

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO DEL MERCADO

**“LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR POR
PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN EL ECUADOR Y
SUS LIMITACIONES LEGALES DE ACUERDO A
LA LEGISLACIÓN VIGENTE”**

MARCO VINICIO GUERRA NARANJO

2006

Al presentar esta tesis uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Marco Guerra Naranjo

22 de noviembre de 2006.

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN DERECHO DEL MERCADO

**“LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR POR
PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN EL ECUADOR Y
SUS LIMITACIONES LEGALES DE ACUERDO A
LA LEGISLACIÓN VIGENTE”**

MARCO VINICIO GUERRA NARANJO

TUTORA: DRA. HAYDÉE ALVARADO

QUITO, 2006

RESUMEN:

El ámbito comercial, inmensamente competitivo de proveedores de bienes y servicios y la masificación de sus ventas ha llevado a que se utilice con mayor frecuencia estrategias que implican el uso de publicidad agresiva y falsa, que tiende a perjudicar a los consumidores, quienes adquieren bienes y servicios, distintos a los que fueron publicitados o promocionados por cualquier medio, vulnerando con ello sus derechos con la ilícita publicidad engañosa. Por el contrario, el empresario consiente ve en la publicidad una oportunidad de llegar a potenciales consumidores con publicidad agradable, persuasiva e innovadora, pero lícita, pudiendo ser ésta en ciertas ocasiones mal interpretada, instaurándose infundadas denuncias sobre publicidad engañosa, muchas veces impulsada por sus propios competidores, que conduce a que la autoridad competente sancione una publicidad lícita como engañosa, por desconocimiento y ausencia de delimitaciones legales claras.

Es evidente la necesidad de aprender a diferenciar y discernir una publicidad lícita de la engañosa por parte de todo el conglomerado social (como consumidores reales y potenciales), los proveedores de bienes y servicios y la autoridad de Defensa del Consumidor.

La Normativa Ecuatoriana no presenta en forma suficiente y clara limitaciones que permitan efectuar la distinción entre publicidad lícita y la ilícita. La presente investigación dilucidará la separación existente entre la publicidad lícita de la engañosa y una vez efectuado ello, se la confrontará con la legislación de defensa del consumidor vigente, verificando las limitaciones legales y fácticas existentes.

A mis padres: Angel Guerra y Cecilia Naranjo; por su amor y apoyo constante e inmenso. Su ejemplo en valores y superación personal han sido principios en mi vida.

A toda mi familia, con mi inmenso amor.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN		8
1. CAPÍTULO I		11
LA PUBLICIDAD Y SUS LÍMITES EN EL MARCO REGULATORIO		
1.1	La regulación de la publicidad desde el ámbito constitucional y el ordenamiento jurídico derivado.	11
1.2	La naturaleza de la publicidad y sus principios.	20
1.3	Limitaciones de la publicidad lícita, desde el ámbito de la publicidad y del Derecho.	31
1.4	Distinción entre publicidad lícita, engañosa y abusiva.	34
1.5	Prácticas de publicidad engañosa.	38
1.6	La relación entre la competencia y la publicidad.	46
2. CAPÍTULO II		
LIMITACIONES FÁCTICAS EN LA DEFENSA DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y LAS RESTRICCIONES LEGALES EN SU REGULACIÓN.		50
2.1	Inconvenientes en la defensa del consumidor	50
2.2	Inconvenientes en la defensa del proveedor de bienes y servicios	57
2.3	Ambigüedad y contradicciones de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que no evitan la indefensión del consumidor e inseguridad jurídica del proveedor	61

2.4	La defensa del consumidor contenida en leyes especiales	74
2.5	Insuficiencia regulatoria de la Normativa Ecuatoriana	80
CAPÍTULO III		82
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES		82
BIBLIOGRAFÍA		91

INTRODUCCIÓN.

La publicidad es un instrumento que los proveedores de bienes y servicios utilizan como herramienta fundamental, para lograr el convencimiento y preferencia de los consumidores y obtener con ello, finalmente, la adquisición de sus productos o servicios. Siendo que la publicidad cada vez es más agresiva y difundida en los medios de comunicación, deduciremos en el estudio a realizarse, el carácter imprescindible de establecer parámetros claros de protección al consumidor, que permitan evitar que una publicidad ilícita o engañosa vulnere el derecho constitucional de los consumidores. Así también, es primordial que los proveedores conozcan por qué actos publicitarios podrían incurrir en responsabilidad por publicidad engañosa.

En el primer capítulo del trabajo investigativo, establecemos que la publicidad puede estudiarse desde un punto de vista de instrumento del mercado y también desde el ámbito regulatorio del derecho. Muchas veces son muy ambiguos los criterios diferenciadores de publicidad lícita e ilícita, concebidos por las dos ramas, pero es necesario establecer puntos de encuentro y concordancia, que permitan aclarar cuando una publicidad lícita se convierte en engañosa, para que el consumidor pueda demandar en caso de existir la vulneración de sus derechos; así también, servirá para que el ofertante no vulnere el ordenamiento jurídico con la publicidad de sus bienes o servicios. Observaremos que nuestra legislación del consumidor no establece parámetros absolutamente claros que permitan entender al consumidor y al ofertante o proveedor de servicios, cuando se vulnera el derecho del consumidor al efectuar una publicidad engañosa.

La normativa ecuatoriana sobre el derecho del consumidor debe plasmar el reconocimiento de la naturaleza persuasiva de la publicidad, que no deberá ser confundida con datos falsos o erróneos que induzcan a equivocación a los consumidores y a la autoridad juzgadora, la existencia de una publicidad engañosa cuando se trate de una publicidad lícita y viceversa.

Debemos tener en cuenta que el objetivo de la publicidad es mostrar un producto o servicio más atractivo y llamativo para los potenciales consumidores, y no simplemente la descripción fría de las características; por lo tanto, actualmente en nuestro país no existen parámetros claros que permitan discernir una publicidad persuasiva pero legal y lícita, de la engañosa o ilícita; además, nuestra legislación no clarifica en forma plena la distinción.

En el segundo capítulo del presente estudio, abordaremos al Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano, el cual no establece, en forma adecuada y clara, diferencias que permiten conocer cuando una publicidad lícita se transforma en publicidad engañosa y por lo tanto se violenta la protección de los derechos de los consumidores; esta oscuridad normativa conlleva a vulnerar muchas veces y cada vez con mayor frecuencia los derechos de los consumidores.

Con el presente trabajo investigativo, podremos conocer la naturaleza de la publicidad y sus límites propios en el ámbito publicitario y en derecho, para diferenciar la publicidad lícita de la engañosa. Además, se verificarán los impedimentos que encuentra: a) El consumidor, para proteger sus derechos frente a la publicidad engañosa; y, b) El proveedor de bienes y servicios, para efectuar una publicidad sin incurrir en formas ilícitas.

Finalmente, podremos determinar cuales son las limitaciones fácticas y legales existentes en el Ecuador que se encuentran al confrontar la doctrina de la publicidad engañosa con la normativa vigente y aplicación de la misma. En el capítulo final, se encontrarán las conclusiones y recomendaciones principales de la investigación, sugiriendo alternativas válidas para mejorar la regulación de la publicidad ilícita y establecer mecanismos que permitan la disminución de la difusión de la publicidad engañosa, tan propensa a incrementarse en la actualidad, a través de los medios de comunicación.

CAPÍTULO I

LA PUBLICIDAD Y SUS LÍMITES EN EL MARCO REGULATORIO

1.1 La regulación de la publicidad desde el ámbito constitucional y el ordenamiento jurídico derivado.

La evolución que las sociedades ha experimentado en el ámbito de la protección de derechos del ser humano, ha llevado a la superación de la exclusiva protección de los derechos individuales en materia constitucional, ampliando su protección hacia los derechos que tienen los individuos en un conjunto o conglomerado de personas. Estos derechos, llamados colectivos y por la doctrina como de tercera generación, han sido materia de protección en las Cartas Fundamentales de los Estados y sujetos de regulación por su derecho derivado. Sin embargo, la imposibilidad de identificar a todos los sujetos de la colectividad y muchas veces establecer cual es la persona legitimada para presentar reclamaciones a favor de la colectividad, ha llevado a inconvenientes que han sido tratados por la doctrina y la jurisprudencia dentro de la categorización de los derechos difusos.

Los derechos colectivos han surgido como una necesidad de los ciudadanos con carencias o afectaciones comunes que necesitan acceder a la justicia, para asegurar la defensa de sus derechos sociales cuando estos por su naturaleza, no han vulnerado solamente derechos individuales protegidos.

Nuestra Carta Magna ha tutelado como parte de los Derechos Colectivos, al Derecho "*De los consumidores*". Estos derechos, han sido tratados más profundamente en el ordenamiento jurídico derivado, tal es el caso de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su respectivo Reglamento.

Analizando el contenido de los derechos colectivos varios son los criterios que expresan la forma incorrecta de encasillarlos como "derechos difusos", pues no son derechos debilitados, porque la pertenencia no se encuentra debilitada. El titular de los derechos difusos se encuentra representado por cualquier ciudadano que está en posibilidad de reclamar en forma concreta. Así también el efecto no es difuso sino concreto, pues se busca con la protección de los derechos colectivos a través del amparo, una revocación o suspensión del acto dañino o peligroso; como dice el tratadista Humberto Quiroga: "[...] lo único `difuso´ es la pretensión individual de obtener una reparación personal y ello es una cosa distinta [...]".¹

Tratándose de los derechos colectivos de los consumidores es incorrecto catalogarlos como de intereses difusos, pues lo acertado es hablar de intereses colectivos o grupales; además, no es conveniente hablar de intereses difusos, sino de intereses de pertenencia difusa, porque lo que no es claramente identificable son las personas que se encuentra afectadas por la acción u omisión, el problema estaría en su individualización.

La Constitución Política, reconociendo los derechos colectivos, establece a través del amparo constitucional un medio eficaz de la protección de los derechos colectivos del consumidor, cambiando su perspectiva

¹ Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 91.

individual, entendida así por la legitimación en su acceso y deja de ser una garantía de intereses y derechos individuales pasando a proteger los derechos de un grupo común. Estos derechos constitucionales, ya no son reclamables por un sujeto sino por todos los miembros de una agrupación, tal es el caso de los consumidores de determinado bien o servicio. Al respecto, el tratadista Salmón Alvear menciona: “Hablamos de materias que comprometen los intereses de colectividades, de masas, intereses supraindividuales masivos[...]”.²

Tomando en consideración el antecedente anotado, es necesario establecer la distinción doctrinal entre los derechos colectivos y los derechos difusos, toda vez que nuestra Constitución Política no los define siquiera, y peor aún los distingue, en tal sentido, podemos tomar en consideración la diferenciación dada por el Doctor Jaime Vintimilla que al respecto menciona:

- a. Derechos Colectivos: Tienen un grupo no ocasional. Son los intereses transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean sujetos un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base.
- b. Derechos difusos: Son intereses transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean sujetos personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho.³

Se puede concluir que los derechos difusos no tienen dueño, y cuando llegan a tenerlo serían derechos colectivos, tomando en cuenta que dichos

² Carlos Salmón Alvear, *Nociones Sobre el Amparo Colectivo*, Guayaquil, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2002, p. 196.

³ Jaime Vintimilla Saldaña, *De la Exclusión a la Participación: Pueblos Indígenas y sus Derechos Colectivos en el Ecuador en La Acción de Amparo Contra Particulares*, Quito, 2000, p. 142.

derechos son derechos individuales que pueden ser ejercidos con forma colectiva.

A pesar de existir una distinción doctrinal entre derechos colectivos e individuales, algunos han considerado mejor asimilarlos, antes que reconocer su diferenciación y autonomía; así lo menciona la Doctora Ximena Endara Osejo: “Algunos, recogen voces europeas, como el profesor Gurutz Jáuregui, consideran conveniente para evitar una polémica estéril, no hablar de derechos colectivos, sino de derechos individuales colectivizados cuya existencia y protección solo tienen sentido en el marco de un determinado grupo o colectivo”.⁴

Nuestra Constitución menciona a los Derechos de los Consumidores como parte de los Derechos Colectivos, los trata en el artículo 92 de la Carta Magna y establece el auspicio del Estado en la formación de asociaciones de consumidores y usuarios, para el cumplimiento de los objetivos que protejan los derechos vulnerados de una colectividad de consumidores. El artículo de la Constitución referido, manifiesta:

Art. 92.- La ley establecerá los mecanismos de control de calidad, los procedimientos de defensa del consumidor, la reparación e indemnización por deficiencias, daños y mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos no ocasionados por catástrofes, caso fortuito o fuerza mayor, y las sanciones por la violación de estos derechos.

Las personas que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la prestación del servicio, así como por las condiciones del producto que

⁴ Endara Osejo, Ximena, Debate y Adopción de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas en la Constitución Ecuatoriana. Ediciones Abya-Yala, Quito, 2000, Pág. 61.

ofrezcan, de acuerdo con la publicidad efectuada y la descripción de su etiqueta. El Estado auspiciará la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, y adoptará medidas para el cumplimiento de sus objetivos.

El Estado y las entidades seccionales autónomas responderán civilmente por los daños y perjuicios causados a los habitantes, por su negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo y por la carencia de servicios que hayan sido pagados.

El Art. 92 de la Constitución, primero menciona que la Ley se encargará de establecer el control para precautelar la defensa de los consumidores (en donde se encuentra incorporada la defensa por publicidad engañosa o abusiva); en relación al tema de la publicidad que nos ocupa en éste capítulo, en el segundo inciso de la norma referida, establece un vínculo de responsabilidad civil y penal; verificándose en el texto que: **“Las personas que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la prestación del servicio, así como por las condiciones del producto que ofrezcan, de acuerdo con la publicidad efectuada y la descripción de su etiqueta”**. (La negrilla es nuestra).

La publicidad con la que se oferta el bien o servicio, inclusive la que consta en las etiquetas, es de importancia gravitante en la responsabilidad que menciona la Constitución, pues de lo que se pueda expresar en la publicidad podrá derivarse o no una responsabilidad civil y penal de los ofertantes de bienes y servicios.

La Constitución, al hablar De los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Sección Décima trata *“De la comunicación”* y en el inciso

último del artículo 81 menciona: “Se prohíbe la publicidad que por cualquier medio o modo promueva la violencia, el racismo, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y cuanto afecte a la dignidad del ser humano”. En tal sentido, se establece una prohibición expresa de cierto tipo de publicidad, que es catalogada por la ley como publicidad prohibida al calificarla como abusiva, la misma que analizaremos en la parte pertinente.

A pesar de no mencionar en forma explícita la publicidad engañosa en el Art. 92 de la Constitución, si se encuentra claramente determinada la protección a los consumidores por publicidad engañosa en el Art. 244, que dice:

Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá:

8. Proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta, la publicidad engañosa, la adulteración de los productos, la alteración de pesos y medidas, y el incumplimiento de las normas de calidad.

La disposición constitucional referida incorpora, no solamente a la publicidad engañosa como una prevención o protección de los Derechos de los Consumidores, sino que va más allá al tratar sobre la calidad de los productos, en atención al derecho a la salud que tienen los consumidores.

La protección de los derechos constitucionales puede efectuarse en forma individual por violación directa a los derechos de cada consumidor, de conformidad con el ordenamiento jurídico derivado y también se puede proteger a un conglomerado social o colectivo, en atención a existencia del derecho colectivo de los consumidores, siendo inclusive, que esta protección se puede canalizar a través de las asociaciones de consumidores. Como

menciona el tratadista Osvaldo Gozaíni: “Parece advertirse que la posición exacta donde localizar la protección del usuario y consumidor es entre los “derechos colectivos”, porque existe un vínculo que los asocia en el interés, e identifica, a veces parcialmente, al sujeto pasivo”.⁵

La Constitución en la parte final del segundo inciso del Art. 92 menciona al Estado como ente que auspicia y promueve la conformación de las asociaciones de consumidores o usuarios, mencionando: “El Estado auspiciará la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, y adoptará medidas para el cumplimiento de sus objetivos”. De esta forma se puede deducir un carácter de protección de los derechos colectivos de los consumidores, los cuales pueden y deberían ser representados por las asociaciones de consumidores; toda vez que de conformidad con el Artículo 61 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, al tratar de la asociación de consumidores se establece que su objetivo será: “garantizar y procurar la protección y la defensa de los derechos e intereses de los consumidores”. Además, el numeral tercero del Art. 63 de la misma Ley menciona entre los objetivos de las asociaciones de consumidores los siguientes:

Representar los intereses individuales o colectivos de los consumidores ante las autoridades judiciales o administrativas; así como, ante los proveedores, mediante el ejercicio de acciones, recursos, trámites o gestiones a que la Ley se refiere, cuando esto sea solicitado expresamente por los consumidores.

⁵ Osvaldo Alfredo Gozaíni, *El Derecho de Amparo*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1998, Pág. 219.

La Constitución no fue ajena a la realidad del consumidor o usuario (parte débil en la relación de consumo), toda vez que es conocido en ámbitos generales la renuencia del consumidor a presentarse en reclamaciones en contra de proveedores, distribuidores, comerciantes, productores de bienes y servicios, por lo que el legislador quiso establecer en las asociaciones de consumidores un mecanismo para velar por la protección del consumidor como individuo y como grupo.

Por lo tanto, dejando a salvo los derechos individuales que tiene cualquier consumidor para procurar la tutela administrativa y judicial de sus derechos protegidos por la Constitución y la Ley, otra forma de acudir en procura del respeto de sus derechos colectivos es a través de la asociación de consumidores, pese a lo cual, no es un mecanismo que se aplique con frecuencia, por la escasez de asociaciones de consumidores existentes a nivel nacional.

Por otra parte, la publicidad en todas sus formas, en la actualidad se desarrolla por intermedio de empresas especializadas, que cada vez con mayor frecuencia se encargan de elaborar el material publicitario, quedando, en un pequeño grado, la publicidad en manos del propio ofertante de bienes y servicios.

Debe tenerse en cuenta que la publicidad por sí misma, ya forma parte de servicios que ofertan las agencias o compañías de publicidad, constituidas para este fin. Por lo tanto, la publicidad sin duda es reconocida como una actividad lícita, si se encuadra dentro de los parámetros que no vulnere con las disposiciones constitucionales mencionadas, ni con la normativa derivada

regulada a través de ley especial, como es la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Las personas (naturales o jurídicas) que realizan publicidad, tienen una protección constitucional determinada como parte de los derechos civiles en los numerales noveno y décimo sexto del Art. 23 de nuestra Norma Suprema, que dice:

Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

[...] 9. El derecho a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas, a través de cualquier medio de comunicación, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la ley.

[...] 16. La libertad de empresa, con sujeción a la ley.

Además, deberá tenerse presente que la propia Ley Orgánica de Defensa del Consumidor define a la publicidad, aunque en forma inapropiada, como es analizada en puntos subsiguientes en esta investigación, dándole un carácter de licitud a dicha actividad, eso se desprende de la definición de publicidad constante en el Art. 2 de la norma referida, que menciona: “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”.

1.2 La naturaleza de la publicidad y sus principios.

La publicidad es utilizada como medio para que los ofertantes de bienes y servicios puedan conseguir del consumidor o usuario su aceptación de lo ofertado y en tal sentido se conviertan en sus potenciales o efectivos compradores. La importancia de la publicidad radica en que en la mayoría de los casos, los consumidores por sí mismo no concurren hacia el proveedor para adquirir bienes o servicios, e incluso no es suficiente la simple mención informativa de quienes ofertan para lograr la aceptación del consumidor. De allí que la publicidad y propaganda busca orientar la conducta del consumidor, cautivarle y mostrar un interés de necesidad y ventaja del bien o servicio ofertado. También se podría decir que es de gran importancia la publicidad en un mundo mercantilista y de consumismo tan arraigado como el nuestro, en donde se puede mencionar que sin ella, no podría darse las ventas que los proveedores obtienen.

La publicidad es un elemento básico para el modelo capitalista y en su pretensión de producir cada vez más y en tal sentido encontrar consumidores para sus ofertas. Resulta claro que es un modo de establecer hábitos de consumo, de gustos, moda, estilo y forma de vivir, de conformidad con los patrones que la misma publicidad orienta, de allí que es acertado lo que menciona el tratadista Hugo Aznar al mencionar: “El papel de la propaganda y publicidad es modificar la conducta de las personas a través de la persuasión, es decir, sin parecer forzarlas”.⁶

⁶ Hugo Aznar y Miguel Catalán; *Códigos éticos de publicidad y marketing*, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 2000, p. 11.

El sistema del mercado tiene desequilibrios e imperfecciones que reflejan mecanismos poco eficientes para proteger realmente a los consumidores. Las características que ha tenido el Estado intervencionista, han sido superadas por los distintos sistemas políticos, pero no por ello, en atención a una concepción de libertad de mercado, se debe dejar en la indefensión a los consumidores; es por ello, que es el Estado el encargado de proteger a los consumidores, en atención a su debilidad como parte integrante del proceso de consumo. En referencia a lo anotado, se debe destacar lo que menciona el autor Stiglitz citando al tratadista Díez-Picazo, al referirse a la protección que debe brindar el Estado, anotando: “cuando el puro juego de una libertad meramente formal, de la que goza efectivamente el sujeto más fuerte de la relación negocial, suponga dejar a su merced al más débil, entonces el Estado debe intervenir para reestablecer el equilibrio”.⁷

Pese a la similitud entre el papel que juega la propaganda y la publicidad, se suele distinguir en el ámbito doctrinario a las dos. La propaganda es la que se utiliza con fines electorales, buscando que se vote por tal o cual candidato; y, publicidad la que efectúa el proveedor de un bien o servicio. Esta diferencia se ha ido cerrando aún más con el pasar del tiempo, pues las agencias electorales utilizan muchas veces métodos de la publicidad y otras veces son las mismas agencias de publicidad las que trabajan paralelamente con propaganda electoral y publicidad comercial.

De tal forma, la publicidad o muchas veces también llamada propaganda tiene como naturaleza intrínseca ir no solo al aspecto informativo del consumidor, que sería tratar con su entendimiento; sino, influir sobre la

⁷ Gabriel Stiglitz, comp., *Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios*, Buenos Aires, Ediciones La Roca, 2001, p. 115.

misma voluntad del individuo, esto es provocar en el consumidor un estado de necesidad por adquirir determinado bien o servicio. Por ello, la naturaleza de la publicidad está orientada a la consecución de la voluntad del consumidor para adquirir un determinado bien o servicio y por ello debe estar encaminada a desenvolverse dentro del marco legal que lo regula. De allí la importancia de analizar el momento en que la publicidad por cumplir con sus fines intrínsecos, podría vulnerar los límites legales, muchas veces volviéndose en una publicidad ilícita, por eso es importante el grado de información que tenga la sociedad y los consumidores. En tal sentido, nos acogemos a lo que menciona el tratadista Guy Durandin, quien expresa: “En cuanto al grado de información, es evidente que es más fácil de engañar una población poco informada que otra bien informada”.⁸

La importancia de la publicidad en la actualidad es tal, que forma parte del proceso de comercialización de casi todos los bienes o servicios y por ser intrínseca a su naturaleza, capta la atención y potencial de compra del consumidor. La publicidad ha dejado el carácter general de brindar solamente una información, por el de ostentar un carácter persuasivo, entrando de esta manera a los límites de una publicidad permitida. Además, debe tomarse en cuenta que para muchas de las personas que no tienen el tiempo para buscar el bien o servicio que se adapte mejor a sus necesidades, es vulnerable y de gran influencia lo que se pueda mostrar a través de la publicidad en los medios de comunicación.

Son lejanos ya los tiempos en que la publicidad solamente alentaba a promover el comercio de los proveedores y masificar sus ventas, ahora la

⁸ Guy Durandin, *La mentira en la propaganda política y en la publicidad*, Barcelona, Editorial Paidós, 1982, p. 35.

misma publicidad es una industria con enorme crecimiento y difusión de sus servicios y productos, por ello, sumado a las demás características manifestadas, su importancia es innegable.

En un mercado con libertad y cada vez más competitivo, es importante que el Estado intervenga en la protección de consumidor, pues éste, puede verse sorprendido por técnicas de publicidad que incidan sobre la toma de sus decisiones, evitando que elija en forma conciente y adecuadamente informado del bien o servicio que le interesa adquirir.

Es menester considerar el delgado margen que comienza a tener la publicidad, por su naturaleza persuasiva, con respecto a la legalidad; en tal sentido, se expresa que la publicidad cuenta con ciertas características: “[...] tiende a maximizar el interés de la venta de ese producto por encima de toda consideración, incluyendo la moral y la deontológica; el mensaje pierde entonces en su aspecto comunicativo y social lo que gana en su aspecto estrictamente persuasivo”.⁹ De allí que es necesario que la publicidad se oriente también en principios éticos que puedan autorregular independientemente del ámbito regulatorio normativo.

Como habíamos mencionado con anterioridad, la actividad publicitaria es lícita y protegida como Derecho a la Libertad de Empresa y al Derecho de Comunicación, pero restringiendo en los parámetros que establece la Constitución y la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. El ámbito en que la publicidad de bienes y servicios puede operar tiene regulación establecida en base a principios éticos, los cuales a pesar de ser doctrinarios tienen aplicación en el marco regulatorio de la normativa y prohibiciones expresas. Es por ello

⁹ (H.Aznar y M. Catalán, *Códigos éticos de publicidad y marketing*, p. 11).

que se puede manifestar que: “El ajustamiento de la actividad publicitaria a unos mínimos principios éticos es más urgente si cabe cuando consideramos la enorme influencia de la publicidad en nuestras vidas”.¹⁰

La publicidad, de conformidad con la orientación ética que obtiene de sus principios puede brindar un soporte a la sociedad, con la información debida de los bienes o servicios publicitados, y no solamente restringirse al beneficio de los comerciantes, en términos generales, la publicidad debe: “[...] no solo ha de procurar el bien particular, sino también, y de manera preeminente, el bien público”.¹¹

Existen varios principios rectores de caracteres éticos o deontológicos que serían un marco de autorregulación de la publicidad, los cuales han sido enunciados en forma distinta por la doctrina y legislación internacional¹², pese a su similitud, nosotros los agruparemos en consideración a su identidad objetiva y lo explicaremos a continuación:

a. Principio de veracidad.- Este es uno de los principios básicos y rectores de la publicidad, que parece deducirse en forma obvia, pero que dista mucho tener fácil sujeción por parte de los comerciantes o proveedores; además, es de astuta evasión por las agencias publicitarias, quienes suelen encubrir cierta información y resaltar otra subjetiva.

La exigencia que se le imputa a la publicidad de cumplir con una información total en los distintos medios de comunicación, es algo que

¹⁰ (H.Aznar y M. Catalán, *Códigos éticos de publicidad y marketing*, p. 11).

¹¹ (H.Aznar y M. Catalán, *Código éticos de publicidad y marketing*, p. 12).

¹² Tal es el caso de la Ley Española denominada “Estatuto de la Publicidad” creada el 11 de junio de 1964.

carece de lógica, pues los espacios publicitarios tienen poco tiempo de duración; por ello hay que tener en cuenta la exactitud de la información y de las aseveraciones, pues no deben inducir a errores, “Además de la verdad, se suele exigir que los datos verdaderos se presenten de tal manera que no puedan crear falsas expectativas”¹³.

Respecto a la omisión de información o defectos, a pesar que tenga un contra sentido con la naturaleza persuasiva de la publicidad, es algo que debe ser considerado por toda publicidad, pues si es determinante para la compra de un bien o servicio, deberá ser conocida por los consumidores toda información contraproducente del bien o servicio; y, en tal sentido, el principio de veracidad aplicado, más todavía si se trata de advertencias.

El cumplimiento del principio de veracidad es una obligación del proveedor de bienes y servicios que se encuentra contemplada en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que menciona en su artículo 17 lo siguiente: “Obligaciones del Proveedor.- Es obligación de todo proveedor, entregar al consumidor información veraz, suficiente, clara, completa y oportuna de los bienes o servicios ofrecidos, de tal modo que éste pueda realizar una elección adecuada y razonable”.

El principio de veracidad encuentra su principal problema en ser susceptible de evasión por las agencias de publicidad, en el momento en que utilizan publicidad sugestiva a través de imágenes y sonidos, y sin contenido explícito de las características del producto. La publicidad, podrá sugerir un comportamiento del consumidor sin necesidad de faltar

¹³ (H.Aznar y M. Catalán, *Códigos éticos de publicidad y marketing*, p. 13).

a la verdad, manejando simplemente los aspectos psicológicos de los consumidores.

b. Principio de identificación.- Tiene una relación directa con el principio de veracidad y consiste en determinar en forma clara sobre el género comunicativo al que pertenece el mensaje publicitario que se efectúa a través de los medios de comunicación. Debe materializarse la publicidad de una forma clara para que el consumidor no la confunda con otro tipo de mensaje o noticia, “Así pues, la publicidad que se disfraza de otra cosa, la que se camufla bajo la capa de la información o el entretenimiento, debería ser eliminada.”¹⁴

En muchos casos que hemos podido presenciar los mensajes publicitarios que se disfrazan como si fuesen una noticia, un reportaje de un nuevo descubrimiento, un flash informativo, algún reporte de un invento revolucionario, etc., sin embargo, se trata claramente de una publicidad que utiliza un mecanismo de confusión como una noticia o reportaje imparcial para persuadir al consumidor de la importancia del bien o servicio.

Una forma de establecer esta distinción es la que se produce a través de la prensa gráfica, en la cual se narran las noticias con un tipo de letra distinto al utilizado para promocionar o publicitar. Sin embargo, para encontrar una forma de encubrir una publicidad dentro de medios de comunicación y especialmente radiales y televisivos, es esgrimir comentarios de ciertos productos o marcas los propios protagonistas o

¹⁴ (H.Aznar y M. Catalán, *Códigos éticos de publicidad y marketing*, p. 14).

locutores. Así también, dicha práctica es lo conocida como “*product placement*”, que se puede describir de la siguiente forma: “El product placement es, como indica su propio nombre, el emplazamiento o colocación de un producto de consumo en el transcurso de un programa de televisión, principalmente telecomedias o un film cinematográfico”¹⁵.

Muchas veces el consumidor se percata del uso de cierto bien, servicio o marca de fábrica o de servicio (que se percibe por los sentidos a través de cierto programa radial, televisivo o cinematográfico) pero no relaciona que se trata de una publicidad implícita, pero se ha comprobado que puede operar de manera importante en la toma de decisión de un consumidor.

c. Principio de Justicia.- Este principio tiende a impedir que una publicidad pueda utilizar la imagen de una persona o grupos de personas en forma tal que las perjudique de alguna manera, esto generalmente se llevará a cabo al utilizar grupos vulnerables y susceptibles de aprovechamiento como niños, ancianos y a las mujeres.

En el caso de la utilización de niños, se busca sobre todo provocar la influencia del deseo mayoritario de un grupo de infantes por el intenso interés que pueden manifestar los menores en la publicidad efectuada. En el caso de los ancianos, puede verse afectado los valores de ellos al establecerse en una publicidad una figura desgastada y humillante de los ancianos.

¹⁵ (H.Aznar y M. Catalán, *Códigos éticos de publicidad y marketing*, p. 15).

Con respecto a la utilización de la mujer como un objeto publicitado con manifiesta sugestión sexual, violentaría también a este principio que busca precautelar la afectación de grupos vulnerables y que no se perjudique a personas o grupos de personas determinados, al respecto se suele manifestar: “Respecto a las mujeres, una vieja acusación que siempre vuelve es la que los medios de comunicación masivos suelen proyectar una imagen deformada de la mujer”¹⁶.

Este principio se encuentra ligado a evitar que se incurra en una publicidad abusiva, pues en esta se incurre, según el Art. 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, cuando se incita la violencia, se explota el miedo, se aprovecha la falta de madurez de los niños y adolescentes, se altera la paz, el orden público o se induce al consumidor a comportarse en forma perjudicial para su salud, seguridad personal o colectiva.

- d. **Principio de Confiabilidad.-** Unos de los objetivos de la publicidad y parte de su naturaleza intrínseca, es crear confianza en los potenciales adquirentes de sus bienes y servicios, quienes identificarán la procedencia de los productos, así como la marca o nombre comercial diferenciador de los mismos. De esta forma, el consumidor confiará en los bienes o servicios que satisfagan sus necesidades y requerimientos, diferenciando claramente de los productos o servicios restantes que se oferten en el mercado, estableciendo condiciones preferenciales para el consumidor.

¹⁶ (H.Aznar y M. Catalán, *Códigos éticos de publicidad y marketing*, p. 16).

- e. **Vinculación contractual.**- El proveedor de bienes o servicios debe comprometerse a cumplir o entregar el bien o servicio ofertado. La oferta que realice el proveedor no debe ser necesariamente y exclusivamente dirigida a una determinada persona y solo en dicho caso exigible su cumplimiento; sino que, es de obligatorio cumplimiento por parte del proveedor aún cuando sea dirigida al público en general, pues pueden ser potenciales consumidores.

Es importante que la oferta tenga un plazo de vigencia, el cual no debe ser revocado, pero en caso de efectuarse una oferta sin plazo de vigencia, esta puede ser revocada pero informando de ella a través de los mismos canales publicitarios que utilizó para ofertar los bienes o servicios. Muestra de este principio se puede observar en la Segunda disposición final de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que sustituye el Art. 148 del Código de Comercio por el siguiente: “Las ofertas públicas contenidas en circulares, catálogos, avisos publicitarios, proformas, obligan a quien las hace; salvo que en la misma oferta se señale un determinado plazo de validez de la misma o que las condiciones de la oferta original sean modificadas por una oferta posterior.”

- f. **No abusividad.**- La publicidad no debe rebasar parámetros de licitud y uno de ellos es no ser violenta, aprovechar el miedo de las personas, inexperiencia o capacidad de juicio, incentivar al consumidor para que afecte su salud, seguridad o bienes jurídicos protegidos. Incurrir en estos

presupuestos ilícitos sería encontrarnos con una publicidad abusiva y discriminatoria.

- g. **Inversión de la carga de la prueba.-** El que anuncia mediante publicidad, se encuentra obligado a probar que el anuncio no es engañoso o abusivo. La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, establece la importancia en la comprobación de las ofertas en el Art. 8, que dispone:

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

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

- h. **Corrección.-** El proveedor de bienes y servicios tiene la obligatoriedad, entre otras, de corregir la publicidad que haya sido sancionada como abusiva o engañosa. La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en relación con este principio establece como sanción al proveedor, el rectificar a su costa y en el 30% de la misma publicidad utilizada y por los mismo medios, la publicidad que haya sido sancionada como engañosa o abusiva; así lo determina el segundo inciso del Art. 72, al disponer:

“Cuando un mensaje publicitario sea engañoso o abusivo, la autoridad competente dispondrá la suspensión de la difusión publicitaria, y además ordenará la difusión de la rectificación de su contenido, a costa del anunciante, por los mismos medios, espacios y horarios. La difusión de la rectificación no será menor al treinta por ciento (30%) de la difusión del mensaje sancionado.

1.3 Limitaciones de la publicidad lícita, desde el ámbito de la publicidad y del Derecho. -

La publicidad es una actividad lícita y protegida primeramente desde el marco constitucional y por el ordenamiento jurídico derivado, pero la protección que se da, lleva implícita una regulación que pone límite a las actuaciones de las personas que puedan hacer de la publicidad un uso ajeno al permitido. Las regulaciones que se efectúan en el marco de la publicidad provienen, en nuestro criterio, principalmente de dos fuentes, una de carácter publicitario y de autorregulación y otra estrictamente en el marco normativo.

Las limitaciones que encuentra la publicidad son atendidas en relación a las siguientes circunstancias:

- a. **Autorregulación de los agentes publicitarios.-** En la actualidad, la publicidad en sí misma ya es un servicio que se oferta como cualquier otro y que suelen prestar empresas que se especializan en aquello, por ello suelen crearse Códigos o Estatutos Éticos, que sirven para dar parámetros de autorregulación a sus actividades; además de cumplir

con los principios éticos de la publicidad, que hemos estudiados con anterioridad.

Existe un amplio campo de convenios privados entre aquellas empresas que se encuentran inmersas en el mundo de la publicidad y el marketing, para buscar una autorregulación de la publicidad como medida limitante y con carácter preventivo. En los países Europeos podemos mencionar algunos de los estatutos y códigos que son utilizados como autorregulación de la publicidad, tales como: El Estatuto de la Publicidad, Código de Conducta Publicitaria de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad (AAP), Código Ético de la Publicidad por Internet, Código Deontológico para la Publicidad Infantil, Código de Autorregulación de la Publicidad de los Productos de Tabaco, Código Ético de las Agencias de Marketing Directo (AGEMD), Código Ético de las Empresas de Servicios de Publicidad Directa (AESPD), Código Regulador del Servicio de Listas Robinson, entre otros muchos.

La autorregulación de la publicidad tiene como fundamento, la necesidad de no desatender el carácter de servicio informativo al público y en tal sentido, desenvolver su actividad con respeto a los principios éticos de la publicidad y su aplicación práctica en el ejercicio publicitario; en este sentido se manifiesta que: “Estos códigos frecuentemente complementan la ley, dando una guía práctica a la empresa, sobre qué es o no permisible bajo prohibiciones generales”.¹⁷

¹⁷ G. Stiglitz, *Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios*, p. 115.

b. **Regulación normativa.-** Por la importancia innegable de la publicidad en la actualidad, como factor directo de motivación para que el consumidor adquiera bienes y servicios, El Estado ha establecido parámetros que prohíben conductas que se manifiestan a través de la publicidad. Es de tomar en cuenta también el carácter prioritario de protección de los consumidores como parte vulnerable en la relación comercial, por eso respecto a la publicidad, se ha intentado regular la protección del consumidor mencionando o tipificando varias conductas prohibidas dentro de la publicidad, las mismas que serán materia de estudio detenido en el avance de este estudio.

En el ámbito de las Naciones Unidas, se ha podido verificar la existencia de directrices que protegen al consumidor, tal es el caso de la Resolución 39/248 del 16 de abril de 1985, que fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, texto que en el literal “c” del artículo tercero se menciona como derecho protegido, el siguiente: “El acceso de los consumidores a una información adecuada, que les permita hacer elecciones bien fundadas, conforme a los deseos y necesidades de cada cual”.

En nuestro Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano, La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece dos parámetros de publicidad ilícita, la publicidad engañosa y la publicidad abusiva, contenidas en las definiciones de términos del artículo 2 de la norma citada. A pesar de establecerse en forma general actuaciones que violentarían una publicidad lícita, la modernidad y complejidad de las técnicas de publicidad ha llevado a que existan innumerables opciones de pasar por

alto las prohibiciones publicitarias, como lo verificaremos en las prácticas de publicidad engañosa.

Una regulación normativa adecuada y el acceso eficaz a una justicia especializada en derechos del consumidor, es necesario para establecer mecanismos de legitimación de los derechos de los consumidores, solo de esa forma se puede contrarrestar el temor del consumidor para acudir en busca de la tutela jurídica que reivindique sus derechos. En tal sentido, podemos tomar en consideración lo que se aporta respecto a la defensa del consumidor, que en la explicación dada por el tratadista Mauro Cappelletti, mencionado por el autor Stiglitz, indica: “[...]aisladamente, es un ser desarmado (...) todo concurre para quitarle coraje a fin de ingresar en los tribunales para enfrentarse al responsable de su perjuicio; por sí solo, no acciona (...) si lo hace, es un héroe (...) sujeto al ridículo destino del Quijote”.¹⁸

1.4 Distinción entre publicidad lícita, engañosa y abusiva.-

Una publicidad lícita es aquella que resulta del normal desarrollo de la actividad protegida por la Constitución como Derecho a la Libertad de Empresa, de Información y Comunicación, pero la libertad de información y de expresión no deben ser utilizadas como una forma de protección para camuflar una publicidad ilícita, de allí que es adecuado afirmar que: “nadie puede, bajo el

¹⁸ G. Stiglitz, *Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios* p. 126.

argumento de la libertad de expresión, irrogarse el derecho de engañar al público".¹⁹

La publicidad lícita, debe establecerse necesariamente de la comparación con la publicidad prohibida o ilícita; con dicho análisis se verificará que existe una barrera que separa a la publicidad lícita de la publicidad engañosa, pero esta distinción debería ser lo suficientemente clara para establecer parámetros diferenciadores y no contradictorios. El punto de distinción se encuentra cuando la publicidad coincide con el comportamiento que establece la norma como ilícita y en el presente caso como publicidad engañosa.

Nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en las definiciones de términos que se manifiestan en el artículo segundo de la norma, establece una definición de publicidad, la cual es importante conocer para estudiar varios puntos de consideración:

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.²⁰

En la definición enunciada, debe tenerse en cuenta que la misma norma reconoce el carácter informativo y de motivación que brinda la publicidad, por ello, no rechaza en ningún momento la naturaleza de la publicidad que busca

¹⁹ G. Stiglitz, *Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios* p. 156.

²⁰ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Registro Oficial Suplemento 116 de 10 julio de 2000.

persuadir al consumidor o motivarlo de adquirir algún bien o servicio ofertado. Sin embargo, la publicidad y los proveedores de bienes y servicios, deberán cuidar de no caer en ninguno de los presupuestos contemplados en la publicidad abusiva y en la publicidad engañosa.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece como publicidad prohibida a la publicidad engañosa y la abusiva, que a pesar de ser distinguidas y diferenciadas por la misma ley en su artículo segundo, las menciona como similares; la confusión se da en el texto del artículo 6 de la Ley, que dice: “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”.²¹ (La negrilla es nuestra).

En otros ordenamientos jurídicos se establece en un solo grupo a la publicidad ilícita o prohibida, en la cual se contempla tanto a la publicidad abusiva como a la engañosa. Nuestra norma trata en forma separada a la una de la otra como lo hemos mencionado, en atención a que la Publicidad Abusiva tiene un fundamento en el principio de justicia y de no abusividad ya explicados y se centra en evitar atentar contra una persona o grupos de personas por su grado de vulnerabilidad en la sociedad. Para la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Publicidad Abusiva es:

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

²¹ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Registro Oficial Suplemento 116 de 10 julio de 2000.

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.

Como se verifica, en la publicidad abusiva el legislador incorpora también a la publicidad subliminal. Sin embargo, podemos destacar que publicidad abusiva y engañosa en nuestro ordenamiento jurídico, no son iguales, pese a que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece como características primordiales de la publicidad abusiva definida por la ley: inducir a comportamientos perjudiciales, amedrentar, violentar o maltratar a grupos vulnerables, el orden público y a personas individuales, para aprovecharse de ello; lo cual, difiere de la publicidad engañosa, que, sobre todo, induce a error del consumidor en la adquisición de bienes y servicios.

Dentro del ámbito normativo, tendríamos como publicidad ilícita a la que Ley Orgánica de Defensa del Consumidor menciona como "*publicidad prohibida*" y dentro de ella se encontraría a la publicidad abusiva o engañosa, a su vez, dentro de la publicidad abusiva se encontraría la subliminal.

En relación exclusivamente a la publicidad engañosa, se puede colegir que la publicidad lícita puede traspasar la frontera de licitud hasta llegar a la publicidad ilícita o prohibida, cuando el promotor o agente publicitario incurre en uno de los presupuestos que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en su artículo segundo, establece como publicidad engañosa definiéndola como:

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.

Aunque desde el punto de vista de la técnica jurídica del derecho sancionatorio, es necesario buscar el presupuesto y adaptarlo al hecho constante en la publicidad para establecer la existencia de una publicidad engañosa, en la práctica esto trae consigo gran complejidad, no solo por la existencia de limitaciones legales que serán analizadas en el tercer capítulo, sino también, por la existencia de innumerables formas y tipos de publicidad que ocultan comportamientos de publicidad engañosa y que los analizaremos en el siguiente punto.

1.5 Prácticas de publicidad engañosa

Las prácticas de publicidad engañosa son vistas como dañosas tanto por las legislaciones como por la doctrina internacional, pues distorsionan las decisiones que toman los consumidores, adquiriendo bienes o servicios no deseados y ocasionando también una alteración en la competencia leal, pues se evita la adquisición de bienes y servicios a un proveedor que si oferta prestando una adecuada publicidad e información.

La publicidad en sus distintas formas de expresión, a través de los medios informativos y canales promocionales, posee muchas técnicas que podrán ocultar expresiones ilícitas que incurrirían en publicidad prohibida. Por

ello es de suma importancia conocer las distintas formas en que la publicidad se adapta a aspectos ilícitos de la publicidad engañosa, de tal manera se enunciarán las principales y más comunes prácticas.

a. Omisiones y supresiones.- Para conocer cuando hay una supresión u omisión ilícita de información, que implique provocar confusión a los consumidores, deberá analizarse la dimensión de la publicidad, pues en un corto mensaje no puede incluirse toda la información necesaria. Pero cuando la publicidad por cualquier medio entre a especificar, debe enunciar características completas.

Quando existen omisiones el proveedor se abstiene de decir o mostrar algo que debe ser de importancia, de manera que de haberla conocido, el consumidor no hubiese comprado. En otras ocasiones se pone énfasis en varias afirmaciones para contrarrestar los efectos negativos que puede tener el producto.

Otro de los mecanismos consiste en utilizar muchos adjetivos y todos ellos no dan una idea clara al consumidor, pues meramente adornan la publicidad.

Un ejemplo de esta práctica es la que se encuentra contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo en España (STS 08.05.1997; Repertorio La Ley-Actualidad Civil), en que se trata de un supuesto en que se resaltaban los peligros del cloro y a la vez se ocultaba que el producto anunciado tenía ese componente; al falsearse los resultados debe estimarse que se trata de una publicidad engañosa, ya que induce o puede inducir a error a sus destinatarios, de modo que afectará, a su

comportamiento económico adquisitivo. La sentencia de instancia mencionó específicamente lo siguiente:

Se produce error al consumidor y parte de un hecho: con el propio sistema del demandado se siguen utilizando productos químicos e incluso determinadas dosis no concretadas de cloro y añade que la lógica conclusión del consumidor es que el producto anunciado prescinde de aquéllos (los productos químicos) cosa que en realidad no sucede. Con lo cual, debe estimarse que la publicidad es engañosa, ya que, partiendo de los hechos expuestos, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, que afectará a su comportamiento económico adquisitivo, ya que resaltando los peligros del cloro y ocultando que su producto también tiene cloro, se falsean los resultados.²²

b. Negaciones.- Son comunes en la publicidad, las negaciones de hechos los cuales al igual que las afirmaciones pueden ser verdaderas, parcialmente verdaderas o falsas. También existen afirmaciones que contienen una negación sobre otros productos como por ejemplo: sin olor, ningún otro producto le da estas ventajas, no encontrará en el mercado ningún precio menor o nadie le dará igual descuento.

c. Adiciones.- Se producen cuando se simula la existencia de cosas o características inexistentes. Las adiciones se pueden efectuar de distinta manera, sea mencionando objetos inexistentes, propiedades

²² Archivo constante en disquete adjunto al libro de Rosa M. Méndez y A. Esther Vilalta, Publicidad ilícita: engañosa, desleal, subliminal y otras, Barcelona, Editorial Bosh, 2003.

inexistentes, peligros inexistentes o testimonios inexistentes. En el caso de objetos inexistentes se oferta algo que el proveedor no puede entregar, pudiendo en ciertos casos utilizar como una estrategia, mencionando que la cosa se ha agotado; sin embargo, aprovecha para ofrecerle otros productos.

En el caso de propiedades adicionales, es claro que se ofertan características inventadas. En los peligros inexistentes, se menciona que el producto o servicio sirve para remediar un peligro que en la realidad no puede operar. Finalmente en los testimonios inexistentes, es común para aumentar la credibilidad del producto o servicio contar con versiones de supuestos beneficiarios quienes no son más que falsos consumidores.

Un claro ejemplo es el que se encuentra en la jurisprudencia española, constante en la Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona (SAP 29.03.2000; Repertorio La Ley-Actualidad Civil BDE98322/2001), en la que se confirmó la sanción que debía cumplir El DEUTSCHE BANK, SOCIEDAD ANONIMA ESPAÑOLA por publicidad engañosa, al haber utilizado carteles anunciadores expuestos en las ventanas exteriores de sus sucursales y folletos, en los que se hace constar algunas ofertas tales como: a) Ahora domiciliar su nómina en Deutsche Bank tiene 13 grandes ventajas y una personal, b) una de las ventajas de la «cuenta personal DB», la indicación sin comisiones; y, c) Tipos preferenciales en préstamos, y otros tipos preferenciales en préstamos hipotecarios. La entidad bancaria alegó que, cuando las pancartas y en los folletos objeto de litigio utiliza la expresión “tipos

preferenciales”, no lo hace en el sentido técnico fijado en la circular, sino en un sentido puramente gramatical, entendido el término preferencial como sinónimo de ventajoso o muy bueno. El órgano juzgador razonó lo siguiente:

La utilización de tal terminología en la publicidad efectuada por la parte recurrente puede inducir a error a los destinatarios. En consecuencia, debe desestimarse el recurso de DEUTSCHE BANK, SOCIEDAD ANONIMA ESPAÑOLA y confirmarse la sentencia impugnada.²³

d. Seudo-acontecimientos.- Se menciona un acontecimiento en determinado sitio en el cual en realidad no es relevante e incluso puede ser inventado, con el fin de inaugurar dicho sitio y tener una publicidad del nuevo local.

Se puede advertir de la Sentencia de Audiencia Provincial en Baleares, España (SAP Baleares 11.02.1998; Repertorio La Ley-Actualidad Civil a607/1998), en que se trata sobre este tipo de publicidad engañosa, referida a un Caso en particular, mencionando:

Publicidad engañosa: ofrecimiento de descuentos sobre un producto de marca de reconocido prestigio, mediante una enorme pancarta y grandes carteles fijados en la fachada y entrada del establecimiento comercial del demandado, sito en la vía más céntrica de esta ciudad, cuando en realidad el descuento ofertado era irreal en la medida de que el precio de venta al público con el indicado

²³ (Archivo constante en disquete adjunto al libro de R. Méndez y A. Vilalta, Publicidad ilícita...).

descuento era similar o incluso superior al de los otros establecimientos del ramo [...]. Se trata de publicidad engañosa al inducir a error a los consumidores y perjudicar de manera notoria a los empresarios competidores, [...] usando la publicidad como mero señuelo para atraer clientela en perjuicio de otros comerciantes y obtener un lucro ilícito [...].²⁴

e. Las deformaciones.- A diferencia de las supresiones y adiciones en el presente caso se habla de algo existente pero determinándolo de una forma ajena a la verdad. Una de las formas básicas en que operan son a través de las minimizaciones o exageraciones.

En cierta forma las exageraciones se suelen tolerar en el marco de la publicidad, pero deben guardar ciertos límites, pero es una mentira y por lo tanto engañosa, cuando alude a exageraciones de aspectos cuantitativos es decir con cantidad o peso, por lo que se puede comprobar la mentira. Las exageraciones pueden tratar también respecto a la cualidad del bien o servicio así como en relación a la reputación o prestigio y los peligros que se protegerían. Con respecto a las minimizaciones, estas operan cuando se desestima como ínfimos los inconvenientes del producto o servicio así como los peligros ligados.

f. Calificaciones falsas.- Pueden considerarse dentro del grupo descrito con anterioridad, pero con fines explicativos creemos conveniente tratarlo en forma independiente. Este tipo de publicidad engañosa incorpora varios tipos de mentiras, el primero sobre la fuente, la

²⁴ (Archivo constante en disquete adjunto al libro de R. Méndez y A. Vilalta, Publicidad ilícita...).

identidad, incorporando en un texto o programa radial o televisivo una publicidad pero de tal forma que parece parte de la información o programa. Segundo, mentiras sobre la identidad de los anunciantes, marcas, nombre comerciales, lemas comerciales, productos entre otros; lo que se busca falsificar o imitar la reputación ganada por un producto o servicio que es de la competencia. Y en el tercer grupo se encuentran las mentiras relacionadas a motivos de una acción, como por ejemplo falsa liquidación de un local comercial o remate por cierre definitivo de local y venta de negocio; así también, premios trofeos, distracciones y galardones inexistentes o falsos.

En la Jurisprudencia Española debemos advertir como ejemplo de la práctica de publicidad ilícita, la existente en la Sentencia de Audiencia Provincial de la Coruña (SAP A Coruña 28.09.2001, Repertorio La Ley-Actualidad Civil a12/2002), en la cual fue sancionado el proveedor de servicios automovilísticos, por hacer uso injustificado de la marca FORD y hacer creer falsamente a los destinatarios que los productos y servicios son vendidos o prestados por una empresa dependiente o vinculada a la sociedad actora, siendo que la demandada dejó de ser concesionaria tiempo atrás de instaurarse la demanda en su contra. La autoridad resolvió lo siguiente:

Cualquier consumidor medio que vea la rotulación y la publicidad con la marca caerá seguramente en el error de creer que la demandada es concesionaria, agente o mantiene vinculación-empresarial o dependencia con la casa Ford, teniendo en cuenta los factores concurrentes y la doctrina expuesta, máxime cuando la

demandada fue concesionaria oficial y se trata de una marca de fuerte significación por lo conocida y renombrada que es. Lo demás, no altera las conclusiones dichas.²⁵

g. Analogías no autorizadas.- En el presente caso nos encontraríamos con una publicidad comparativa no autorizada, la cual violenta no solo a los consumidores, al provocar el engaño con una marca muy semejante a otra, sino que atenta contra los derechos de propiedad Intelectual de un productor de bienes o servicios. Un ejemplo de esta práctica la tenemos en la Sentencia del Tribunal Supremo en España (STS 31.12.1996; Repertorio La Ley-Actualidad Civil 395/1997), en la cual se menciona:

Publicidad engañosa: se aprecia cuando la atracción del consumidor hacia un establecimiento se lleva a cabo a través de determinada palabra, constitutiva de marca e identificadora de productos, que luego no puede encontrarse en el referido centro comercial. Sin que pueda alegarse en defensa de dicha actuación que el consumidor, ya dentro del establecimiento, puede perfectamente confrontar que el etiquetado no coincide con la palabra que le llamó al mismo. De este modo se suscita en el público la creencia errónea de que en el establecimiento se venden los productos de la actora.²⁶

²⁵ (Archivo constante en disquete adjunto al libro de R. Méndez y A. Vilalta, Publicidad ilícita...).

²⁶ (Archivo constante en disquete adjunto al libro de R. Méndez y A. Vilalta, Publicidad ilícita...).

1.6 La relación entre la competencia y la publicidad.

En la actividad de promocionar o publicitar productos o servicios, los integrantes económicos comienzan a competir en sus ofertas para lograr la aceptación del consumidor y volcar la decisión de compra a su favor. En tal sentido, la competencia que tienen los ofertantes, no solo se expresa en sus precios y calidades de los bienes y servicios; sino también, en el ámbito publicitario, pues de un buen manejo de la publicidad, dependerá el incremento de sus ventas y por lo tanto de los ingresos.

Se puede colegir que no es un sinónimo el anunciante y el ejecutor publicitario, pues el primero es el proveedor de bienes o servicios que es el titular del objeto publicitario, pudiendo ser este también quien realiza o ejecuta la publicidad; mientras que, el ejecutor publicitario es la empresa que materializa en una publicidad la oferta del anunciante, la cual llegará hasta el público en general como potencial consumidor. Un producto o servicio para llegar a ser ofertado por el proveedor, pasa por varios intermediarios de la rama publicitaria, que muchas veces son quienes alteran la publicidad, convirtiéndola en engañosa e ilegal, hecho que lo ratifica el tratadista Guy Durandin al mencionar: “Al oponer escuetamente entre sí a anunciantes y consumidores, actuamos como si la publicidad emanara directamente de los anunciantes. Sin embargo, por lo general son las agencias de publicidad las que elaboran, y la mayoría de ellas están separadas de los anunciantes y prestan sus servicios a varios de ellos”.²⁷

²⁷ (G. Durandin, *La mentira en la propaganda política y en la publicidad*, p. 31).

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

Pese a la inexistencia de una ley sobre la competencia, que regule las prácticas comerciales y sobre todo establezca cuales son las actividades prohibidas, no ha imposibilitado para que en la Ley de Propiedad Intelectual exista un apartado sobre la Competencia Desleal, mencionada en los artículos del 284 al 287.

Una aproximación a lo que se considera como competencia desleal es lo que se manifiesta en el artículo 284 de la Ley de Propiedad Intelectual, en la cual se expresa la siguiente definición:

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.

En lo pertinente a publicidad observamos que el artículo 285 de la Ley de Propiedad Intelectual, comienza a determinar prácticas prohibidas que en el ámbito de la competencia pueden efectuarse a través de la publicidad. En la parte pertinente de la norma enunciada 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 [...]”.

Al mencionar la independencia del medio empleado, se estaría ampliando a cualquier medio publicitario en el cual se pueda ofertar. Pero la prohibición legal contenida en el ámbito de la competencia, se produce en el momento que se induce al público a error sobre los siguientes aspectos: “[...] 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 [...]”.²⁸

Otro de los aspectos que configura una conjunción de la publicidad con una práctica de competencia desleal constante en nuestro ordenamiento jurídico, es efectuar publicidad comparativa en ciertos casos; esos actos prohibidos lo determina la parte final del segundo inciso del el Art. 285 de la Ley de Propiedad Intelectual, que dice: “[...] publicidad que imite, irrespete o denigre al competidor o sus productos o servicios y la publicidad comparativa no comprobable; y, boicot”. En tal sentido, no es permitida la publicidad comparativa no comprobable entre ofertantes de bienes y servicios.

²⁸ Art. 285 de la Ley de Propiedad Intelectual.

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

Cada vez es más usual conjugar el ámbito de la publicidad engañosa con la competencia desleal del Derecho de la Competencia, en cuya interrelación se mezcla el daño que puede sufrir una persona dentro del giro de su negocio y del mercado de oferta de bienes y servicios; y, por otra parte, el consumidor como potencial o real comprador. De allí que es pertinente mencionar lo expuesto por el tratadista E. Wieler, referido por el autor De La Cuesta Rute, que dice: “[...] la publicidad no es solamente un instrumento de combate en la lucha entre competidores por la conquista del mercado, ella es sobre todo el lazo natural entre la oferta y la demanda, el punto de unión entre el productor y el consumidor, el estimulante de las necesidades humanas, del que ningún régimen económico podrá escapar”.²⁹

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

²⁹ José María De La Cuesta Rute, *Régimen Jurídico de la Publicidad*, Madrid, Ed. Tecnos, 1974, p. 16.

CAPÍTULO II

LIMITACIONES FÁCTICAS EN LA DEFENSA DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y LAS RESTRICCIONES LEGALES EN SU REGULACIÓN

2. 1 INCONVENIENTES EN LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Una serie de circunstancias enlazadas son las responsables de impedir de una manera eficiente la protección del consumidor respecto de la publicidad engañosa en la sociedad ecuatoriana y las más importantes de ellas serán materia de análisis en este apartado.

A) Ausencia de autoridad originaria competente, para conocer quejas y denuncias sobre infracciones atinentes a la publicidad engañosa.

Es necesario analizar la primera disposición transitoria de La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en la cual se delega a los Intendentes, Subintendentes y Comisarios de Policía la competencia para conocer y juzgar las infracciones contempladas en la Ley; esto es, hasta que comiencen a funcionar los Juzgados de Contravenciones, especializados en Defensa de los Consumidores.

La ausencia originaria de la autoridad juzgadora especializada en materia de los derechos del consumidor, ha exteriorizado una serie de vacíos

normativos que maneja la autoridad ahora juzgadora; la cual al no ser especializada en el Derecho del Consumidor, dista mucho de impartir justicia en las funciones que le asigna la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

En la misma tendencia se encontrarían los Jueces Penales, que son actualmente los más importantes en la cadena de juzgamiento, pues ellos conocen en apelación las resoluciones emitidas por los jueces de contravenciones, siendo también la mencionada autoridad jurisdiccional, carente de especialización en materia de Derecho del Consumidor.

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

Para la preeminencia de la seguridad jurídica y aplicabilidad acertada del derecho, en las resoluciones de los procesos que se ventilan sobre materia del Derecho del Consumidor, y a la luz de la praxis jurisdiccional en el juzgamiento de la publicidad engañosa y todas las materias afines, sería por demás necesario permitir interponer el Recurso Extraordinario de Casación de la resolución que emite de apelación, el Juez Penal. Sin embargo, en la actualidad no es posible aquello, porque existe disposición expresa que limita la interposición del recurso, así lo establece la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor al finalizar el Art. 86, la cual menciona: “[...] La sentencia que dicte el juez de lo penal, causará ejecutoria”.

Los derechos de los consumidores se ven impedidos de ser aplicados por autoridades que no son especializadas en la materia, y su desconocimiento se hace cada vez más evidente en las resoluciones desacertadas que se emiten en los casos a ellos sometidos, incluyendo a los procesos que se tramitan en el Defensoría del Pueblo, en los cuales se verifica inclusive que las sanciones son poco exigibles o ejecutables al proveedor vencido en la denuncia.

B) Falta de autorregulación publicitaria en todo el círculo empresarial publicitario y en los ejecutores de publicidad.

En el capítulo primero, mencionamos en la autorregulación publicitaria, una serie de instituciones o asociaciones privadas no gubernamentales que prestan servicios de publicidad, que crean autorregulaciones para el ejercicio de la publicidad; regulaciones que son de carácter particular que limitan el desarrollo de la publicidad en el ámbito de empresa, marketing, entidades de publicidad, prensa y telecomunicaciones, estableciendo formas de comportamiento y practica de publicidad, regulada por los mismos ejecutores publicitarios.

Sobre todo en los países de La Comunidad Europea, se verifica la conciencia de las empresas, que se interrelacionan con la publicidad, tratando de establecer límites propios al ejercicio de la actividad publicitaria y en forma alternativa al ordenamiento jurídico nacional y comunitario. De tal forma, se auto limitan a través de normas de comportamiento de sus agremiados o

códigos éticos de publicidad para no contrariar la línea tenue de la publicidad lícita y la publicidad ilícita o engañosa.

En nuestro medio publicitario ecuatoriano no existen normas de autorregulación de la publicidad o códigos éticos de las empresas que viven de la publicidad o tienen en ésta su actividad empresarial. Tampoco se han preocupado por elaborar una política de autorregulación las asociaciones de gremios o empresas publicitarias, mostrando un escaso interés en ello, sin que existan hasta la presente fecha proyectos de conformación de normas de ética publicitaria y de su voluntad en aplicarla.

No existe un apoyo efectivo que promueva la defensa de los consumidores y peor aún en ámbitos publicitarios. Muchas veces las empresas proveedoras de bienes y servicios conforman con carácter publicitario, seudos departamentos de servicios al cliente, y pocos de ellos son verdaderas vitrinas de reclamación a los derechos conculcados de los consumidores.

Debe recordarse la obligatoriedad que tienen las empresas de proveedores de tener una oficina para atender reclamos de los consumidores, lo cual se encuentra estipulado en el Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en el numeral 12 del Art. 4 y específicamente en su Art. 35, que dispone: “REGISTRO DE RECLAMOS.- Las empresas proveedoras de servicios públicos domiciliarios deben contar con una oficina y un registro de reclamaciones en donde constarán las presentadas por los consumidores. Dichos reclamos deberán ser subsanados en el plazo perentorio que contendrá el Reglamento a la presente Ley”.

En muchos casos la desmedida competencia entre los proveedores de bienes y servicios da como consecuencia el derribar los límites éticos y

normativos de la publicidad lícita y en tal sentido poco importa a los competidores vulnerar las disposiciones normativas. Muchas veces se aplica lo expresado por el tratadista Guy Durandin al referirse a un papel agresivo de la publicidad, mencionando: “La propaganda y la publicidad recurren frecuentemente a la mentira porque su papel es el de ejercer una influencia y; solo accesoriamente, brindar informaciones. En este ámbito las informaciones no son más que medios para ejercer una influencia”.³⁰

Siempre es necesario el sustento coercitivo que obligue el cumplimiento de las disposiciones de protección del consumidor y poco eficaz resulta la protección, si los proveedores no son forzados a cumplir las normas referentes a la publicidad a través de un correcto ejercicio jurisdiccional, que precautele los derechos de los consumidores conculcados y los reivindique con indemnizaciones atinentes en mucho de los casos.

C) Ausencia de asociaciones de consumidores que representen causas comunes de violaciones de derechos del consumidor y vigilen la protección de dichos derechos.

La tendencia actual de los Países Europeos e incluso en ciertos países de Latinoamérica (Argentina y Chile), es la masificación en la conformación de asociaciones de consumidores especializados, esto es la conformación de asociaciones para cada tipo de servicios determinados e incluso para ciertos consumidores de bienes de primera necesidad.

³⁰ G. Durandin, *La mentira en la propaganda política y en la publicidad*, p. 23.

Nuestra Constitución Política establece incentivos para la conformación de asociaciones de consumidores, así lo determina el Artículo 92, en donde se menciona: “El Estado auspiciará la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, y adoptará medidas para el cumplimiento de sus objetivos”.

En la realidad, el poco apoyo que El Estado a través de sus órganos gubernamentales ha brindado a la conformación de asociaciones de consumidores, ha llevado a la casi inexistencia de las asociaciones referidas, las cuales no han tenido un desarrollo adecuado, muchas veces porque falta respaldo económico para su conformación. El Estado Ecuatoriano, ha incumplido con efectivizar uno de los derechos de los consumidores, como es el constante en el numeral nueve del Art. 4 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que expresa:

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 siguientes:

9.- Derecho a recibir el auspicio del Estado para la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, cuyo criterio será consultado al momento de elaborar o reformar una norma jurídica o disposición que afecte al consumidor.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor dedica un capítulo para tratar sobre las asociaciones de consumidores, estableciendo sus objetivos

primordiales en el Art. 61 del cuerpo legal en mención, entre las cuales se destacan:

- a)** Garantizar y procurar la protección y la defensa de los derechos intereses de los consumidores;
- b)** Promover la Información;
- c)** Promover la educación;
- d)** En concordancia con el numeral 3 del Art. 63 de la Ley, la representación de los intereses individuales o colectivos de los consumidores ante las autoridades judiciales; y,
- e)** Promover el respeto de los derechos de los consumidores.

A pesar de ver reflejado claramente en la norma elaborada por el legislador, una intención inequívoca de estimular y auspiciar la conformación de asociaciones de consumidores, la realidad es que sin apoyo gubernamental poco se ha podido avanzar en estimular dichas conformaciones, peor aún si contamos con la escasa promoción sobre la protección de los derechos de los consumidores y el ostensible incremento de la publicidad ilícita, y la influencia publicitaria cada vez más importante en nuestro medio.

La consolidación y masificación de asociaciones de consumidores, provocaría una mayor diversificación de información y educación de los derechos de los consumidores, en especial respecto a publicidad; además, ello conllevaría a que los consumidores, busquen la tutela jurídica por sus derechos violados a través de las asociaciones, provocando una disminución de la actividad ilícita publicitaria y actividades contrarias a los derechos de los consumidores.

2.2 Inconvenientes en la defensa del proveedor de bienes y servicios.

Si bien la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su respectivo Reglamento tiene un carácter proteccionista para el usuario o consumidor, y sus disposiciones son dirigidas a promover una mayor protección para el consumidor, no deberá confundirse con una carencia de obligaciones por practicar, las cuales en contraprestación, deben ser cumplidas por los consumidores.

El ordenamiento jurídico de defensa del consumidor no se orienta solamente a una enumeración y redacción de derechos de los cuales es titular el consumidor; tampoco refleja, únicamente, una serie de obligaciones para el proveedor de bienes y servicios; sino que, se expresan enumeraciones de obligaciones que deben cumplir los consumidores, y su acatamiento deberá solicitar también el proveedor, para defender sus derechos, en caso de abusos o distorsiones por parte de los consumidores en presentaciones de denuncias infundadas.

Las obligaciones de los consumidores, no son estipulaciones retóricas, sino que plenamente aplicables en la conducta de los consumidores; y, en tal sentido, exigibles como contrapartida a los derechos que se consagran a su favor. El artículo 5 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, menciona:

Obligaciones del consumidor.- Son obligaciones de los consumidores:

1. Propiciar y ejercer el consumo racional y responsable de bienes y servicios;
2. Preocuparse de no afectar el ambiente mediante el consumo de bienes o servicios que puedan resultar peligrosos en ese sentido;
3. Evitar cualquier riesgo que pueda afectar su salud y vida, así como la de los demás, por el consumo de bienes o servicios lícitos; y,
4. Informarse responsablemente de las condiciones de uso de los bienes y servicios a consumirse.

Es necesario observar que el consumidor debe tener conciencia de los bienes y servicios que adquiere, para lo cual no solo es suficiente que la información que proporcione el proveedor de bienes y servicios sea veraz y completa, sino que el consumidor debe informarse sobre las características del bien o servicio y conforme lo expresa la misma norma legal, informarse responsablemente de las condiciones de los bienes y servicios.

El consumidor debe usar los bienes y servicios para el trato que fue naturalmente destinado, asumiendo bajo su propia responsabilidad los daños que pudiesen surgir por una utilización desnaturalizada del bien o servicio. Por lo mencionado, el numeral tercero del artículo anotado con anterioridad, enfatiza en la obligación del consumidor de evitar cualquier riesgo para la salud y la vida, contra sí mismo o contra las demás personas, en el mismo sentido es aplicable lo determinado en el numeral primero y segundo de la norma.

En el moderno Derecho del Consumidor, varias veces se habla de los distintos tipos de especialización que tiene el consumidor, en relación a sus conocimientos; y en virtud de ello la autoridad competente para juzgamiento de los derechos conculcados del consumidor, debería tener presente el grado de preparación y especialidad del consumidor en adquirir cierto bien o servicio;

pues de ello determinaría la existencia de una información incompleta, deficiente o publicidad engañosa que induzca a error al consumidor. En encuestas realizadas y que las menciona Guy Durandin en su obra *“La mentira en la propaganda política y en la publicidad”*, se menciona un interesante análisis a saber: “Con ocasión de encuestas realizadas por nuestros colegas o estudiantes, constatamos, por ejemplo, que las personas poco instruidas no sabían distinguir la publicidad clandestina de la información”.³¹

La autoridad juzgadora de las infracciones por publicidad engañosa, debe tener en cuenta entre otros factores, el grado de preparación o especialidad que tiene el consumidor y los criterios objetivos de un consumidor medianamente especializado, pues no es lo mismo para un consumidor especializado en reparaciones automotrices la compra de repuestos determinados, que el mismo bien (repuestos) ofertado y vendido a un consumidor no especializado.

El tratadista Stiglitz, resalta la importancia de evaluar la capacidad de conocimiento que tiene el consumidor, como parámetro para verificar si fue o no engañado, en tal virtud menciona:

[...] hay que prestar atención a las particulares limitaciones o susceptibilidades de la audiencia, con el resultado de que, por ejemplo, la publicidad dirigida a niños puede ser juzgada a la luz de su contenido engañoso para ellos, inclusive si dicho mensaje no está dirigido a adultos. Contrariamente, una representación no es engañosa si está dirigida a una audiencia experta, si bien puede engañar a miembros de un público general.³²

³¹ G. Durandin, *La mentira en la propaganda política y en la publicidad*, p. 35.

³² G. Stiglitz, comp., *Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios*, p. 135.

Es apreciable el comentario que se ha efectuado respecto a este tema en la jurisprudencia española, y como referencia podemos mencionar uno de los considerandos formulados en la Sentencia de Audiencia Provincial de Valencia [SAP Valencia 13.10.1997 (RAC a153/1998)], que dice:

Para llegar a la anterior conclusión –publicidad engañosa- no es preciso practicar prueba tendiente a acreditar que por parte de los consumidores y usuarios haya habido queja que denuncie la confusión a que pueda inducir dicha publicidad, ni un estudio de mercado que así venga a demostrarlo, ya que ello constituye una cuestión de hecho sometida a la libre valoración del Juzgador, que ha de velar por la protección del consumidor medio no especializado.³³

Si bien es cierto los derechos de los consumidores son iguales y generales para todos, algunos tratadistas expresan que es indispensable que se cuente como variantes de análisis, la capacidad y especialización que tienen los consumidores al adquirir un determinado bien o servicio; pues, de ello se podría determinar en qué casos pueden ser vulnerados los consumidores por engaños imputables al proveedor, y en que casos nos encontraríamos en incumplimiento de la obligación del consumidor por no informarse responsablemente.

³³ (Archivo constante en disquete adjunto al libro de R. Méndez y A. Vilalta, Publicidad ilícita...).

2.3 Ambigüedad y contradicciones de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que no evitan la indefensión del consumidor e inseguridad jurídica del proveedor.

La normativa que regula y protege al consumidor es de orden público y es el instrumento para aplicar el mandato constitucional, que consagra los derechos de los consumidores. Sin embargo, no en todos los países de Latinoamérica se encuentra un adecuado reconocimiento de los derechos del consumidor en la Constitución, es más en algunos países no se encuentran consagradas dichas protecciones en forma expresa.

El cuerpo normativo que establece los derechos del consumidor es, específicamente, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su Reglamento y allí se puede advertir el carácter netamente proteccionista para los consumidores de bienes y servicios.

En forma análoga podemos advertir adicionalmente a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en otros cuerpos normativos tales como la Ley de Propiedad Intelectual, Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, que el legislador ha querido aumentar en otras normas la protección de la publicidad engañosa respecto de los grupos vulnerables, consolidando tanto más sus derechos y presunciones de derecho a su favor.

Como lo hemos reiterado en varias ocasiones, el consumidor es la parte vulnerable de la relación comercial y en tal sentido se ha buscado su protección

en la normativa especializada (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su Reglamento respectivo).

En la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor se puede advertir dos claros ejemplos del carácter proteccionista a los consumidores, los cuales rompen el carácter objetivo de la Ley, parcializando la protección a uno de los sujetos vulnerables de la relación comercial, esto es, al consumidor. Los dos casos referidos en los cuales se evidencia la eminente protección al consumidor, se resumen a continuación:

- a) La obligación probatoria de las acusaciones que instaure un consumidor en contra del proveedor de bienes o servicios (principio de la carga de la prueba) corre a cargo del proveedor de bienes, es decir se encuentra obligado a probar que la acusación vertida en su contra no tiene sustento.

Con el principio de invertir la carga de la prueba en contra del proveedor, se rompe el principio existente en el Derecho Procesal Civil, en que la parte procesal que afirma algún hecho tiene la obligación de probar procesalmente el sustento de sus afirmaciones, para que sean valoradas y justificadas. Sin embargo, en el caso de los derechos de los consumidores, como lo hemos mencionado, se aplica la inversión de la carga de la prueba. Esta obligatoriedad se deduce del numeral 3 del Art. 43 que dice: “CLÁUSULAS PROHIBIDAS.- Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que:

- 3.- Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”.

- b) La solidaridad en la responsabilidad de los proveedores de bienes y servicios, a favor del consumidor, se extiende no solo a quien haya vendido el bien o el servicio, sino a todos los productores, fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes y en general todo quien haya influido en el daño del bien o servicio, y es imputable a ellos la responsabilidad civil, a través de la de indemnización por daños ocasionados por vicio de los bienes o servicios.

Es decir, aunque una persona no haya fabricado el producto pero lo hubiese vendido o distribuido es responsable en forma solidaria, lo mismo ocurre con cualquier agente económico del proceso productivo o de comercialización, configurándose con ello una gran ventaja para el consumidor, pues éste puede reclamar la responsabilidad civil en cualquier persona que le pudo ofertar el bien o servicio, aún si lo hiciera con carácter de indirecto o intermediario y no necesariamente acusando al productor originario.

Nuevamente es menester efectuar una analogía con el Derecho Laboral, en el cual existe la solidaridad en responsabilidad del empleador y de quienes que sin serlo, han trabajado en puestos administrativos o directivos; en tal sentido, se puede demandar a varias personas subsidiariamente siendo imputables todas ellas en forma solidaria.

De igual manera respecto a los Derechos de los Consumidores, se puede demandar a cualquiera de los miembros de la cadena productiva en forma solidaria, siendo todos ellos responsables civilmente por los perjuicios que hubiesen irrogado al consumidor, existiendo una

responsabilidad objetiva o como denomina la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, “Responsabilidad Solidaria”, la cual se encuentra en el artículo 28, que dispone:

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, en general, todos aquellos cuya participación haya influido en dicho daño.

La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Tratándose de la devolución del valor pagado, la acción no podrá intentarse sino respecto del vendedor final [...].

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano concerniente a la defensa del consumidor, se establece un reconocimiento y protección de los derechos de los consumidores, pero en relación a la publicidad lícita y publicidad ilícita (engañosa), determina en forma inadecuada e insuficiente la división entre el legítimo ejercicio de una publicidad de conformidad con su naturaleza propia (inducir lícitamente a la compra de un bien o servicio) y la publicidad ilegal o prohibida, en la que constaría la publicidad abusiva y la publicidad engañosa según la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Si bien una ley debe tener el carácter de general de conformidad con el principio de generalidad de la ley, sin entrar a detallar en forma específica y determinada todos los hechos que pueden acarrear el convivir social y su interacción con los presupuestos legales, en el caso de la Ley Orgánica de

Defensa del Consumidor, no solo que aborda el tema de la publicidad en forma muy general y amplia, sino que en virtud de esa generalidad, se induce a confusión sobre la ilicitud de la publicidad respecto a los comportamientos que adoptan los proveedores.

En la norma que establece la definición de publicidad abusiva y sobre todo la engañosa, se puede verificar, que es fácilmente acomodable una actividad publicitaria ilícita en lícita o viceversa, dejando al arbitrio de la autoridad competente la sanción por publicidad ilícita. Actividades que perfectamente pudieron haber sido lícitas pueden ser hábilmente transformadas en ilícitas e incluso con el grave riesgo de dejar en indefensión al consumidor, por atentar contra sus derechos con una publicidad prohibida.

La indefensión del consumidor y la inseguridad jurídica del proveedor de bienes y servicios, es el resultado de un serie de deficiencias no solo imputables a la norma, pero siendo ésta la primordial. Existe ambigüedad de la norma especial del consumidor y su interpretación extensiva dificulta aún más su aplicación, lo que origina que una generalidad de aspectos puedan convertirse en publicidad prohibida, sin dejar una limitación clara entre lo correcto y lo incorrecto.

En el primer capítulo del presente estudio, abordamos la naturaleza de la publicidad y con ello determinamos que la publicidad tiene como un elemento intrínseco en ella, el inducir a adquirir un determinado bien o servicio de cierto proveedor, pero esta forma de agrandar y estimular la adquisición del consumidor debe efectuarse sin faltar a la verdad, sin engañar, ni inducir a error al consumidor.

Debe quedar claro cual es la naturaleza de la publicidad, y en tal sentido toda publicidad inducirá a comprar un determinado bien o servicio, pues esa es su finalidad y razón de existir, lo manifestado se colige también de la misma definición que da la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor respecto de la publicidad, que en su artículo 2 menciona:

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.

La publicidad cumple con un papel importante en la economía de mercado y en el mismo sistema productivo, pero no se limita a brindar una información simple, sino a motivar al consumidor a adquirir un determinado bien o servicio y esa actividad es claramente lícita e imposible de impedir su gestión. Por lo mencionado, la publicidad debe ser reconocida como motivante del consumidor y respetada su naturaleza, todo ello amparándose en los derechos constitucionales de la comunicación, la libertad de empresa y la libre expresión, que se encontrarían estimulando el ejercicio de la publicidad. Sin embargo, la publicidad, siempre deberá limitarse claramente para no vulnerar la línea de la licitud y transformarse en una publicidad prohibida como es la publicidad engañosa, la cual vulneraría los derechos de los consumidores.

A lo largo del presente estudio hemos mencionado una serie de incoherencias constantes en la Ley de Defensa del Consumidor, las mismas

que ocasionan a los dos componentes de la relación comercial (proveedor y consumidor) serios inconvenientes para defender sus derechos.

En el caso del consumidor se atentaría respecto a sus derechos consagrados en la Constitución y respecto al proveedor se atentaría contra su seguridad jurídica al no saber que actividad publicitaria es lícita y cual puede contravenir con el orden público.

Como lo hemos expresado, existe ambigüedades e inconvenientes en la redacción generalista en las disposiciones de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su Reglamento, específicamente en lo que respecta a la publicidad, las limitaciones legales pertinentes las enunciaremos a continuación.

El artículo 6 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece cuales son las formas de publicidad prohibida, encasillándolas en dos tipos, la publicidad engañosa o abusiva (erróneamente asemejándolas) y una segunda categoría en la que se encuentran las demás publicidades que inducen a error, esto se deduce del tenor del artículo referido, el cual dice: "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". A pesar de lo mencionado, en la disposición normativa, en el mismo cuerpo legal, en el artículo 2, se establece a la publicidad abusiva y engañosa como distintas y claramente diferenciadas.

Por otra parte y con miras a comparar y estudiar las definiciones constantes en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la norma considera como publicidad abusiva según el artículo 2, la siguiente:

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.

Del texto de las normas enunciada, se deduce en forma clara la ambigüedad existente, al mencionarse en forma genérica aquella publicidad que incite la explotación de los niños, adolescentes y también en el uso del miedo. Todos estos aspectos, son usados continuamente en la publicidad, pudiendo ser lícitos, dependiendo del contexto en que se pudiese incluir; es decir, si se piensa en llegar al consumidor joven, la publicidad con la que transmita deberá contener formas de motivación lícitas pero que lleguen a los niños y adolescentes, sin que por ello se contravenga en forma alguna los derechos de los consumidores. Sin embargo, la oscuridad de la disposición podría llevar a que la autoridad limite injustificadamente y prohíba toda publicidad dirigida a los grupos vulnerables como son los niños y los adolescentes.

Desde el punto de vista de los consumidores y su protección, se puede observar que en el establecimiento de la publicidad abusiva no se incorporó el

abuso del que también son objeto dos grupos vulnerables del conglomerado social, esto es a las personas de la tercera edad y a las mujeres vistas como objeto de explotación de género.

El moderno Derecho del Consumidor establece como publicidad prohibida también aquella que denigra, hecho que no lo menciona la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, y en tal sentido, incorpora como sujetos de protección de la publicidad abusiva a los niños, a los adolescentes, las personas adultas o de la tercera edad y a las mujeres.

Claramente se puede advertir que los adultos mayores o de la tercera edad pueden ser objeto de publicidad abusiva e igualmente las mujeres explotadas como objeto sexual, hecho que ha sido permanentemente repudiado en los foros sociales internacionales.

En Legislaciones Europeas ya se ha incorporado en el ordenamiento regulatorio del consumidor, menciones de protección por publicidad denigrante y abusiva en contra de adultos mayores y mujeres; en tal sentido, es una limitante de nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, no haber incorporado a la protección de la publicidad abusiva tanto a la mujer como a los miembros de la tercera edad, además de la inexistencia de determinación de sanción alguna para la publicidad que se burla, mofa o menosprecia a un grupo social vulnerable como podrían ser también las etnias indígenas y afro ecuatorianas.

Al finalizar la definición de publicidad engañosa contenida en la Ley Especializada, se menciona como publicidad abusiva, también a la información o comunicación que incluya mensajes subliminales. En relación a este punto, cabe mencionar que tanto la doctrina como la Legislación europea y entre ella

la Española, catalogan a esta especie de publicidad como distinta a la abusiva, por la naturaleza misma de la ilicitud y por ello es catalogada como publicidad subliminal.

En nuestro sistema jurídico en forma antitécnica y en contra de la doctrina, ha creído necesario el legislador, incorporar a la publicidad abusiva la subliminal, siendo que la publicidad subliminal es un tipo de publicidad que presenta al subconsciente del consumidor un producto o servicio de manera tal que anula la voluntad de este y lo lleva a consumirlo o usarlo sin saber las razones auténticas. Incorporar en la publicidad abusiva, la subliminal trae como consecuencia aspectos de confusión respecto a la distinta naturaleza de la ilicitud.

Con relación a la Publicidad Engañosa propiamente dicha, se la menciona en el Artículo 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la misma norma que enuncia y define términos contemplados y regulados por el cuerpo legal. En tal sentido, la norma reza:

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.

De la definición enunciada, se puede colegir que existe oscuridad y ambigüedad respecto a tres aspectos gravitantes:

1. En el momento en que la disposición establece que a través de una forma directa o indirecta se induce a engaño, error o confusión, es entrar a especular cuales serán las consecuencias indirectas que podrían inducir a engaño, las mismas que pueden incluso ser muy subjetivas y en tal sentido establecer aspectos o circunstancias intrascendentes para que sea catalogada una publicidad como engañosa.

Es por demás inapropiado establecer en la norma legal, aspectos secundarios o indirectos que serían meramente subjetivos de valoración y peor aún que estos aspectos indirectos sirvan para determinar si una publicidad indujo a engaño, error o confusión al consumidor. La oscuridad de la definición origina que el juzgador pueda interpretar cualquier aspecto indirecto como vinculante y decisivo al momento de catalogar como publicidad engañosa a un comercial o propaganda.

Debió determinarse en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, solamente descripciones que "*directamente*" hayan inducido a engaño, error o confusión al consumidor, sin tomar en consideración a los aspectos indirectos. Este criterio es corroborado por el mismo Código Civil, la doctrina y la jurisprudencia, cuando al tratar de los daños producidos o acaecidos y que son susceptibles de indemnización por daño emergente, se establecen como susceptibles de reparación o indemnización solamente los causados en forma directa y que sean imputables al demandado y no aspectos o hechos indirectos o secundarios.

2. Uno de los aspectos por lo que una publicidad puede ser catalogada como publicidad engañosa, según la definición vertida por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, es la omisión de datos esenciales del producto. Al establecer este presupuesto legal, no se consideró que en un espacio comercial o de publicidad es evidente que por el poco tiempo de duración, no puede determinarse en muchos casos, los datos esenciales de los productos, bienes o servicios sino simplemente se circunscribe la publicidad a enunciar el producto y sus ventajas, en claro cumplimiento de su naturaleza persuasiva de la publicidad, hecho que no es ilícito.

La mayor parte de la publicidad que se oferta al consumidor en un inicial momento no va a incluir aspectos esenciales del producto y su omisión estaría atentando, en estricto rigor positivista legal, contra la norma y en tal sentido podría ser considerado como publicidad engañosa, lo cual sería un presupuesto por demás precipitado.

La intención del legislador, creemos, fue reconocer en la publicidad el principio de veracidad; y si se da el ocultamiento de datos esenciales por omisión en el momento en que se oferte el bien o servicio en forma pormenorizada al consumidor, solo allí, se estaría infringiendo con la licitud de la publicidad; pero en ningún momento, según nuestro criterio, se incurriría en una publicidad engañosa si en una primera publicidad general y común por los medios de telecomunicación audibles y visuales, se omiten las características esenciales del bien o servicio y solo se destaca en forma general ventajas del producto o servicio.

3. Finalmente, en la parte última de la definición, se establece que la publicidad engañosa puede darse cuando se provoca una confusión al consumidor. El tenor de la norma omitió aclarar que la confusión que se produciría en el consumidor, en el caso de publicidad engañosa, no debería ser por causas imputable al mismo consumidor, por su falta de responsabilidad en informarse debidamente sobre el producto o servicio que va a adquirir, aunque esto no exime al proveedor de informar claramente de su oferta. Esta mención hubiese aclarado plenamente uno de los aspectos controvertidos del establecimiento de la publicidad engañosa, pues debemos recordar que el consumidor tiene la obligación (según lo determina el Artículo 5 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor), de informarse responsablemente de las condiciones de uso de los bienes y servicios a consumirse y en tal sentido, la confusión que haya originado adquirir un bien o servicio distinto al que se lo imaginó o deseó debe ser comprobable y verificar que el consumidor también se haya informado responsablemente aunque este hecho no exime que el proveedor proporcione una amplia información compaginada con los principios de la publicidad estudiados.

Existe oscuridad en la norma legal, pues no toda confusión que se origina en una publicidad debe necesariamente orientarse a una publicidad engañosa, pues la publicidad general, que llega al consumidor en un primer momento, no lleva toda una gama de información amplia sobre el bien o servicio ofertado, ni sobre sus características esenciales y por ello la obligación de proporcionar una información veraz y completa es directamente aplicable en el momento

en que el consumidor acude al proveedor en busca de mayores especificaciones.

Generalmente la obligatoriedad para expresar una información completa, en una primera publicidad directa, según los parámetros regulados por las legislaciones, se observa en casos de rotulación de productos tales como alimentos, conservas, cigarrillos, bebidas alcohólicas, etc., que por su importancia se exige una información más amplia que una simple publicidad general.

No es de extrañar que en muchos casos la autoridad juzgadora ha mencionado que un proveedor ha infringido la norma al efectuar una publicidad engañosa, porque ésta, en el medio de comunicación no fue suficiente amplia, específica y confundió al consumidor en la adquisición del bien o servicio; el mencionado criterio, en nuestra opinión, es erróneo y lejano al contexto general de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Existe efectivamente un problema en la apreciación concreta de los preceptos de la publicidad engañosa con los casos prácticos, pues muchas veces en la publicidad resulta difícil establecer cuando una información no es amplia y suficiente y por lo tanto confunde al consumidor, por ello es claro advertir que la definición de publicidad engañosa, constante en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, lleva a apreciaciones subjetivas.

2.4 La defensa del consumidor contenida en normas especiales.-

La existencia de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su Reglamento no han limitado, para complementar la protección al consumidor o usuario a través de ordenanzas municipales y otras normas de mayor jerarquía; por lo tanto, en forma representativa expondremos a continuación las más importantes.

a. La Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos.

Podemos constatar en la ley especializada en el comercio electrónico, la existencia de todo un capítulo determinado a la protección específica de los derechos de los consumidores y usuarios en los servicios electrónicos, es así como consta en la enunciación del capítulo tercero del Título Tercero de la Ley en mención, el estudio de: *“Los Derechos de los Usuarios o Consumidores de Servicios Electrónicos”*.

Si bien es cierto que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor es la norma primaria y especializada que salvaguarda los derechos de los consumidores, a la cual se refieren normas contenidas en distintos cuerpos legales, no es menos cierto que el avance tecnológico, sobre aspectos de ramas técnicas y tecnológicamente cambiantes como el Derecho Electrónico, han impulsado para que el legislador incorpore disposiciones que protejan específicamente al consumidor y usuarios de servicios electrónicos. Todo ello con la finalidad de que el usuario o consumidor tengan aún más protección en

los servicios electrónicos y las transacciones que se realizan a través de estos medios.

Varios son los aspectos en que la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos ha incorporado como defensa de los consumidores y usuarios de servicios electrónicos, que constan en los artículos 48, 49 y 50 del mismo cuerpo legal, entre los que se regula el consentimiento para aceptar mensajes de datos, el consentimiento para el uso de medios electrónicos y todo lo referente a la información del consumidor que se brinda a través de servicios electrónicos.

También se aborda en el Artículo 50 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, regulaciones sobre la publicidad en los servicios electrónicos, la cual alude al respeto al ordenamiento jurídico y libertad para acceder a toda la información disponible de un bien y servicio, el texto de la norma referida dice:

[...] La publicidad, promoción e información de servicios electrónicos, por redes electrónicas de información, incluida la internet, se realizará de conformidad con la ley, y su incumplimiento será sancionado de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador.

En la publicidad y promoción por redes electrónicas de información, incluida la Internet, se asegurará que el consumidor pueda acceder a toda la información disponible sobre un bien o servicio sin restricciones, en las mismas condiciones y con las facilidades disponibles para la promoción del bien o Servicio de que se trate.

Adicionalmente, en el mismo cuerpo legal se establece en el Artículo 22 el envío de mensajes de datos no solicitados. Esta regulación es de eminente interés para la protección del consumidor, pues regula la proliferación de publicidad no autorizada para el usuario o consumidor estableciendo una serie de disposiciones que deberá tomarse en consideración al momento de remitir noticias o publicidad, tales como proceder a la eliminación de toda la información que se tenga de las bases de datos del consumidor, pudiendo efectuarse aquello con la simple solicitud del destinatario del correo electrónico.

b. Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

Otro cuerpo legal contiene normas de protección a los consumidores referentes a la publicidad, es el artículo 81 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en donde se dispone que las Instituciones Financieras deben proporcionar información fidedigna al público y por eso todo tipo de publicidad deben contar con las tasas nominales de las operaciones previas, todo ello para que el cliente o usuario pueda tener conocimiento del costo total de la operación activa de la Institución Financiera.

El mismo cuerpo normativo, adicionalmente determina que para conocimiento general, deben exhibir las instituciones financieras al público, los principales indicadores proporcionados por la Superintendencia de Bancos y Seguros, en especial sobre su solvencia.

c. Ley Orgánica de la Casa de la Cultura Ecuatoriana “Benjamín Carrión”

En la presente norma se establece una función de supervisión de la publicidad que deberá tener la casa de la Cultura Ecuatoriana, con un sentido

lógico de precautelar los intereses de los consumidores, la niñez y adolescencia. El ámbito supervisivo enunciado, se encuentra en el Art. 3 de la Ley referida, el cual menciona:

La presente Ley, tiene por objeto coadyuvar al desarrollo de los derechos culturales y principios programáticos, enmarcados en la política pública cultural del Estado Ecuatoriano. La Casa de la Cultura Ecuatoriana tendrá las siguientes finalidades:

Participar en la supervisión de la publicidad y programas a través de los medios de comunicación, así como en espectáculos artísticos, en coordinación con las autoridades e instituciones culturales y educativas del país [...]. (La negrilla es nuestra).

Esta supervisión de la publicidad, es la que muchas veces reclama la opinión pública, sin embargo de lo cual los resultados de esta supervisión no se verifican en la práctica. La norma aquí analizada, poco conocida y divulgada, da atribuciones a la Casa de la Cultura Ecuatoriana “Benjamín Carrión”, para monitorear el carácter moral, ético y lícito de la propaganda, sobre todo para precautelar la conservación de la moral y cultura de la sociedad ecuatoriana, su cumplimiento efectivo, podría ser una forma eficiente de controlar la licitud de la publicidad.

d. Texto unificado de legislación secundaria del Ministerio de Agricultura y Ganadería (Decreto No. 3609).

En el Libro segundo, se trata sobre el Reglamento de plaguicidas y productos afines de uso agrícola, y dentro de éste se encuentra el capítulo tercero que versa sobre: etiquetas, folletos y publicidad, estableciéndose en el literal “b” el artículo 15 lo siguiente: “Se considerará publicidad engañosa la falta de etiqueta o de los datos requeridos, así como las discordancias entre dichos datos y el contenido del producto”.

Como ya lo habíamos mencionado, según las especificaciones normativas, existe cierto tipo de publicidad que desde un inicio debe constar en forma íntegra y de conformidad con los parámetros exigidos. Nos encontramos en estos casos con la información obligatoria que deben tener el rotulado de los productos. En el presente caso, se quiso cumplir con una finalidad informativa completa para evitar un mal uso de los productos destinados a la agricultura, los mismos que por su grado de toxicidad pueden causar envenenamiento o afectaciones en la salud de las personas, en tal virtud es apropiada la existencia de esta regulación no facultativa sino obligatoria, ya que su inobservancia es castigada con la imputación de ser publicidad engañosa.

e. Ordenanza Municipal del Distrito Metropolitano de Quito 0096.

Se han mencionado las regulaciones normativas de distinta índole que incluyen disposiciones en defensa de los consumidores y en relación con la publicidad. En tal sentido, el ordenamiento jurídico del Régimen Seccional Municipal también ha regulado con disposiciones que limitan a la publicidad e incluso prohíben el uso de publicidad engañosa, tal es el caso de la Ordenanza Metropolitana número 0096 de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Quito, sancionada por el Alcalde de Quito con fecha 3 de septiembre de 2003. La

mencionada norma, lleva por título *“La Ordenanza Metropolitana que Reforma el Capítulo I de la Publicidad Exterior, del Título III, del Libro Segundo del Código Municipal”*. En el cuerpo normativo referido, se define en el Art. II.241, la publicidad exterior, como:

Para los fines del presente capítulo, se entenderá por publicidad exterior a los diferentes medios utilizados por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada en ejercicio de una actividad legalmente reconocida, con el objeto de divulgar, difundir y/o promocionar marcas, actividades profesionales, de servicios, comerciales, mercantiles o industriales, bienes productos, derechos, obligaciones, expresiones religiosas, denominaciones y organizaciones sociales, instituciones públicas, privadas, gubernamentales e internacionales, instalados en el espacio privado, espacio público y espacios de servicio general del Distrito Metropolitano de Quito, externamente de los cuerpos o de las edificaciones para el aprovechamiento y/o explotación de su visibilidad, apreciación o lectura desde el espacio público.

Se incluyen en esta definición los anuncios de equipamientos educativos, deportivos, culturales y de salud de carácter privado, organizaciones gremiales de obreros, empleados, artesanos, profesionales, que cuenten con el auspicio publicitario o de marca; y adicionalmente, aquellos que promocionen denominaciones o razones sociales que sobrepasen un área útil de un metro cuadrado.

En el momento en que el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito a través de la Ordenanza Municipal, entra a regular la publicidad exterior, imperiosamente vio necesario establecer disposiciones de defensa del consumidor y de prohibición de publicidad ilícita; es así como en el artículo II. 245

se habla sobre las prohibiciones generales de la publicidad en ese sentido, se han prohibido con carácter general, las siguientes:

d) La publicidad engañosa, es decir aquella que de cualquier manera, incluida su presentación, induzca a errores a sus destinatarios;

e) La publicidad subliminal, es decir, la que mediante técnicas de producción de estímulos o de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.

2.5 Insuficiencia regulatoria de la Normativa Ecuatoriana.-

Se ha verificado que a pesar que la promulgación de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su respectivo Reglamento, ha sido un avance para determinar la forma de protección del consumidor, no es menos cierto que existen contradicciones en las normas y oscuridad en ellas, lo cual ha permitido en muchos casos arbitrariedades de los proveedores de servicios y en otros casos injustificadas sanciones a los mismos.

La falta de una regulación del consumidor apropiada en la Legislación Ecuatoriana ha sido suplida, en una cierta forma, por normas atinentes a la defensa del consumidor constantes en cuerpos normativos diversos, pero es probable que una mayor contribución a la regulación de la práctica publicitaria y disminución de la proliferación de la publicidad engañosa, se podría efectuar en el momento en que todas las entidades ligadas a la publicidad y marketing comiencen a establecer parámetros de autorregulación que limite el propio ejercicio publicitario, estableciendo parámetros éticos que sea respetados en un primer término, por las mismas agencias publicitarias.

CAPÍTULO III

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Reconocimiento de la actividad publicitaria como medio idóneo para informar, motivar y adquirir o contratar un servicio.-

Del análisis de la doctrina y la definición de publicidad constante en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, se ha establecido la licitud de la publicidad para motivar a los potenciales consumidores, y en tal sentido no se puede abstraer de la naturaleza persuasiva de la publicidad en el comercio.

El reconocimiento de la publicidad y su carácter persuasivo para captar potenciales consumidores debe ser respetado por la autoridad en el juzgamiento de infracciones contra derechos del consumidor. No cabe que se exija indiscriminadamente, información amplia y suficiente en spots publicitarios de corta duración en los medios de comunicación, los cuales tienen como finalidad solo motivar al consumidor.

Para mejorar la percepción de los proveedores y consumidores y asegurar una adecuada administración de justicia en la materia, debe procurarse esclarecer la definición de publicidad en la Ley de Orgánica de Defensa del Consumidor, artículo dos, mediante la inclusión completa de aspectos lícitos de la naturaleza y ejercicio de la publicidad, y, por otra parte introducir en la norma legal los principios éticos de la publicidad que deben ser respetados por los agentes publicitarios y proveedores de bienes y servicios.

La actividad publicitaria lícita tiene protección constitucional contenida en los derechos a la libertad de empresa, y la libertad de expresión y opinión, no debe restringirse su derecho de expresión publicitaria, pero si regulársela de mejor manera, para evitar el incremento acelerado de publicidad engañosa en el medio ecuatoriano y el desacierto en el juzgamiento de infracciones relacionadas con la publicidad.

2. Diferenciación entre la publicidad lícita e ilícita.-

El límite que separa a una publicidad lícita de una publicidad ilícita (abusiva y engañosa), es sutil muchas de las veces, pues la capacidad publicitaria para expresar sus ofertas en forma camuflada y hábil, se ha incrementado con el avance de las técnicas publicitarias; este hecho es reconocido por la doctrina especializada.

El margen de separación de la actividad publicitaria lícita de la ilícita puede ser aún más confuso, porque la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor no permite diferenciar en forma clara comportamientos publicitarios determinados como publicidad engañosa, confundiendo, al incluir en la definición de publicidad engañosa, conductas y causa "*indirectas*" que desorientan al consumidor.

Toda vez que no existe jurisprudencia ecuatoriana referente a infracciones por derecho del consumidor, que permitan ilustrar la interpretación correcta de la norma, es necesario impulsar una Reforma a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que determine en forma clara los aspectos que se consideren como publicidad engañosa, e inclusive que se enumeren en forma ejemplificativa categorías o formas de publicidad

engañosa, como las mencionadas en este estudio, las cuales traerán un marco referencial para la aplicación en los casos concretos.

Es posible corregir la generalidad y oscuridad de la norma, incorporando en el Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en forma clara los aspectos o hechos por los cuales se puede incurrir en una publicidad engañosa.

3. Ampliación de circunstancias ilícitas, en el concepto de publicidad abusiva.-

El Art. 81 de la Constitución Política, prohíbe la publicidad que promueva el sexismo y que atente contra la dignidad del ser humano, causales que incluso doctrinariamente deberían encontrarse dentro de una publicidad abusiva, pero que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en la definiciones constantes en el artículo número dos, no las determina en forma completa y apropiada.

En la normativa española especializada de defensa de los consumidores y en general en la Comunidad Europea, se establecen como causales de publicidad abusiva, la incorporación en la publicidad de la mujer como objeto sexual; así mismo cuando se atenta contra la dignidad de personas de la tercera edad. Estas causales de publicidad ilícita y concretamente de publicidad abusiva deberían incluirse en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Para el caso ecuatoriano, al tratarse de un país pluricultural y multiétnico, debería considerarse como publicidad abusiva la que denigra a grupos culturales y étnicos.

Las causales mencionadas que no se han incorporado como publicidad abusiva en nuestro sistema normativo, deberán incluirse mediante reforma a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, para complementar la protección que dicta el Art. 81 de La Constitución y para ampliar la protección relacionada a la publicidad de los grupos vulnerables. También debería incorporarse mediante reforma al Reglamento a la Ley de Defensa del Consumidor, causales por las que se incurriría en publicidad abusiva.

4. Ausencia de jueces o autoridades especializadas para conocer infracciones contra los derechos de los consumidores.-

Como hemos mencionado, la primera disposición transitoria de La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor confiere a los Intendentes, Subintendentes y Comisarios de Policía competencia para conocer y juzgar las infracciones contempladas en la Ley; esto es, hasta que comiencen a funcionar los Juzgados de Contravenciones, especializados en Defensa de los Consumidores; este hecho ha llevado a que autoridades no preparadas en el tema de defensa de los derechos de los consumidores, sean jueces accidentales y en tal condición ejerzan jurisdicción pero en materias en las que no son versados.

El avance en el ejercicio de la Defensa del Consumidor no solamente radica en la existencia de un ordenamiento jurídico pertinente y en una autoridad juzgadora especializada, sino también la casuística que da el desarrollo de la jurisprudencia en la materia. En la actualidad, no existe jurisprudencia enriquecedora en materia de protección al consumidor y peor aún relacionada con publicidad engañosa, pues como se ha mencionado,

no existe autoridad juzgadora especializada en el tema; y en tal sentido, hay poco avance respecto a criterios jurídicos que viabilicen una mejor diferenciación entre la publicidad lícita y la publicidad engañosa y abusiva.

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

5. Extender el Recurso Extraordinario de Casación para las sentencias pronunciadas en materia de Derechos del Consumidor.-

La inexistencia de un juzgador especializado en infracciones que violentan derechos del consumidor ha llevado a que no sean respetadas las disposiciones legales y doctrinarias sobre la materia, por los Intendentes y Comisarios de Policía, y también por la misma Defensoría del Pueblo. Esta inseguridad jurídica por la expedición de fallos contrarios, contrapuestos e incoherentes, pronunciados por las autoridades a cuya competencia se les han otorgado las causas de los consumidores, ha llevado a la necesidad de que las sentencias pronunciadas por el Juez Penal como juez competente para conocer apelaciones de las resoluciones de los consumidor, deban ser revisadas por una autoridad jurisdiccional jerárquicamente superior.

En la actualidad es imposible impugnar una sentencia pronunciada por un Juez Penal, quien a su vez conoce en apelación las resoluciones de las causas relacionadas con derechos de los consumidores, conocidas en primera instancia por los Intendentes y Comisarios de Policía. Lo mencionado se colige de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, norma que al finalizar el Art. 86, menciona: “[...] La sentencia que dicte el juez de los penal, causará ejecutoría”.

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

6. Impulsar la existencia de convenios privados de autorregulación de la publicidad, que sean promovidos por las propias agencias y promotores publicitarios.-

En la presente investigación he estudiado la creciente autorregulación que efectúan todas las empresas que gestionan la publicidad, a través de convenios de trato ético de la publicidad y de normas deontológicas privadas que limitan el desenfrenado accionar de la publicidad, tales como: Código de Conducta Publicitaria de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad (AAP), Código Ético de la Publicidad por Internet, Código Deontológico para la Publicidad Infantil, Código de Autorregulación de la

Publicidad de los Productos de Tabaco, Código Ético de las Agencias de Marketing Directo (AGEMD), Código Ético de las Empresas de Servicios de Publicidad Directa (AESPd).

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

Las empresas publicitarias ecuatorianas no ha formulado ningún código ético respecto al correcto desempeño de la publicidad en el medio y de autorregulación para su gestión; en tal sentido, es imperativo que la Defensoría del Pueblo y las pocas asociaciones de consumidores que pudiesen existir en el medio, fomenten e impulsen la formación de manuales de autorregulación publicitaria por parte de las agencias de publicidad.

7. Impulsar la conformación de asociaciones de consumidores.-

En el avance de la investigación he observado que la Carta Magna expresó la necesidad de conformar asociaciones de consumidores y promover sus constituciones; sin embargo, hasta la presente fecha poco se ha conocido de la existencia de asociaciones y peor aún de sus actividades en procura de la defensa de los consumidores.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece los objetivos que deben tener las asociaciones de consumidores y entre ellos se encuentra: promover la Información, educación, el respeto de los derechos de los consumidores y representar judicialmente y extrajudicialmente los

intereses individuales o colectivos de los consumidores ante las autoridades competentes.

Los objetivos que tienen las asociaciones, son de gran interés e importancia, pues las asociaciones se convierten en entes de respaldo de los consumidores, evitando su indefensión y procurando también, que los servicios y bienes ofertados y vendidos mejoren en su calidad y precio.

Por lo mencionado es necesario que el Estado Ecuatoriano, promueva la conformación real de las asociaciones de consumidores, las cuales deberán existir en un número óptimo de una por cada cantón, para monitorear la debida aplicación de los derechos de los consumidores de bienes y servicios.

8. La investigación verificada en esta tesis, ha cumplido de entre sus propósitos primordiales, con establecer las causas normativas y fácticas que imposibilitan el control publicitario de la publicidad engañosa, la cual se ha expandido constantemente en todos los medios publicitarios, sin respuestas efectivas por parte de las autoridades administrativas, jurisdiccionales y gubernamentales que impidan su proliferación.

El estudio exclusivo de las causas y defectos regulatorios y normativos que originan la impunidad de los proveedores que promocionan sus bienes y servicios a través de publicidad engañosa, implicaría polarizar la afectación solamente en los consumidores, y apartándonos de los perjuicios que también pueden tener los proveedores, por la mala aplicación de las normas de publicidad ilícita (publicidad abusiva y engañosa); por lo tanto, la presente investigación, ha incluido el estudio simultáneo de los

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

El contenido del presente trabajo investigativo, procura llegar a los consumidores y proveedores de bienes y servicios, estableciendo mecanismos que les permita diferenciar una publicidad lícita de la ilícita, además de clarificar los inconvenientes legales, jurisdiccionales y regulatorios que se involucran en el momento de acceder al órgano jurisdiccional ante quien se pretende hacer valer sus derechos.

Las propuestas de cambios y reformas de las normas, aplicación de ellas e incentivo en la creación de distintos mecanismos (creación de asociaciones de consumidores y normas de autorregulación publicitaria) que favorezcan la disminución de la publicidad engañosa, son a mi criterio imprescindibles de efectuarlos. Dichas propuestas, no se han concentrado exclusivamente en reformas legales y reglamentarias, sino se ha planteado fórmulas de aplicación práctica, que promueve la protección al consumidor de la publicidad ilícita y dentro de ella encontramos a la publicidad engañosa.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aprile, Orlando C., *La publicidad puesta al día*, Buenos Aires, Ed. La Crujía, 2003.
2. Arens, William F, *Publicidad*, México, Ed. McGraw-Hill, 2000.
3. Aznar, Hugo, Catalán Miguel, *Códigos éticos de la publicidad y marketing*, Barcelona, Ed. Ariel S.A., 2000.
4. Brown, J. A. C., *Técnicas de persuasión: de la propaganda al lavado de cerebro*, Madrid, Ed. Alianza, 1986.
5. Caro, Antonio, *Hacia dónde va la publicidad?: profundas transformaciones en curso*”, Madrid, Ed. FUNDESCO, 1995.
6. Colón Zayas, Eliseo, *Publicidad y hegemonía*, Bogotá, Ed. Norma, 2001.
7. De La Cuesta Rute, José María, *Régimen Jurídico de la Publicidad*, Madrid, Ed. Tecnos, 1974.
8. Durandin, Guy, *La Mentira en la Propaganda Política y en la Publicidad*, Buenos Aires, Ed. Paidós, España, 1995.

9. ENDARA OSEJO, Ximena, comp., *Debate y Adopción de los Derechos de los Pueblos Indígenas en la constitución Ecuatoriana en Los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas del Ecuador: Conceptos Generales. De la Exclusión a la Participación. Pueblos Indígenas y sus Derechos Colectivos en el Ecuador*, Ed. Abya Yala. Quito, 2000.
10. Furones, Miguel A., *El mundo de la publicidad*, Barcelona, Ed. Salvat Editores, 1980.
11. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El Derecho de Amparo*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1998.
12. Guinsberg, Enrique, *Publicidad: manipulación para la reproducción*, México, Ed. Universidad Autónoma Metropolitana, 1984.
13. Lema Devesa, Carlos, *La Publicidad Engañosa en el Moderno Derecho Español*” en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menendez*, Madrid, Ed. Civitas, S.A., 1996.
14. Lomas, Carlos, *El espectáculo del deseo: usos y formas de la persuasión publicitaria*; Barcelona, Ediciones Octaedro, 1996.
15. Mattlelart, Armand; *La publicidad*, Barcelona Ed. Paidós, 1991.

16. Méndez, Rosa M., Vilalta A. Esther, *Publicidad Lícita: Engañosa, Desleal, Subliminal y Otras*, Barcelona, Ed. Bosh, S.A., 2003.
17. Nicosia, Francesco.M., *La Decisión del Consumidor y sus Implicaciones en Marketing y Publicidad*, Barcelona, Ed. Ariel, 1974.
18. Otero Lastres, José Manuel, *La publicidad comparativa: ¿licitud o ilicitud?*”, Madrid, Editorial Civitas, 1996.
19. Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1993.
20. Salmón Alvear, Carlos, *Nociones sobre Amparo Colectivo*, Guayaquil, Universidad Católica de Guayaquil, 2002.
21. Stiglitz, Gabriel, comp., *Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios*, Buenos Aires, Ediciones La Roca, 2001.
22. Vintimilla Saldaña, Jaime, comp., *La Acción de Amparo Contra Particulares: una vía para defender los derechos colectivos y difusos. De la Exclusión a la Participación. Pueblos Indígenas y sus Derechos Colectivos en el Ecuador*, Quito, Ed. Abya Yala, 2000.

LEYES O NORMAS

23. Constitución Política de la República del Ecuador.

24. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

25. Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

26. Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

27. Reglamento a la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

28. Ley de Propiedad Intelectual.

29. Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos.

30. Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

31. Ley Orgánica de la Casa de la Cultura Ecuatoriana "Benjamín Carrión".

32. Texto unificado de legislación secundaria del Ministerio de Agricultura y Ganadería (Decreto No. 3609).

33. Ordenanza Municipal 0096 del Distrito Metropolitano de Quito.