuales van a ser de diferentes edades, con diferentes necesidades y gustos; a pesar de conformar una sociedad culturalmente similar, los integrantes de una familia van a ser distintos unos de otros, considerando dos aspectos que influyen su estilo de vida, el aspecto económico y el emocional.

Por tanto, cada consumidor es parte de una cultura, clase social y familia, sin embargo por cada influencia nos encontramos con individuos individuales, es decir únicos, quienes a pesar de conformar un gremio van a tomar decisiones en el momento de adquirir algún bien o servicio y por ende comportarse de tal manera que caracterice el tipo de consumidor.

¹⁶ *Ibidem*. Pág. 196.

CAPITULO II

2 MARCAS Y DERECHOS DE AUTOR

2.1 ANTECEDENTES

Chavanne y Bursa definen a una marca como: es un signo sensible colocado sobre un producto o acompañado a un producto o a un servicio y destinado a distinguirlo de los productos similares de los competidores o de los servicios prestados por otros.¹⁷

2.1.1 Signos Distintivos

Una marca es el signo que tiene por objetivo el distinguir un producto o servicio de los otros que se encuentran en el mercado, así el consumidor al adquirir un bien o servicio puede diferenciar y demandar su producto de preferencia.

El titular de una marca debe buscar la notoriedad de la misma, puesto que, de está dependerá que el consumidor elija un producto determinado. La notoriedad de una marca es esencial, ya que prevalecerá dentro del mercado, dándole así una ventaja al fabricante frente a los demás competidores.

2.1.2 Origen de una Marca

En el siglo XIX nace la marca en el comercio, en la ley Francesa de 1858 se introduce la protección de las marcas. En ese tiempo se originan las marcas debido al intercambio de bienes y servicios. El origen de una marca se da por el fabricante o el comerciante, la marca era la que identificaba la procedencia del producto, al contrario de esta época que se busca un nombre novedoso que distinga un producto.

¹⁷ BERTONE, L. y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (1989). Derecho de Marcas: Marcas, Designaciones y Nombres Comerciales. Argentina: Editorial Heliasta SRL. Tomo I. Pág. 15-16.

El término trademark en ese tiempo no indicaba otra cosa que el nombre del fabricante.¹⁸

En la actualidad el origen de la marca ha quedado superado, es decir la marca no solo distingue su origen o al fabricante sino al producto; sin embargo todavía existen marcas con nombre de sus fabricantes.

2.1.3 Registro de una Marca

Con el registro de una marca el titular adquiere el derecho exclusivo de uso. En el procedimiento de registro de una marca se analizará a fondo el signo distintivo “marca” que se desea inscribir, por lo que debe cumplir con los requisitos establecidos tanto en la Ley de Propiedad Intelectual como también en la Decisión 486 de la Comunidad Andina.

El Ecuador cuenta con el Instituto de Propiedad Intelectual como autoridad competente para conocer este tipo de trámites. La Dirección encargada realizará el análisis correspondiente para conceder o denegar una marca.

2.1.4 Funciones de una Marca

Es importante estudiar y analizar las funciones que deben cumplir las marcas, toda vez que determinarán la notoriedad, calidad de los productos o servicios y el reconocimiento dentro del mercado. Las funciones se encuentran en distintas categorías y comprenden diferentes conceptos; razón por la cual se mencionará los aspectos más relevantes con la finalidad de demostrar sus atribuciones y beneficios dentro del mundo marcario.

En la siguiente clasificación, se citarán los diferentes tipos de funciones de las marcas:

¹⁸ OTAMENDI, J. Derecho de Marcas. España: Abeledo-Perrot. 2da. Edición. Pág. 8.

- Función Distintiva de las Marcas

Baumbach y Hefermehl sostienen que ésta es la función básica, que cada marca debe cumplir como medio para identificar una mercadería o servicio.¹⁹

La distintividad es un elemento auténtico, único e importante en una marca, de aquí nace su esencia.

La función distintiva tiene como por objetivo el precautelar el derecho exclusivo de uso que le asiste al titular de una marca, evitando que la marca que ha sido registrada sea utilizada sin autorización de un tercero.

Esta función se encargará de identificar un producto o servicio; así el consumidor se hallará en la posibilidad de recordar el producto y adquirir el mismo por el beneficio que se le ofrece. De igual manera, con la distintividad de una marca se logra que la misma ingrese en el mercado de una manera más competitiva, ya que gracias a esta función, cuando se posee una marca en el mercado se individualizan los productos que son fabricados por sus productores; es decir, serán reconocidos por los consumidores.

Según la doctrina argentina, Ledesma, señala que: "se desempeña una función preponderante en la sociedad, pues al distinguir determinados artículos o productos, constituye, a la vez un instrumento de protección, no sólo para sus dueños sino también para los compradores..."²⁰

Dentro de esta función no está contemplado como objetivo el mantener la calidad del producto o servicio, ni el mencionar quien es su fabricante; sin embargo, son dos puntos importantes ya que dependerá del tipo de calidad del producto o servicio, la fidelidad de los consumidores,

¹⁹ BERTONE, L. y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (1989). *Op. Cit.* Pág. 31.

²⁰ *Ibidem.* Pág. 32.

Consecuentemente, cuando se autorice el uso de una marca, como por ejemplo en el “Contrato de Licencia de uso de una marca”, es importante verificar y analizar de manera profunda a quien se le licencia, toda vez que se deberá precautelar la forma de ser utilizada para cuidar el prestigio de la misma.

- **Función de Identificación del Origen de los Bienes y Servicios**

En efecto, al contemplar una marca en relación con un producto o servicio, el consumidor piensa lógicamente que el producto o servicio procede de una determinada empresa: de aquella empresa de la que proceden todos los productos o servicios de la misma clase que están dotados con la misma marca.²¹

En la antigüedad esta función se encontraba dentro de las principales, puesto que el público consumidor daba mucha importancia al fabricante del producto, ya que los productos eran realizados de manera manual. Con la revolución Industrial el interés del consumidor en el origen del producto dejó de ser trascendental.

La función de identificación del origen de los bienes y servicios es el resultado de la función distintiva de las marcas, esto quiere decir, una vez que el consumidor elige un producto y lo identifica, queda satisfecho con el producto adquirido e inmediatamente procederá a verificar quien es la empresa que ha comercializado dicho producto y así tener una idea del trabajo de la empresa, para después ser fiel a sus productos, por tanto aquí encontramos una conexión entre las dos funciones. Sin embargo, es importante mencionar que la función de identificación no cumple con el mismo objetivo que la función de distintiva, su enfoque no se da en cuanto la protección legal de la marca, sino la familiaridad del consumidor con la empresa productora.

²¹ Ibidem. Pág. 70.

- Función de Garantía de Calidad

Lunsford establece lo siguiente: que la marca tiene una función de garantía de consistencia acerca de la naturaleza, calidad y características de los bienes.²²

La marca es un signo que indica la calidad del producto o servicio en la realidad del mercado y sobre todo en las experiencias y vivencias de los consumidores.²³

Existen dos hipótesis: La primera establece que el titular utiliza a la marca para diferenciar los productos, y la segunda hipótesis habla de la utilización de la marca por un tercero con su debida autorización.

Cuando el titular usa su marca, no existe un ordenamiento jurídico para que el titular mantenga cierto estándar de calidad en sus productos, este puede variar con el tiempo; será el titular que conozca de la ventaja o desventaja de limitar la calidad en sus productos.

En la segunda hipótesis se autoriza el uso de una marca del licenciario al licenciante, existen normas que regulan el buen uso de la marca, respecto con la calidad, ya que al titular le interesa que su marca mantenga su fama y prestigio.

Con esta función se logra que el momento en que el consumidor adquiere un producto pueda verificar en éste la calidad y el origen, para después identificarlo como la marca que corresponde a lo "mejor". El consumidor, de esta manera generará confianza sobre una marca, beneficioso tanto para el titular y la marca en si.

²² Ibidem. Pág. 46.

²³ CORREA, C. Derecho de Marcas: Temas de Derecho Industrial y de la Competencia. Editorial de Ciencia y Cultura. Pág. 73.

Puede ocurrir que introducido el producto en el mercado y una vez que adquiere prestigio por su calidad, el fabricante cambié la calidad del producto, que deviene en un engaño al público consumidor; sin embargo según el análisis de la doctrina se demuestra que, se disminuirá la calidad pero no la protección jurídica y el valor jurídico de la marca. Sólo se obtendrá como resultado que el consumidor deje de comprar ese producto, pero difícil que se pueda accionar o sancionar tal situación contra el titular.

Al consumidor esta garantía le sirve de guía para adquirir un producto de la marca que ya ha sido probada y conocida. El fabricante, utilizará su marca para distinguir su producto o servicio de los otros y así ser cada vez más competitivo y alcanzar conquistar el comercio por la buena calidad del producto y mantener la reputación de la marca.

La uniformidad de la calidad del producto tiene por efecto que el consumidor vuelva a elegir la misma marca. Hay un factor clave que se debe tomar en cuenta; el precio va a variar dependiendo de la calidad. El consumidor comprará un producto considerando dos aspectos, la necesidad de adquirir el producto o servicio por la calidad y de acuerdo a su economía.

- **Función Publicitaria e Informativa**

La función Publicitaria es aquella que tiene por objetivo informar al público consumidor sobre una marca para que sea identificada, por su distintividad, su origen y calidad.

La información es transcendental, hay que saberla manejar de forma estratégica, lógica y continua, puesto que el consumidor muchas veces al adquirir un producto o servicio no está al tanto del contenido y calidad del mismo. La información incita la compra, logrando que el consumidor

compruebe y confíe en el producto; después el consumidor va a retener en su mente la marca y por ende el producto será reconsiderado para una subsiguiente compra.

- **Función Competitiva**

La función competitiva es aquella por la cual las empresas, conocen e identifican claramente los productos y servicios que se encuentran en el mercado. Saben de calidad, precios, beneficios, de ofertas de productos y servicios etc.; de esa manera las compañías podrán competir de manera leal y honesta. Esto beneficia al consumidor, puesto que a mayor competencia, mejores son los productos que se ofrecen.

La función de competencia tiene como objetivo principal amparar a los titulares de las marcas para que éstas no sean usadas por un tercero, irrespetando su registro, notoriedad y prestigio dentro del mercado. El prestigio, como claramente se ha mencionado, es fruto del esfuerzo y arduo trabajo. Otro de sus objetivos es diferenciar los productos y servicios que acompañan a una marca, para generar una competencia efectiva entre las empresas.

- **Función de Protección del Titular de la Marca**

El titular de una marca es aquel que voluntariamente solicitará el registro, estará pendiente de su vigencia y será utilizada para la protección de los productos que son producidos por él.

La importancia de mantener vigente la marca y no permitir el uso de un tercero, es asegurar el esfuerzo que le ha costado al titular de una marca ingresarla en el mercado. Es aquí donde el derecho marcario entra y juega su papel; la protección de los derechos que le asisten al titular de una marca.

- Función de Protección del Consumidor

La función de protección del consumidor es trascendental dentro del mercado, puesto que el público consumidor es quien mantiene a las empresas o fabricantes en actividad.

El consumidor deberá estar bien informado acerca de un producto o servicio, de manera clara y honesta, para así evitar; provocar confusión o inducir a error.

Por lo que el Estado ecuatoriano prevé dicha protección al consumidor. En la Constitución del Ecuador, en su artículo 52, procura tutelar los derechos de los usuarios y consumidores estableciendo 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.²⁴ El Estado debe proteger los derechos de los consumidores, sancionar los actos fraudulentos y controlar las normas de calidad, mediante la creación de normas que garanticen derechos y establezcan sanciones.²⁵

Los consumidores se podrán amparar también en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que en el Art. 4 enumera cuáles son los derechos que les asisten.²⁶

- Función Condensadora del Eventual Goodwill o Reputación

De acuerdo con la doctrina inglesa, autores como Ripert, Roblot, Germain, Waldemar Arrecha entre otros, coinciden en lo siguiente:

²⁴ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR. Artículo 52.

²⁵ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR. Artículo 132.

²⁶ ECUADOR. LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Ley N° 21. Registro Oficial N° 116. 10 de julio de 2000. Art. 4.- DERECHOS DEL CONSUMIDOR.-

Son derechos fundamentales del consumidor, a más de los establecidos en la Constitución Política de la República, tratados o convenios internacionales, legislación interna, principios generales del derecho y costumbre mercantil, los derechos al consumidor son los siguientes: la ley ampara y protege básicamente la vida, la salud, la seguridad de consumo de bienes y servicios, que sean de óptima calidad y que puedan ser elegidos por el consumidor libremente, siempre y cuando la publicidad que es utilizada para demostrar la calidad, sea precisa y veraz.

La marca garantiza a los consumidores que cuando adquieren los productos dotados con una marca, obtendrán los productos que tienen idéntico origen empresarial que los productos de la misma marca anteriormente adquiridos.

- a) Todo comerciante tiene un fondo de comercio; si se trata de una sociedad que ejerce efectivamente la actividad para la cual ha sido creada se aplica la misma idea, e incluso puede tener más de un fondo de comercio.²⁷
- b) El nombre -como la marca, la enseña y el lema- son elementos incorporales del fondo de comercio;²⁸
- c) El elemento o cualidad esencial del fondo es la clientela, más allá del debate doctrinario, para la ley (argentina) la clientela es un elemento del fondo de comercio (artículo 1);²⁹
- d) El nombre, la marca, la clientela están unidos por la organización y el funcionamiento.³⁰

El objetivo de esta función es buscar y encontrar la manera más adecuada de implementar en el mercado las marcas, para después ser conocidas no solo en el país que fueron solicitadas, sino alrededor del mundo. La reputación adquirida beneficiará a la empresa y por ello se obtendrán futuros y fieles clientes.

Por tanto, esta función debe ser de mucho interés del titular de una marca, puesto que tendrá que investigar los mecanismos a utilizarse para que la marca tenga buena fama y sea reconocida por los consumidores tanto por su prestigio y óptima calidad.

²⁷ RIVERA, J. La prueba del daño sufrido por las sociedades por la agresión a su reputación comercial. Revista de Derecho de Daños. La Prueba del Daño I. Argentina: Rubinzal Culzoni Editores. Pág. 461. N° 522.

²⁸ ARECHA, W. (1948). La empresa comercial. Buenos Aires: Pág. 222. ss. N° 119. Com. 6 de noviembre de 1979. d. 1980. IR

²⁹ *Ibidem*. Pág. 227-228.

³⁰ *Ibidem*. Pág. 227-228.

2.1.5 Tipos de Signos

Tanto en el diccionario como en la creatividad de las personas, existen y se pueden crear distintas palabras o denominaciones, sin embargo no todas pueden ser registradas como marcas. Es por ello que existen diversos tipos de signos, que de acuerdo a su clasificación y significado guiarán tanto al solicitante como a la autoridad, para determinar si es posible de registro o no.

- Signos Genéricos

El signo genérico es el que se refiere a los productos o servicios a los que corresponden, por ende esto trae como resultado falta de distintividad, como por ejemplo: una constructora que desea registrar la marca "Casa grande".

La denominación estará compuesta por elementos que pueden ser utilizados libremente. Es importante recalcar que las palabras genéricas, al asociarse con otras, pueden adquirir distintividad. Por tanto el análisis de fondo que se debe realizar sobre las marcas no se basa simplemente en la parte gramatical o visual, también en su conjunto.

- Signos Evocativos

Las marcas evocativas o sugestivas no hacen relación directa e inmediata a una característica o cualidad del producto como sucede en las marcas descriptivas. El consumidor para llegar a comprender qué productos o servicios comprende la marca debe utilizar su imaginación, es decir, un proceso deductivo entre la marca o signo y el producto o servicio.³¹

Son aquellos que transmiten al público consumidor una idea o imagen del producto o servicio, lo cual genera que dichas palabras contengan debilidad. Partiendo de un ejemplo ficticio como: rikamilk, para productos

³¹ Proceso 12-IP-95. Sentencia dictada el 18 de septiembre de 1995, publicada en la G.O.A.C. N° 199, del 26 de enero de 1996, caso "VERDADERO ARRANCA GRASA". Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

lácteos, ésta deja la idea clara del producto al que se le asocia, dando como resultado la debilidad de la marca. Estas marcas tendrán que aceptar la coexistencia con otras marcas que pueden utilizar los mismos conceptos, que siempre van a tener el mismo enfoque y mismo uso.

Los signos evocativos, a diferencia de los descriptivos, cumplen a cabalidad la función distintiva de la marca y por lo tanto pueden ser registrados.

- Designaciones Descriptivas

La naturaleza del signo descriptivo no es condición sine qua non para descalificar per se un signo descriptivo; para que exista la causal de irregistrabilidad a que hacen referencia las normas citadas, se requiere que el signo por registrar se refiera exactamente a la cualidad común y genérica de un producto.³²

Los nombres, palabras y signos (...) que sean descriptivos de su naturaleza, función, cualidades u otras características.³³

Como se mencionó anteriormente, el significado de las palabras evocativas, van a emitir una idea sobre lo que es el producto o servicio, a pesar de contener un concepto, estas se pueden registrar entonces bien, porque no registrar a las marcas descriptivas que también dan una idea de lo que es el producto o servicio. Entre las dos existe una línea de separación muy tenue, la marca descriptiva no se puede registrar ya que no solo que da la idea del producto sino que aclara cuáles son las características, funciones, origen, la calidad etc.

El signo descriptivo tiene conexión directa con el producto o servicio, informando sobre la calidad, cantidad y destino del mismo. Si dentro del

³² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 7-VIII-95. Proceso N° 7-IP-95. Caso "COMODISIMOS". En G.O.A.C. N° 189 de 15-IX-95.

³³ OTAMENDI, J. Op. Cit. Pág. 77.

sector existieren productos o servicios del mismo género con similares características, esto causaría que pierda distintividad; por ende, el signo no podría ser registrado.

- Denominaciones de Fantasía

Una marca de fantasía puede ser aquella constituida por una palabra con significado propio que ha sido elegida para distinguir un producto o servicio y, que es tal, por no evocarlos ni a éstos ni a ninguna de sus características.³⁴

Son aquellas que a pesar de no tener un significado, pueden ser legibles y se convierten en denominaciones novedosas. Dichas marcas pueden a lo largo del tiempo convertirse en genéricas, por lo que las empresas trabajan mucho en las campañas publicitarias para evitar tal fenómeno, como por ejemplo la marca XEROX, que a pesar de no ser genérica, mucha gente cuando va a una copiadora, solicita una copia XEROX, cuando está es una marca de una máquina que permite sacar fotocopias.

Por tanto, no es una garantía acompañar un producto o servicio con una marca fantasiosa, puesto que se puede convertir en una forma de denominar un producto, sin embargo si la publicidad y los titulares de las marcas precautelan dicho suceso, pueden llegar a ser marcas altamente renombradas o notorias.

- Marcas Arbitrarias

Para iniciar con la definición de las marcas arbitrarias, se mencionará el siguiente ejemplo: Puma es una marca para ropa deportiva. A simple vista puede considerarse como una denominación genérica, al visualizar esta marca, lo primero que se viene a la mente es: un animal negro y parte de la familia de los felinos. A pesar de no tener una relación directa

³⁴ BERTONE, L. y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (1989). Op. Cit. Pág. 31.

con los productos sujetos de protección por la marca puma, el puma es un animal rápido entre los suyos, llegando a ser un gran atleta. Ese es el objetivo que buscan las marcas arbitrarias, no tener relación con el producto o servicio que se ofrece o identifica, pero siempre ser altamente distintivo.

Por tanto, cabe aclarar que la marca arbitraria logra que el consumidor encuentre a la denominación novedosa y por ende perdure en su memoria. Consecutivamente lo que se necesita es de mucha imaginación y algo de coherencia también, para denominar a un producto o servicio, cuando se utiliza una palabra genérica que acompaña a una marca con la funcionalidad de marca arbitraria.³⁵

- Designaciones Usuales

Son aquellas que no necesariamente encontramos en el diccionario, pero que son de uso común en el lenguaje de las personas, por ejemplo "Gara".

- Marcas Sugerentes

Son aquellas que se utilizan comúnmente puesto que son las que tienen mayor ventaja en el mercado, ya que describen al producto o servicio. Es difícil de poder identificar a una marca descriptiva de una sugerente, puesto que su finalidad es describir al producto.

¿Cómo diferenciar entre una marca descriptiva y una sugerente? se diferencian en: la sugerente se emplea cierta imaginación, por tanto el consumidor tendrá que pensar un poco más para determinar a que tipo de

³⁵ PATRÓN, L. [<http://www.bonila.com/.../El-riesgo-de-confucion-en-materia-de-propiedad-industrial.html>]

producto se refiere, mientras la descriptiva detalla textualmente todo acerca del producto.

- **Adjetivos Calificativos**

Los adjetivos son aquellos que marcan una cualidad de un bien. Los adjetivos calificativos podrán registrarse como marcas, siempre que la denominación, es decir el adjetivo, no tenga conexión, no demuestre cualidades, características relevantes con el producto o servicio que se oferta.

Por ejemplo: Un chocolate, su característica principal es dulce, sin embargo “delicado” puede ser un adjetivo registrable, puesto que no es la cualidad principal de un chocolate.

En conclusión, la elección de una denominación para acompañar un producto o servicio implica no solo creatividad u originalidad, sino un estudio y análisis profundo, toda vez que no todas las denominaciones son susceptibles de registro, ya que como se mencionó anteriormente pueden causar confusión, gráfica, fonética o visual con otras marcas o simplemente ser tan básicas que no pueden atribuir ningún derecho.

2.1.6 Signos que son Registrables

La Ley de Propiedad Intelectual en su Art. 194 establece que son susceptibles de registro:

Se entenderá por marca cualquier signo que sirva para distinguir productos o servicios en el mercado.

Podrán registrarse como marcas los signos que sean suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica.

También podrán registrarse como marca los lemas comerciales, siempre que no contengan alusiones a productos o marcas similares o expresiones que puedan perjudicar a dichos productos o marcas.³⁶

Se podrán registrar aquellas marcas que identifiquen a un producto o servicio, siempre que ésta sea original, que marque la diferencia entre las demás marcas del mercado, prevaleciendo siempre el parámetro: que no cabe el registro de una marca que sea igual o similar a otra.

Por tanto, las marcas que son solicitadas y después registradas, son aquellas que no transmiten al público consumidor datos erróneos acerca de la marca.

2.1.7 Causales de Irregistrabilidad

La marca tiene como función principal la de identificar los productos o servicios de un fabricante, con el objeto de diferenciarlos de los de igual o semejante naturaleza, pertenecientes a otra empresa o persona; es decir, el titular del registro goza de la facultad de exclusividad respecto de la utilización del signo, y le corresponde el derecho de oponerse a que terceros no autorizados por él hagan uso de la marca.³⁷

Partiendo del principio que la marca distingue a un producto o servicio, no se podrá registrar una marca que sea igual o similar a otra, teniendo en cuenta que la finalidad de registrar una marca es adquirir el derecho de exclusividad de uso, para evitar que un tercero las utilice o solicite de manera similar, que traerá como consecuencia que el consumidor asocie un producto con otro, causando confusión, cuando el consumidor adquiere el producto encuentra que dicho producto no es lo que realmente esperaba, lo cual da como resultado el engaño al público consumidor. Para reforzar dichos argumentos, se citarán ciertos ejemplos: Marca registrada Cole Haan, y la que se pretende registrar Kole Jan, para la protección de productos de la misma clase.

³⁶ ECUADOR. LEY PROPIEDAD INTELECTUAL. Ley N° 83. Registro Oficial 320 de 19 de Mayo de 1998.

³⁷ Proceso 46-IP-2000, sentencia de 26 de julio del 2000, G.O. N° 594, de 21 de agosto del 2000, marca: "CAMPO VERDE". TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.

Otro ejemplo que puede generar confusión a los consumidores: es el ofrecer un cosmético, el cuál tiene similitud con otros del mercado, que en su logotipo aparece una góndola veneciana "Italia", haciendo referencia al origen o procedencia, cuando en realidad dicho producto se fabrica en un país distinto.

Maclen-Nan, Scottish Terrier y May Cross señalan el siguiente ejemplo: para whiskies, si se oye un nombre de estos imaginamos que el producto es de un lugar en especial sin serlo, llegando a inducir a error al consumidor, generando una confusión indirecta.³⁸

La Ley de Propiedad Intelectual en el Art. 195³⁹ y 196⁴⁰ establecen claramente los signos que no podrán ser registrados:

Aquellos que carezcan de distintividad, identificación del producto, que sean marcas similares a otras registradas, tanto en el aspecto fonético, gráfico y visual. Que no contengan en sí un aspecto novedoso y beneficioso para la sociedad.

Aquellas que por su denominación el consumidor tenga una idea de las características del producto, es decir los signos descriptivos o nombres que son totalmente conceptuales. Las palabras que identifiquen una acción y objeto, como por ejemplo zapato bueno o palabras que son de uso común. El color que identifica a un producto; por ejemplo: la marca PORTA tiene como color característico al rojo; MOVISTAR se distingue por los colores azul y verde. Aquellas denominaciones que tengan un concepto perjudicial para el público consumidor. Aquellos signos que violen derechos de los terceros como por ejemplo: marcas o lemas comerciales idénticos que puedan provocar confusión.

³⁸ OTAMENDI, J. *Op. Cit.* Pág. 97.

³⁹ Ecuador, LEY PROPIEDAD INTELECTUAL, Ley No. 83. Registro Oficial 320 de 19 de Mayo de 1998.

⁴⁰ *Ibidem.*

2.1.8 Requisitos de Fondo

Después de haber establecido aquellos signos que no pueden ser registrados como marcas, se va a establecer los requisitos para el registro de una marca.

Según la doctrina una marca podrá registrarse siempre que cumpla con los siguientes requisitos: novedad, especialidad y licitud.

- Novedad Carácter Distintivo

La distintividad es la capacidad específica que se tiene para identificar un producto o servicio. Cuando mayor sea la relación entre la marca y lo que distingue, va a ser menos distintiva, como por ejemplo: Denominar a un caramelo como "Dulce Rico"

Para que una marca distintiva sea sumamente original debe forzar la atención (especial), que da la capacidad de recordar la marca y diferenciarla de aquellas empleadas por los competidores (novedosa).⁴¹

Braun y Cpitaine opinan que una marca debe ser distintiva cuando se distingue su origen o proveniencia y no la naturaleza o la industria del producto.⁴²

- Especialidad Disponibilidad

Es disponible cuando otra persona no lo ha adoptado y puede ser registrada libremente.

⁴¹ OTAMENDI, J. Op. Cit. Pág. 118.

⁴² Ibidem. Pág. 118.

- Originalidad

Es un elemento muy importante en toda marca puesto que para que cumpla con los requisitos antes mencionados debe ser original y novedosa, especial y por supuesto registrable.

- Licitud

La licitud es otro requisito importante para el registro de una marca, este va relacionado con las marcas que son engañosas, las inmorales y los distintivos oficiales.⁴³

La Ley de Propiedad Intelectual establece en el Art. 227.- A través del recurso de revisión, el Comité de Propiedad Intelectual del IEPI, podrá declarar la nulidad del registro de una marca, en los siguientes casos:

- a) Cuando el registro se hubiere otorgado a base de datos o documentos falsos que fueren esenciales para su concesión;
- b) Cuando el registro se hubiere otorgado en contravención a los artículos 194 y 195 de esta Ley;
- c) Cuando el registro se hubiere otorgado en contravención al artículo 196 de esta Ley; y,
- d) Cuando el registro se hubiere obtenido de mala fe. Se considerarán casos de mala fe, entre otros, los siguientes:
 1. Cuando un representante, distribuidor o usuario del titular de una marca registrada en el extranjero, solicite y obtenga el registro a

⁴³ Ibídem. Pág. 121.

su nombre de esa marca u otra confundible con aquella, sin el consentimiento expreso del titular de la marca extranjera; y,

2. Cuando la solicitud de registro hubiere sido presentada o el registro hubiere sido obtenido por quien desarrolla como actividad habitual el registro de marcas para su comercialización; y,

e) Cuando el registro se hubiere obtenido con violación al procedimiento establecido o con cualquier otra violación de la ley que sustancialmente haya influido para su otorgamiento.

La Decisión 486 de la Comunidad Andina establece en el artículo 172.- La autoridad nacional competente decretará de oficio o a solicitud de cualquier persona y en cualquier momento, la nulidad absoluta de un registro de marca cuando se hubiese concedido en contravención con lo dispuesto en los artículos 134 primer párrafo⁴⁴ y 135.⁴⁵

⁴⁴ ARTÍCULO 134.- A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro. Podrán constituir marcas, entre otros, los siguientes signos:

- a) las palabras o combinación de palabras;
- b) las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos;
- c) los sonidos y los olores;
- d) las letras y los números;
- e) un color delimitado por una forma, o una combinación de colores;
- f) la forma de los productos, sus envases o envolturas;
- g) cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores.

⁴⁵ ARTÍCULO 135.- No podrán registrarse como marcas los signos que:

- a) no puedan constituir marca conforme al primer párrafo del artículo anterior;
- b) carezcan de distintividad;
- c) consistan exclusivamente en formas usuales de los productos o de sus envases, o en formas o características impuestas por la naturaleza o la función de dicho producto o del servicio de que se trate;
- d) consistan exclusivamente en formas u otros elementos que den una ventaja funcional o técnica al producto o al servicio al cual se aplican;
- e) consistan exclusivamente en un signo o indicación que pueda servir en el comercio para describir la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica, la época de producción u otros datos, características o informaciones de los productos o de los servicios para los cuales ha de usarse dicho signo o indicación, incluidas las expresiones laudatorias referidas a esos productos o servicios;
- f) consistan exclusivamente en un signo o indicación que sea el nombre genérico o técnico del producto o servicio de que se trate;
- g) consistan exclusivamente o se hubieran convertido en una designación común o usual del producto o servicio de que se trate en el lenguaje corriente o en la usanza del país;
- h) consistan en un color aisladamente considerado, sin que se encuentre delimitado por una forma específica;
- i) puedan engañar a los medios comerciales o al público, en particular sobre la procedencia geográfica, la naturaleza, el modo de fabricación, las características, cualidades o aptitud para el empleo de los productos o servicios de que se trate;
- j) reproduzcan, imiten o contengan una denominación de origen protegida para los mismos productos o para productos diferentes, cuando su uso pudiera causar un riesgo de confusión o de asociación con la denominación; o implicase un aprovechamiento injusto de su notoriedad;
- k) contengan una denominación de origen protegida para vinos y bebidas espirituosas;

2.1.9 Representación Gráfica

El signo tiene que ser representado en forma material para que el consumidor a través de los sentidos lo perciba, lo conozca y lo solicite. La implementación del signo del campo imaginativo de su creador hacia la realidad comercial, puede darse a través de palabras, vocablos o denominaciones, gráficos, signos mixtos, notas, colores etc. Estos son los medios generalizados, por el momento, con los cuales se puede usar la marca.⁴⁶

Según consta en el artículo 134 de la Decisión 486 CAN dice: - A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca, en ningún caso será obstáculo para su registro.

La Ley de Propiedad Intelectual establece en su Art. 194: Se entenderá por marca cualquier signo que sirva para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos que sean suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica.

Tanto en la Ley de Propiedad Intelectual como en la Decisión 486 de la Comunidad Andina, para el registro de una marca es requisito la representación gráfica.

l) consistan en una indicación geográfica nacional o extranjera susceptible de inducir a confusión respecto a los productos o servicios a los cuales se aplique;

m) reproduzcan o imiten, sin permiso de las autoridades competentes, bien sea como marcas, bien como elementos de las referidas marcas, los escudos de armas, banderas, emblemas, signos y punzones oficiales de control y de garantía de los Estados y toda imitación desde el punto de vista heráldico, así como los escudos de armas, banderas y otros emblemas, siglas o denominaciones de cualquier organización internacional;

n) reproduzcan o imiten signos de conformidad con normas técnicas, a menos que su registro sea solicitado por el organismo nacional competente en normas y calidades en los Países Miembros;

o) reproduzcan, imiten o incluyan la denominación de una variedad vegetal protegida en un País Miembro o en el extranjero, si el signo se destinara a productos o servicios relativos a esa variedad o su uso fuere susceptible de causar confusión o asociación con la variedad;

p) sean contrarios a la ley, a la moral, al orden público o a las buenas costumbres;

No obstante lo previsto en los literales b), e), f), g) y h), un signo podrá ser registrado como marca si quien solicita el registro o su causante lo hubiese estado usando constantemente en el País Miembro y, por efecto de tal uso, el signo ha adquirido aptitud distintiva respecto de los productos o servicios a los cuales se aplica.

⁴⁶ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. PROCESO N° 27-IP-95 Caso "GRASAS VEGETALES. S.A.

Por el mundo globalizado, todos los días se encuentran nuevas creaciones e ideas, por ende ingresan al mercado muchas marcas sean denominativas o gráficas.

El registro de una marca ya no versa simplemente en el registro de un signo denominativo o mixto, sino que ahora también se discute el registrar marcas olfativas, sonoras o táctiles.

Todo nace a raíz de la percepción, pues los consumidores, a través de sus diferentes sentidos podrán percibir lo que las marcas quieren informar, más allá de solo la parte visual; ya que también se puede utilizar el tacto, el olfato y el oído para poder distinguir una marca.

Por tal razón está por definirse si el único requisito previo al registro de una marca es mediante la representación gráfica.

Ahora bien, la perceptibilidad se contempla en el Capítulo V en la Sección de los Requisitos para el registro de marcas de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en el Art. 81 establece lo siguiente:

Podrán registrarse como marcas los signos que sean perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica.

Se entenderá por marca todo signo perceptible capaz de distinguir en el mercado, los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de los productos o servicios idénticos o similares de otra persona.

Por lo cual, de conformidad con este artículo se podría decir que las marcas olfativas, gustativas y sonoras pueden ser registradas. Tenemos como ejemplo: en Gaceta de la Propiedad Intelectual 532 del mes de mayo de 2009, se publicó la Marca Auditiva de INTRU, solicitada por Intel Corporation.

2.1.10 Vigencia de una Marca

Tanto la Decisión 486 de la Comunidad Andina, en el artículo 153, como la Ley de Propiedad Intelectual, en el Art. 213, establecen que: el titular del registro de una marca, que tuviere legítimo interés, le corresponderá solicitar la renovación del registro, ante la Dirección u oficina competente, dentro de los seis meses anteriores a la expiración, que también gozará de un plazo de gracia de seis meses contados a partir de la fecha de vencimiento.

“El plazo de vigencia del derecho de exclusiva constituye uno de los temas fundamentales para todos los institutos de la propiedad industrial...”⁴⁷

El titular de una marca debe solicitar la renovación dentro del término previsto en la Ley de Propiedad Intelectual, a los seis meses previos a su vencimiento o en el periodo de gracia de seis meses posteriores a su vencimiento.

Una vez vencida la marca, la única solución es solicitar la reinscripción del signo. Esto puede generar un conflicto y por consiguiente se puede perder la marca.

Si no se realiza la renovación de la marca se entenderá por caducada. El no renovar la marca es una forma de extinguir los derechos que le asisten al titular de la misma.

2.2 ACCIONES PARA HACER VALER LOS DERECHOS QUE OTORGA EL REGISTRO DE UNA MARCA A SU TITULAR

La Ley de Propiedad Intelectual nos dice en el Art. 216: El derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por su registro ante la Dirección Nacional de Propiedad Industrial. La marca debe utilizarse tal cual fue registrada. Sólo

⁴⁷ BUGALLO, B. Propiedad Intelectual. Edición Fundación de Cultura Universitaria.

se admitirán variaciones que signifiquen modificaciones o alteraciones secundarias del signo registrado.

De conformidad con la Decisión 486 de la Comunidad Andina en el Art. 154: El derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente.

El derecho principal que confiere el registro de una marca, es el uso exclusivo de la misma, es decir no permitir que terceros la utilicen en el mercado. El titular de una marca tendrá la libertad suficiente para hacer con ella lo que quiera, podrá ser transferida, vendida o licenciada tiene la potestad total en cuanto a la marca.

(...) dentro de diversas legislaciones que consagran el registro como único mecanismo de obtención del derecho de exclusiva, podemos distinguir tres tendencias: A). las que permiten que el usuario extrarregistral pueda impugnar el registro posterior de ese mismo signo en todos los casos y sin ningún límite en el tiempo. B) las que admiten esa impugnación sólo dentro de cierto límite de tiempo, (...) y C) Las que establecen su impugnación sólo en casos excepcionales como la mala fe y la marca notoria.⁴⁸

El titular de una marca, no puede prohibir a un tercero usar la marca para anunciar, ofrecer en venta o la disponibilidad de los productos y servicios, por cuanto un tercero podría tener ciertos derechos sobre las marcas, siempre y cuando no abuse y las utilice de mala fe.

La finalidad de una marca además de distinguir un bien o servicio también es proteger, es por eso que se adoptó la Clasificación Internacional de Productos y Servicios, de Niza, revisado en Estocolmo en 1967 y en Ginebra en 1977.⁴⁹

⁴⁸ ALEMÁN, M. Marcas Normativa subregional sobre marcas de productos y servicios. Editorial Top Management Intenational. Pág. 71.

⁴⁹ ECUADOR. LEY PROPIEDAD INTELECTUAL. Ley N° 83. Registro Oficial 320 de 19 de Mayo de 1998 Art. 215. para determinar la clase internacional en los registros de marcas, se utilizará la Clasificación Internacional de Niza del 15 de junio de 1957, con sus actualizaciones y modificaciones. La Clasificación Internacional referida en el inciso anterior no determinará si los productos o servicios son similares o diferentes entre sí.

El principio de especialidad es fundamental dentro de la clasificación de Niza, toda vez que es uno de los principios generales del derecho marcario. Cuando se presenta una solicitud de inscripción de una marca, además de los requisitos que debe contener la misma; la marca estará acompañada de la Clasificación de Niza; la marca restringe la protección a ciertos bienes y servicios de acuerdo a la clasificación internacional adoptada por su titular.

En el momento que el titular perciba que su derecho respecto de la marca es afectado, tiene la facultad, por el legítimo interés que le asiste, interponer oposición o recurso contra la marca similar, siempre que exista semejanza en su denominación y los bienes y servicios que son protegidos, puesto que el principio de especialidad garantiza el registro de marcas idénticas o similares siempre que no exista la posibilidad de confusión en el mercado.

Además de adquirir un derecho exclusivo al uso de una marca, también se adquiere notoriedad sobre ella, convirtiéndose en un derecho susceptible de protección.

Una marca notoria, como bien se establece en el Art. 197 de la Ley de Propiedad Intelectual, es aquella que dentro del mercado es altamente conocida y reconocida por el público consumidor de un sector; como por ejemplo la marca Coca-Cola que se encuentra dentro de las gaseosas; aquella que reluce entre las demás, sea por la trayectoria en el mercado, su notable calidad y su excelente promoción a través de una constante y seria publicidad.

La notoriedad de una marca, rebasa el principio de especialidad, puesto que la marca notoria contiene prestigio y reputación dentro del mercado, legalmente adquirido, gracias a un proceso honesto y constante, trata de evitar una mala utilización por terceros, ya que desacreditaría su notoriedad.⁵⁰

⁵⁰ECUADOR. LEY PROPIEDAD INTELECTUAL. Ley No. 83. Registro Oficial 320 de 19 de Mayo de 1998 Art. 197 establece lo siguiente:.- Para determinar si una marca es notoriamente conocida, se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

Al obtener la notoriedad y distintividad de una marca en el mercado o en algunos mercados alrededor del mundo, el titular debe precautelar el manejo de su marca dentro de ciertos aspectos: observar el manejo de la marca por los distribuidores, cómo se encuentra ubicado el producto en el mercado, cómo es utilizada la publicidad y la calidad del producto o servicio, y así evitar un mal manejo que puede generar confusión en el consumidor o que un tercero se beneficie de la fama de la marca.

Dentro del sistema legal del Ecuador y en general alrededor del mundo, para que exista la titularidad de una marca es necesario obtener el registro de la misma, puesto que no se atribuirá ningún derecho. Una vez adquirido el derecho, el titular podrá interponer oposición o en tal caso el recurso más favorable. El principio de legalidad permitirá a los titulares de las marcas definir los productos que serán sujetos de protección, así se evitara la confusión y error entre las marcas. La notoriedad beneficiará la reputación y fama de la marca y empresa. Consecuentemente, con el registro de una marca, las acciones judiciales correspondientes, conjuntamente con el principio de especialidad y el desarrollo de la notoriedad del signo, será el método de protección para hacer valer los derechos sobre una marca.

2.3 UTILIZACIÓN DE UNA MARCA AJENA

Anteriormente se dejó aclarado, el tema de la titularidad de una marca, respecto del solicitante, los derechos que le asisten y las obligaciones que le generan, de igual manera las atribuciones de terceros.

Como se analizó previamente, el titular de una marca trabajará y hará su mejor esfuerzo para que su marca sea identificada dentro del público consumidor y

a) La extensión de su conocimiento por el sector pertinente del público como signo distintivo de los productos o servicios para los cuales se utiliza;

b) La intensidad y el ámbito de la difusión y de la publicidad o promoción de la marca;

c) La antigüedad de la marca y su uso constante; y,

d) El análisis de producción y mercadeo de los productos o servicios que distinguen la marca.

de acuerdo a su empeño, podrá llegar a ser una marca notoria o de alto renombre.

El titular de una marca está consciente de la ventaja que acarrea poseer una marca reconocida por los consumidores y del público en general, puesto que a más de tener una venta exitosa del producto, una marca puede ser valorada a tal punto, que llega a formar parte del patrimonio de su titular.

Registrada la marca, su titular adquiere el derecho a usarla, excluir o renunciar parcial o totalmente la protección a ciertos bienes o servicios, sujetos de protección de la marca. Asimismo, tiene derecho a oponerse a aquellos que utilicen su misma marca o una que cause confusión; también puede transferir o ceder la marca mediante una licencia de uso a un tercero, a cambio de un rédito económico o simplemente renunciar a la misma.

La manera de perder los derechos sobre una marca son: por la renuncia, por la renuncia parcial, por la venta de la marca, la falta de uso o su vencimiento.

Ahora bien, como se ha mencionado anteriormente, se puede usar una marca ajena, mientras no se exceda los límites del tercero. El que no es titular tiene la facultad de introducir la marca en el mercado, venderla y difundirla, más no puede apropiarse de los beneficios por la notoriedad o distintividad de la misma. Es por ello que los titulares de las marcas deben considerar el mantenimiento, manejo y observancia de su marca.

Al hablar de la utilización de una marca ajena, se considerará el usar una marca de la cual no se es titular y abusar de su notoriedad o renombre. El uso de una marca ajena se manifiesta de la siguiente manera: por la falsificación de marcas, imitación, uso de la marca en publicidad o venta de una marca ajena.

- Falsificación de Marcas e Imitación

La fabricación material de un signo que constituye la reproducción servil o casi servil de una marca registrada ajena, con un propósito comercial, y con relación a los productos o servicios designados por dicha marca, o productos o servicios similares a éstos.⁵¹

La falsificación es un mal de hoy en día, lastimosamente no se podrá evitar este fenómeno en países como el Ecuador sino se concientiza a las personas, a los consumidores, de la infracción que se está cometiendo y el daño al productor.

Los consumidores de los países sin suficiente cultura, encuentran un beneficio económico en los productos falsificados y a pesar de su condición los eligen, puesto que hay ciertos productos acompañados por marcas que por su calidad, prestigio y costo su adquisición es casi imposible. Los consumidores que no tienen ese presupuesto para satisfacer alguna necesidad, comprarán el producto falsificado, que irá acompañado por una marca de prestigio, que no solo le satisface la necesidad sino que también aumentará su status social.

Cabe aclarar que, pueden existir casos en los cuales el consumidor no tiene conocimiento que el producto adquirido es falsificado. Esto solo lo podrá comprobar cuando obtenga resultados negativos a los esperados.

La falsificación de una marca es un aspecto importante, ya que el productor, fabricante o empresario, durante mucho tiempo y de manera constante trabaja para ofrecer al consumidor un producto o servicio de alta calidad, gracias a su empeño e inversión.

El titular de una marca se verá afectado, cuando un tercero falsifique la marca, puesto que éste no necesariamente va a mantener la calidad y el

⁵¹ BERTONE, L. y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (1989). Op. Cit. Pág. 192.

precio será más bajo. Todo esto va a generar que el empresario trate de evitar esta infracción, que no solo que denigra el prestigio de la marca, sino también se verá afectado en la parte económica.

La imitación fraudulenta consiste en la fabricación material de un signo que, sin constituir una copia servil o casi servil de una marca ajena registrada, presenta una similitud más o menos caracterizada con ésta, de tal modo que, la confusión sea posible.⁵²

- Uso de la Marca en Publicidad

En términos generales, la utilización de signos marcarios en publicaciones no tiene funciones distintivas y escapa así a los derechos del titular de la marca. Ello no implica que ese uso sea necesariamente lícito. Puede ser ilícitamente denigratorio o causar perjuicios injustificados por implicar falsedades dañosas.⁵³

De igual manera el titular de una marca tendrá que precautelar los derechos que le asisten sobre una marca; sea a través de profesionales en el tema, como los abogados expertos en Propiedad Intelectual o encargarse de observar constantemente si existiere publicidad con marcas iguales o similares que afecte sus intereses.

2.4 LAS MARCAS EN LA PUBLICIDAD

Es imposible determinar cuál será el valor de una frase publicitaria. Ello dependerá del uso que se le dé en el futuro (...) La capacidad publicitaria no puede ser más, pues, que el resultado de una buena o mala elección del signo, pero no la llave de acceso a la registrabilidad.⁵⁴

⁵² Ibidem. Pág. 192.

⁵³ Ibidem. Pág. 255.

⁵⁴ Ibidem. Pág. 56.

Es viable registrar frases publicitarias como lemas comerciales, deben ser originales; hay que tener cuidado que estas frases no sean engañosas, puesto que van a transmitir todo lo necesario para promocionar un producto.

Dentro de la publicidad encontramos un fenómeno que da mucho de que discutir, cuando se realiza una propaganda, no es el titular de la marca quien tiene la idea y transmite a través de los medios de comunicación las características, bondades y oferta del producto o servicio, es el creativo y el anunciante que se encargan de esa tarea, por lo cual hay que advertir que en el momento de realizar el anuncio no se omita información acerca del producto, puesto que se enfrentaría con una negligencia que va a perjudicar al fabricante y/o el titular de la marca.

La información de un producto transmitida al consumidor debe ser estrictamente la real; sin embargo, hay información que no es real y resulta que el consumidor puede realizar una elección de un producto de manera incorrecta.

La sociedad se encuentra rodeada de publicidad, por los diferentes canales de comunicación. La información emitida es un aspecto que llega a ser de gran influencia en las personas, no para menos si durante todo el día, la persona será bombardeada con información publicitaria, que a pesar que no se preste mucha atención, inconscientemente esta ahí, con la finalidad que la información ayude al consumidor a conocer sobre un producto y a elegir el mejor.

Es increíble como la publicidad se apoya en la marca, puesto que esta es la que identificará el producto, la publicidad tan solo informará.

El titular de una marca tiene que destacar a su producto ya que los consumidores en la mayoría de ocasiones compran marcas, además tiene que conservar la calidad del producto y mantener informado a los consumidores sobre el mismo, de nada sirve que la calidad sea buena y que la publicidad sea mala.

Con la publicidad se pueden cometer ciertos errores tales como: el realizar una comparación de productos desacreditando el uno con el otro. También se puede informar sobre la calidad del producto y no ser real, lo cual traerá decepción al consumidor e identificará a tal producto como engañoso, induciendo a error, generando confusión, razón por lo cual la publicidad dentro del mercado tiene como función el informar sobre una marca, si no es utilizada de manera correcta, podría acarrear actos fuera de lo permitido entre los competidores.

La publicidad tiene por objetivo dar a conocer un producto o servicio en el mercado, alcanzar el prestigio de la marca y por consiguiente su notoriedad, si no es bien utilizada puede atraer no solo problemas a los consumidores y competidores, sino también las marcas.

Pudiendo así concluir que las marcas son la base fundamental dentro de la publicidad; sin marcas no habría publicidad y sin publicidad no habría conexión entre consumidor y producto.

2.5 DERECHOS DE AUTOR DERIVADOS DE LA PUBLICIDAD

2.5.1 Protección de los Derechos de Autor en Creaciones Publicitarias

Para dar inicio con este tema es importante tener una idea muy amplia y clara de lo que es el Derecho de Autor como parte del Derecho de Propiedad Intelectual, y de esa forma analizar el valor del tema frente a la publicidad engañosa; haciendo referencia a las empresas y agencias de publicidad como parte de este contenido.

Es la rama del derecho que va a regular los derechos subjetivos de los autores, sus creaciones, como se lo establece en la legislación ecuatoriana en la Ley de Propiedad Intelectual, Art. 8 que dice: la protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera

que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad. Que se ejerce sobre la parte intelectual, es decir la forma de expresar una idea más no sobre la obra, (la cosa).

El derecho de autor garantiza y/o protege al creador de una obra. Es importante destacar en este punto, que el derecho de autor solo protege las creaciones, más no las ideas a pesar que estas sean novedosas. La protección versa sobre la forma de expresar la idea.

El derecho de autor propugna la creación de obras. Si se otorgaran derechos exclusivos sobre las ideas consideradas en sí misma, se obstaculizaría su difusión y con ello se impediría el desenvolvimiento de la creatividad intelectual, se trabaaría, como dice Villalba, la creación de una ilimitada cantidad de obras diferentes.⁵⁵

En el derecho de autor encontramos los siguientes derechos: patrimoniales, derechos morales, derechos al reconocimiento de su paternidad intelectual, derecho al respeto y a la integridad de su obra.

Los morales son aquellos que protegen los intereses intelectuales de su creador, a quien se le faculta el divulgar o mantener su obra reservada, siendo su duración ilimitada. La ley de Propiedad Intelectual en su Art. 18 establece que:

Constituyen derechos morales irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles del autor.⁵⁶

⁵⁵ LIPSZYC, D. (1993). Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ediciones UNESCO. CERLALC. ZAVALIA. Pág. 62.

⁵⁶ ECUADOR, LEY PROPIEDAD INTELECTUAL, Ley No. 83. Registro Oficial 320 de 19 de Mayo de 1998.

Art. 18 Derechos Morales.

a) Reivindicar la paternidad de su obra;

b) Mantener la obra inédita o conservarla en el anonimato o exigir que se mencione su nombre o seudónimo cada vez que sea utilizada;

c) Oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra que pueda perjudicar el honor o la reputación de su autor;

d) Acceder al ejemplar único o raro de la obra que se encuentre en posesión de un tercero, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda; y,

El derecho patrimonial tiene que ver con la explotación económica de la obra, que va de la mano con el derecho moral, que va a precautelar los intereses intelectuales. En el caso de la muerte del autor, la titularidad pasa a sus herederos durante un plazo de setenta años.⁵⁷

La Ley de Propiedad Intelectual establece en el Art. 19: El autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra en cualquier forma y de obtener por ello beneficios, salvo las limitaciones establecidas en el presente Libro.

De conformidad con la Ley de Propiedad Intelectual, el autor tendrá la facultad de reproducir la obra, la comunicación de la obra, su distribución, la importación y la traducción, adaptación, arreglo o transformación de la obra, siempre y cuando exista una autorización expresa del autor, en consecuencia el respeto y la integridad de su obra determina que una vez que se difunde la obra, en el momento de su utilización esta no puede sufrir modificaciones sin el permiso del autor; el autor podrá vender la obra y tener los derechos patrimoniales, pero los morales son ilimitados, por cuanto le asiste el derecho a reclamar si su obra fue cambiada y por ende precautelara que no se desacredite su nombre.

El derecho al reconocimiento de la paternidad intelectual, quiere decir que faculta a su creador o creadores poner el nombre en la obra.

Como se mencionó anteriormente, el derecho de autor protege obras intelectuales, su forma de ser expresadas. Partiendo de esta premisa, también es importante mencionar que el derecho de autor protege una obra por su originalidad y la personalidad que caracteriza la misma, ya que todos tienen

d) Acceder al ejemplar único o raro de la obra que se encuentre en posesión de un tercero, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda; y,

e) La violación de cualquiera de los derechos establecidos en los literales anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios independientemente de las otras acciones contempladas en esta Ley.

A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos mencionados en los literales a) y c) corresponderá, sin límite de tiempo, a sus causahabientes.

Los causahabientes podrán ejercer el derecho establecido en el literal b), durante un plazo de setenta años desde la muerte del autor

⁵⁷ DE LA DURACIÓN. Art. 80.- El derecho patrimonial dura toda la vida del autor y setenta años después de su fallecimiento, cualquiera que sea el país de origen de la obra. En las obras en colaboración, el período de protección correrá desde la muerte del último coautor. Cuando se trate de obras póstumas, el plazo de setenta años comenzará a correr desde la fecha del fallecimiento del autor. (...)

ideas, lo que diferencia unos con otros es la esencia, la forma de ver las cosas, es lo que los hace únicos y por ende se logran obtener creativas creaciones.

La originalidad no es un requisito para su protección, el derecho de autor si permite que se utilicen datos, información, ideas previas. Para que una obra se proteja se requiere que la forma de emitir una idea sea diferente lo que le dará su propia originalidad.

“El proceso de creación de una obra literaria se distinguen por tres etapas: primero el autor concibe la idea, luego elabora el plan de su desarrollo, su composición y finalmente, la expresa”.⁵⁸

Por lo cual la originalidad no versa en la idea, sino en la manera en que esta es transmitida al público.⁵⁹

Además de la protección de las obras que determina la ley, también hay protección para los eslóganes publicitarios, esto es lógico puesto que como se indicó en el capítulo anterior, una propaganda publicitaria se basa en un producto o servicio; se presenta una idea que tiene que ser necesariamente

⁵⁸ LIPSZYC, D. (1993). *Op. Cit.* Pág. 70.

⁵⁹ ECUADOR. LEY PROPIEDAD INTELECTUAL. Ley No. 83. Registro Oficial 320 de 19 de Mayo de 1998 Art. 8. Las obras protegidas comprenden, entre otras, las siguientes:

- a) Libros, folletos, impresos, epistolarios, artículos, novelas, cuentos, poemas, crónicas, críticas, ensayos, misivas, guiones para teatro, cinematografía, televisión, conferencias, discursos, lecciones, sermones, alegatos en derecho, memorias y otras obras de similar naturaleza, expresadas en cualquier forma;
- b) Colecciones de obras, tales como antologías o compilaciones y bases de datos de toda clase, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio de los derechos de autor que subsistan sobre los materiales o datos;
- c) Obras dramáticas y dramático musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general las obras teatrales;
- d) Composiciones musicales con o sin letra;
- e) Obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales
- f) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos, comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas;
- g) Proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería;
- h) Ilustraciones, gráficos, mapas y diseños relativos a la geografía, la topografía, y en general a la ciencia;
- i) Obras fotográficas y las expresadas por procedimientos análogos a la fotografía;
- j) Obras de arte aplicada, aunque su valor artístico no pueda ser dissociado del carácter industrial de los objetos a los cuales estén incorporadas;
- k) Programas de ordenador; y,
- l) Adaptaciones, traducciones, arreglos, revisiones, actualizaciones y anotaciones; compendios, resúmenes y extractos; y, otras transformaciones de una obra, realizadas con expresa autorización de los autores de las obras originales, y sin perjuicio de sus derechos.

Sin perjuicio de los derechos de propiedad industrial, los títulos de programas y noticieros radiales o televisados, de diarios, revistas y otras publicaciones periódicas, quedan protegidos durante un año después de la salida del último número o de la comunicación pública del último programa, salvo que se trate de publicaciones o producciones anuales, en cuyo caso el plazo de protección se extenderá a tres años.

original y creativa, una idea que a nadie se le haya ocurrido y pueda ser plasmada en un eslogan que es un trabajo muy difícil, por eso se contempla dentro de la protección de derechos de autor.

Se debe recalcar que el derecho de autor tiene como finalidad y objetivo el proteger la manifestación de la idea, consecuencia de una creación intelectual.

El derecho de autor protege la forma propia de expresar con racionalidad o no un pensamiento.

Dentro de la publicidad, como hemos visto, existen varias formas de transmitir los mensajes al público consumidor y según consta en la ley y la doctrina los derechos de autor se encuentran inmersos dentro de estos medios de comunicación, que por su alto nivel creativo, personalizado y único requieren de su protección.

Además de la protección sobre los medios de comunicación utilizados para realizar publicidad, encontramos otros elementos que también conforman una campaña publicitaria y son sujetos de protección.

En una campaña publicitaria, se pueden emplear, anuncios, carteles, vallas, propagandas, volantes etc. Dentro de estos encontramos fotografías, música, dibujos, diseños, textos, colores, obras teatrales, obras cinematográficas, videos etc. Todo lo mencionado se encuentra protegido por el derecho de autor.

Ahora bien, la cuestión que se debe solucionar es determinar quien es el responsable cuando se realiza publicidad engañosa.

Antes de responder a esta inquietud, es necesario mencionar lo siguiente:

La clasificación de autor corresponde a la persona que crea la obra, "la consecuencia natural es que la titularidad originaria corresponda a la persona física que crea la obra".⁶⁰

Se sobre entiende que la persona jurídica no puede crear obras, entonces ¿son titulares de las obras? ¿Son autores? Pues bien, las personas que integran una empresa serán los autores de una obra. A las personas jurídicas se los llama también titulares derivados, puesto que adquieren la titularidad de una obra, sin embargo esta calidad no le permite obtener todos los derechos, como los morales, puesto que éstos son propios del autor.

En el derecho de autor existen limitaciones, estas deben ser tomadas en cuenta, tanto por la empresa contratante como por la agencia de publicidad, puesto que dependerá de la campaña publicitaria y su forma de realizarse, la necesidad de pedir la autorización a los autores de los diferentes aspectos que conforman un trabajo de publicidad.

Las limitaciones pueden ser de dos clases:

1. Aquellas de utilización libre y gratuita, que no requieren de autorización ni remuneración.
2. Aquellas (licencias no voluntarias) (licencias legales y licencias obligatorias) que están sujetas remuneración y no necesitan de autorización.

Las que autorizan de manera libre y gratuita son aquellas que se someten a lo establecido en la ley, conservando el derecho moral del autor, por lo cual se debe mencionar el nombre del mismo, citando la fuente y no crear modificaciones en la obra, por ejemplo obras para uso educativos.⁶¹

⁶⁰ LIPSZYC, D. (1993). Op. Cit. Pág. 123.

⁶¹ Ibidem. Pág. 222-238.

Las licencias no voluntarias, las licencias legales la utilización es libre y la remuneración es determinada por la ley o la autoridad competente. Bajo las licencias obligatorias la utilización es libre pero hay una retribución que debe ser negociada con el autor,⁶² por ejemplo licencia no voluntaria para radiodifusión.⁶³

En la Ley de Propiedad Intelectual se contempla como obra: Toda creación intelectual original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse.

Obra colectiva: Es la creada por varios autores, por iniciativa y bajo la responsabilidad de una persona natural o jurídica, que la publica o divulga con su propio nombre, y en la que no es posible identificar a los autores o individualizar sus aportes.

En la Ley de Propiedad Intelectual se menciona en el Art. 15: salvo pacto en contrario, se reputará como titular de los derechos de autor de una obra colectiva a la persona natural o jurídica que haya organizado, coordinado y dirigido la obra, quien podrá ejercer en nombre propio los derechos morales para la explotación de la obra.

Se presumirá como titular de una obra colectiva a la persona natural o jurídica que aparezca indicada como tal en la obra.

Puede darse el caso, que la publicidad se realice bajo la iniciativa de una persona natural o jurídica, donde la persona que tiene la decisión tiene la facultad de editar y divulgar la obra con su nombre, sin dejar constancia de sus creadores.

⁶² Ibidem. Pág. 220.

⁶³ Ibidem. Pág. 245.

Obra por encargo: Es el producto de un contrato para la realización de una obra determinada, sin que medie entre el autor y quien la encomienda una relación de empleo o trabajo.

Las obras por encargo son aquellas en las que se encomienda al autor realizar una obra a cambio de una remuneración.

La Ley de Propiedad Intelectual en el Art. 16: salvo pacto en contrario o disposición especial contenida en el presente libro, la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral corresponderá al empleador, quien estará autorizado a ejercer los derechos morales para la explotación de la obra.

En las obras creadas por encargo, la titularidad corresponderá al comitente de manera no exclusiva, por lo que el autor conservará el derecho de explotarlas en forma distinta a la contemplada en el contrato, siempre que no entrañe competencia desleal.

En el caso de las obras que surgen por una relación laboral, el titular de la misma será el empleador, situación que se da en su mayoría de veces con publicistas, puesto que ellos trabajan en agencias y por ende existe relación laboral.

Las obras creadas en virtud de una relación contractual laboral son frecuentes en determinados campos, periodismo, arquitectura, publicidad...., esta situación supone que el autor asalariado va creando las obras a medida que el empleador se las solicita.⁶⁴

Obra en colaboración: La creada conjuntamente por dos o más personas naturales. Este tipo de obras se dan cuando se encuentran en igualdad de condiciones, se realiza entre dos o más personas, en estos casos se darán entre creativos, los cuales aportan sus ideas y sugerencias como un equipo.

⁶⁴ Ibidem. Pág. 146.

Sin embargo, es importante recalcar, que las obras por colaboración pueden ser de dos tipos, aquellas indivisibles o las imperfectas cuando cada uno de sus integrantes puede individualizar su idea. Para que una obra de colaboración sea divulgada o en caso de ser necesario modificada, se necesita de la autorización de todos los que conformaron la obra.

El Art. 13 de la Ley de Propiedad Intelectual establece: en la obra en colaboración divisible, cada colaborador es titular de los derechos sobre la parte de que es autor, salvo pacto en contrario.

En la obra en colaboración indivisible, los derechos pertenecen en común y proindiviso, a los coautores, a menos que se hubiere acordado otra cosa.

2.5.2 Utilización de los Derechos de Autor en Publicidad

Las obras publicitarias son creaciones intelectuales categorizadas en función de su destino en el mercado: constituir un instrumento de la publicidad comercial.⁶⁵

Una obra publicitaria es aquella que por medios de comunicación o a través de transmisión de mensajes publicitarios tales como: afiches, gráficos, spots en radio o televisión, informan al público consumidor sobre un producto o servicio, de forma creativa y llamativa.

Como se dijo anteriormente, la protección intelectual versa en la forma de expresar la idea, en la publicidad se manifiesta por su creatividad y originalidad.

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.⁶⁶

⁶⁵ BUGALLO, B. Op. Cit. Pág. 629.

⁶⁶ Ibidem. Pág. 630.

La protección de una idea publicitaria por el derecho de autor no es admisible, mientras no se exteriorice formalmente.⁶⁷

La publicidad, constantemente va a informar al consumidor sobre un producto o servicio, nos enseñará y ofrecerá de forma original, dinámica, creativa diferente: Pues bien, para que un mensaje publicitario quede en la mente de una persona debe ser original. Cuando la publicidad conquista la mente del consumidor, su meta estará cumplida. Es por ello que en la doctrina existe un conflicto, puesto que hay algunos autores que señalan que: el derecho de autor protege la forma de expresar la idea y consideran que también, se debería proteger su originalidad. Sin embargo, si nos centramos en ese punto nos separaríamos del concepto de la protección de derecho de autor en sí. Cabe aclarar que la forma de expresión de una idea debe ser diferente, para que cumpla con el requisito de protección, por tanto si una idea es plasmada de forma original, se cumple con el principio "se protege la forma de expresar (originalidad, creatividad) la idea.

En la publicidad nos encontraremos con varios escenarios, en cuanto a la relación entre la empresa y la agencia de publicidad o directamente con un publicista.

Un ejemplo común es que una empresa contrata a una agencia de publicidad para que realice una campaña publicitaria para ofrecer al público consumidor su producto nuevo. La empresa entrega los datos sobre el producto; con todos éstos la agencia de publicidad encargará a sus publicistas realizar la propaganda. En este caso nos encontramos con obra por encargo, como obra colectiva.

La agencia de publicidad realiza un maravilloso trabajo en la parte creativa, por tanto la empresa queda satisfecha con la propaganda y la publica.

⁶⁷ *Ibidem*. Pág. 631.

Actuando de buena fe, la empresa no se percató que el comercial contiene elementos que han sido protegidos por derechos de autor, y sus titulares reclaman el uso de diseños, colores y música que no fueron debidamente solicitados ni previamente autorizados.

Lastimosamente, en este supuesto la empresa y la agencia no firmaron ningún contrato, cuando en el derecho de autor es necesario que este tipo de trabajos sean formalizados; que exista una celebración por escrito.

Es lógico que los autores de dichos elementos demanden directamente a la empresa que está utilizando la propaganda; la empresa repite contra la agencia de publicidad, que por su desconocimiento de la ley, realizó un trabajo que perjudicó a su cliente. La agencia de publicidad podrá pagar una indemnización por los daños causados; sin embargo, al no realizarse un contrato por escrito, el titular de una obra es aquel que la utiliza, y que en este caso es la empresa contratante.

En conclusión la legislación ecuatoriana, no cuenta con una regulación específica para la protección de derechos de autor en las obras realizadas por los creativos a diferencia de otros países, donde es una obligación poner el logo de la agencia publicitaria, de ser el caso.

Otro fenómeno que se da en nuestro país, es la contratación de este tipo de servicios sin su debida formalización. Se genera un conflicto al determinar quien es el responsable, en cuanto a la utilización de obras o elementos sin la autorización del autor; en el momento de una demanda, la empresa que generalmente de buena fe acepta el trabajo de las agencias, no pone énfasis en los asuntos de propiedad intelectual al igual que los publicistas, por lo que se suscitan estos problemas y abusos en propiedad intelectual.⁶⁸

⁶⁸ ECUADOR. LEY PROPIEDAD INTELECTUAL. Ley N° 83. Registro Oficial 320 de 19 de Mayo de 1998 DE LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS Art. 79.-

Son contratos publicitarios los que tengan por finalidad la explotación de obras con fines de publicidad o identificación de anuncios o de propaganda a través de cualquier medio de difusión.

Por lo cual, para determinar quien es el responsable de difundir o realizar la publicidad que genera confusión, error o engaño, debe ser debidamente estudiado y analizado, puesto que como se ha demostrado, existen muchas condiciones que hacen que la situación y la condición tanto del autor, del titular o del que utiliza una obra les de la calidad de responsables.

Sin perjuicio de lo que estipulen las partes, el contrato habilitará la difusión de los anuncios o propaganda hasta por un periodo máximo de seis meses a partir de la primera comunicación, debiendo retribuirse separadamente por cada periodo adicional de seis meses.

El contrato deberá precisar el soporte material en los que se reproducirá la obra, cuando se trate del derecho de reproducción, así como el número de ejemplares que incluirá el tiraje si fuere del caso. Cada tiraje adicional requerirá de un acuerdo expreso.

Son aplicables a estos contratos de modo supletorio las disposiciones relativas a los contratos de edición, inclusión fonográfica y, producción audiovisual

CAPITULO III

3 LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA COMO EXPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL BAJO EL RÉGIMEN ECUATORIANO

3.1 ANTECEDENTES

3.1.1 Concepto

El presente estudio tiene por finalidad el establecer el significado de la Competencia Desleal desde sus inicios, su relevancia jurídica dentro del mercado, las consecuencias entre los competidores y sus consumidores, la regulación utilizada para tratar asuntos relacionados con la Competencia Desleal asociado a la Publicidad Engañosa.

El Convenio de la Unión de París, no señala una definición de lo que es competencia desleal, más bien establece en el Art. 10 bis, los actos que constituyen competencia desleal y a su vez los enumera.⁶⁹

La Decisión 486 de la Comunidad Andina señala en su Artículo 258.- Se considera desleal todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestos.

⁶⁹ Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

Competencia desleal.

(...) 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.

3) En particular deberán prohibirse:

(I) cualquier acto capaz de crear una confusión, (...)

(II) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio (...)

(III) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza. (...)

La Constitución de la República del Ecuador de 2008, en la sección quinta, Intercambios económicos y comercio justo, en el Art. 335 establece lo siguiente:

El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. 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.

La Ley de Propiedad Intelectual en su libro IV, Art. 284, define lo que es competencia desleal como: Se considera competencia desleal a todo hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas. La expresión actividades económicas, se entenderá en sentido amplio, que abarque incluso actividades de profesionales tales como abogados, médicos, ingenieros y otros campos en el ejercicio de cualquier profesión, arte u oficio. Para la definición de usos honestos se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales, o que tengan puntos de conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional.

Joaquín Garrigues, establece lo siguiente:

La competencia desleal es tan antigua como la competencia misma. Varían los medios, pero subsiste la finalidad siempre igual: apartar a los demás para ser el primero. Más, los competidores no utilizan – como en los antiguos torneos – las mismas armas, sino que se valen de todos los medios a su alcance – como en la guerra moderna -. Las variadísimas formas de la competencia, pueden agruparse en tres manifestaciones: 1. Competencia por afirmación y desarrollo de la propia potencia de trabajo. 2. Competencia por su gestión, es decir, por influjo en la opinión pública mediante publicidad. 3. Competencia por presión del competidor,

sea por la directa debilitación de sus fuerzas (competencia por obstáculo), sea por la directa debilitación de su reclamación; es decir, de su reputación. Justamente en el campo cada día más extenso de la técnica publicitaria se encuentra hoy las formas más agudas de exceso en la competencia.⁷⁰

A decir de Guillermo Navarro: el bien jurídico protegido por la figura de la competencia desleal es, la libertad de comerciar dentro de las condiciones normales de competencia.⁷¹

Al efecto, la Competencia Desleal es todo acto o hecho utilizado por los competidores de manera contraria a lo consentido dentro de las buenas costumbres mercantiles, sobre un bien jurídico protegido dentro de la libre competencia, y como pieza básica de la economía. Por el tema que nos compete, coincidimos que tanto los convenios, las normas internacionales y las normas nacionales buscan garantizar la libre y leal competencia, como también la protección del consumidor.

3.1.2 Desarrollo de la Competencia Desleal

La competencia desleal se origina con la Revolución Industrial, como resultado del perfeccionamiento comercial, de aquí se desencadenan los primeros actos abusivos entre competidores.

Los empresarios de ese tiempo no tenían una normativa que regulara dichos actos, por lo que no existía límites, ni eran tutelados por ninguna norma; dicha situación cada vez se tornaba más difícil, por lo cual se dictan normas sancionadoras respecto de los actos de competencia desleal.

Se funda la libertad de competencia y libertad de las empresas, situación que trae como consecuencia el crecimiento constante de las compañías y por ende

⁷⁰ GARRIGUES, J. (1981). Curso de Derecho Mercantil. México: Editorial Porrúa S.A. Pág. 240.

⁷¹ NAVARRO, G. Delitos de deslealtad en el comercio y la industria. Buenos Aires: Pensamiento Jurídico Editora. Pág. 13-14.

el incremento de actividades contra sus competidores, ya que se desea ingresar nuevos y mejores productos en el mercado.

En Alemania se promulgó la Ley de Competencia desleal el 7 de junio de 1909, que sirvió de modelo para aplicarse en otras legislaciones; el modelo lo encontramos en países como:

Austria, que concentró el modelo adoptado por Alemania; Italia, incorporó las normas contra la competencia desleal en el Código Civil, a pesar de tener una connotación penal por los actos ilícitos que estos generan; en España se tipificaron los ilícitos a pesar de tener una connotación comercial, se le atribuyó como un tema meramente penal por las sanciones que se conciben.⁷²

En Francia encontramos la primera manifestación legislativa en el Art. 418 del Código Penal Napoleónico, el cual hace referencia al secreto industrial.⁷³

Pues bien, la regulación de la competencia desleal dependería de las leyes que normaban los aspectos económicos de cada uno de estos países; a pesar que su origen es de un mismo modelo. La regulación de la competencia desleal varía de conformidad con sus respectivas medidas económicas y la participación del Estado, fenómeno que se genera hasta hoy en día.

En la actualidad la norma supranacional acogida por estos países es el Convenio de la Unión de París, que tiene por objetivo la protección de la Propiedad Industrial, como también la represión a la competencia desleal. El Ecuador también se encuentra dentro de los países contratantes de este convenio, como más adelante será estudiado.

En razón del adelanto del comercio en el mundo, aún que en el Ecuador no existe un desarrollo tan rápido como en los países antes mencionados, de igual

⁷² GARCÍA, S. Competencia Desleal. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexiz. Pág. 11-12.

⁷³ *Ibidem*. Pág. 10.

manera se presentan acciones contrarias a las permitidas en el mercado, razón por la cual el Estado ecuatoriano ha suscrito tratados internacionales y promulgado normas para la protección de las actividades comerciales y todos aquellos que forman parte de éste. Pese a que en este último año existe una corriente legislativa por centrar los reclamos a niveles de la justicia local y que originará una fuerte tendencia a que la inversión extranjera baje, por falta de seguridad jurídica.

3.1.3 Legislación Comparada

Para dar un seguimiento más profundo a este tema, sería productivo e interesante realizar un breve análisis comparativo con legislaciones como la venezolana y colombiana que tratan el tema de competencia desleal.

La Ley venezolana de antimonopolio, antioligopolio y la competencia desleal, tiene por objetivo el prohibir conductas y prácticas monopólicas, duopólicas, oligopólicas, abuso de posición de dominio, demandas concentradas y competencia desleal. Venezuela busca reprimir a la competencia desleal para evitar que los competidores sean eliminados especialmente a través de la:

- Publicidad engañosa o falsa.
- La promoción de productos o servicios por declaraciones falsas.
- Y por último por el soborno comercial, que comprende los secretos industriales.

Por lo expuesto se puede apreciar que el objetivo principal de esta ley es el evitar que los consumidores sean afectados por la adquisición o la utilización de un producto o servicio falso; también tiene como finalidad el prevenir al mercado de prácticas contrarias a las buenas costumbres mercantiles, que necesariamente afectarán a sus competidores, tal situación es de interés público toda vez que el Estado busca el bienestar social y económico del país.

Colombia, en su ley, tiene como objetivo garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal. En su capítulo II establece cuales son concretamente los actos de competencia desleal:⁷⁴

Se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando este encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.

Por tanto la legislación colombiana consagraba que los actos de competencia desleal -acto de mala fe que tiene por objeto producir confusión entre los artículos de dos fabricantes o de los comerciantes, o que sin generar confusión tiende a desacreditar un establecimiento rival- dan lugar a indemnización de perjuicios y se reprimen por los jueces comunes.

El propósito de una regulación en cuanto a competencia desleal, además de regular que los competidores comercialicen sus productos y servicios de una manera honesta, también busca la protección de sus intereses, para así proteger y limitar los actos desleales entre empresarios.

3.1.4 Autoridad Competente para conocer Casos de Competencia Desleal

Por el tema que nos corresponde tratar "La Publicidad Engañosa como Competencia Desleal", la autoridad competente se encuentra estipulada claramente en la Ley de Propiedad Intelectual. Ahora bien, es necesario analizar de manera profunda ciertos aspectos que quizás pueden causar cierta

⁷⁴ COLOMBIA. LEY 256 DE 1996. (Enero 15). Normas sobre competencia desleal. Diario Oficial N° 42.692, de 18 de enero de 1996.

confusión en el momento de interponer una acción por causa de competencia desleal.

Es importante destacar que ley de Propiedad Intelectual entra en vigencia con su publicación en el Registro Oficial 320 de 19 de mayo de 1998. A pesar del tiempo transcurrido, el Ecuador aún no cuenta con Jueces especializados en materia de Propiedad Intelectual, que por descuido o falta de interés no han sido designados, situación que en la actualidad retrasa la resolución de los casos de Propiedad Intelectual.

En el Capítulo II Sección I de los procesos de conocimiento de la Ley de Propiedad Intelectual en el Art. 294 establece lo siguiente: Serán competentes para el conocimiento de las controversias sobre esta materia, en primera instancia, los Jueces Distritales de Propiedad Intelectual y, en segunda instancia los Tribunales Distritales de Propiedad Intelectual. Los recursos de casación que se dedujeren en ésta materia serán conocidos por la Sala Especializada en Propiedad Intelectual de la Corte Suprema de Justicia.

Tal como se ha señalado, la publicidad engañosa se encuentra enunciada en la ley como uno de los actos de competencia desleal, que en la práctica la resolución compete al Tribunal Contencioso Administrativo. Pues bien, en estos casos, el Instituto de Propiedad Intelectual previamente aceptará a trámite y el expediente será enviado al Tribunal Contencioso Administrativo para su resolución, de ser necesario, de conformidad con lo indicado en la misma ley, se interpondrán medidas cautelares, las cuales serán solicitadas ante el Juez de lo Civil. Por tanto el proceso al parecer no carece de normativa. Sin embargo a modo de una previa conclusión el Tribunal Contencioso a pesar de ser la autoridad competente para conocer los casos de competencia desleal, en la práctica por su falta de especialidad, emiten fallos alejados de la realidad jurídica en temas de Propiedad Intelectual, puesto que es obvio que esta rama del derecho requiere de un estudio más técnico, por tanto se hace imprescindible establecer la autoridad competente especializada.

De este hecho surge un controversial tema, ¿qué pasaría si el IEPI se inhibe de conocer un caso de competencia desleal, cuando un acto no se encuentra señalado a la ley?, partiendo del artículo 287 de la Ley de Propiedad Intelectual, se suscita el siguiente análisis:

Sin perjuicio de otras acciones legales que sean aplicables, toda persona natural o jurídica perjudicada podrá ejercer las acciones previstas en esta Ley, inclusive las medidas preventivas o cautelares.

De este artículo pueden surgir algunos razonamientos y estos son: en el supuesto que exista un acto de competencia desleal, que afectó a una empresa y se siente perjudicada, podrá acudir ante el IEPI y posteriormente ante el Tribunal Contencioso Administrativo, toda vez que esté artículo establece que toda persona natural o jurídica podrá ejercer las acciones previstas en la ley de Propiedad Intelectual. Entonces, por qué, en la práctica, no hay como hacerlo? Puesto que la ley se basa simplemente en los actos enumerados y quien reclame uno diferente deberá buscar una ley y una autoridad diferente, podríamos decir, dejándolo en la indefensión, como se señalo en el capítulo anterior.

Ahora bien de conformidad con el Art. 288 de la misma Ley, se señala:

La violación de cualquiera de los derechos sobre la propiedad intelectual establecidos en esta Ley, dará lugar al ejercicio de acciones civiles y administrativas; sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar, si el hecho estuviese tipificado como delito.

La tutela administrativa de los derechos de Propiedad Intelectual se regirá por lo previsto en el Libro V de la presente Ley.

Este artículo nos demuestra que necesariamente para interponer reclamo por competencia desleal se debe sujetar a los actos enumerados como

competencia desleal estipulados en la ley de Propiedad Intelectual, sin embargo permite que el afectado sea asistido tanto por la vía civil, como administrativa.

En la legislación ecuatoriana, las acciones de competencia desleal sobre temas relacionados con Propiedad Intelectual están siendo ejercidas, por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y hasta que se creen los Jueces de Propiedad Intelectual, excepto respecto de las medidas preventivas que deben ser conocidas y resueltas por Jueces de lo Civil.

3.2 LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

3.2.1 Concepto de Acto

Para dar inicio con el análisis de cuáles son los actos de competencia desleal y su importancia dentro del ámbito jurídico y comercial, partiremos de la definición que el Diccionario de la Lengua Española nos da sobre Acto:

Acto es: Manifestación de la voluntad humana.

Para que a un acto se lo pueda considerar como desleal, es necesario que se encuentre en el mercado y que su uso sea incorrecto, dará como resultado el causar daños a quienes forman parte del mercado, tales como los competidores y consumidores, acción que impedirá el buen funcionamiento del sistema de competencia.

Es difícil determinar si un acto es ilícito o no. En el Ecuador contamos tan solo con la Ley de Propiedad Intelectual para determinar si un acto es desleal, hay que verificar lo que está estipulado en la ley. El problema se suscita cuando se presentan actos los cuales se pueden catalogar como desleales sin estar estipulados en la ley, por lo que más adelante se analizará, si este hecho deja en la indefensión al afectado, cuál es la autoridad competente para conocer dichos casos o si el juzgamiento quedaría al sano criterio de los jueces.

3.2.2 Clasificación de los Actos de Competencia Desleal según Tratados Internacionales, Normas y Doctrina

Los mercados han crecido notablemente y por ende la cantidad de competidores, razón por la cual surgen diferentes formas de ofrecer productos; puede darse a través de actos abusivos, como por ejemplo utilizando precios más bajos que los establecidos en el mercado (Dumping), utilizando comparaciones o engaños sobre un producto, el desviar la clientela etc. Los actos utilizados en el ámbito empresarial de manera incorrecta, que no se sujetan a las normas éticas y generan perjuicios al mercado y al público consumidor, se los denominará de actos de competencia desleal.

Este análisis tendrá como objetivo el determinar cuáles son aquellos actos que van contra las buenas costumbres, para ello se citarán los Tratados Internacionales y normas que son aplicadas en el Ecuador.

En Artículo 10 bis Competencia desleal del Convenio de París establece lo siguiente:

- 1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.
- 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.
- 3) En particular deberán prohibirse:
 - (i) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

(ii) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

(iii) 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.⁷⁵

La Decisión 486 de la Comunidad Andina señala: Artículo 258.- Se considera desleal todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestos.

Los actos de competencia desleal son aquellos contrarios a los usos y práctica honestos. Se establecen los siguientes:

Crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

Las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor.

La ley de Propiedad Intelectual señala en los Arts. 285 y 286 lo siguiente:

Art. 285.- Se consideran actos de competencia desleal, entre otros, aquellos capaces de crear confusión, independiente del medio utilizado, respecto del establecimiento, de los productos, los servicios o la actividad comercial o

⁷⁵ Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

industrial de un competidor; las aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o los servicios, o la actividad comercial o industrial de un competidor, así como cualquier otro acto susceptible de dañar o diluir el activo intangible o la reputación de la empresa; 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 calidad de los productos o la prestación de los servicios; o la divulgación, adquisición o uso de información secreta sin el consentimiento de quien las controle. Estos actos pueden referirse, entre otros, a marcas, sean o no registradas; nombres comerciales; identificadores comerciales; apariencias de productos o establecimientos; presentaciones de productos o servicios; celebridades o personajes ficticios notoriamente conocidos; procesos de fabricación de productos; conveniencias de productos o servicios para fines específicos; calidades, cantidades u otras características de productos o servicios; origen geográfico de productos o servicios; condiciones en que se ofrezcan o se suministren productos o servicios; publicidad que imite, irrespete o denigre al competidor o sus productos o servicios y la publicidad comparativa no comprobable; y, boicot.

Se entenderá por dilución del activo intangible el desvanecimiento del carácter distintivo o del valor publicitario de una marca, de un nombre u otro identificador comercial, de la apariencia de un producto o de la presentación de productos o servicios, o de una celebridad o un personaje ficticio notoriamente conocido.

El Art. 286 señala: se considera también acto de competencia desleal, independientemente de las acciones que procedan por violación de información no divulgada, todo acto o práctica que tenga lugar en el ejercicio de actividades económicas que consista o tenga por resultado:

- a) El uso comercial desleal de datos de pruebas no divulgadas u otros datos secretos cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable y que hayan sido presentados a la autoridad competente a los efectos de obtener la aprobación de la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos, agrícolas o industriales;
- b) La divulgación de dichos datos, excepto cuando sea necesario para proteger al público y se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal; y,
- c) La extracción no autorizada de datos cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable para su uso comercial en forma desleal.⁷⁶

La doctrina establece como Actos de Competencia Desleal los siguientes:

A. Clasificación de Hefermehl

Es una de las clasificaciones más difundidas. Hefermehl agrupa a los actos de competencia desleal en cinco elementos:

1. Los actos que implican la captación desleal de la clientela; en este grupo se incluyen los actos de confusión de prestaciones, engaño, publicidad engañosa, publicidad molesta, la amenaza, la atracción mediante estímulos distintos a la propia prestación y la explotación de confianza.
2. Los actos de obstaculización desleal de los competidores; dentro de este grupo se incluye la violación a secretos, los actos de denigración, los actos de discriminación, el boicot, el dumping y la publicidad comparativa.

⁷⁶ ECUADOR. LEY PROPIEDAD INTELECTUAL. Ley N° 83. Registro Oficial 320 de 19 de Mayo de 1998.

3. Los actos de explotación desleal de esfuerzos ajenos; en este grupo se encuentran los actos de imitación servil, el aprovechamiento de la reputación ajena y la divulgación de secretos.
4. Los actos de obtención de una ventaja competitiva mediante la violación de normas;⁷⁷ incluyen la violación a precios impuestos por la ley, el incumplimiento contractual, la inducción a la violación contractual y la ruptura del vínculo de distribución.
5. los actos de perturbación del mercado; que incluyen la entrega gratuita de productos de prensa y el abuso de la posición dominante, entre otros.⁷⁸

B. Clasificación de Ghidini o de los Perfiles Funcionales de los Actos Concurrenciales

Los actos concurrenciales desleales dentro de las siguientes funciones de la empresa:

1. Función distintiva: los actos que afectan la capacidad de las empresas de diferenciarse entre sí, confusión, el abuso de signos distintivos y la imitación servil.
2. Función Promocional: los actos que pueden afectar a la función de promoción de los productos de la empresa como la denigración, la comparación desleal, la publicidad engañosa y la apropiación de la fama.
3. Función distributiva: los actos de violación de derechos de exclusiva, maniobras de precios y boicot.

⁷⁷ GARCÍA, S. Op. Cit. Pág. 72.

⁷⁸ Ibidem. Pág. 73.

4. Función de política de personal: transferencia de agentes o dependientes.
5. Función de investigación y desarrollo: son los actos donde se revelan los secretos, competencia desleal por parte de ex trabajadores y la violación a las normas públicas.⁷⁹

C. Clasificación según los Intereses Afectados

La clasificación que más difusión ha tenido en la doctrina europea es la elaborada por Emmerich, adaptada por el profesor Menéndez y la mayoría de autores españoles.⁸⁰

Emmerich sistematiza los actos de competencia desleal de acuerdo con los intereses afectados.

Se clasifican de acuerdo con lo que lesionan: 1. el interés al consumidor 2. el interés del competidos 3. el interés público.

Menéndez va a clasificar los actos de competencia desleal en tres grupos:

El primero: responde a la función de "protección del empresario", que consiste en la salvaguarda de la posición adquirida en el mercado. Dentro de este grupo se sitúa a:

La violación de los secretos, la imitación servil que no genera riesgo de confusión, la concurrencia parasitaria, la confusión, la incitación a ruptura de contratos y la apropiación ilegítima de clientela o de listas de clientela.

El segundo corresponde: "a la protección del consumidor", que consiste en garantizar su autonomía de decisión. Incluye a: la publicidad insincera desleal, la publicidad comparativa desleal, la explotación de los sentimientos o pasiones del consumidor y la atracción mediante estímulos distintos a la propia prestación.

El tercero corresponde: a "protección de mercado" es decir el mantenimiento del orden competencial libre y no falseado. Los actos desleales de

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Ibidem. Pág. 74.

discriminación, la venta a pérdida, el abuso de la posición dominante y la obtención de ventajas mediante la violación de normas.⁸¹

D. Clasificación de Roubier –Ascarelli

Una clasificación mucho más fenomenológica pero más estable es la diseñada por Roubier. Éste divide los actos de competencia desleal en cuatro grupos: 1. los actos de confusión: por los cuales los competidores buscan confundir a los consumidores sobre los productos, servicios o el establecimiento de otro competidor mediante confusión, el engaño o imitación. 2. los actos de denigración, por los cuales se busca desprestigiar los productos, servicios o el establecimiento de un competidor mediante la denigración y publicidad comparativa. 3. los actos de desorganización interna del competidor, por los cuales se pretende la desarticulación de la empresa del competidor y su eliminación del mercado mediante la violación de secretos, la supresión de signos distintivos, la supresión de la publicidad y la inducción a la violación contractual y 4. los actos de desorganización general del mercado, por los cuales se desprende la obtención de provechos desleales fruto de desorden al que condena al mercado, mediante la pérdida y la violación de normas.

Clasificación de los actos de competencia desleal según lo establece el autor.

Actos de desorganización del competidor: actos que desestabilizan la parte interna de una empresa, esta puede ser violación de secretos, los actos de inducción a la violación contractual, la violación de la no-competencia, la discriminación y el boicot empresarial, la negativa injustificada a entablar relaciones comerciales, los actos de obstaculización, los actos de agresión, los actos de imitación que no generen confusión, la competencia parasitaria y los actos de aprovechamiento del esfuerzo ajeno.⁸²

Actos contra la competencia en el mercado: afectan a la relación entre el competidor y sus posibles consumidores, en este grupo se incluyen, los actos de confusión e imitación, de engaño, de publicidad comparativa, de denigración, de atracción mediante estímulos los distintos de la propia prestación, de venta de precios predatorios, de explotación de confianza y sentimientos, y de aprovechamiento de la reputación ajena.⁸³

Actos de violación de las reglas generales del mercado.

Actos que pueden afectar la competencia mediante la violación de los principios generales y del marco regulatorio que rigen el tráfico mercantil. Entre estos actos se destacan la violación de normas y precios impuestos por la ley, la discriminación de la clientela, el dumping y el abuso de la posición dominante.⁸⁴

⁸¹ Ibidem. Pág. 75.

⁸² Ibidem. Pág. 79.

⁸³ Ibidem. Pág. 79.

⁸⁴ Ibidem. Pág. 79.

Víctor Cevallos Vásquez, en su libro *Libre Competencia, Derecho de Consumo y Contratos*,⁸⁵ establece los actos más importantes que constituyen competencia desleal:

1. Competencia desleal por confusión.- La imitación puede provocar confusión en los usuarios.
2. Competencia desleal por imitación.- Para la doctrina y la jurisprudencia alemana es necesario, para calificar de desleal la imitación, «que el producto imitado sea conocido por los medios comerciales y que el público le asocie una procedencia y calidad particulares (...)».
3. Competencia desleal por aprovechamiento de la reputación ajena.- Se considera desleal la existencia de un aprovechamiento indebido, en beneficio propio o de un tercero, de ventajas o cualidades especiales concedidas en base a la reputación comercial adquirida por otra empresa o persona en el mercado.
4. Competencia desleal por actos de engaño.- El engaño, atenta contra el derecho de los usuarios y consumidores para recibir información veraz. El engaño se produce cuando se induce al error al consumidor, presentándole opciones o ventajas que no son verdaderas.
5. Obsequios, primas y supuestos análogos.- Cuando los obsequios ponen al consumidor en la obligación de contratar. Se induce también al error por parte del usuario, en cuanto no se le ofrecen ventajas comparativas reales.

⁸⁵ CEVALLOS, V. (2001). *Libre Competencia: Derecho de Consumo y Contratos*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador. Primera Edición. Pág. 48-64.

6. Competencia desleal por medio de la subordinación de la conclusión de un contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con él.- Se induce al engaño, mediante la presentación de ofertas alternativas que se encuentran ligadas. En este caso, el consumidor no puede ver realmente el valor de cada uno de los bienes y puede ser que no se presenten las características esperadas.
7. Supuesto de competencia desleal por denigración y comparación.- Se toma como referencia la actividad de un competidor, para mostrar las ventajas comparativas sobre las ofrecidas por aquel a quien se quiere denigrar.
8. Competencia desleal por violación de secretos.- Toda divulgación de información, sin autorización del titular de la misma se considera como desleal.
9. Competencia desleal por inducción a infracción contractual.- Cuando se induce a trabajadores o clientes a infringir las obligaciones de respeto a los competidores. El acto desleal de inducción debe ofrecer una ventaja a quien lo ejecuta y a la vez, ocasionar un resultado negativo al competidor, alterando el orden normal del mercado.
10. Competencia desleal por violación de normas.- Cuando la violación de la ley trae consigo ventajas al infractor.
11. Competencia desleal por discriminación y explotación de la situación de dependencia.- Para su configuración, según Alonso Soto, esta infracción requiere que la discriminación se efectúe frente a situaciones de igualdad completa entre los que intervienen en un negocio, es decir, debe existir un «tratamiento discriminatorio que unos empresarios otorgan a otros que se encuentran ligados con ellos, a través de una relación de clientela.

12. Competencia desleal por ventas a pérdida.- Cuando induzca a error en los consumidores acerca del nivel de precios de productos del mismo establecimiento, cuando desacredite la imagen de un producto o establecimiento ajeno o cuando constituya una estrategia que tienda a eliminar a algún competidor.

Por lo tanto, después de citar la normativa empleada en Ecuador y la doctrina podemos concluir que los actos de competencia desleal más relevantes son:

- Los Actos que Generan Confusión

El Tribunal ha sostenido que la identidad o la semejanza de los signos puede dar lugar a dos tipos de confusión: la directa, caracterizada porque el vínculo de identidad o semejanza induce al comprador a adquirir un producto o usar un servicio determinado en la creencia de que está comprando o usando otro, lo que implica la existencia de un cierto nexo también entre los productos o servicios; y la indirecta, caracterizada porque el citado vínculo hace que el consumidor atribuya, en contra de la realidad de los hechos, a dos productos o dos servicios que se le ofrecen, un origen empresarial común.⁸⁶

Otro tipo de confusión es cuando existen dos marcas iguales o similares, que a pesar de proteger distintos productos, los consumidores pueden asociar las marcas y confundirlas.

Un ejemplo de confusión, cuando un color es característico de una marca y es utilizado en otra marca que protege bienes parecidos, el consumidor a primera vista asociara los productos.

- Aseveraciones falsas
- Inducir a error al público consumidor

⁸⁶ Proceso 109-IP-2002. Publicado en la G.O.A.C. N° 914, de 1 de abril de 2003, marca: "CHILIS y DISEÑO". TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.

Cuando se ofrece un producto, por lo general el titular de la marca, mediante diferentes medios de comunicación informará acerca de su producto o servicio. La información transmitida al público consumidor no será real, causando un daño y engaño.

Se debe estar consciente que el público consumidor es un sector que va a confiar mucho en la información transmitida por su anunciante, se encomienda a la seriedad de la empresa o fabricante.

La falsedad del mensaje traerá como consecuencia el engaño, visual o auditivo. El anuncio de un producto o servicio que es falso se aparta de lo que realmente se ofrece. El anuncio engañoso, induce a error al consumidor, puesto que el mensaje puede decir que el producto tiene o no tiene cierta característica sin ser cierto, o siendo cierto no cumple con la oferta.

Por consiguiente, cuando hay aseveraciones falsas, habrá engaño y por tanto se induce a error al consumidor.

- Daño a la Reputación de la Empresa

Un factor que debe considerarse es la aceptación y la confianza de los usuarios y consumidores. La jurisprudencia francesa, en sus primeros pronunciamientos en torno a este tema, señala la importancia de la “confianza pública, el prestigio y el buen nombre”, incluyendo todos ellos dentro de la propiedad moral del comerciante o de la empresa.⁸⁷

El daño a la reputación de la empresa, es el resultado de la manipulación de ciertos actos de competencia desleal, que tienen como finalidad el desacreditar el prestigio tanto de la empresa, como de su fabricante.

⁸⁷ ZUNINO, J. (1993). Fondo de Comercio. Buenos Aires: Pág. 2. Nº 2.

Las empresas buscarán mantenerse dentro del mercado y ser los mejores, por ello utilizará métodos para relucir su trabajo y entrega de excelentes productos y servicios al público consumidor.

Por lo que el daño a la reputación de una empresa traerá consecuencias muy graves, tanto económicas como de prestigio. Es difícil tratar de convencer al público consumidor después de haberse causado un daño de esta naturaleza, como por ejemplo retractar la información que perjudicó al producto. El público consumidor perderá la confianza y por más que se trate de cambiar ese concepto será difícil obtener nuevamente la fidelidad de los consumidores y desgraciadamente la fama de la empresa también será afectada.

- **Publicidad Comparativa**

Como se ha mencionado anteriormente la publicidad comparativa es considerada como un acto de competencia desleal, puesto que los empresarios a través de sus anunciantes, informan al consumidor sobre el bien o servicio, en relación a sus cualidades, ventajas y comparación con los bienes y servicios similares del mercado.

La publicidad comparativa es aquella que va a informar o persuadir a los consumidores en cuanto a su elección, esto quiere decir que una vez que la publicidad alude por lo menos a un competidor es publicidad comparativa.

La publicidad comparativa cuando se basa en la buena fe cuando no engaña a los consumidores, ni afecta a los intereses y trabajo de los competidores, se la puede considerar como un instrumento para ofertar un producto.

- Publicidad Engañosa

La publicidad engañosa es aquella que comunica sobre un producto o servicio con información que no es real, perjudicando directamente o indirectamente al consumidor por lo que sería necesario implementar una norma específica que regule este aspecto.

La publicidad engañosa será transmitida por el anunciante dejando de lado las buenas costumbres, las normas y lo lícito, con el objetivo de anunciar mediante engaño, ya que de esa manera logrará vender más su producto. Sin embargo, el éxito que pueda adquirir será a corto plazo, toda vez que el consumidor difícilmente volverá a comprar el producto o servicio; debido que verá perjudicado su patrimonio y por que no su salud, por lo que no recomendará su compra, más bien lo desacreditara.

- La Imitación Servil

Es aquella que va a reproducir a un producto o servicio. La imitación servil no es lo mismo que la falsedad, puesto que cuando se falsifica un producto o servicio es idéntico; mientras que cuando se imita, éste es casi igual, lo necesario para generar confusión. El empresario utilizará métodos para posicionar su servicio o producto en el mercado, pero en algunas ocasiones el competidor imitará el mismo sistema.

- Violación de Secretos

De conformidad con lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual en el Art. 286: Se considera también acto de competencia desleal, independientemente de las acciones que procedan por violación de información no divulgada.

Es decir se considera violación de secretos toda divulgación de secretos industriales, o empresariales, que tienen carácter de reservado y sin embargo un tercero, sin la autorización de su titular, lo hizo conocer o lo utilizó para su beneficio.

Concluyendo que, para dar lugar a los actos de competencia desleal, deben ser actos que generen un daño. Un competidor, sea el acto que utilice, siempre tendrá una misma finalidad: el desviar a la clientela, puesto que el objetivo es apropiarse de los consumidores, usuarios o adquirientes, mediante todos los actos antes mencionados.

En el caso de la publicidad engañosa causará que el cliente deje de adquirir un producto, sea por que la información fue transmitida por el propio fabricante o por su competencia, lo cual da como resultado dejar la libertad a los competidores de agregar o dejar un vacío en un producto para reemplazarlo con uno distinto.

3.2.3 Actos Considerados como Desleales no Tipificados en la Ley

El objetivo central de este trabajo es analizar el acto de publicidad engañosa como competencia desleal, sin embargo es importante exponer brevemente, las situaciones en que los actos o acciones no se encuadran dentro de la deslealtad y no están estipulados en la ley.

El enfoque de este análisis versará sobre lo señalado en el Art. 285 de la Ley de Propiedad Intelectual que dice: Se consideran actos de competencia desleal, entre otros, aquellos capaces de crear confusión, independiente del medio utilizado, respecto del establecimiento, de los productos, los servicios o la actividad comercial o industrial de un competidor;.....Este artículo hace una enumeración detallada de los actos considerados como desleales y también hace mención "entre otros", la inquietud es ¿Cuáles otros? con que criterio se pueden catalogar a los actos como desleales; se deja un vacío legal que ha simple vista se podría pensar en la indefensión del interesado.

Primeramente para poder realizar un reclamo de esta naturaleza, debe existir un perjuicio, es decir un acto jurídico violatorio que fuese cometido con intención o no de ejecutarlo, de lo contrario la acción no procedería.

De acuerdo al estudio realizado sobre los actos de competencia desleal, tanto en la Decisión 486, en el Convenio de París, en la Ley de Propiedad Intelectual y en la doctrina se incluye un listado enunciativo de las conductas que constituyen los actos de competencia desleal. Por tanto aquellos actos que no se encuentren tipificados carecerán de una norma que impida su continuidad y afectación. Se los podrá denominar actos análogos a aquellos no tipificados en la ley.

Para reforzar el argumento antes mencionado es importante dar una explicación de la denominación “actos análogos”. La analogía va a ser útil en este tipo de casos, toda vez que subsanará los vacíos legales al respecto. La analogía es la aplicación de preceptos de la ley u otras leyes que a pesar de no establecer un hecho concreto. Sirve para resolver casos similares, esto quiere decir concluir un hecho, de un hecho concluido.

Hay distintos tipos de analogía:

1. **La analogía legis** es la que se interpreta una norma jurídica que comprende los principios aplicables al pretendido caso, cuando carece de regulación.
2. **La analogía iuris** es aquella que se interpreta a través de varias normas jurídicas para la aplicación del caso en donde no existe norma.⁸⁸

Según el reciente Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 29 dice: Cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los

⁸⁸ BOBBIO, N. La plenitud del orden jurídico y la interpretación. [descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras]

principios constitucionales y generales del derecho procesal. Por cuanto existe la posibilidad de enmendar este tipo de situaciones.

Ahora bien, existe otro razonamiento que, conjuntamente con la analogía jurídica indicada previamente, puede surtir los efectos necesarios para evitar la indefensión del competidor afectado, por un acto de competencia desleal no establecido en la ley.

El autor Zanoni establece lo siguiente:

Para que se haga viable el ejercicio de la acción por competencia desleal, se requiere que ésta sea ejercida por un empresario en contra de otro empresario que realiza los actos ilícitos o desleales de la competencia, los mismos que lesionan sus intereses. Es decir, que únicamente un empresario competidor del empresario que ejecuta o emplea actos desleales puede intentar la acción por competencia desleal, pues el presupuesto indispensable de la existencia de la competencia, en la que se avisa a un competidor desleal y a uno o varios perjudicados por esos actos ilícitos.⁸⁹

El Art. 2214 del Código Civil establece lo siguiente:- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

En el Art. 2229 del mismo cuerpo legal señala que por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta (...).

La controversia en este sentido versa en que al analizar dichos artículos del Código Civil, darían a entender que son expresamente para los daños ocasionados hacia una persona natural; por lo que las personas jurídicas no podrían estar dentro de dicha protección.

⁸⁹ ZANONI, E. (1987). El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires: Pág. 46.

Si una persona jurídica no tiene corazón, tiene un honor y una consideración. Si éstos reciben un ultraje, la agrupación sufre un perjuicio moral.⁹⁰

Se desprende que existe un daño exclusivamente cuando se ve afectado el patrimonio de una persona, de igual manera un daño en el aspecto moral.

Las personas jurídicas poseen atributos extrapatrimoniales, toda vez que goza de buen nombre, reputación y prestigio, que los competidores desleales mediante actos ilícitos pueden transgredirlos, no solo afectarán a la economía de la compañía, la confianza de sus clientes, considerándolo como el patrimonio moral de una empresa, sino también afectará emocionalmente a su titular. Para que exista un daño tan solo basta el que sea contrario a la ley o las buenas costumbres.

Si la consecuencia del delito se reduce al sufrimiento espiritual de la persona ofendida, ella no existiría si la víctima es una persona jurídica. Pero, en contraposición al daño patrimonial es configurable una consecuencia perjudicial de latitud mayor que el así llamado daño moral; es el daño no patrimonial constituido por todos los posibles efectos lesivos que precinden de la personalidad psicológica del dañado porque inciden sobre los derechos – no patrimoniales- de los cuales también la persona jurídica es titular; tales, el derecho al honor, la reputación, a la identidad personal; derechos cuya violación asume relevancia en sentido objetivo, independientemente del hecho de que su titular lo haya sentido.⁹¹

De conformidad con lo analizado anteriormente, aquellos actos que no se encuentran estipulados en la ley, podrían catalogarse como actos análogos, y, que, al utilizar la analogía conseguirían ser resueltos. Además que, evidentemente, existen normas en el Código Civil que servirán, para, a través de la alegación de daño moral, solucionar el daño causado al titular de una empresa afectada por un acto de competencia desleal.

⁹⁰ MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y TUNC, A. (1961). Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Buenos Aires: Traducción de la 5ta. Edición por Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa - América. Pág. 481.

⁹¹ CORTE DI CASAZIONE. (1991). Giustizia Civile 1991-I-1955. Comentario breve en Rivista di Diritto Civile. 1992-1. Parte Seconda. Pág. 30. Citado por Rivera.

Los derechos de personalidad jurídica que el Derecho imputa a las empresas son susceptibles de protección bajo la figura de acción de daño moral.

3.3 TRATAMIENTO DE LAS NORMAS INTERNACIONALES EN PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Es substancial poder analizar las legislaciones de los diferentes países que poseen normas que regulan a la publicidad engañosa, puesto que partiendo de un análisis profundo, podremos compararlo con el sistema ecuatoriano; de igual manera se tratará de considerar los puntos relevantes de dichas leyes para implementarlas en el Ecuador.

La publicidad, aunque no se la tome en cuenta o simplemente no se le ponga interés, es necesaria para el desarrollo comercial, tanto para la competitividad entre empresas como para fomentar el desarrollo económico, es decir la adquisición de los productos por parte de los consumidores.

La norma que regulará la Publicidad Engañosa no solo abarcará temas de publicidad o propiedad intelectual, sino también temas económicos. Es importante introducir una norma de protección contra la publicidad engañosa, para salvaguardar los derechos de los empresarios, fabricantes o agentes económicos y los consumidores.

La finalidad de implementar una Ley de Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa es proteger a los consumidores y a sus comerciantes de las consecuencias injustas, que pueden ser muchas y con connotaciones diversas que dependerán de la interpretación del legislador o los comerciantes, razón por la cual se deben implementar parámetros, para implementar consistencia.

Se dará inicio con el análisis de la Directiva 2006/114/CE del parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, sobre publicidad engañosa y

publicidad comparativa, (D.O. L nùm.376, de 27 de diciembre). El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea.

Es lógico esperar que los países de la Comunidad Europea gocen de una norma general, tanto en cuanto la publicidad se ha convertido en un aspecto globalizado. Si las normas fueran diferentes entrarían en conflicto, lo cual retrasaría la resolución de estos casos. Sin embargo, la Directiva permite que cada Estado miembro mantenga sus propias normas y limitaciones, siempre que no contravenga con lo mencionado en la Directiva.

Es una norma general toda vez que la publicidad es un aspecto que influye en la economía y en la información que se entrega a los consumidores de los distintos mercados, la regulación de la publicidad engañosa logra que los conflictos de los países se solucionen de manera equitativa, consistente ordenada, con información veraz y que no se cause confusión o error a los consumidores.

La Directiva principalmente establece cuando la publicidad es engañosa y comparativa; señala que estas van a causar distorsión en la competencia del seno del mercado.

Establece que la publicidad engañosa induce a error entre las empresas, obstaculizando las campañas publicitarias, afectando así la libre circulación de las mercancías.

Respecto de la publicidad comparativa, menciona que cuando compara aspectos que son verificables, es una manera de comunicar la realidad a los consumidores, pero cuando la información no es la correcta se convierte en publicidad engañosa y desleal.

La Directiva autoriza a los Tribunales o los órganos administrativos competentes resolver estos casos, ordenar el cese de una publicidad engañosa

o comparativa ilegal. De igual manera en determinados casos, puede prohibir una publicidad engañosa o comparativa comprobable inclusive antes de darse a conocer al público consumidor, lo que obliga que los Estados miembros instituyan una regulación controladora previa a la publicidad. Los tribunales podrán exigir que el anunciante presente pruebas relativas a la exactitud de las afirmaciones contenidas en la publicidad.

Ahora bien, se analizará el tratamiento que el país Argentino presta a este tema.

La Ley 22.802 Ley de Lealtad Comercial en el Artículo 9 establece que: la Secretaría de Comercio o el organismo, es la autoridad nacional competente. Se le faculta: Obligar que los productos y servicios sean identificados, es decir que se establezca su origen y procedencia, obligar el cumplimiento de requisitos mínimos de seguridad en los productos y servicios que se ofrecen, determinar las características, los procedimientos, los contenidos de los productos que se encuentran en el mercado. Obligar a los productores a informar de forma veraz sobre lo que se ofrece. Quien infrinja esta ley, será sancionado con una multa y para quien sea reincidente la multa se agravará, en caso que se conviertan en graves hasta se aplicará el decomiso de la mercadería.⁹²

Se puede observar que esta ley es similar según lo que establece la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por ejemplo resaltar claramente cuáles son las facultades de la autoridad para evitar el abuso por parte de la misma, ya que la publicidad es un aspecto sujeto de interpretaciones, toda vez que para unos algo podrá estar correcto y para otros no, por tanto es trascendental comprender detalladamente sus facultades.

⁹² ARGENTINA. La Ley 22.802 LEY DE LEALTAD COMERCIAL promulgación: 5 de mayo de 1983 Boletín Oficial: 11 de mayo de 1983. El Presidente de la Nación de Argentina. [www1.hcdn.gov.ar/.../leyes/ley22802.htm]

Sin embargo, la esta ley no detalla cuando es publicidad engañosa y comparativa, como lo hace la Directiva, así como tampoco detalla detenidamente los aspectos relevantes en este tema, que fueron mencionados anteriormente.

En la Ley Chilena 19496 se establece las Normas Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, esta ley tiene como por objetivo el regular las relaciones entre proveedores y consumidores.⁹³

En los casos de publicidad falsa o engañosa, podrá el denunciante solicitar al juez competente que exija en caso necesario, del respectivo medio de comunicación utilizado en la difusión de los anuncios o de la correspondiente agencia de publicidad, la identificación del anunciante o responsable de la emisión publicitaria.

Como uno de los derechos del consumidor, se menciona el derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, respecto de su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informar responsablemente.

Si el proveedor comete alguna infracción será sancionado con multa. La ley establece que “La publicidad falsa difundida por medios masivos de comunicación, en relación a cualquiera de los elementos indicados, que incida en las cualidades de productos o servicios que afecten la salud o seguridad de la población o el medio ambiente, hará incurrir al anunciante infractor en una multa de hasta 200 unidades tributarias mensuales.” En caso de reincidencia la multa podrá llegar al doble. En el título II, dice que el que comete infracción a las disposiciones de esta ley, el que a sabiendas o debiendo saberlo y a través de cualquier tipo de mensaje publicitario induce a error o engaño respecto de:

⁹³ CHILE. Ley 19496 Fecha Publicación: 07-03-1997. Fecha Promulgación: 07-02-1997. Normas sobre protección de los derechos de los consumidores. [www.bcn.cl]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

- a) Los componentes del producto y el porcentaje en que concurren;
- b) La idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante;
- c) Las características relevantes del bien o servicio
- d) El precio del bien o la tarifa del servicio,
- e) Las condiciones en que opera la garantía, y
- f) Su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable.

Los proveedores deberán dar conocimiento al público de los precios de los bienes que expendan o de los servicios que ofrezcan, igualmente se enunciarán las tarifas de los establecimientos de prestación de servicios.

El monto del precio deberá comprender el valor total del bien o servicio, incluidos los impuestos correspondientes.

Esta ley es muy clara y precisa, menciona los conceptos básicos y la forma en que es tratada la publicidad engañosa en Chile, atribuyendo a los integrantes sus correspondientes obligaciones y derechos.

Tanto en la Directiva como la Ley Chilena, comprenden un texto basto para el tratamiento de la publicidad engañosa. La Ley Chilena a pesar de contemplar una ley amplia y detallada, tiene un enfoque más preciso al amparo de los consumidores, mientras la Directiva es más general y específica en determinar cuando la publicidad es engañosa o comparativa y su tratamiento. En comparación con la Ley Argentina, esta instituye tan solo un artículo y no establece cuando existe publicidad engañosa o comparativa, dejando a la

autoridad competente el sano juicio para resolver, que como se ha analizado podría ocasionar perjuicios a los interesados.

En conclusión la legislación europea (Directiva) servirá de modelo para implementar una Ley de publicidad engañosa específica en el Ecuador; para dar fácil acceso a los consumidores o competidores que se vean afectados por la publicidad engañosa, comparativa, abusiva, encubierta o subliminal. Determinará una autoridad competente, sobre todo especializada para efectuar un adecuado juzgamiento, tanto para sancionar como para interponer las acciones judiciales que sean pertinentes. Claramente podrá determinar si la publicidad engañosa o comparativa es ilegal y si han causado realmente un daño.

3.4 TRATAMIENTO DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN ECUADOR

Como se ha señalado precedentemente, el Estado ecuatoriano cuenta con una normativa aplicable a la publicidad engañosa como acto de competencia desleal. La Constitución del Ecuador señala, en el artículo 52, el derecho de los consumidores a disponer de bienes y servicios de óptima calidad. Sin embargo en nuestro sistema no existe una ley específica sobre el Derecho de la Competencia, como tampoco una ley específica para la publicidad engañosa que afecta diariamente a la sociedad.

El Ecuador ha suscrito Tratados Internacionales para la ejecución estos temas. El Ecuador es parte de la Decisión 486 de la CAN, como norma supranacional relativa a temas relacionados a la Propiedad Intelectual, de igual manera es parte del Convenio de París, analizados previamente.

Como norma nacional encontramos a la Ley de Propiedad Intelectual publicada en el R.O. 320 de 19 de mayo de 1998, que en su Libro IV, que señala lo que es la competencia desleal y los actos que forman parte.

Otra norma nacional, necesaria para el tema que nos compete es el Código Penal que tipifica la competencia desleal por engaño, sancionando a los proveedores por la venta o distribución de productos que hubieren engañado al comprador en relación a la identidad, naturaleza, origen o cantidad de la cosa vendida, además de la venta y distribución de bebidas y comestibles falsificados.⁹⁴ De igual manera establece la competencia desleal por la violación de secretos, sancionando a quienes hubiesen comunicado secretos de fábrica en que han estado o están empleados o quienes los conocen por razón de su estado, profesión u oficio.⁹⁵

Por último tenemos a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que se convierte en la norma más detallada para el tratamiento de la publicidad engañosa, la cual será sujeto de estudio en este capítulo.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, tiene por objetivo el garantizar al Estado Ecuatoriano el disponer de bienes y servicios tanto públicos como privados, de buena calidad, que la información invertida por los competidores o productores sobre un producto y servicio sea verdadera en cuanto a la calidad y características y adquirirlos con libertad, sujetos y amparados por la Constitución Política de la República. De igual manera garantiza la indemnización en los casos correspondientes por las diferentes causales que produzcan daños a sus consumidores.⁹⁶

En el Art. 2 de esta ley se establece las siguientes definiciones que nos serán útiles para el análisis que se realizará:

Anunciante.- Aquel proveedor de bienes o de servicios que ha encargado la difusión pública de un mensaje publicitario o de cualquier tipo de información referida a sus productos o servicios.

Consumidor.- Toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello.

⁹⁴ ARTÍCULO 564. Código Penal, R.O. 147 de 22 de enero de 1971.

⁹⁵ ARTÍCULO 201. Ibidem.

⁹⁶ ECUADOR. LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Registro Oficial N° 116. 10 de julio de 2000.

Cuando la presente Ley mencione al consumidor, dicha denominación incluirá al usuario.

Especulación.- Práctica comercial ilícita que consiste en el aprovechamiento de una necesidad del mercado para elevar artificialmente los precios, sea mediante el ocultamiento de bienes o servicios, o acuerdos de restricción de ventas entre proveedores, o la renuencia de los proveedores a atender los pedidos de los consumidores pese a haber existencias que permitan hacerlo, o la elevación de los precios de los productos por sobre los índices oficiales de inflación, de precios al productor o de precios al consumidor.

Información Básica Comercial.- Consiste en los datos, instructivos, antecedentes, indicaciones o contraindicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al consumidor, al momento de efectuar la oferta del bien o prestación del servicio.

Oferta.- Práctica comercial consistente en el ofrecimiento de bienes o servicios que efectúa el proveedor al consumidor.

Proveedor.- Toda persona natural o jurídica de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución, alquiler o comercialización de bienes, así como prestación de servicios a consumidores, por lo que se cobre precio o tarifa. Esta definición incluye a quienes adquieran bienes o servicios para integrarlos a procesos de producción o transformación, así como a quienes presten servicios públicos por delegación o concesión.

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.

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 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.

Distribuidores o comerciantes.- Las personas naturales o jurídicas que de manera habitual venden o proveen al por mayor o al detal, bienes destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.

Productores o fabricantes.- Las personas naturales o jurídicas que extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.

La regulación de la publicidad comprende en el Art. 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.

En la ley se contemplan como infracciones publicitarias aquellas que por cualquier tipo de mensaje se induce a error o engaño en cuanto el país de origen, los beneficios y consecuencias del uso del bien, de las características y

los reconocimientos tanto nacionales como internacionales, en cuanto a su prestigio.

En caso de cometer una infracción, se sancionará con una multa de cien a mil dólares. Cuando el proveedor hubiere utilizado publicidad engañosa o abusiva, la multa será de cuatro mil dólares, además de ordenar la suspensión de la difusión publicitaria y la autoridad solicitará la rectificación del contenido. Los consumidores además de realizar el reclamo por haber sido afectado, podrán solicitar indemnización por daños y perjuicios, la reparación, la reposición y devolución del producto de conformidad con las causales establecidas en el Art. 71 de esta ley. En caso de reincidencia en las infracciones, la multa será el doble.

Por el tema que nos compete, es importante tener en cuenta el Art. 28 de la Ley Orgánica de la Defensa al Consumidor se señala: Responsabilidad Solidaria y Derecho de Repetición.- Serán solidariamente responsables por las indemnizaciones civiles derivadas de los daños ocasionados por vicio o defecto de los bienes o servicios prestados, los productores, fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, quien haya puesto su marca en la cosa o servicio y, én general, todos aquellos cuya participación haya influido en dicho daño.

Por consiguiente, el Ecuador dispone de una ley que protege al consumidor en cuanto publicidad engañosa, que a pesar de no establecer la protección a los productores, se encuentra implícita, puesto que la publicidad engañosa como acto de competencia desleal, es también una forma de competir deslealmente frente a otros productores y en algunos casos beneficiarse de otros.

El Ecuador jurídicamente ampara al Consumidor, el problema se suscita en la resolución de los reclamos de manera eficaz y eficiente, posiblemente este fenómeno se genera puesto que la ley es muy general, y quizás se necesita de una ley más específica sobre publicidad engañosa, para que la autoridad competente tenga el suficiente sustento para dictar una resolución.

3.4.1 Autoridad Competente

El Estado protegerá los derechos de los consumidores ya mencionados, sancionará a la publicidad engañosa, de la cual devienen actos tales como: información falsa, imitación o adulteración de los productos y el incumplimiento de esta norma.

El Defensor del Pueblo esta facultado a defender y observar los derechos del Consumidor y Usuario que se consagran en esta ley, más no le faculta a ser autoridad sancionadora.

La finalidad de esta ley es regular las relaciones existentes entre proveedores y consumidores, que como se ha analizado reiteradamente es de suma importancia para la seguridad jurídica y económica del país.

Es facultad de la Defensoría del Pueblo, pronunciarse sobre los reclamos y las quejas de los consumidores, sean nacionales o extranjeros, amparados en los Tratados Internacionales, en la Constitución a los cuales el Ecuador ha suscrito.

En el juzgamiento de Infracciones, son competentes para conocer los casos, el Juez de Contravenciones, los intendentes y Subintendentes de Policía y los Comisarios Nacionales y en caso de apelación el Juez de lo Penal. En cuanto a indemnizaciones por daños y perjuicios, hasta que funcionen los juzgados de contravenciones, serán los jueces de lo civil.

Por qué, con una ley que ampara los intereses de los consumidores, no permite que ellos sean activos en este tema? La respuesta es la siguiente: para una persona con conocimientos jurídicos es interesante descifrar la forma de gestionar un reclamo de publicidad engañosa; en un caso de publicidad engañosa no necesariamente se dictará una resolución positiva, pues bien por tal razón los consumidores no realizan sus reclamos puesto que el proceso

puede llegar a ser largo y costoso, quizás más que el mismo producto que fue adquirido o el daño causado por el mismo.

Aquí nos encontramos con un posible conflicto, toda vez que esta Ley, atribuye competencia al Juez de Contravenciones, los intendentes y Subintendentes de Policía y los Comisarios Nacionales y en caso de apelación el Juez de lo Penal, y la Ley de Propiedad Intelectual, faculta a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo como autoridad competente para conocer los casos de publicidad engañosa. Según el análisis de esta ley, la protección y el enfoque de la publicidad engañosa es estrictamente para el consumidor, siendo el proveedor el que tiene toda la responsabilidad y debe cumplir con sus obligaciones, situación que es comprensible, puesto que es el, productor de los bienes y posible causante de la publicidad engañosa siendo el consumidor el nexo final. Sin embargo los proveedores no se encuentran amparados, ni tutelados, por lo que no se debe olvidar que entre competidores también existen actos desleales que deben ser regulados, puesto que afectan a la economía del país al igual que de los consumidores.

3.5 TIPOS DE PUBLICIDAD

3.5.1 Publicidad Engañosa

La publicidad será engañosa cuando: induzca a error al consumidor sea por el mensaje emitido o el contenido de la información, que puede ser por datos falsos, omisión de datos o confusión, utilizando mensajes con características diferentes a las reales, es decir engañosas.

Algunos autores, dicen que la publicidad engañosa no genera un inconveniente al consumidor, sin embargo una vez que la información errónea produzca el problema, tan solo basta que se induzca a error, para que esta acción conlleve problemas económicos al consumidor o al competidor.

En publicidad, el engaño y la deslealtad conciben los mismos efectos, como se ha dicho reiteradamente, la publicidad engañosa o publicidad desleal, van a ser el resultado de la mala fe dentro de las buenas costumbres mercantiles, sin embargo dicho concepto es susceptible de interpretación y se podría considerar que la publicidad no tiene conexión con los consumidores, pero esta afirmación no es verdad, puesto que la publicidad engañosa no solo desvirtúa a los productos o servicios, la elección del consumidor sino también la denigración de una empresa, por tanto todo acto desleal va a perjudicar directamente a los consumidores, sin dejar de lado al comercio, a sus fabricantes, comerciantes o agentes económicos.

El error y engaño de un producto o servicio mediante publicidad engañosa, va a causar inmediatamente la desviación de la clientela, que como menciona la doctrina está cataloga como uno de los actos de competencia desleal.

En la publicidad engañosa existen dos situaciones, la primera cuando el empresario es el que induce a error o confusión a su clientela, anunciando la promoción de productos con características que no son ciertas. Valerse de este acto para captar clientela, en un principio puede resultar, toda vez que el consumidor adquiere el producto, sin embargo después de su uso, se sentirá engañado. La segunda se da cuando el competidor utiliza a la publicidad engañosa como medio para desviar la clientela, situación en la que el público consumidor demorará en captar el engaño, ya que no es un engaño directo, sin embargo con el tiempo se dará cuenta de la confusión que dicha publicidad le genero.

Ripert, Roblot y Germain, identifican a la clientela con el fondo del comercio y definen a este último como la propiedad incorporal consistente en el derecho a la clientela que está vinculada al fondo, por sus elementos que sirven a la explotación.⁹⁷

⁹⁷ RIPERT, R. y RIPERT, G. Citados por Rivera. Op. Cit. Pág. 227.

El cliente es a quien facturamos, quien nos compra, quien nos asegura el flujo sanguíneo de la empresa a través de la cifra del negocio.⁹⁸

En consecuencia, si el empresario o competidor utilizan a la publicidad engañosa, afectarán a la clientela parte de una sociedad; si el giro del negocio es netamente comercial no solo afectará a su economía, toda vez que dejarán de existir ventas o en cantidades mínimas, sino también afectará a su reputación, que reiteradas veces se ha indicado de su importancia, la reputación comercial está ligada directamente con los clientes, ya que el cliente lo primero que analizará es la reputación de la empresa, para así ser un fiel comprador de sus productos o servicios.

Por tal razón la publicidad engañosa debe ser sancionada por los efectos que produzca es decir inducir a error o confusión y también por el hecho de poder producir; toda vez que afectará directamente a los consumidores tanto en el aspecto económico y en determinadas ocasiones físico o mental, a los competidores por la desviación de la clientela y denigración de la reputación de la empresa y al mercado en cuanto a la libre circulación de productos y servicios y la economía del país.

3.5.2 Publicidad Comparativa

Se realizará el estudio de la publicidad comparativa, puesto que el objetivo de este trabajo es el identificar todo aquello que cause confusión o induzca a error a los consumidores. Para dar inicio con este tema, es importante partir de la definición del Diccionario de la Real Academia que establece: que comparación es: **1.** loc. verb. Haber la igualdad y proporción correspondiente entre las cosas que se comparan.⁹⁹

⁹⁸ FERRÉ, J. y FERRÉ, J. (1997). *La conducta del consumidor y el cliente*. Madrid: Díaz de Santos. Pág. 2.

⁹⁹ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA. (2001). Española Versión en línea de la obra de la Real Academia de la Lengua Española. 22va. EDICIÓN. [drae.rae.es]

La Publicidad Comparativa se provoca cuando el empresario introduce u oferta un producto o servicio en el mercado, utilizando como estrategia el comparar un bien con el del competidor.

La publicidad, como se ha mencionado anteriormente, es utilizada para comunicar al público consumidor acerca de un producto o servicio determinando, a través de diferentes medios de comunicación, las características, la calidad, cantidad etc.

Es importante recalcar que la venta de un producto o servicio mucho va a depender de la publicidad, tanto por la manera en que es orientada y receptada por el consumidor como por la interpretación que le de a la misma.

Por ello el énfasis de los empresarios en este aspecto; la publicidad no siempre es manejada de la mejor manera, sea por la falta de competitividad de la agencia publicitaria, la falta de conocimiento, por desesperación, sea por las ventas bajas o la mala fe por parte del empresario.

La forma de realizar publicidad debe ser clara y concreta, puesto que el consumidor será quien interprete el mensaje, por tanto se debe evitar, que se produzca error o confusión.

Cuando se realiza una comparación necesariamente la realizará entre bienes que tienen semejanzas, puesto que la finalidad de hacer una comparación es el resaltar las funciones o cualidades entre productos o servicios parecidos, no habría sentido comparar bienes que no son semejantes, si fueran distintos no se generaría competencia por ende no habría conflicto, ni comparación

En la comparación entre productos, la información transmitida debe ser real y cautelosa, a tal punto que no provoque engaño o confusión al consumidor, pero en la práctica no necesariamente es así; los competidores suelen aprovecharse del prestigio de la marca y desprestigiarla.

El realizar una comparación puede tener una connotación positiva, pero entre competidores la tendencia es resaltar su oferta y desacreditar la otra, con el objetivo de captar a los clientes, entonces esta condición de que no desacredite ni denigre las marcas, no es una condición fácil de ser puesta en práctica, puesto que el descrédito estará presente sea de manera explícita o de manera subliminal.

El autor Peter establece que: la función de la publicidad comparativa es, mejorar la calidad de la información disponible a los consumidores que les permita hacer bien fundada y con mayor conocimiento de las decisiones relativas a la elección de productos de la competencia y servicios mediante la demostración de los méritos de los distintos productos comparables.¹⁰⁰

Hay que recalcar que la comparación puede ser positiva, cuando se oferte cierto producto en comparación con una marca que todavía no es notoria, o simplemente no está en la mente de los consumidores, ese es el momento perfecto para comparar un producto, puesto que de esa manera los consumidores podrán definir su elección.

A pesar de no comprender una regulación en este aspecto en el Ecuador, es significativo que se pueda tener como modelo lo establecido por la Directiva, ya que ayudaría mucho a reconocer las condiciones que se deben cumplir para que la comparación no produzca problemas en el mercado.

En efecto, si la publicidad es comparativa de manera positiva, ayudará a determinar al consumidor que productos son favorables para sus necesidades.

Ahora bien, no es favorable que exista una comparación muy intensa, puesto que la reacción del consumidor será la indiferencia de ambos productos o servicios.

¹⁰⁰ MISKOLCZI, P. Definición de publicidad comparativa. Reproducido con permiso de 3515 Miskolc-Egyetemváros. [hungarjogdrmbp@uni-miskolc.holdwww.unimiskolc.hu/uni/res/kozlemenyek/2004/definition]

La explicación partirá de un ejemplo personal, cuando se observa un anuncio publicitario, donde los competidores dicen cosas uno de los otros, lo único que genera que el consumidor desconfíe tanto del uno como del otro,; hay empresarios que al ingresar su producto al mercado,, realizan campañas publicitarias enfocadas en asociar su producto o servicio con algo que motive al consumidor adquirirlo e inconscientemente identificarse con el mensaje transmitido.

Cuando se transmite la oferta de un producto o servicio mediante una comparación, el consumidor será incrédulo de quien esta en lo correcto y quien no. Por ende, quizás las opciones del consumidor son: acudir a una tercera elección o comprobar qué producto es realmente el mejor, o se beneficiará de la información que le ha sido proporcionada, de tal manera que sepa elegir el producto a su conveniencia.

3.5.3 Publicidad Encubierta o Inauténtica

Es importante dar inicio con el significado de la publicidad encubierta: para cumplir con esta finalidad nos ayudaremos con la comparación con la publicidad subliminal, puesto que ha simple vista pueden parecer sinónimos, pero en el fondo su diferencia es trascendental.

Se estudiará a la publicidad encubierta como a la subliminal, toda vez que pueden causar error y confusión al consumidor, de acuerdo a la manera en que estas sean transmitidas.

La publicidad Encubierta o inauténtica es aquella que se utiliza para ofertar un producto o servicio acompañado de una marca, a través de programas de televisión, películas o teleseries; esto quiere decir, que se aprovechará de la oportunidad para que el protagonista de la película vista de cierta marca, elija una gaseosa determinada, use un auto en especial, generando un mensaje publicitario en el público consumidor, que según el comportamiento y la

interpretación del consumidor querrá seguir los mismos pasos que el actor, creando así una nueva necesidad.

La publicidad encubierta no es ilícita cuando al dirigirse al público, a través de una película o una teleserie, no induce a error al consumidor, ni genera un daño; sin embargo la publicidad encubierta será ilícita cuando transmita mensajes que induzcan a error o confusión; por ejemplo: utilizar un determinado producto acompañado por una marca y demostrar que el producto posee características más allá de las reales.

La publicidad subliminal difiere de la encubierta, en el sentido que ésta se maneja de una manera susceptible y breve, que ha simple vista en el mensaje no podemos percibir lo que se quiere decir, a menos que se nos hiciera caer en cuenta; mientras que la publicidad encubierta proyecta un mensaje más directo, para el consumidor es difícil de identificar que se está transmitiendo un mensaje. Ahora bien, ¿cuál es la finalidad de la publicidad subliminal? Toda vez que es difícil de captar el mensaje, de interpretarlo y mucho menos retenerlo, entonces deviene la pregunta ¿Cuál es su objetivo? La publicidad subliminal lo que busca es llegar al subconsciente, el cual va generando estímulos que no lo distinguimos pero están ahí, que van a generar nuevas necesidades y por ende llegar a su objetivo final que es la compra productos y servicios, que no son necesarios.

Como conclusión preliminar, la publicidad encubierta puede llegar a ser una gran herramienta tanto para las agencias de publicidad como para las empresas, puesto la publicidad será menos agresiva, evidente y gráfica, por lo que se pueden aprovechar de tal situación para introducir mensajes con contenidos que no se ajustan a la realidad; obteniendo como resultado el engaño al futuro consumidor, a pesar de ello, la publicidad encubierta se presentará en un film o propaganda, lo que generará en el público la necesidad de adquirir un bien o servicio de igual característica al que fue utilizado por su actor o actriz de su admiración.,

En cuanto a la publicidad subliminal, podría catalogarla como una manera engañosa de hacer publicidad, toda vez que el consumidor no discierne el mensaje, limitando la capacidad de analizarlo y poder sacar una conclusión valiosa para su elección o decisión, que puede devenir en engaño y confusión.

3.5.4 Publicidad Agresiva – Abusiva

Como se ha determinado anteriormente, tanto la publicidad encubierta y subliminal, en ciertas ocasiones, dependiendo la manera de transmitirse el mensaje podría inducir a error o confusión al consumidor.

La publicidad agresiva o abusiva tal como lo establece la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, es la modalidad comercial de informar aprovechándose de la inmadurez del público consumidor mediante mensajes violentos, generando miedo y cambiando el comportamiento social positivo a un comportamiento negativo.

La importancia del estudio de esta publicidad se suscita, en tanto en cuanto, es un tipo de publicidad que afecta el pensamiento de la sociedad, se puede determinar los daños que está puede causar en los consumidores más vulnerables; y por ello la necesidad de mencionarla.

Con el ejemplo más adelante citado, se puede definir claramente lo que es la publicidad agresiva.

Los publicistas cada vez son más creativos y superan lo usual, sin importar la clase de mensajes que se emiten a la sociedad, todo con la finalidad de vender, sea como sea.

Es por ello que la legislación ecuatoriana establece y protege a los consumidores, sobre todo a los más vulnerables que son los niños, aquellos que por su falta de madurez intelectual, pueden asumir los mensajes de

manera negativa, produciendo en ellos temor sobre alguna cosa, incitar a la violencia o estimular tolerancia de cualquier mensaje que transmite algo anormal y así llegar a convertirlo en algo normal, perjudicando a la sociedad en su forma de pensar, en sus valores y principios.

Imagen N° 1



Fuente: Investigación Realizada.
Elaborado por: Cristina Pineda

En este ejemplo no se discutirá sobre el fondo del mensaje, puesto que para muchos este ejemplo puede ser una manifestación exacta de lo que son las corridas de toros y estarán de acuerdo, como otros no. Lo que se quiere demostrar es lo gráfico, crudo y grotesco que puede llegar a ser la publicidad agresiva.¹⁰¹

Por lo tanto, la publicidad agresiva, no necesariamente causará error o confusión al consumidor, pero sí causará daños psicológicos a quienes no tengan un carácter formado, influirá en su forma de pensar obteniendo como

¹⁰¹ PUBLICIDAD CREATIVA Y AGRESIVA. (3 Oct 2006). [gimenete.wordpress.com/.../publicidad-creativa-y-agresiva]

resultado el cambio de personalidad y creencias. Con la publicidad agresiva, de acuerdo con la interpretación de los consumidores, el mensaje podrá ser desvirtuado y eventualmente podría generar confusión.

3.6 EJEMPLOS DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA

La publicidad se encuentra en todos los lugares y rincones de la ciudad, mientras más grande es la localidad hay más publicidad, mientras más consumidores, mayores son las ofertas, es un bombardeo de información.

Inconscientemente la sociedad esta rodeada de publicidad, se manifiesta en diversas formas y a través de los diferentes medios de comunicación.

Hoy en día por la forma de vida, que es de un consumismo total, la sociedad se deja llevar por la publicidad. Por ejemplo, si en la propaganda se muestra una mujer muy hermosa que consume un producto para mantenerse delgada, la televidente que no esta conforme con su cuerpo, utilizará dicho producto, con la fe de verse igual que la mujer de la propaganda. Las personas poseen diversas necesidades, como por ejemplo: Aquellas que se las podría catalogar como esenciales y de supervivencia, tales como saciar el hambre, la sed, el frío, el calor, el descanso, salud, educación y seguridad; que inconscientemente no se las considera como necesidades sino parte del día a día.

También existen otras que no son especialmente necesidades, pero se convierten, tal es el caso de vestir cierta marca o utilizar cierto perfume por las necesidades sociales que vive el individuo, que se mezcla con la necesidad de sentirse importante, y crear un status más alto dentro de la sociedad, todo para demostrar y sentir una superación personal.

Aquí se van a citar ciertos ejemplos de publicidad engañosa, que se dan día a día y muchas veces no prestamos la atención necesaria.

Imagen N° 2



Fuente: Investigación Realizada.
Elaborado por: Cristina Pineda

Este es un claro ejemplo de publicidad engañosa, puesto que en muy pocos países respetan lo que es una oferta. En el Ecuador es usual que en fechas importantes como por ejemplo la navidad, el día de la madre, del padre, del niño o fuera de temporada se presenten una serie de promociones de las cuales el consumidor va a adquirir un producto debido a que su precio está a la mitad, el problema se genera cuando el precio subió previamente y al bajarlo simplemente se lo esta vendiendo al precio original.¹⁰²

¹⁰² ANUNCIOS GRÁFICOS. [www.google.es/anuncio/grafico/publique/anunciosgráficos-con-google/sin-diseñador-Profesional]

Imagen N° 3



Fuente: Investigación Realizada.
Elaborado por: Cristina Pineda

Las mujeres y los hombres, al observar un mensaje publicitario como éste, creerán que al tomar unas pastillas, podrán lucir un cuerpo como el de la modelo, lastimosamente en estos anuncios no se menciona que en el momento del tratamiento de manera conjunta hay que cuidarse de la comida. Es por ello, que solo toman las pastillas, siguen con su mismo ritmo de vida y tienen la expectativa de terminar como la modelo. Situación que al no darse genera decepción, depresión y tensión en la persona que creyó en un producto e invirtió una fuerte cantidad de dinero.¹⁰³

Otra manera de engañar al público consumidor se da cuando al ir a una tienda de ropa o a un restaurante, sea para adquirir un producto o servicio, muy pocas veces encontramos una nota que diga que no se incluye el IVA y si lo encontramos ésta se encuentra en letras tan pequeñas que difícilmente se lo podrá visualizar. Esto genera molestia, puesto que al adquirir el producto, al momento de ser cancelado el valor va a ser mayor. Por más que los ecuatorianos estemos consientes de dicha práctica y estemos advertidos,

¹⁰³ Reproducido con autorización. [rodriguezfrankc.blogspot.com/2009/11]. Jueves 26 de noviembre de 2009.

nunca dejan de haber los incautos, por cuanto este acto no deja de ser engañoso.

Para respaldar lo indicado, se señalará una queja relacionada con el tema mencionado.

En el juicio 7919-01, actúa como Actor el consumidor afectado y como Demandado ALIRAP CIA. LTDA. por medio de la cadena de restaurantes Burger King. El Actor presenta una denuncia ante el señor Defensor del Consumidor y Usuario de Pichincha, el Actor argumenta lo siguiente: Según el artículo 81¹⁰⁴ y 19¹⁰⁵ de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, se presenta la denuncia en la que se alega que en el momento de cancelar el valor por la compra de una hamburguesa en Burger King, los valores establecidos no coincidían con aquellos publicados en las carteleras, pues no se incluía el monto correspondiente al impuesto al valor agregado. El artículo 9 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor dispone sobre la información relacionada con el valor de los bienes que se debe incluir, además del precio total, los montos adicionales correspondientes a impuestos y otros cargos, de tal manera que el consumidor pueda conocer el valor final de los bienes. El Defensor del Pueblo avoca conocimiento.

¹⁰⁴ LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 116 de 10 julio de 2000. CAPITULO XIV COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO.

Art. 81.- FACULTAD DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO.-

Es facultad de la Defensoría del Pueblo, conocer y pronunciarse motivadamente sobre los reclamos y las quejas, que presente cualquier consumidor, nacional o extranjero, que resida o esté de paso en el país y que considere que ha sido directa o indirectamente afectado por la violación o inobservancia de los derechos fundamentales del consumidor, establecidos en la Constitución Política de la República, los tratados o convenios internacionales de los cuales forme parte nuestro país, la presente Ley, así como las demás leyes conexas.

En el procedimiento señalado en el inciso anterior, la Defensoría del Pueblo podrá promover la utilización de mecanismos alternativos para la solución de conflictos, como la mediación, siempre que dicho conflicto no se refiera a una infracción penal.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, el consumidor podrá acudir, en cualquier tiempo, a la instancia judicial o administrativa que corresponda.

¹⁰⁵ Art. 19.- INDICACIÓN DEL PRECIO.- Los proveedores deberán dar conocimiento al público de los valores finales de los bienes que expendan o de los servicios que ofrezcan, con excepción de los que por sus características deban regularse convencionalmente.

El valor final deberá indicarse de un modo claramente visible que permita al consumidor, de manera efectiva, el ejercicio de su derecho a elección, antes de formalizar o perfeccionar el acto de consumo.

El valor final se establecerá y su monto se difundirá en moneda de curso legal.

Las farmacias, boticas, droguerías y similares deberán exhibir de manera visible, además del valor final impreso en cada uno de los medicamentos o bienes de expendio, la lista del precio oficial de los medicamentos básicos, aprobados por la autoridad competente. Además del precio total del bien, deberá incluirse, en los casos en que la naturaleza del producto lo permita, el precio unitario por kilogramo, litro o metro.

Se presenta denuncia ante el Comisario Nacional de Policía del Cantón Pichincha, en la que se alega que hay infracción de los artículos 19 y 9 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor sobre los valores publicados, que no coincidieron con los establecidos en caja para los productos que solicitó. El Comisario de policía solicita se realice la inspección judicial del local detallado en la denuncia. En el informe pericial señala que se evidenció que ALIRAP CIA. LTDA. no incluye en los precios finales que oferta al público el monto correspondiente al impuesto al valor agregado.

La Comisaría Nacional de Quito resuelve declarar que la compañía ALIRAP CIA. LTDA. ha incurrido en infracción general a las disposiciones de la Ley Orgánica Defensa del Consumidor y le condena al pago de la multa.

La resolución fue apelada ante el Juez de lo Penal de Pichincha, sin embargo, el juez ordeno se le condene al pago y se haga efectiva la multa.

Otro ejemplo clásico de publicidad engañosa, se da cuando se muestran mediante fotografías alimentos de comida rápida, el momento de servirse no siempre son como las imágenes. En el Ecuador no se tiene una cultura que reprima estos hechos, sea por miedo, costumbre o conformismo.¹⁰⁶

Así te lo presentan



Imagen N° 4

Así sirven



Esta es la famosa Big Mac de Mac Donald's.

¹⁰⁶ Publicidad engañosa de los fast food 1 Feb 2008. Reproducido por [www.lohevisto.com/.../publicidad-enganosa-de-los-fast-food]

McDonald's Filet



O Fish Sandwich



Burger King



Whopper



McDonald's



Sausage McMuffin



Burger King Enormous



Omelet Sandwich



Burger King sausage, egg, and**cheese croissant****Arby's Beef 'n'****Cheddar**

Fuente: Investigación Realizada.
Elaborado por: Cristina Pineda

3.7 TRATAMIENTO DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA FRENTE AL CONSUMIDOR

La expresión consumo nace a mediados del siglo XX, de aquí nace la figura del consumidor quien se somete a lo establecido por las empresas y la publicidad. En la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en su definición establece lo siguiente:¹⁰⁷

3.7.1 ¿Quiénes son los Consumidores?

CONSUMIDOR.- Toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente ley mencione al Consumidor, dicha denominación incluirá al Usuario.

¹⁰⁷ LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Registro Oficial N° 116. 10 de julio de 2000.

Como establece esta definición no podemos tan solo hablar de consumidor, puesto que el público consumidor no solo adquiere un producto para su consumo, sino que también usa un producto, por tanto la ley va a proteger estos dos casos, aclarando que al hablar de consumidor, también se entiende como usuario.

Los consumidores, pueden ser una persona física o jurídica que adquiere, utiliza o necesita de bienes o servicios, de diferente naturaleza y los puede producir, importar, vender, facilitar o expedir, es decir jurídicamente, el consumidor puede ser comprador, inquilino, un locatario de una obra o servicio, sin que esto implique ser de una clase social en específico, profesión, situación económica particular.¹⁰⁸

Tenemos otra definición la del autor Molony Report que nos dice que consumidor es aquel que compra o alquila mercancías para su uso o consumición privados.¹⁰⁹

Los consumidores son personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan y disfrutan de un bien o servicio, actuando como destinatarios finales de un producto o servicio.¹¹⁰

El comercio ha existido desde la época primitiva, por lo que es importante dejar constancia que sin consumidores no existiría comercio.

El derecho comercial, es aquel que va a regular la relación que existe entre los sujetos que ofrecen y ponen sus productos en el mercado y aquellos que son los consumidores finales de dichos productos.

¹⁰⁸ FARINA, J. Defensa del consumidor y del usuario. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma. Pág. 17.

¹⁰⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI-TAVANO DE AREDES. (1991). La protección al consumidor en el derecho privado. Derecho del Consumidor. Pág. 12.

¹¹⁰ EZPINOZA, J. Normas de la Publicidad. Editorial Rodhas. Pág. 64.

Los consumidores tienen necesidades y buscan constantemente cómo satisfacerlas. A través de los medios de comunicación conocen las marcas que están a su disposición y eligen a las que van a satisfacer sus necesidades. El anunciante se preocupa mucho por entender las necesidades del consumidor, para encontrar la manera de satisfacerlas. El consumidor es un elemento muy importante en la creación de planes de marketing y publicidad, ya que de su decisión depende el éxito o fracaso de una marca en el mercado.

El consumidor y la publicidad necesariamente irán juntos, no hay que confundir información con publicidad, aunque parezcan lo mismo, puesto que a través de la información la publicidad buscará persuadir, captar, ofrecer y demostrar las ventajas de un producto. La información tiene como función el racionalizar las opciones al consumidor.

El consumidor es quien elegirá un producto y por ende el resultado de una buena o mala publicidad acerca de un producto o servicio, puesto que el consumidor tiene la última palabra en publicidad.

Por tanto los consumidores además de ser aquellas personas naturales o jurídicas que adquieren, usan y disfrutan de un bien o servicio, también se encuentran dentro de una normativa que va a tutelar sus derechos y obligaciones respecto con los productos que se ofrecen en el mercado, regulación que no sólo va a proteger al consumidor sino también a los futuros consumidores.

3.7.2 Clases de Consumidores

Estos se encuentran clasificados dependiendo de dichas necesidades y gustos.

- Buscadores de precios, que necesariamente van a ser los precios más bajos.

- Compradores de poco interés, los no encuentran divertido ir de compras.
- Cazadores de gangas de marcas, quienes todavía piensan que utilizar una marca determinada les da un estatus más alto.
- Entusiastas por la calidad del servicio, quienes tienen la expectativa de un alto nivel de calidad del producto que van a adquirir.
- Compradores desencantados, son aquellos que ya no tienen satisfacción al ir de compras, dejando de ser algo agradable.¹¹¹

Este tipo de clasificación permite diseñar una estrategia de marketing y campaña publicitaria que van a reunir las necesidades y gustos del público consumidor.

3.7.3 Protección al Consumidor de la Publicidad Engañosa

La defensa del consumidor se refiere a la regulación que proporciona el Estado Ecuatoriano a los consumidores para que puedan hacer valer sus derechos.

La protección al consumidor busca salvaguardar los intereses del consumidor, es decir no se permitirá que un fabricante promueva en el mercado un producto o servicio que no cumpla con sus funciones o que simplemente el producto no sea de buena calidad y esto produzca daño, que puede ser inclusive a la salud.

En conclusión el consumidor en el Ecuador se encuentra tutelado, tanto por la Constitución y Ley Orgánica Defensa del Consumidor. Por cuanto, el consumidor tendrá legítimo interés de presentar cualquier reclamo después de comprar y usar un producto o servicio que no era lo que se esperaba o deseaba.

¹¹¹ BURNET, W., MORIARTY, S. y BURNETT, J. Op. Cit. Pág. 192.

Lo que se debe tratar es implementar educación a los consumidores al reclamo. Como observamos, la publicidad engañosa se encuentra estipulada en la Constitución, el inconveniente se suscita cuando las personas desconocen y no acceden a reclamar sus derechos y hacerlos valer, por cuanto no es muy útil tener una norma que no se ponga en práctica. El Estado deberá implementar algún mecanismo de información al consumidor sobre el tema, para sentir apoyo y así generar confianza para demandar.

El error o el engaño al consumidor mediante un acto desleal, podría eventualmente tener buenos resultados, como también malos.

Como se ha estudiado anteriormente existe la publicidad engañosa y comparativa, que son diferentes tipos de hacer publicidad, sin embargo en cierto punto pueden llegar a causar los mismos daños. Lo que se pretende decir con esta premisa, es que si se utiliza la publicidad comparativa, si es manipulada de manera inteligente es decir, sin que se afecte al competidor, el consumidor estará en la facultad de determinar si lo informado es verdad o no, o posiblemente el consumidor creerá lo comunicado, obteniendo así que el consumidor al menos pruebe el producto y sea un futuro cliente. También puede darse el caso que la utilización de la publicidad comparativa, tenga resultados negativos, como por ejemplo: al probar el producto, el cliente no queda satisfecho y se encuentra inmerso en un engaño, lo cual traerá como consecuencia disgusto y por tanto, dicho consumidor se encargará de comunicar a quienes le rodean; al menos la gente de su entorno no se interesará por el producto, perdiendo así el prestigio y clientela.

El error y engaño de un producto o servicio mediante publicidad engañosa, va a causar inmediatamente la desviación de la clientela, que como se mencionó la doctrina lo cataloga como uno de los actos de competencia desleal.

En la publicidad engañosa existen dos situaciones, la primera cuando el empresario es el que induce a error o confusión a su clientela, anunciando la

promoción de productos con características que no son ciertas. Valerse de este acto para captar clientela, en un principio puede resultar, toda vez que el consumidor adquiere el producto, sin embargo después de su uso, se sentirá engañado. La segunda se da cuando el competidor utiliza a la publicidad engañosa como medio para desviar la clientela, situación en la que el público consumidor demorará en captar el engaño, ya que no es un engaño directo, sin embargo con el tiempo se dará cuenta de la confusión que dicha publicidad le genero.

Ripert, Roblot y Germain, identifican a la clientela con el fondo del comercio y definen a este último como la propiedad incorporal consistente en el derecho a la clientela que está vinculada al fondo, por sus elementos que sirven a la explotación.¹¹²

El cliente es a quien facturamos, quien nos compra, quien nos asegura el flujo sanguíneo de la empresa a través de la cifra del negocio.¹¹³

En consecuencia, si el empresario o competidor utilizan a la publicidad engañosa, afectarán a la clientela parte de una sociedad; si el giro del negocio es netamente comercial no solo afectará a su economía, toda vez que dejarán de existir ventas o en cantidades mínimas, sino también afectará a su reputación, que reiteradas veces se ha indicado de su importancia, la reputación comercial está ligada directamente con los clientes, ya que el cliente lo primero que analizará es la reputación de la empresa, para así ser un fiel comprador de sus productos o servicios.

¹¹² RIPERT, R. y RIPERT, G. Op. Cit. Pág. 227.

¹¹³ FERRÉ, J. y FERRÉ, J. (1997). Op. Cit. Pág. 2.

CAPÍTULO IV

4 CONCLUSIONES

4.1 DESARROLLO PROPUESTA Y CONCLUSIONES

- Marketing y publicidad no son sinónimos, pues el marketing analiza las necesidades tanto del mercado como del consumidor para introducir un producto o servicio en el comercio, y la publicidad será el nexo entre el fabricante, producto o servicio y el consumidor, que servirá para comunicar y difundir al público consumidor sobre un bien o servicio con la finalidad de motivar su consumo.
- Las agencias de publicidad tienen como función crear estrategias de comunicación y campañas creativas, con el objetivo de vender productos y servicios, generando una preferencia sobre una marca determinada, por lo tanto la publicidad fomentará la competencia dentro del sector económico. En consecuencia, los consumidores conocerán los productos a su disposición en el mercado y optarán por la adquisición o no de estos.
- El crecimiento industrial exigió a los fabricantes crear marcas que identifiquen sus productos dentro del mercado, para que el consumidor aprenda a reconocerlos. La elección de una denominación para acompañar un producto o servicio implica, no solo creatividad u originalidad, sino un estudio y análisis profundo, toda vez que no todas las denominaciones son susceptibles de registro, además, deberán cumplir con los requisitos señalados en la Ley de Propiedad Intelectual, las normas internacionales y la doctrina.
- Las marcas se han convertido en bienes intangibles importantes dentro de los activos de una empresa, toda vez que otorgan beneficios en cuanto notoriedad, distintividad, reputación y fama del producto o servicio que se ofrece; lo que posibilita engrandecer el patrimonio de los agentes económicos. En consecuencia los productores registran las marcas para

adquirir el derecho exclusivo de uso, como acción para hacer valer sus derechos frente a terceros, ya que el mal uso de una marca induce a error o confusión al consumidor, convirtiéndose en un engaño. La utilización de una marca ajena, de la cual no se es titular y abusar de su notoriedad o renombre, deberá ser mejor normada en el Ecuador, puesto que actualmente existen muchas acciones que contravienen las buenas costumbres mercantiles que afectan a los consumidores y competidores.

- La representación gráfica se considera como requisito primordial para identificar una marca. De conformidad el artículo 81 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, se establece que a una marca no solo se la puede percibir de manera visual, sino también puede ser olfativa, gustativa y sonora, por tanto ahora son susceptibles de registro.
- Las marcas son parte fundamental dentro de la publicidad, sin marcas no habría publicidad y sin publicidad no habría conexión entre consumidor y producto.
- La publicidad es muy importante en temas marcarios toda vez que dará a conocer el producto o servicio, y, por ende, instituirá el prestigio, notoriedad y distintividad de una marca.
- Nuestra legislación no cuenta con una regulación específica para la protección de derechos de autor en las obras realizadas por los creativos o publicistas, como tampoco una norma que ampare aquellos que contratan los servicios.
- En diferentes Instituciones, como es el caso del Instituto de Propiedad Intelectual, que al amparo de lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual como en normas internacionales, ponen énfasis en educar a la sociedad para que los derechos de los demás sean respetados, es por ello que es trascendental el amparo a los derechos de autor, en razón de

la publicidad, puesto que pese a existir un soporte legal, no es específico, y cuando se origina un conflicto, es difícil determinar el responsable, o el tipo de sanción para los integrantes, puesto que dependiendo de la manera de realizarse la obra, sea por relación laboral, de manera colectiva, por encargo, el titular, el autor o coautor, tendrán que responder de diferente manera.

- Se puede concluir que la competencia desleal es la conducta equivocada, que va contra lo usual y permitido, las buenas costumbres mercantiles, los derechos y los intereses de las personas, que además de perjudicar a los competidores, afectan a los consumidores, y por ende a la economía de un país, por tal razón es indispensable que el derecho regule dichos actos, tanto desde el punto de vista legal, como dentro del ámbito económico.
- Después del estudio realizado se puede determinar que la legislación del Ecuador y la doctrina, coinciden que los actos de competencia desleal más relevantes son: la confusión, las aseveraciones falsas, perjuicio a la reputación de la empresa, inducir error al público consumidor, publicidad comparativa, publicidad engañosa, la denigración, imitación servil, la violación de secretos y desviación de clientela.
- En conclusión un acto se considerará desleal, cuando cause un daño a los que conforman el mercado.
- Se puede señalar que de conformidad con en el Art. 287 de la Ley de Propiedad Intelectual podrán ejercerse las acciones previstas en esta Ley, para resolver de los casos de competencia desleal. La autoridad competente para conocer estos casos serán los Jueces especializados en Propiedad Intelectual; según la Disposición Transitoria Quinta de la mencionada Ley y el Código Orgánico de la Función Judicial, son competentes a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo,

con excepción de las diligencias cautelares, que deberán ser conocidas por el juez de lo civil.

- En el ámbito administrativo, el IEPI es la autoridad competente para conocer aquellas acciones que han quebrantado exclusivamente los derechos sobre Propiedad Intelectual. De conformidad con el Código Penal se podrán interponer acciones ante jueces de lo penal, de acuerdo al Art. 564.
- De la Ley de Propiedad Intelectual se desprende un vacío legal que deberá ser revisado, se enumeran taxativamente los actos de competencia desleal, y se menciona “entre otros”, por lo tanto se puede considerar que aquellos que no se encuentran especificados no se sujetarán a lo previsto en esta Ley, dejando al sano criterio de la autoridad competente determinar si un acto es o no desleal; encasillado como entre otros esto ocasiona que no exista una base legal para resolver estos casos. Por tanto, aquellos actos que no se encuentren tipificados podrían carecer de una norma que impida su continuidad y afectación.
- Este tipo de actos ilícitos, donde existe responsabilidad, los perjuicios ocasionados tendrán que ser reparados de acuerdo a lo previsto en el Código Civil. A pesar que ciertas tendencias niegan que una persona jurídica pueda alegar que le han causado un daño, ya que es exclusivamente para daños patrimoniales o emocionales de una persona natural, por el análisis realizado se puede concluir que las personas jurídicas al poseer atributos extrapatrimoniales, ya que gozan de buen nombre, reputación y prestigio, la acción de daño moral le corresponderá a la persona jurídica a través de su representante; por tanto el Código Civil seguirá siendo el sistema legislativo vigente que regule los aspectos de reparación de los daños causados, ya que establece principios y características generales que permiten resolver aquellos casos que son imposibles de prever. De igual manera se podrá utilizar a la Analogía

Jurídica para aquellos actos que no se encuentran estipulados en la ley; el afectado podrá recurrir a ella, de conformidad con lo que señala y permite el Art. 29 del Código Orgánico de la Función Judicial.

- Por lo expuesto, es necesario realizar una Ley sobre competencia desleal, especificando las causas y procedimientos; evitar la coexistencia de normas similares en distintas leyes, que permitan la intervención de otras autoridades, eliminando la dualidad de competencia, contexto que genera vacíos legales como: no existencia una autoridad competente determinada, lo que puede ocasionar indefensión para los competidores, toda vez que al interponer un reclamo la autoridad podría inhibirse de conocer el caso, alegando falta de competencia.
- El propósito de este trabajo era determinar la magnitud de daños que puede causar la publicidad engañosa, con la finalidad de demostrar la necesidad de implementar una Ley específica.
- El engaño es inducir a error o confusión al consumidor acerca de un producto o servicio, el inducir a error será sancionado tan solo con la intención de hacerlo, no se necesitará que el acto sea consumado, por lo tanto la publicidad engañosa, causa perjuicios de dos distintas maneras: la primera cuando el mismo agente económico emite un mensaje publicitario que no es veraz induciendo y perjudicando al consumidor, causando su propia desgracia, ya que difícilmente los consumidores volverán a adquirir su producto o servicio. La segunda se genera cuando un competidor utiliza publicidad engañosa para desacreditar y desviar la clientela de su competidor.
- A lo largo de este estudio se pudo evidenciar que existen diferentes formas de hacer publicidad como: la publicidad comparativa, la publicidad encubierta, la publicidad subliminal y la publicidad agresiva o abusiva, después del análisis se puede concluir que la publicidad comparativa

puede llegar a ser positiva, cuanto la comparación no es ofensiva y nociva para el producto del competidor, esta forma de hacer publicidad va a ayudar al consumidor a elegir mejor el producto que desea comprar; de igual manera, la publicidad comparativa no será ilícita si es comprobable, es decir que se demuestre que los datos que son emitidos no son falsos. Cuando el competidor agrega o quita lo malo de su producto para dar a entender al consumidor que su producto es el mejor, la publicidad comparativa resulta ser publicidad engañosa, concluyendo así que la publicidad comparativa además de ser un acto ilícito cuando denigra al consumidor, también es engañosa cuando la información transmitida no es veraz y no comprobable.

- En cuanto la publicidad encubierta por ser menos agresiva, evidente y gráfica, se aprovecha de la situación para introducir mensajes con contenidos que no se ajustan a la realidad; la publicidad subliminal, puede catalogarse como una manera engañosa de hacer publicidad, toda vez que el consumidor no discierne el mensaje, limitando la capacidad de analizarlo y poder sacar una conclusión valiosa para su elección o decisión, que puede devenir en engaño y confusión. Por otro lado, la publicidad agresiva, no causará error o confusión al consumidor, pero sí causará daños psicológicos a quienes no tengan un carácter formado, influirá en su forma de pensar obteniendo como resultado el cambio de personalidad y creencias. Con la publicidad agresiva, de acuerdo con la interpretación de los consumidores, el mensaje podrá ser desvirtuado y eventualmente podría generar confusión o engaño, sin embargo no se puede alegar que la publicidad agresiva sea directamente engañosa.
- La publicidad engañosa se encuentra estipulada en la Ley de Propiedad Intelectual como un acto de competencia desleal, sin embargo no le confiere ningún tratamiento especial en caso de suscitarse, solo la enumera.

- En el Ecuador la falta de una ley específica no impide que se proceda con el tratamiento y sanción de la publicidad engañosa, pero considerando que aún no se crean los Jueces especializados en Propiedad Intelectual, la resolución de estos casos dan como resultado que se emitan resoluciones con poco sustento y conocimiento de temas de Propiedad Intelectual y Publicidad, causando perjuicios económicos y morales tanto a los competidores y los consumidores, toda vez que después de una exhaustiva investigación se ha podido demostrar, que la publicidad engañosa, implica temas publicitarios, marcarios, de derechos de autor, asuntos relativos a competencia desleal, correlación con normas tanto internacionales como nacionales, por lo que las autoridades competentes deben cuidar que la publicidad engañosa no afecte a la sociedad consumidora; es por ello que hace falta una especialidad para su juzgamiento.
- Existe legislación sobre la publicidad engañosa, no hay discusión, sin embargo hay que recalcar que en el sistema ecuatoriano donde el Derecho y el acceso a la justicia se ven casi siempre manipulados en el momento de aplicar la ley, qué podemos esperar si no existe una ley clara y específica en cuando a publicidad engañosa. Si no se implementa una Ley específica para la publicidad engañosa, podría estar sujeta a interpretaciones a conveniencia de las partes, alegaciones que perjudicarían la decisión de la autoridad competente.
- El consumidor en el Ecuador se encuentra tutelado, tanto por la Constitución y Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la finalidad de esta ley es regular las relaciones existentes entre proveedores y consumidores, sin embargo el Estado debe comprometerse a realizar campañas informativas con la finalidad de educar a los consumidores para efectuar sus reclamos, y que las personas desconocen y no exigen sus derechos, hacerlos valer.

- Los consumidores cuando interponen un reclamo deberán hacerlo ante el Defensor del Pueblo que esta facultado para defender y observar los derechos del Consumidor y Usuario, más no le faculta a ser autoridad sancionadora. De igual manera en la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, se le atribuye competencia al Juez de Contravenciones, los Intendentes y Subintendentes de Policía y los Comisarios Nacionales y en caso de apelación el Juez de lo Penal.
- Por lo expuesto, al parecer se podría afirmar que la publicidad engañosa está regulada, y concluir que, cuando la publicidad engañosa es entre agentes económicos se acogerán a la Ley de Propiedad Intelectual, en el caso de verse afectado un consumidor se sujetará a lo que señala la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Pues bien, se podría alegar que estos dos grupos están amparados por la Ley y que no hay falta de legislación, sin embargo en ninguna de estas Leyes se manifiesta un tratamiento concreto y detallado. De conformidad con lo analizado, en Ecuador, cada vez existen más problemas de publicidad engañosa, por lo cual, aparentemente, hay un vacío que hace que las normas no sean respetadas y puestas en práctica; si fueran efectivas no sufriríamos diariamente algún engaño sobre algún producto o servicio que adquirimos. Consecuentemente el enfoque de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor sobre la publicidad engañosa es estrictamente para el consumidor, siendo el proveedor el que tiene toda la responsabilidad y debe cumplir con sus obligaciones, situación que es comprensible, puesto que el productor de los bienes es el posible causante de la publicidad engañosa, siendo el consumidor el nexo final. Sin embargo los proveedores no se encuentran amparados, ni tutelados, por lo que no se debe olvidar que entre competidores también existen actos desleales que deben ser regulados, puesto que afectan a la economía del país al igual que de los consumidores.

- La legislación europea (Directiva) que fue estudiada servirá de modelo para implementar una Ley de publicidad engañosa específica en el Ecuador; para dar fácil acceso a los consumidores o competidores que se vean afectados por la publicidad engañosa, comparativa, abusiva, encubierta o subliminal. Determinará una autoridad competente, sobre todo especializada para efectuar un adecuado juzgamiento, tanto para sancionar como para interponer las acciones judiciales que sean pertinentes. Claramente podrá determinar si la publicidad engañosa o comparativa es ilegal y si han causado realmente un daño.
- Además de implementar una Ley específica para publicidad engañosa, una Ley específica para competencia desleal, otra de las propuestas consistirá en implementar lo que instituye el derecho anglosajón, que es rectificar los daños causados por la publicidad engañosa mediante la publicidad correctora, que obliga al anunciante rectificar y realizar la corrección; por tanto se hace indispensable la existencia de una entidad administrativa especializada para el control de la publicidad engañosa, previo al lanzamiento de una campaña publicitaria, debería analizar si contiene información engañosa y así anticipadamente establecer las observaciones para que sean rectificadas; de incumplir con lo mencionado, este órgano especializado debería proceder al enjuiciamiento de la actividad publicitaria. Con esto se obviaría que la publicidad induzca a error o engaño a los consumidores. Por tanto es imprescindible que se establezca claramente quien es la autoridad competente, la forma como los consumidores y competidores deben presentar sus reclamos y la manera en que serán analizados; la salvaguardia de los derechos de los consumidores, los derechos y obligaciones de los competidores y cuales podrían ser las sanciones en caso de infringir la ley.
- No se debe olvidar a otro grupo de importancia en este tema, como son los profesionales publicistas, que deberían tener capacitación y

conocimiento de la legislación para no cometer actos que perjudiquen su trabajo y afecten a sus clientes, para ello se podría proponer a las agencias de publicidad que opten por reglamentos internos debidamente aprobados por la autoridad competente, para así evitar objeciones y que surta efectos positivos.

- Es de tal naturaleza e importancia el tema que tratamos que constituye una obligación de orden jurídico y ético, para el Estado y para los particulares evitar y prevenir la publicidad engañosa, resolver los casos de manera rápida y efectiva, motivada y especializada, con esto se frenará la competencia desleal, la publicidad engañosa que no sólo afecta a la credibilidad del país sino al desenvolvimiento del mercado interno y del consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALEMÁN, M. MARCAS: Normativa subregional sobre marcas de productos y servicios. Editorial Top Management Intenational.
2. ÁLVAREZ, J. (1995). Dumping y Competencia Desleal Internacional. Editorial Jurídica de Chile.
3. BARNES, J. Desde la perspectiva del cliente: Definición de Lealtad. www.crmguru.com/features/2002a/0214jb.html.
4. BOBBIO, N. La plenitud del orden jurídico y la interpretación. Reproducido por descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras
5. BUGALLO, B. Propiedad Intelectual. Edición Fundación de Cultura Universitaria.
6. BURNET, W., MORIARTY, S. y BURNETT, J. Publicidad Principios y Práctica. Publicada por Pearson Education Inc.
7. CASADO, A. (1999). El derecho de marca en Europa: la marca comunitaria. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
8. CEVALLOS, V. (2001). Libre Competencia de Consumo y Contratos. Editorial Jurídica del Ecuador.
9. CHILE. LEY 19496. Fecha Publicación: 07-03-1997 Fecha Promulgación: 07-02-1997. NORMAS SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. Reproducido por www.bcn.cl - Biblioteca del Congreso Nacional de Chile
10. CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO. R.O. Suplemento 46, 24 de junio de 2005.
11. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO. R.O. Suplemento 58, 12 de julio de 2005.
12. CÓDIGO PENAL ECUATORIANO. R.O. 147 de 22 de enero de 1971.
13. COLOMBIA. LEY 256 DE 1996 (Enero 15) Diario Oficial No. 42.692, de 18 de enero de 1996, Normas sobre competencia desleal.
14. COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión 486 Comunidad Andina. Régimen Común sobre Propiedad Industrial.
15. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. (2008). Corporación de Estudios y Publicaciones. Ecuador.

16. Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900.
17. CORREA, M. Derecho de Marcas: Temas de Derecho Industrial y de la Competencia. Editorial de Ciencia y Cultura.
18. DAVIS, F. (1973). La comunicación no verbal. Madrid: Es Alianza.
19. DECRETO LEGISLATIVO N° 807 - LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI. Decreto Legislativo del 16 de abril de 1996 -Publicación 18 de abril de 1996 reproducido por www.apeccp.org.tw/doc/Peru/Organization/DL807.pdf
20. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Versión en línea de la obra de la Real Academia de la Lengua Española. 22.ª EDICIÓN (2001) recuperado por drae.rae.es
21. DOMÍNGUEZ, E. Competencia Desleal a Través de Actos de Imitación Sistemática. Editorial Aranzadi,S.A.
22. EZPINOZA, J. Normas de la Publicidad. Editorial Rodhas.
23. FARINA, J. Defensa del consumidor y del usuario. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma
24. FLOSH, J. (1993). Semiótica, Marketing y Comunicación. Barcelona. Ed. Paidós. Bajo los signos, las estrategias.
25. GARCÍA, M. Las Claves de la Publicidad. Madrid: ESIC Editorial.
26. GARCÍA, S. Competencia Desleal. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexiz.
27. GARRIGUES, J. (1981). Curso de Derecho Mercantil. México: Editorial Porrúa S.A.
28. GONZÁLEZ, E. Regulación de la competencia desleal en Venezuela. <http://129.3.20.41/eps/le/papers/0310/0310001.pdf>
29. LA LEY 22.802 LEY DE LEALTAD COMERCIAL. Promulgación: 5 de mayo de 1983 Boletín Oficial: 11 de mayo de 1983. El Presidente de la Nación de Argentina. www1.hcdn.gov.ar/.../leyes/ley22802.htm
30. LEMA, C. (1996). La publicidad engañosa en el moderno derecho español. Madrid: Es: Civitas.
31. LEÓN, J. (1996). Los Efectos de la Publicidad. Editorial Ariel S.A.
32. LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. RO. 320: 19 de mayo 1998.

33. LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Registro Oficial N° 116, 10 de julio de 2000.
34. LIPSZYC, D. (1993). Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ediciones UNESCO. CERLALC, ZAVALIA.
35. LÓPEZ, A. La Acción de Competencia Desleal. Bogotá.
36. MISKOLCZI-BODNÁR, P. Definición de publicidad comparativa. Reproducido con permiso de 3515 Miskolc-Egyetemváros. [Hungarjogdrmbp@uni-miskolc.holdwww.unimiskolc.hu/uni/res]
37. NAVARRO, G. Delitos de deslealtad en el comercio y la industria. Buenos Aires: Pensamiento Jurídico Editora.
38. PROCESO 12-IP-95. Sentencia dictada el 18 de septiembre de 1995, publicada en la G.O.A.C. N° 199, del 26 de enero de 1996, caso "VERDADERO ARRANCA GRASA". Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
39. PROCESO 46-IP-2000, Sentencia de 26 de julio del 2000, G.O. N° 594, de 21 de agosto del 2000, marca: "CAMPO VERDE". TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA
40. PUBLICIDAD CREATIVA Y AGRESIVA. (2006). [gimenete.wordpress.com/.../publicidad-creativa-y-agresiva]
41. RIPPE, S. De los actuales conceptos de la responsabilidad en sede de competencia desleal. La Responsabilidad.
42. RIVERA, J. En: La prueba del daño sufrido por las sociedades por la agresión a su reputación comercial. Argentina: Revista de Derecho de Daños. La Prueba del Daño I, Rubinzal Culzoni Editores.
43. SOTO, R. y BERCOVITZ, A. Coordinador y Otros La regulación contra la Competencia desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991. Cámara de Comercio e industrias de Madrid.
44. SPOLANSKY, N. (2003). El Delito de Competencia Desleal y el Mercado Competitivo. Editorial AD-HOC S.R.L.
45. TORRES, E. (2003). Breves Comentarios a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.
46. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. PROCESO N° 27-IP-95 Caso "GRASAS VEGETALES S.A."
47. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 7-VIII-95. Proceso N° 7-IP-95. Caso "COMODISIMOS". En G.O.A.C. N° 189 de 15-IX-95.

48. ZANONI, E. (1987). El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires.
49. ZUNINO, J. (1993). Fondo de Comercio. Buenos Aires.