



Universidad Internacional de La Rioja
Facultad de Derecho

Máster Universitario en Propiedad Intelectual
y Derecho de las Nuevas Tecnologías

PUBLICIDAD ENGAÑOSA POR OMISIÓN EN LA INDUSTRIA ALIMENTARIA DE ECUADOR

Trabajo fin de estudio presentado por:	Stephany Elizabeth Peña Terán
Tipo de trabajo:	Trabajo de Fin de Máster
Director/a:	Alberto de Nova Labián
Fecha:	Enero 2022

RESUMEN

La presente investigación está enfocada en estudiar la figura de la publicidad engañosa por omisión en la industria alimentaria. Para ello, se trazó como objetivo analizar el marco jurídico vigente en Ecuador sobre este asunto partiendo del texto constitucional. Igualmente se estudia doctrinalmente las figuras de la publicidad, la publicidad engañosa y la publicidad engañosa por omisión, partiendo de su definición, requisitos y particularidades esenciales de manera que resulte posible identificar cada uno de ellos. En ese orden, se revisan las principales problemáticas que se presentan con respecto a dicha clase de publicidad en la industria alimentaria nacional, tomando como punto de partida el concepto de esta rama de la economía, los principios que la rigen y el nexo existente entre publicidad e industria que hacen de ellos una relación esencial que debe ser objeto de una adecuada protección jurídica para asegurar los derechos de los consumidores y competidores.

Palabras clave: publicidad, publicidad engañosa, publicidad por omisión, industria alimentaria.

ABSTRACT

The present research is focused on studying the figure of misleading advertising by omission in the food industry. To do this, the objectives were to analyze the current legal framework in Ecuador on this matter based on the constitutional text. Likewise, the figures of advertising, deceptive advertising and deceptive advertising by omission are also studied doctrinally, based on their definition, requirements and essential particularities so that it is possible to identify each one of them. In that order, the main problems that arise with respect to this type of advertising in the national food industry are reviewed, taking as a starting point the concept of this branch of the economy, the principles that govern it and the existing link between advertising and industry that make them an essential relationship that must be the subject of adequate legal protection to ensure the rights of consumers and competitors.

Keywords: advertising, misleading advertising, default advertising, food industry.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN	5
1.1.	JUSTIFICACIÓN DEL TEMA ELEGIDO.....	5
1.2.	PROBLEMA Y FINALIDAD DEL TRABAJO	6
1.3.	OBJETIVOS.....	7
II.	PUBLICIDAD	8
2.1.	REGULACIÓN	8
2.2.	CONCEPTO DE PUBLICIDAD	12
2.2.1.	PUBLICIDAD ENGAÑOSA.....	17
2.2.2.	PUBLICIDAD ENGAÑOSA POR OMISIÓN	24
2.3.	REQUISITOS.....	27
III.	INDUSTRIA ALIMENTARIA.....	29
3.1.	REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD EN LA INDUSTRIA ALIMENTARIA	29
3.2.	CONCEPTO	35
IV.	RELACIÓN ENTRE PUBLICIDAD E INDUSTRIA ALIMENTARIA	38
V.	ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA.....	45
	CONCLUSIONES.....	49
	BIBLIOGRAFÍA	51

INDICE DE FIGURAS

Figura 1	Formas de publicidad engañosa	21
Figura 2	Principios de la publicidad de alimentos en Ecuador	31
Figura 3.	Prohibiciones para la publicidad de alimentos procesados en Ecuador	33
Figura 4	Diagrama de flujo del sistema productivo en la industria alimentaria	35

I. INTRODUCCIÓN

1.1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA ELEGIDO

La publicidad constituye una herramienta esencial dentro de toda sociedad, que coadyuva a la promoción de los productos y servicios. Esta juega un rol esencial, tanto en el mercado como directamente sobre los consumidores. Dicha figura debe desarrollarse bajo la observancia de la normativa vigente y sujeta a los principios que la rigen. Entre éstos se encuentran la veracidad y legalidad. Con ello, se garantiza el respeto hacia los consumidores y los competidores.

A pesar de lo expuesto, en el contexto publicitario suelen aparecer conductas propias de la publicidad engañosa sustentadas en tergiversar la oferta objeto de publicidad. Ello genera que, los consumidores, tomen decisiones erróneas y se vean afectados. En ese sentido, la industria alimentaria es un sector que, por su dinamismo y amplitud, puede ser susceptible de ello. La presente investigación se dirige a estudiar la figura de la publicidad engañosa por omisión en el ámbito de dicha rama de la economía.

El tema de estudio a desarrollar resulta de vital importancia partiendo de que, profundiza en la doctrina acerca de la publicidad, la publicidad engañosa y la publicidad engañosa por omisión con la finalidad de determinar los elementos y requisitos que identifiquen, esencialmente, la última modalidad mencionada. Igualmente, estudia lo concerniente a la industria alimentaria con la finalidad de vincular ambas cuestiones de manera que permita demostrar su importancia y relación directa, por ello es un asunto de gran interés en el ámbito de la sociedad ecuatoriana. A pesar de no existir un alto nivel de desarrollo en el contexto jurídico, especialmente jurisprudencial, existen manifestaciones de publicidad engañosa que conllevan a la vulneración de los derechos de los consumidores al adquirir o contratar servicios vinculados a la industria alimentaria.

Ante la situación expuesta, la revisión de la publicidad engañosa en la industria alimentaria es importante, porque sirve para identificar los problemas que actualmente tiene la publicidad en este orden. Es común que, se comuniquen mensajes, que atentan contra los derechos de los consumidores. Los beneficiarios directos de esta investigación son los consumidores, puesto que, el conocimiento sobre el tema contribuye a evitar cualquier acto que los pueda colocar en una situación de confusión o engaño ante la publicidad engañosa y en consecuencia

ser inducidos a adquirir productos alimenticios de dudosa calidad. Igualmente, se dan a conocer cuestiones como la necesidad de proteger a los niños, niñas y adolescentes ante este tipo de prácticas improcedentes e ilícitas, en virtud de las prohibiciones que establece el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que muchas personas desconocen.

En sentido general, conocer el tema de estudio en el contexto nacional aporta a nivel de la sociedad y en el ámbito académico, ya que permite ahondar e identificar de mejor manera la publicidad engañosa en la industria alimentaria.

1.2. PROBLEMA Y FINALIDAD DEL TRABAJO

En la actualidad, Ecuador cuenta con un marco jurídico general sobre la publicidad engañosa y la industria alimentaria, pero no específico. Ante el desarrollo social, la publicidad adopta nuevas formas y, en consecuencia, la normativa debe responder a las necesidades actuales. De igual forma, es necesario una actualización y enriquecimiento de conocimientos con respecto a la doctrina y al orden jurisprudencial en Ecuador. Otros países como España y la Unión Europea muestran una amplia experiencia en el orden judicial en la solución de esta clase de asuntos.

Corresponde decir que, por ejemplo, en el país no se ha tramitado ningún caso de relevancia en el orden judicial, vinculado con la publicidad engañosa en el contexto alimentario. Hasta el momento han tenido lugar algunos relacionados con la rama de las telecomunicaciones y la industria automotriz. Con respecto al sector económico objeto de revisión, la mayoría constituyen quejas que se tramitan por una posible publicidad engañosa y se desarrollan mediante procedimientos administrativos que no han mostrado gran relevancia.

Lo antes expuesto, refleja una problemática real existente en el país. Por ello, la finalidad de esta investigación es estudiar la doctrina sobre la publicidad, la publicidad engañosa y la publicidad engañosa por omisión con el fin de dominar estas figuras vinculadas a la industria alimentaria, al igual que, revisar exhaustivamente la regulación jurídica vigente en el Ecuador. Así es posible contar con elementos teóricos y jurídicos al respecto, que permitan identificar actos de esta naturaleza y demostrar la importancia y relación directa que existe entre la industria alimentaria y la publicidad.

1.3.OBJETIVOS

Los objetivos propuestos en el presente trabajo de investigación son los siguientes: el objetivo general es: Analizar el marco jurídico vigente en Ecuador que regula la publicidad y la publicidad engañosa por omisión en la industria alimentaria. Por su parte los de carácter específicos son:

- Estudiar doctrinalmente las figuras de la publicidad, publicidad engañosa y publicidad engañosa por omisión.
- Identificar las principales problemáticas de la publicidad engañosa en la industria alimentaria.
- Demostrar la relación que existe entre la publicidad engañosa y la industria alimentaria en el Ecuador.

1.4.METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

Para lograr los objetivos antes planteados, se desarrolla una investigación teórica de tipo cualitativa. El estudio tiene un carácter descriptivo, porque se caracteriza, según explican HERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ Y BAPTISTA (2006), por especificar, conceptos, principios, características y rasgos fundamentales del tema objeto de estudio. En este caso, se profundiza en el examen, tanto de la publicidad en sentido general, como de la publicidad engañosa y engañosa por omisión. También, se revisan cuestiones vinculadas a la industria alimentaria y la relación con esta publicidad. Todo ello implica un análisis a la regulación jurídica vigente en la materia.

Por otra parte, se aplica la técnica bibliográfica-documental, teniendo en cuenta que, para el desarrollo del tema resulta elemental el empleo de las bases doctrinales que están plasmadas en textos, artículos de revistas, monografías, estudios, documentos e investigaciones; lo que contribuye al sustento teórico y a la profundización de la cuestión de investigación.

Igualmente, se utiliza el método deductivo, puesto que, tal como exponen HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y BAPTISTA (2006), es un medio eficaz para realizar el análisis de contenidos de lo general a lo particular. En este estudio, dicho método se emplea para realizar interpretaciones de naturaleza doctrinal y jurídica sobre la publicidad, la publicidad engañosa

y su manifestación en la industria alimentaria. Además, se examina la regulación vigente sobre estos temas en la Constitución de la República y las restantes disposiciones jurídicas que se vinculan al estudio de la investigación. Todo ello es posible mediante la aplicación del método analítico-sintético que, según PASTRANA (2006) permite desintegrar un todo en sus partes principales. Específicamente, es adecuado para desarrollar un estudio y análisis detallado del tema permitiendo que de este examen se deriven nuevos conocimientos y que, a su vez, se pueda llegar a conclusiones correctas.

Por otro lado, se emplea el método exegético jurídico, mediante el cual se revisa artículo por artículo y palabra a palabra para llegar a examinar las normas de forma literal. Entre ellas figura la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, su Reglamento General y la Ley Orgánica de Consumo, Nutrición y Salud Alimentaria. Este procedimiento tiene el fin de poder comprender el espíritu de estas normas, estudiar la regulación jurídica de las variables de investigación antes mencionadas y cumplir con los objetivos trazados.

II. PUBLICIDAD

En el presente capítulo se realiza un estudio doctrinal de la publicidad como herramienta que, a través de mensajes, da a conocer determinados bienes o servicios. En ese sentido, se examinan las regulaciones sobre el tema de estudio en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Igualmente se revisa doctrinalmente dicha figura y la publicidad engañosa por omisión, se analizan sus requisitos y efectos negativos para los consumidores y el mercado en general.

2.1. REGULACIÓN

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, existen varias normas enfocadas a la protección y regulación de la publicidad. Para iniciar, es necesario hacerlo por el examen de los preceptos contenidos en la norma constitucional como disposición superior de la que emanan las restantes. Entre los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República (2008)¹ están los vinculados a la comunicación e información y en relación con la publicidad. En el artículo 19 de dicha norma, se prevé que, los contenidos que se publiquen

¹ Registro oficial No 449 de 20 de octubre de 2008.

con fines informativos, educativos y culturales, deben ser objeto de regulación en la programación de los medios de comunicación. Además, quedan prohibidos los mensajes que generen una influencia hacia la discriminación, el sexismo y la intolerancia en el orden político o religioso.

Por otro lado, el texto constitucional (2008) regula en su artículo 52, que los usuarios o consumidores, poseen el derecho a disponer de aquellos bienes y servicios que gocen de una calidad óptima. Además, tienen derecho a elegir libremente y contar con todo tipo de información que sea no engañosa acerca de las características y contenidos de la oferta. Los artículos 53 y 54 obliga a las personas jurídicas a brindar servicios de carácter público y a asumir su responsabilidad penal y civil ante la prestación de servicios deficiente. Igualmente, ante defectos o baja calidad del producto o ante casos que la calidad no se corresponda con la publicidad efectuada o con la descripción dada al producto o servicio.

En consonancia con la Constitución (2008), la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2000)² regula los vínculos entre proveedores y consumidores con el fin de promover y proteger los derechos de los consumidores para asegurar la equidad y la seguridad jurídica en esta clase de relaciones. Esta norma define en el artículo 2 la publicidad como aquella comunicación de carácter comercial o propaganda que el proveedor dirige hacia el consumidor por cualquier vía con el fin de que reciba información y, a su vez, estimularlo a que se adquiera o contrate el producto o servicio. Igualmente prevé que, dicha información, debe tener en cuenta los valores que identifican a la nación al igual que principios enfocados en la seguridad colectiva y nacional.

La mencionada Ley (2000) reconoce otras formas de publicidad. Por ejemplo, entre ellas, la abusiva. Esta se considera cualquier clase de comunicación o información de índole comercial que pueda estimular actos de violencia, generar miedo o sacar provecho de la falta de madurez que presentan los niños, niñas y adolescentes o que produzcan alteraciones a la paz y el orden público. Dicha publicidad puede conducir al consumidor a un comportamiento que es perjudicial o peligroso, tanto para la salud como para la seguridad en el orden personal y colectivo. Además, incluye toda modalidad de información o comunicación de tipo comercial

² Registro Oficial suplemento No. 116 de fecha 10 de julio de 2000.

que incluya mensajes de orden subliminal. De igual forma, prevé lo concerniente a la publicidad engañosa que se revisará más adelante.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor del Ecuador (2000) reconoce en el artículo 4 los derechos del consumidor como fundamentales. En el numeral 6 se consagra el derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, al igual que los métodos comerciales que son coercitivos o desleales.

El capítulo III de la norma objeto de revisión, está dedicado a establecer las cuestiones generales acerca de la publicidad y su contenido. En ese sentido, el artículo 6 regula que está prohibida tanto, la publicidad engañosa como la abusiva y toda aquella que conlleve a elegir erróneamente un bien o servicio, que pueda ocasionar afectaciones a los intereses y derechos del usuario o consumidor. Igualmente, regula la información básica comercial exigible a toda clase de productos y servicios. Y en el caso de los alimentos, se exige que debe exhibirse su nombre, marca, lote, contenido, nutrientes y precio, entre otra información.

Por su parte, el Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2000)³ dispone en el artículo 7, que cualquier comunicación de corte comercial o propaganda que se dirija a los consumidores por parte de un proveedor debe realizarse con responsabilidad para no incurrir en publicidad engañosa o abusiva. Además, se deben respetar las prohibiciones establecidas en la ley ⁴.

Siguiendo con la revisión de la regulación jurídica de la publicidad en Ecuador, corresponde mencionar que, la Ley Orgánica de Comunicación (2013)⁵, dispone en el artículo 69 que, de incurrirse en publicidad engañosa, ésta debe ser objeto de suspensión de conformidad con las normas de la materia. Igualmente, el artículo 71 regula lo concerniente a las responsabilidades comunes para los medios de comunicación social en el desarrollo de su gestión en cuanto a la información y la comunicación. De acuerdo con el literal g) se debe impedir la difusión de cualquier clase de publicidad engañosa al igual que sexista, discriminatoria y contraria a los derechos humanos.

³ Registro Oficial No. 116 de fecha 10 de julio de 2000.

⁴ Art. 6.- Publicidad Prohibida.- Quedan prohibidas todas las formas de publicidad engañosa o abusiva, o que induzcan a error en la elección del bien o servicio que puedan afectar los intereses y derechos del consumidor.

⁵ Registro Oficial Suplemento No. 22 de 25 de junio de 2013.

También, se debe plantear que en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado⁶, se hace referencia a la publicidad dentro de las prácticas desleales y, específicamente, se cataloga como un acto de engaño. Se regula dentro de dichos actos, aquellos que tengan como objetivos o produzcan como efecto, ya sea real o potencial, conducir a un error al público. Particularmente, se señala la omisión de información sobre la clase de productos o servicios, su forma de fabricación, características, calidad, cantidad, origen y precio, entre otras cuestiones. Incluye también la difusión mediante la publicidad de afirmaciones acerca de productos o servicios que no serán veraces y exactos.

Por su lado, la norma penal vigente, el Código Orgánico Integral Penal (COIP 2014),⁷ tipifica los delitos contra los derechos de los consumidores, usuarios y otros agentes del mercado. En el artículo 235 se reconoce el engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos de la siguiente manera:

La persona que provoque error al comprador o al usuario acerca de la identidad o calidad de la cosa o servicio vendido, entregando fraudulentamente un distinto objeto o servicio ofertado en la publicidad, información o contrato o acerca de la naturaleza u origen de la cosa o servicio vendido, entregando una semejante en apariencia a la que se ha comprado o creído comprar, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año. Si se determina responsabilidad penal de una persona jurídica, será sancionada con multa de diez a quince salarios básicos unificados del trabajador en general (p.37).

Como se observa, el ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé varias regulaciones enfocadas a la protección del consumidor. Existen disposiciones dirigidas hacia la publicidad engañosa y, especialmente, se regula la dinámica en el ámbito comercial. Por ejemplo, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor contiene disposiciones que resultan aplicables a la industria alimentaria. Además, existe un grupo de sanciones destinadas a castigar actos de esta naturaleza.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto, actualmente, este marco jurídico resulta enunciativo y resulta formal en la práctica. Específicamente, porque, no protege totalmente las cuestiones

⁶ Registro Oficial Suplemento No. 555 de fecha 13 de octubre de 2011.

⁷ Registro Oficial No 180 de fecha 10 de febrero de 2014.

relacionadas con los actos engañosos en este contexto. Ello está motivado en que no existe una norma única enfocada en la publicidad y en proteger a los consumidores, su regulación está dispersa en varias disposiciones jurídicas, como se mostró anteriormente. Igualmente, las regulaciones vigentes en el país en materia de publicidad y protección al consumidor no contemplan de manera clara los efectos de una publicidad no adecuada o engañosa, como se analizará más adelante en la investigación.

2.2. CONCEPTO DE PUBLICIDAD

La publicidad es una herramienta para dar a conocer un producto a través de la construcción de mensajes creativos que buscan captar la atención de los consumidores y estimular la compra y el consumo de la oferta dada (RUSELL, 2000). Es por ello, que se trata de una actividad que se desarrolla en diferentes organizaciones con la intención de establecer una comunicación con sus clientes externos y que en la mayoría de los casos recurre a las emociones (LÓPEZ, 2007). Para BERMEJO (2005), la publicidad puede entenderse como un proceso de comunicación donde hace presencia un emisor que es el anunciante, un mensaje que no es más que el anuncio y el receptor que sería el público objetivo, es decir, los posibles consumidores. La publicidad es una comunicación no personal de información en general pagada y normalmente de carácter persuasivo sobre productos, servicios o ideas mediante la identificación de patrocinadores a través de diversos medios (COHEN, 1990).

Por su parte, ORTEGA (2014), considera la publicidad como un proceso de tipo impersonal y controlado que, a mediante los medios de comunicación tiene como finalidad dar a conocer un determinado producto, servicio, o institución con el objetivo de informar e influir en su aceptación o adquisición.⁸

La publicidad es parte de la dinámica de mercadotecnia⁹ y se inserta dentro del proceso comunicativo, ya que se envía un mensaje a la audiencia deseada mediante un canal de

⁸ En España la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad dispone en el artículo 2 que es toda forma de comunicación ejecutada ya sea por una persona natural o jurídica, de naturaleza pública o privada, en el ejercicio de una actividad de carácter comercial, artesanal, industrial o profesional, cuyo objetivo es la promoción de manera forma directa o indirecta de la contratación de bienes o servicios, derechos y obligaciones

⁹ Se trata de un conjunto de técnicas y de investigaciones que se enfocan en la mejora de la comercialización de una oferta, ya sean productos o servicios.

comunicación. Estos canales pueden ser diversos y el patrocinador puede emplear diferentes estrategias y códigos para enfocar la mente del público hacia un producto determinado.

Aunque múltiples fuentes de información afectan a las decisiones de compra de los clientes, es en la publicidad en los medios de comunicación de masas, donde los comerciantes suelen invertir una parte importante de sus presupuestos de marketing. Aunque algunos autores señalan que el canal de comunicación empleado para el anuncio influye, otros plantean que no existe investigación prolífera que demuestre, por ejemplo, que existen variaciones al respecto (GAETH Y HEATH, 2017). A pesar de la amplia aceptación entre los profesionales y el reconocimiento general por parte de los académicos, GUIDO, BRITO Y TENESACA (2018) refieren que se han realizado pocas investigaciones empíricas para probar las afirmaciones sobre la incidencia del tipo de medio en la efectividad de la publicidad.

Al respecto, BERMEJO (2005) y LÓPEZ (2007) señalan que la publicidad siempre genera resultados cuando se elabora de manera adecuada, cuando el mensaje explota los recursos del canal de comunicación y cuando combina información con persuasión. Esto, debido a que se ha reconocido que los objetivos básicos de la publicidad son informar y persuadir. Sobre ello puede señalarse que:

- El interés de informar busca la transmisión de conocimientos y características destacables y diferenciadas de la oferta que se presenta.
- El interés de persuadir se enfoca en la influencia y convencimiento de los consumidores para finalmente estimular la intención de compra. A través de la persuasión se influye directamente en la conducta del público objetivo y para ello se emplean estrategias diversas como los comentarios de clientes o expertos, la motivación y las referencias a la aceptación del producto a través de menciones a la escasez, entre otras (RUSELL, 2000).

Por los argumentos antes expuestos es necesario que existan regulaciones claras acerca de la publicidad con la finalidad de evitar que, ante una fuerte campaña de esta naturaleza, el consumidor se sienta confundido y cometa errores al tomar decisiones ante la persuasión e influencia que suele ejercer esta figura sobre las personas.

Por otro lado, se debe apuntar que la publicidad, no es el resultado de una creación fortuita. Se deben cumplir ciertas reglas básicas para que el mensaje llegue y estimule al público

objetivo. Por ejemplo, las ideas del mensaje deben ser claras y deben estar acompañadas de un efecto multiplicador. Se trata de combinar claridad con innovación para conquistar la mente del público objetivo. También, no se puede obviar que la publicidad es el resultado de estudios previos del mercado, con lo cual no solo se conoce las necesidades y características del público objetivo, sino el estado de la situación respecto a la oferta de productos similares.

El éxito de las comunicaciones persuasivas como la publicidad, es decir, la aceptación del mensaje depende del grado en que los consumidores acepten las afirmaciones que se difunden. Los factores que influyen en la aceptación del mensaje son la credibilidad percibida y la fuerza del mensaje (GAETH Y HEATH, 2017). En ese proceso impersonal y controlado que se perfila para dar a conocer una determinada oferta tiene una esencia específica que resulta del propio proceso de comunicación que imbrica y que implica coordinación de los diferentes actores para lograr los efectos deseados (RUSELL, 2000).

Cabe agregar, que la publicidad según CEVALLOS (2017) , está sujeta a varios principios. El de legalidad está dirigido a que el mensaje publicitario guarde congruencia con el ordenamiento jurídico. En ese orden ésta debe estar apegada a la ley, ya que en caso contrario constituye una infracción. Igualmente debe estar sujeta al principio de veracidad que se refiere al empleo de una información completa, adecuada y confiable sobre el producto o servicio al igual que de la persona que genera la publicidad. Al respecto se afirma «la publicidad debe ser necesariamente objetiva y abstenerse de incurrir en falsedades, exageraciones o connotaciones ajenas a la verdadera naturaleza, componentes o propiedades de los productos o servicios.» (FERNÁNDEZ, 2016,p.12)

El último principio mencionado es fundamental, teniendo en cuenta que la observancia de la veracidad protege al consumidor de la publicidad de carácter engañosa y a su vez, constituye una manera de enfrentar cualquier manifestación de competencia desleal. Obliga a que la información que se consigne en los medios publicitarios sea cierta y en él se expongan todas las características del producto o servicio.

Otros de los principios identificados por CEVALLOS (2017) es el de autenticidad, que se enfoca en garantizar que la publicidad sea clara, identificable y el principio de lealtad que se sustenta en el principio de la buena fe partiendo de que los mensajes publicitarios no deben mostrar contenidos que desacrediten o menosprecien otros productos o servicios. Por ello los publicistas deben guardar respeto en este sentido.

De lo antes expuesto, se debe apuntar que, actualmente, la publicidad, ha devenido como instrumento idóneo y de carácter eficiente para los empresarios y agentes económicos. Ello se manifiesta en que es una vía accesible y eficaz para transmitir determinada información a los consumidores, de manera que llegue a ellos el conocimiento de determinados bienes y servicios, e igualmente conozcan las formas de adquirir los productos que se promocionan en el mercado. Ello puede generar actos fraudulentos que afectan a consumidores y usuarios.

Igualmente, de los criterios doctrinales expuestos acerca de la definición de publicidad, es posible identificar que está compuesta por varios aspectos. En primer lugar, subjetivos como los que están presentes en la propia acción publicitaria, específicamente, la comunicación. Además, está el hecho de que, funciona como un instrumento para llegar a los consumidores y usuarios, unido a la intención que encierra encaminada a la promoción de determinado producto o servicio. Por otro lado, se deslinda un aspecto objetivo, que es la existencia de determinados bienes y servicios.

La publicidad se encuentra definida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en distintos textos normativos. De manera puntual, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2000) dispone en el artículo 2 que la publicidad es una comunicación que se distingue por su carácter comercial o propagandístico y que se dirige al consumidor. Esto significa que, si bien se trata de la transmisión de mensajes y de información, se diferencia de las otras prácticas comunicativas sociales, ya que su objetivo es difundir información determinada sobre una oferta. Además, el mensaje publicitario se construye por parte de un emisor que es el anunciante, mientras que el destinatario de la publicidad es el consumidor, es decir, aquel ciudadano que es miembro del público objetivo que se pretende influir.

La Ley Orgánica de Comunicación (2013) reconoce en el artículo 91.6 que la publicidad es «toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, sus derechos y obligaciones» (p.34). Esta definición es similar a la propuesta en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2000), sin embargo, la Ley Orgánica de Comunicación (2013) es más específica al reconocer que la publicidad se practica en el ámbito de actividades diversas para que a partir del conocimiento de una determinada oferta, los consumidores adquieran el producto.

Corresponde señalar que, ambas definiciones jurídicas expuestas con anterioridad, sobre la publicidad, tienen como elemento común el hecho de reconocer que es una forma de comunicación dirigida a los consumidores.

Por otro lado, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2000) en Ecuador señala que el mensaje es construido por un proveedor a través de diferentes canales y empleando una multiplicidad de recursos, lo cual permite considerar como publicidad a todos aquellos mensajes sobre un producto o servicio que se transmite por varios medios, por ejemplo, la radio, la televisión, el periódico y las vallas publicitarias, entre otros. La publicidad se dirige a estimular la intención de compra de un público objetivo y, por ello, como se dispone en la Ley, se direcciona por cualquier vía con el fin de que los consumidores reciban información y, a su vez, adquieran o contraten el producto o servicio.

Luego de revisar las normativas nacionales expuestas en los párrafos anteriores que regulan lo concerniente a la publicidad, sale a la luz que, dicha figura, se define de manera puntual y específica y tiene puntos en común con disposiciones jurídicas de la materia existentes en otros países¹⁰. Para el caso de Ecuador, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2000) dispone, además, que dicha información debe tener en cuenta los valores que identifican a la nación, así como los principios enfocados en la seguridad colectiva y nacional. De manera puntual, Ley Orgánica de Comunicación (2013) señala en el artículo 91.7 que los principios de la publicidad en Ecuador son la transparencia, la veracidad, la sensibilidad social y, principalmente, la legalidad. Partiendo de esta disposición se puede señalar que todo mensaje de este tipo debe ofrecer información fidedigna. Esa información debe corresponderse con la realidad, no inducir a errores y no atentar contra los derechos de los consumidores.

Por lo tanto, la publicidad no es el resultado de una creación fortuita, sino que debe cumplir con las disposiciones legales para que el mensaje llegue, estimule al público objetivo y cumpla con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico nacional. Se trata de combinar claridad con innovación para conquistar la mente del público objetivo, pero sin olvidar que la publicidad

¹⁰ Por ejemplo, en España la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad dispone en el artículo 2 que es toda forma de comunicación ejecutada ya sea por una persona natural o jurídica, de naturaleza pública o privada, en el ejercicio de una actividad de carácter comercial, artesanal, industrial o profesional, cuyo objetivo es la promoción de manera forma directa o indirecta de la contratación de bienes o servicios, derechos y obligaciones.

debe prescindir de los mensajes que generen una influencia hacia la discriminación, el sexismo, la intolerancia en el orden político o religioso o que resulten contrarios a los derechos (Constitución de la República, 2008).

No obstante, los efectos de la publicidad no son siempre positivos, como se ha estado planteando. Como consecuencia, los consumidores actuales se encuentran más preocupados y exigen una publicidad que sea compatible con el medio ambiente y que brinde más información de manera amena, agradable y a través del empleo de imágenes persuasivas, pero racionales.

Actualmente, como indica MARTÍNEZ-RODRIGO (2011), se otorga mayor valor a los aspectos éticos, aun cuando el escenario digital acerca a los públicos a todo tipo de mensajes. La tecnología, a su vez, permite que la audiencia presente mayores posibilidades de estar informada, lo cual sin dudas incide en la intención de compra. A pesar de ello, la publicidad no siempre se rige por la ética, ni por las disposiciones generales. Es por ello, que se han regulado en el ordenamiento jurídico nacional otros tipos de publicidad como se presenta a continuación.

2.2.1. PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Como se ha expuesto, con anterioridad en el estudio de la regulación de la publicidad en el Ecuador, el Estado ecuatoriano está obligado a asegurar la tutela jurídica en materia de derechos de los consumidores. Para ello debe proteger las características y principios que rigen la publicidad. Su inobservancia genera una publicidad dotada de fraude y engaño que nace de una información que no se corresponde con la realidad, es inoportuna, no está completa y resulta confusa por ello conduce a los consumidores al error.

De conformidad con lo antes expuesto, es necesario examinar la figura de la publicidad engañosa desde el engaño. Este es definido por OROZ (2005) como el tratar de darle a la mentira una apariencia verdadera, de certeza e inducir a otro a que tenga por cierto lo que no lo es, mediante el empleo de palabras o de obras aparentes o fingidas.

Por lo antes planteado, de manera general se puede asociar el engaño con la simulación o convencimiento falso acerca de determinada persona o cosa con la finalidad de lograr que se actúe de manera equivocada. Es una falta de veracidad en lo que se expone o se hace creer con la finalidad de lograr un objetivo determinado.

En ese sentido, se debe decir que, como publicidad engañosa se reconocen aquellas prácticas que omiten o tergiversan detalles de la oferta en el anuncio, lo cual conlleva a errores o confusiones por parte de los destinatarios. Estos mensajes publicitarios inducen un comportamiento sin que se conozcan las verdaderas particularidades del producto (ISLER 2010). De manera puntual, PERELLÓ, MUELA Y HORMIGOS (2016) señalan que se trata de mensajes que presentan determinadas características de una oferta cuando realmente la marca no cumple con esas particularidades, pero esa práctica debe generar errores por parte de los destinatarios. Cuando se inducen resultados de este tipo se provocan daños en los consumidores de diversa índole, por ejemplo, pueden ser económicos, psicológicos o sanitarios.

La publicidad engañosa para TROYA (2017) suele esconder cualquier defecto que tenga un producto, al igual que desinforma acerca de las verdaderas peculiaridades del bien o servicio. También lo puede hacer con respecto al costo de adquisición y las consecuencias que pueda traer su empleo. Se debe señalar que CALLE (2017) identifica tres maneras de manifestarse la publicidad engañosa:

1. En anuncios que son totalmente falsos: son aquellos que manifiestan discrepancias y contradicciones en cuanto al vínculo de consumo existentes entre los consumidores y las empresas mediante anuncios o promociones falsas, incorrectas sobre los productos o servicios por parte del proveedor, los que no son verdaderos, reales y no brindan certeza de los hechos.
2. Los anuncios que son en parte inexactos: son aquellos que carecen de precisión al no determinar el producto o servicio de manera clara y determinada.
3. Los anuncios que presenten omisiones de determinadas circunstancias: que se refiere a la publicidad engañosa por omisión, cuya figura se estudiará más adelante.

A modo de resumen, se debe decir, que la publicidad engañosa está conformada por varios aspectos que permiten distinguirla como engañosa. En este caso, la intención de engañar es lo primordial y se puede manifestar, tanto de forma parcial como total en cualquier anuncio o mensaje de naturaleza publicitaria. Por otro lado, para que se perfeccione se debe inducir al consumidor o usuario a error al elegir determinado bien o producto.

También se debe mencionar, que la publicidad engañosa genera perjuicios para el consumidor y también para las empresas que la ejecutan. Cuando se hace alusión exagerada de los

beneficios que representa determinado producto, se promete falsamente sobre este, se demerita a la competencia y se afecta al consumidor a gran escala traen consigo afectaciones en las ventas, falta de credibilidad de la empresa y pérdida de prestigio de su producción ante el empleo de dicha práctica.

La publicidad engañosa, puede afectar a los consumidores en varios ámbitos, como la salud, en el caso por ejemplo de aplicarse a productos alimenticios. Ello puede tener lugar cuando se dan a conocer determinadas condiciones de calidad de los insumos empleados para su elaboración, los que están, en ocasiones, alejados de la realidad. También cuando se omiten características o ingredientes que pueden afectar a determinadas personas que padecen de ciertas enfermedades o a otros por cuestiones de edad, como, por ejemplo, los niños. Por ello debe sancionarse en el ordenamiento jurídico este tipo de prácticas y deben estar muy claras las condiciones para desarrollar cualquier clase de campaña publicitaria.

Después de dar a conocer algunos criterios doctrinales acerca del tema de estudio, se debe plantear que el artículo 2 de la Ley Orgánica de Defensa Del Consumidor (2000) en Ecuador determina que la publicidad engañosa es aquella clase de información o comunicación comercial que su contenido, ya sea total o parcial, resulte contrario a las condiciones que realmente tenga un producto o servicio. Como parte de esta publicidad también se pueden emplear sonidos, imágenes, textos, descripciones y diálogos que directa e indirectamente, o mediante la omisión de información del producto, conlleven al error, confusión o engaño al consumidor.

Como se aprecia, el concepto legal de esta clase de publicidad consigna la presencia del daño y determina varios supuestos ante los que se presenta esta figura:

1. Presencia de información o comunicación de tipo comercial cuyo contenido es distinto al producto o servicio que es objeto de publicidad.

Ello se refiere a que, al no existir coincidencia entre publicidad, bien o servicio se conlleva al error del consumidor, quien, al adquirir el producto o servicio, recibe algo completamente distinto a lo que se estaba dándose a conocer por los medios publicitarios. Por lo tanto, se está ante una información falsa.

2. Mediante el empleo de sonidos, imágenes y otros recursos, o a través de alguna omisión de información acerca del producto o servicio, se conlleva al consumidor ya sea al error, confusión o engaño.

Este supuesto recoge las formas a través de las que se puede desarrollar la publicidad engañosa y reconoce otra modalidad que es la omisión y que se revisará más adelante. Como se aprecia, deja claro que la publicidad es susceptible de inducir comportamientos que se manifiestan en el error, engaño o confusión. La definición legal de la figura de estudio se reconoce de forma similar en normas jurídicas de otras regiones y naciones.¹¹

A modo de resumen, se debe plantear que, la publicidad engañosa es contraria, según el concepto técnico contemplado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a la verdad, la realidad y la objetividad de un bien o servicio. Esta afecta los derechos del consumidor, pues lo lleva a actuar de manera equivocada al incluir contenidos engañosos.

Lo antes expuesto, incide directamente en la decisión de compra del consumidor, puesto que no comunica la información de forma objetiva y precisa. En la práctica, muchas marcas publicitan lo mismo y de forma semejante, por ejemplo, al hacer publicidad de productos alimenticios, cosméticos, naturales, etcétera. Todo ello conduce a estrategias no justas que afectan la publicidad de otras empresas y a los consumidores, además puede atentar contra la salud. Por ello la figura estudiada debe estar bien regulada, sobre todo determinar de forma clara los supuestos que la perfeccionan.

La publicidad engañosa, se puede manifestar de manera general de las siguientes formas:

¹¹ La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo (2005) y la Directiva 2006/114/CE (2006) regulan que la publicidad engañosa es cualquier práctica comercial que sea contentiva de información falsa y por ello no goza de información o veracidad, dentro de ello se incluyen cuestiones como la presentación general de un producto o servicio que puede conducir al error del consumidor, aun cuando la información sea la real con respecto a los hechos o sobre e uno o más de los siguientes elementos, y que implique tomar la decisión de adquirir el bien o servicio que bajo otra condición no habría tomado.

En España, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (2007) prevé con respecto al etiquetado y presentación de los bienes y servicios previstos en el artículo 18 numeral 4 que tanto la oferta como aquella, promoción y publicidad que sea falsa y esté dotada de engaño acerca de los bienes y servicios se considera fraude y como tal se persigue.

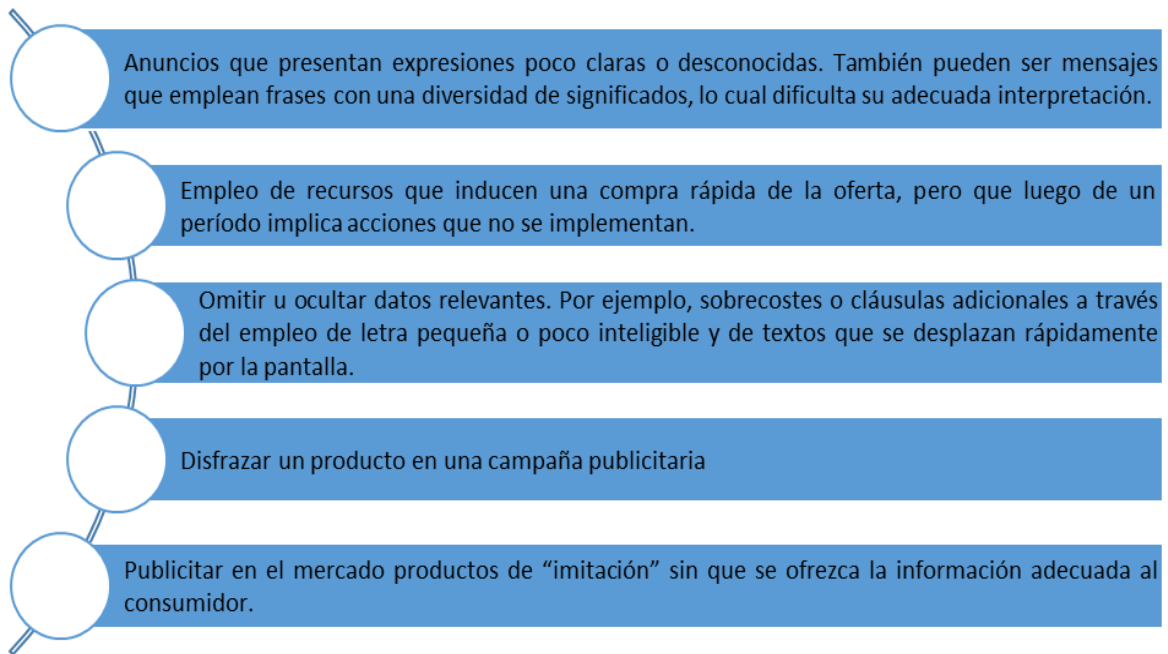


Figura 1 Formas de publicidad engañosa

Fuente: PERELLÓ ET AL. (2016)

En el contexto ecuatoriano, el artículo 7 de la Ley Orgánica de Protección al Consumidor (2000) establece un grupo de infracciones publicitarias para los proveedores que hagan uso de determinados mensajes que conlleven al error o engaño. Específicamente, se señalan los siguientes fallos:

1. Información no verídica sobre el país de origen, comercial o de otra naturaleza sobre el producto ofrecido o el lugar donde se brinda el servicio pactado o la tecnología que se emplea.
2. Cuando se engaña sobre los beneficios y resultados del empleo del bien o de la contratación del servicio, al igual que acerca de la tarifa, precio, la manera de pagar, valor de los créditos y financiamiento, entre otros.
3. Ante la no existencia de coincidencia entre las características esenciales del producto o servicio que se ofrece en cuestiones como: composición, ingredientes, tamaño, durabilidad, calidad, eficiencia, cantidad, utilidad, contraindicaciones, idoneidad y garantías en función de los fines para satisfacer a los consumidores.

Se debe señalar que cuando se incurre en una de las faltas antes expuestas, se está ante publicidad engañosa. El artículo 72 de la Ley (2000) dispone que se puede imponer al

responsable, una sanción de una multa de mil a cuatro mil dólares. En el caso de los mensajes publicitarios se puede disponer por la autoridad competente la suspensión de la publicidad y ordenar la difusión de la rectificación de su contenido.

Se debe apuntar que, a pesar de estas disposiciones y debido al desarrollo de una sociedad de consumo, los productores presentan el afán de captar de manera rápida la preferencia de los consumidores. Por lo tanto, recurren a estrategias engañosas con la finalidad de vender lo más rápido posible la oferta. Así se induce a errores o confusiones en el público que afectan o ponen en riesgo su bienestar. Con la publicidad engañosa se violan los principios de la protección al cliente y ello, según se ha investigado, ocasiona consecuencias que varían de acuerdo con la edad del consumidor¹².

También se conoce por los resultados de estudios científicos que cuando la información sobre precios se comunica mediante prácticas engañosas, los consumidores desarrollan niveles más bajos de confiabilidad hacia la fuente de información, así como también se reduce su disposición para comprar. Además, estos efectos aumentan ante la sospecha del público de posibles errores u omisiones en la información que se difunde.

La publicidad es ampliamente criticada, no solo por el papel que desempeña en la venta del producto, sino también por la forma en que influye en la sociedad. En la era de la competencia comercial feroz, los anunciantes recurren a determinadas prácticas poco éticas. El crecimiento y la aceptación mundial del comercio electrónico, según MARTÍNEZ-RODRIGO (2011), brindan a los consumidores la oportunidad de comprar en entornos interactivos mediados por computadora que simulan la experiencia directa del producto. Sin embargo, el crecimiento acelerado de la publicidad en Internet y la capacidad de los especialistas en marketing para cambiar rápidamente el contenido de los anuncios en línea también crean preocupaciones sobre una gran cantidad de anuncios potencialmente engañosos.

¹² GAETH Y HEATH (2017) evaluaron mediante experimentos el impacto de la publicidad engañosa en los consumidores adultos jóvenes y mayores para conocer cuán susceptible eran a técnicas publicitarias engañosas, su capacidad para discriminar entre afirmaciones publicitarias no engañosas y potencialmente engañosas, y para conocer su capacidad de respuesta a la capacitación. Aunque no hubo diferencias cuando los sujetos respondieron de memoria sobre el anuncio, los adultos jóvenes fueron menos susceptibles a las técnicas engañosas cuando los anuncios estaban disponibles durante la evaluación.

No obstante, se debe señalar que, si con anterioridad se hablaba de un público pasivo y unilateralmente manipulable, se conoce en la actualidad que los consumidores son conscientes de las diversas prácticas poco éticas de los anuncios engañosos y las perciben como negocios falsos, aun cuando ello no sea una generalidad. También hay algunos públicos, como indican GAETH y HEATH (2017), que sienten que la exageración en la publicidad puede permitirse como una mentira permisible.

La publicidad engañosa incide y puede manifestarse como competencia desleal en el mercado¹³. Según YARAD (2016), los empresarios mediante sus compañías, compiten por las ventas y emplean la publicidad engañosa para obtener ventaja. No obstante, de esta forma se manifiesta una conducta inadecuada dentro de la competencia que atenta contra lo usual y permisible, pues prevalece una maniobra fraudulenta que conduce al engaño y tiene incidencia dentro del mercado. Específicamente, se atenta contra el libre acceso de las personas al mercado y la salvaguarda del consumidor ¹⁴.

Para LEMA (2010), la publicidad engañosa se considera una figura ilícita por excelencia, debido a los siguientes aspectos: es la cuestión que con mayor frecuencia se aprecia en el ámbito judicial, es la más común en este medio y afecta a los consumidores de forma directa e indirecta. Sobre este último, DELGADO (2003, p.5) señala que «este tipo de publicidad es además nociva para el mercado porque no solo atenta contra los consumidores sino también contra los competidores quienes verían desviada su clientela por una deshonesta maniobra publicitaria».

Cabe agregar que la publicidad engañosa se puede manifestar de diferentes maneras. Según OVALLE (2013), la de tipo abusiva se relaciona con mensajes discriminatorios de cualquier

¹³ En España la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, prevé en el artículo 3 sobre la publicidad ilícita en el literal g) que la publicidad de naturaleza engañosa, agresiva y desleal se consideran actos de competencia desleal en virtud de la ley de esta materia.

¹⁴ En España la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal prevé en el artículo 5 los actos de engaño. Prevé, entre otras cuestiones que: Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento en el orden económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio; b) Las características esenciales del producto o servicio, relacionados con la disponibilidad, favorabilidad, riesgos, su ejecución, su composición, los accesorios, el procedimiento y la fecha en que fue objeto de fabricación o distribución, su entrega, su carácter apropiado, su empleo, cantidad, especificaciones, origen ya sea geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su empleo, o los resultados y particularidades fundamentales de las pruebas o controles realizados al producto o servicio.

clase. Además, pueda incitar a la violencia, generar miedo y aprovecharse de la falta de madurez de los destinatarios. En relación a este último punto se debe plantear que por lo general se dirige a los consumidores vulnerables, entre ellos, los niños y adolescentes, que pueden recibir impactos relacionados con su seguridad, salud, o cualquier acto que sea contrario a la dignidad humana. Igualmente se debe mencionar que otro de los tipos, la publicidad engañosa causada por omisión, genera perjuicios al consumidor.

De lo revisado con anterioridad, se concluye que, la publicidad engañosa, desnaturaliza la esencia y las particularidades de los bienes y servicios objeto de promoción. Por ello, conduce al consumidor a equivocarse y confundirse. También esta clase de publicidad se presenta como una forma de competencia desleal dentro del mercado. Es una figura que representa ocultación y falta de claridad, acerca de la información esencial del producto o servicio.

2.2.2. PUBLICIDAD ENGAÑOSA POR OMISIÓN

Para examinar la publicidad engañosa por omisión, es prudente comenzar por plantear que la omisión en el campo del derecho, según GIMBERNAT (1987), es representativa de una conducta basada en la abstención de una actuación con respecto a dar a conocer ciertos datos o información. Ello conduce al engaño y a que, el consumidor o usuario, actúe de manera errónea y confusa. La omisión es un acto que se enfoca en no dar a conocer algo, cuestión que induce al error

En materia de publicidad y enfocada en el ámbito comercial, la publicidad engañosa por omisión se manifiesta a partir de la omisión de los datos fundamentales del producto o servicio, induciendo con ello a la incertidumbre y al error del consumidor (BARONA 2011). Para LÓPEZ (2018), esta clase de publicidad se sustenta en silenciar los datos fundamentales de los productos o servicios, llevando a la equivocación del destinatario porque no se realizó una afirmación verdadera acerca del bien o servicio objeto de publicidad.

La publicidad engañosa por omisión se puede manifestar en que, el proveedor o prestador de un servicio, no informe en un anuncio o mensaje publicitario acerca de las características de determinado producto o el servicio que ofrece en cuanto a: las condiciones de comercialización las cualidades o el precio. En realidad, existe un silencio por parte del anunciante. Lo expuesto con anterioridad, conduce a la confusión y equivocación de los consumidores, al momento de elegir que producto o servicio adquirir en el mercado. También

se pueden presentar otros supuestos que acompañan la omisión, como la ambigüedad en el anuncio, imprecisión y cualquier manifestación de exageración sobre lo que se está anunciando.

Como se ha expuesto, este tipo de publicidad engañosa es negativa, ya que como se ha planteado, no muestra los datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios. Ello conlleva a la creación de una imagen errónea y equivocada del producto o servicio que genera confusión en el consumidor porque se guarda silencio en el anuncio. Específicamente, se esconden ciertas características de los artículos que son imprescindibles para conocer realmente el valor de lo que se pretende comercializar.

Sobre la publicidad engañosa por omisión, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2000) dispone que es una variante secundaria de la publicidad engañosa, refiriéndose a ella como aquella que no proporciona toda la información sobre sus productos y/o servicios aun cuando esta información es exigible porque su contenido se considera sustancial y necesario. Si un anunciante omitiese datos accesorios o secundarios sobre los productos y/o servicios, éstos no podrían ser el motivo de una omisión engañosa, puesto que la información contendría características esenciales que proporcionan al consumidor los detalles suficientes para tomar una decisión con conocimiento de causa.¹⁵

Como se aprecia, la regulación jurídica de esta figura en Ecuador está enfocada en línea con la doctrina planteada. Para que la publicidad por omisión se configure, se deben omitir los aspectos esenciales del bien o servicio e inducir al error del consumidor. Dicha publicidad crea una expectativa acerca de lo que se comercializa por el anunciante que finalmente no será satisfecha. Sin embargo, el ordenamiento jurídico ecuatoriano la regula de forma muy general,

¹⁵ Esta clase publicidad engañosa es definida en otras legislaciones. Por ejemplo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo (2005) define que de por omisión, son aquellas prácticas de carácter comercial que en el ámbito fáctico, según las características, circunstancias y restricciones del medio de comunicación omitan la información esencial que necesite el consumidor para tomar la decisión de adquirir cierto producto o servicio con el conocimiento de causa y que, en consecuencia, incidan en que este decida adquirirlo, que de otra manera no lo hubiera hecho. Igualmente, en España la Ley de Competencia Desleal (1991) en el artículo 7 prevé las omisiones engañosas como la ocultación de la información que resulte necesaria con la finalidad de que el consumidor adopte o pueda tomar una decisión vinculada a su comportamiento de carácter económico con el debido conocimiento de causa. También, dispone que se considera desleal cuando la información carece de claridad, resulta ininteligible, ambigua y no se brinda en el momento adecuado que corresponde o no se expone el fin que tiene esta práctica en el ámbito comercial. En este caso se considera que se está ante una publicidad engañosa por omisión cuando se genera una distorsión relevante del comportamiento en el plano económico.

cuestión que desprotege al consumidor. Por ello se considera que se debe ahondar más en su regulación en cuanto a los supuestos precisos en que se perfecciona y las sanciones aplicables en este orden y no colocarla, solamente como publicidad engañosa.

Se debe señalar que todo acto publicitario de índole comercial que esté permeado de fraude implica que el mensaje sobre el producto o servicio omite información básica. Por la construcción del mensaje, el consumidor se siente atraído, pero sin realmente conocer sobre la verdadera esencia de su realidad. Por ejemplo, según HERRERA (2015) se constituyó en Ecuador una compañía para brindar servicios de internet bajo la publicidad de que, si estos eran contratados, tendría 150 horas gratis para navegar en la red. Sin embargo, cuando se suscribía el contrato se informaba al cliente que solo sería por el primer mes. Este caso saca a la luz la evidente omisión de información básica sobre el servicio que era objeto de publicidad y conducía de manera directa al engaño del consumidor.

Lo antes expuesto ratifica el carácter engañoso de la publicidad y se manifiesta en la omisión de información esencial del producto o servicio. Aun cuando la publicidad sea pequeña, debe incluirse la información esencial del producto o servicio para no incurrir en esta práctica. Cuando está presente la omisión, según GUERRA (2016), el proveedor se abstiene de mostrar determinada información que es importante para tomar la decisión de compra. Por ejemplo, si el consumidor conoce con anterioridad esos detalles, puede no adquirir el bien o servicio. Esta conducta no informada del cliente también puede darse cuando se pone énfasis en varias afirmaciones sobre determinadas características de un producto con la intención de contrarrestar cualquier efecto negativo que pueda generar. En esa línea, como expone PÉREZ (2017), se emplean muchos adjetivos que pretenden adornar la publicidad y no dar a conocer la esencia de un producto o servicio.

La publicidad engañosa por omisión genera efectos sobre el adquirente, tanto de tipo económico como emocional. En este orden, el hecho de que el consumidor, haya pagado por determinado producto o servicio cuya publicidad omitió cuestiones relevantes, conlleva a la desconfianza y al convencimiento de que fue engañado. Igualmente causan inquietud, insatisfacción e incertidumbre, aspectos que impactan en el ámbito emocional.

A modo de resumen, se debe señalar que lo antes expuesto constituye un engaño mediante el empleo del silencio u ocultamiento acerca de la esencia del producto y servicio. Esta práctica publicitaria es muy común y genera una afectación al patrimonio del consumidor. De ahí que

pueda señalarse que la publicidad engañosa por omisión es un comportamiento ilícito porque induce directamente al engaño. Dicha figura resulta negativa dentro del mercado, especialmente, genera perjuicios al consumidor y afecta sus derechos. Al no aportarse por el proveedor o prestador de servicios toda la información esencial sobre los productos o servicios, se engaña al cliente y se genera una decisión equívoca que menoscaba su patrimonio.

De ahí la importancia de la regulación de la publicidad engañosa. Sin embargo, en Ecuador es bastante limitada, ya que se restringe a la información de elementos sustanciales y no prevé requisitos específicos para identificarla. A pesar de ello, a continuación, se estudian dichos requerimientos para identificar la publicidad engañosa desde la doctrina.

2.3. REQUISITOS

Luego de revisada la publicidad, la publicidad engañosa y la publicidad engañosa por omisión, corresponde examinar los requisitos que permiten identificar cuándo se está ante esta clase de figura publicitaria. En esa dirección, LEMA (2010) destaca que uno de los aspectos fundamentales es la presencia del engaño para incidir en las expectativas del usuario o consumidor por un determinado producto o servicio. El engaño por omisión debe quedar acreditado, y, en consecuencia, deben existir falsas expectativas por parte del consumidor ante la publicidad. La falta de coincidencia entre el bien, servicio o anuncio aparece cuando se adquiere y a partir de ese momento es posible determinar la omisión de información. Ello impacta en el consumidor y en el mercado, específicamente en la supervivencia de las marcas o compañías¹⁶.

En ese sentido, LEMA (2010) apunta que se está ante publicidad engañosa cuando la información no es veraz y los datos que se plasman en ella no responden a la realidad del producto o servicio. Por ello, cuando se está ante cierta información de un producto o servicio que no es relevante o es accidental no se está ante la publicidad engañosa por omisión. Este

¹⁶ Se debe señalar que la Ley de Competencia Desleal de España, dispone en el artículo 7 que se considera desleal el empleo o difusión de indicaciones incorrectas o que sean falsas al igual que la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que ocurra pueda generar error a las personas a las que se dirige o alcanza, acerca de la naturaleza, calidad, cantidad de los productos, forma de fabricación o distribución, características, de forma general acerca de las ventajas ofrecidas.

requisito es esencial puesto que el atributo más importante de la publicidad es que se dé a conocer por el proveedor o prestatario las características que distinguen el bien o servicio.

En esa dirección es esencial que, para determinar la publicidad engañosa por omisión, se identifique la relevancia que tienen los datos o la información que se omite. Esto significa que es necesario deslindar su carácter primordial en el mensaje publicitario. FERNÁNDEZ, HERRERA & TATO PLAZA (2010) afirman que se está ante dicha figura cuando se oculte un dato que, de conocerse por el público destinatario, produciría un cambio en su opinión con respecto a la adquisición o contratación de un producto o servicio. Por ello, la información omitida induce al error cuando constituya un elemento determinante en la elección de compra.

Según LEMA (2010), la publicidad engañosa por omisión existe cuando se ocultan aspectos importantes para el consumidor y ello conlleva a error. De manera puntual se señala que «en el supuesto de la publicidad engañosa por omisión no basta la susceptibilidad de error, sino que debe inducirse a error de una manera efectiva» (LEMA 2010, p.95). Por lo tanto, uno de los requisitos de la publicidad engañosa es la inducción al error del consumidor.

En ese orden, LÓPEZ (2018) también plantea que se está ante la publicidad engañosa cuando:

- Induzca error en el destinatario como consecuencia de la presentación del mensaje
- Induzca a error al destinatario como consecuencia de la información que transmite el mensaje publicitario
- Induzca a error al destinatario como consecuencia de la omisión de información en el mensaje publicitario.¹⁷

A modo de resumen, se debe decir que entre los requisitos de la publicidad engañosa destacan: la presencia del engaño y la inducción al error del consumidor. Estas cuestiones se

¹⁷ Igualmente, cuando se habla de requisitos, debe tomarse como referencia la regulación que se plasma en el artículo 3 de la Directiva 2006/114/CE (2006) que establece los requisitos para determinar si una publicidad tiene el carácter de engañosa partiendo de elementos como: las peculiaridades de los bienes o servicios, entre ellos su naturaleza, disponibilidad, composición, ejecución, cantidad, procedimiento y fecha de fabricación o de prestación del servicio, especificaciones, origen, resultados que pueden esperarse de su empleo o los resultados arrojados en pruebas y controles realizados; el precio y su forma de determinarlo al igual que y las condiciones de suministro de bienes o de prestación de servicios, y la naturaleza, en cuanto a las peculiaridades propias del anunciante al igual que sus derechos, entre ellos los relacionados con: su identidad, patrimonio, cualificaciones y sus derechos en el contexto de la propiedad intelectual, comercial, industrial y su trayectoria en cuestiones como la obtención de premios y distinciones.

recogen en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor del Ecuador, específicamente, en el artículo 6, antes mencionado, pero de forma general dentro de la publicidad engañosa. Dicha regulación, no especifica la figura de estudio, ya que no se determinan supuestos concretos para su perfección. Igualmente, deben tenerse en cuenta elementos como las particularidades de los bienes y servicios, su precio y las características del anunciante, entre otras cuestiones. Todo ello servirá de punto de partida para interpretar esta clase de figura publicitaria.

III. INDUSTRIA ALIMENTARIA

De acuerdo con el tema de la investigación y los objetivos señalados corresponde estudiar lo concerniente a la industria alimentaria. Para ello se examinan aspectos doctrinales y la regulación jurídica de dicho sector en Ecuador para identificar los principales aspectos que han de considerarse para demostrar la relación que existe entre la publicidad engañosa y la industria alimentaria en el país.

3.1. REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD EN LA INDUSTRIA ALIMENTARIA

Con el fin de establecer medios seguros de protección frente a la vulneración de algún derecho, los Estados, a través del poder legislativo, se han visto en la necesidad de crear y reformar varios cuerpos normativos para ejercer su potestad sancionatoria. Respecto a la industria alimentaria se puede señalar que los cuerpos normativos buscan adaptarse a las necesidades de los consumidores y usuarios. Es de interés la protección de sus derechos, debido a la vulnerabilidad frente a los operadores económicos y emisores de publicidad que defienden únicamente intereses particulares, sin considerar la magnitud de las consecuencias de sus anuncios.

Aunque Ecuador no es uno de los países del mundo más avanzados respecto a la regulación de la publicidad en la industria alimentaria, en el ordenamiento jurídico nacional existen algunas disposiciones. Por ejemplo, la Constitución de la República (2008) se enfoca en la protección de los derechos de los consumidores, en la garantía de la calidad de la oferta y en la transparencia y veracidad de la información. Específicamente se señala en la tercera sección Comunicación e Información, artículo 19, que se prohíben los anuncios que atenten contra los

derechos de los ciudadanos¹⁸. Respecto a las disposiciones sobre personas, usuarios y consumidores en la sección novena, el artículo 54 plantea que los productores de bienes de consumo, como la industria alimentaria, deben garantizar la calidad de sus ofertas y responsabilizarse cuando no se cumple con ello. Además, se señala que debe existir coherencia entre el producto y lo mencionado en el mensaje publicitario ¹⁹. Por lo tanto, la industria alimentaria debe satisfacer las necesidades de los consumidores a través de prácticas responsables y adecuadas.

Sobre el rol de la industria alimentaria a nivel nacional, la Constitución de la República (2008) se centra en su papel para la seguridad alimentaria en cada región del país²⁰. Como es prioridad alcanzar la autosuficiencia de alimentos que sean sanos y se relacionen con los rasgos culturales del país, la industria alimentaria está llamada a un cambio para dar respuesta a este reto. A su vez, corresponde al estado diseñar un conjunto de políticas públicas que promuevan el desarrollo de la industria en sus diferentes estructuras productivas, la independencia del país, la investigación científica a favor de su crecimiento y la distribución justa y solidaria.

Sobre el tema que ocupa la presente investigación, la Constitución de la República (2008) señala en el artículo 281 que corresponde al Estado establecer acciones diversas para prevenir y proteger a los consumidores del acceso a alimentos que pongan en riesgo su bienestar o que no se encuentren respaldados por resultados científicos sólidos sobre sus efectos y contraindicaciones. Es por ello que el Código de Comercio²¹ (2019) especifica en el artículo 22 una serie de acciones que deben cumplir las empresas de la industria alimentaria al momento de su registro en el libro de sujetos mercantiles para poder ejercer su actividad y en caso

¹⁸ En el artículo 19 se preceptúa que queda prohibida cualquier publicidad que pueda conllevar a la intolerancia religiosa o política, la violencia, el sexismo, la discriminación, la toxicomanía, el racismo y toda la que resulte contraria a los derechos de las personas.

¹⁹ Art. 54.- Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore.

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

²⁰ Fomentar la seguridad alimentaria regional.

²¹ Registro Oficial suplemento No. 497 de fecha 29 de mayo de 2019.

necesario poder identificar a quienes atentan contra lo establecido en la Constitución de la República sobre los derechos de los ciudadanos.

El Código de Comercio (2019) también dispone en el artículo 233 que toda oferta publicitaria sobre un producto, en este caso alimentario, es responsabilidad de su creador, siempre y cuando no se señale un plazo de validez del mensaje. Además, cuando se presenten precios publicitarios se deben especificar los valores adicionales que se deben abonar por cuestiones de tributo, comisiones, recargos o intereses. De esta manera, desde lo formal se está velando por los derechos de los consumidores.

Específicamente, la Ley Orgánica de Consumo, Nutrición y Salud Alimentaria (2013)²², en el artículo 7, reconoce el derecho de protección de todo consumidor ante la publicidad engañosa. En tanto, en el artículo 20 se dispone la prohibición de la publicidad engañosa, entendida como la falta a la verdad, ya sea de forma total o parcial. Según se reconoce, este tipo de anuncios generan engaño y provocan errores o confusiones entre los consumidores, a partir de la difusión de ideas falsas o la promoción de compras a partir del destaque de características de un producto que no se cumplen en la oferta final.

Por su parte el artículo 19 prevé que la publicidad de alimentos debe regirse por los siguientes principios.

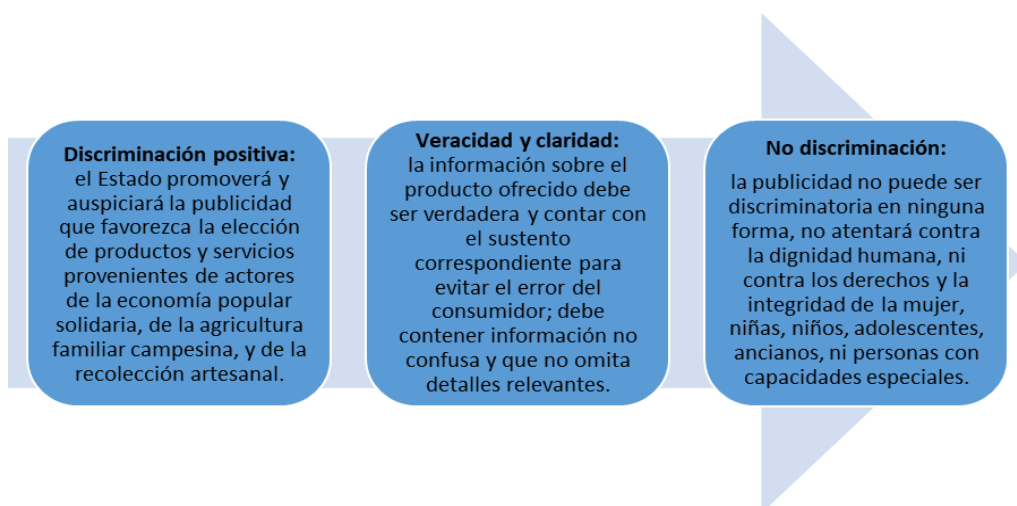


Figura 2 Principios de la publicidad de alimentos en Ecuador. Fuente: Ley Orgánica de Consumo, Nutrición y Salud Alimentaria (2013)

²² Registro Oficial suplemento No. 162 de fecha 5 de julio de 2013.

Sobre la publicidad enfocada en niños, adolescentes y grupos vulnerables, el artículo 21 de la Ley Orgánica de Consumo, Nutrición y Salud Alimentaria (2013) dispone que los mensajes no pueden conllevar a confusiones o a conclusiones no reales sobre las características de los productos. Debido a las características de estos consumidores, los anuncios de alimentos no deben ser tan agresivos. Además, se regulará la publicidad de ofertas altas en azúcar, grasas, saborizantes y carbohidratos simples. Así se da protección a los grupos vulnerables que como se ha planteado en artículos anteriores, se encuentran entre los principales destinatarios de la publicidad engañosa.

El Reglamento para la Regulación y Control de la Publicidad y Promoción de Alimentos Procesados para el Consumo Humano²³ (2013) señala en el artículo 3 la definición de publicidad o propaganda de alimentos para Ecuador. Específicamente, se menciona que se trata de una herramienta que emplea el proveedor para informar sobre un producto. Esa información tiene por finalidad que se adquiera un producto con conocimiento, en tanto, la promoción de alimentos resulta de la implementación de plan integral de marketing. Por lo tanto, la publicidad en la industria alimentaria debe aportar al consumidor toda la información relevante sobre el producto.

En Ecuador corresponde a la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (ARCSA), el control y supervisión de la publicidad de alimentos. Esta instancia y sus dependencias velan por el cumplimiento de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico nacional, así como por el cumplimiento de recomendaciones técnicas con fuertes bases científicas. Del artículo 6 al 8 del Reglamento para la Regulación y Control de la Publicidad y Promoción de Alimentos Procesados para el Consumo Humano (2013) se dispone que los anuncios de la industria alimentaria deben ser coherentes con la educación nutricional e higiénica. Además, se deben enfocar hacia la preservación de la salud de los consumidores, por lo que deben fundamentarse en las particularidades específicas de los alimentos y en las disposiciones puntuales sobre el registro sanitario.

²³ Registro Oficial No 165 del 5 de julio de 2013.

Además, se señala en el artículo 12 que la publicidad no puede poner en riesgo la seguridad y la integridad física de los consumidores. Bajo el principio de seguridad alimentaria, los anuncios deben potenciar el empleo de ideas preventivas y de un consumo saludable, con el fin de fomentar mejores hábitos de alimentación e higiene. Por ello, el ordenamiento jurídico es enfático en la prohibición de la publicidad engañosa o abusiva en esta industria de gran peso en el país. Específicamente sobre la publicidad de los alimentos procesados, la Regulación y Control de la Publicidad y Promoción de Alimentos Procesados para el Consumo Humano (2013) prohíbe en el país lo siguiente:



Figura 3. *Prohibiciones para la publicidad de alimentos procesados en Ecuador*

Fuente: ARCSA (2013)

Se debe señalar que la norma vigente en el Ecuador en materia de publicidad engañosa en el orden de la industria alimentaria no reconoce expresamente la publicidad engañosa por omisión, solo la contempla, entre las modalidades de engaño. Dicha cuestión constituye un

problema en la actualidad partiendo de que, la inexistencia de regulación sobre el tema desprotege a los consumidores.

Por lo antes expuesto, se puede afirmar que, en el Ecuador, existe un vacío legal en cuanto a la publicidad engañosa por omisión. En primer lugar, como se ha visto, no existe un tratamiento unitario y específico para esta figura. En ese orden, solo se regula, de manera general en el artículo 20 de la Ley Orgánica de Consumo, Nutrición y Salud Alimentaria (2013), ya mencionado, la publicidad engañosa. La Ley referida, no determina los supuestos que permiten identificar cuando se está ante dicha figura por omisión en la industria alimentaria.

La norma ecuatoriana en materia de publicidad en la industria alimenticia debe determinar su definición al igual que sus efectos. También debe regular que la información debe ser clara, adecuada y que goce de precisión para evitar omisiones. Se debe mencionar que aun cuando la norma se refiere a la publicidad engañosa, no precisa bajo qué supuestos específicos se deben calificar esta por omisión al momento que se haga publicidad sobre los productos alimenticios.

Como se ha visto, la norma ecuatoriana que regula la publicidad en la industria alimentaria está incompleta. Con respecto a la publicidad engañosa por omisión, ésta debe contemplar que los mensajes publicitarios, deben poseer toda la información y ajustarse a la verdad en cuanto a las particularidades físicas del producto y como tal, plasmarse de forma expresa en su etiquetado o en la publicidad. De esta forma se asegura que no exista ocultación u omisión, lo que permite al consumidor tomar una decisión correcta a la hora de elegir un producto, especialmente alimenticio.

Con respecto a los productos de alimentación, la disposición jurídica debe obligar a que cualquier publicidad acerca de ellos, ya sea directa o indirecta, debe contar con las propiedades y características del producto, en caso contrario, debe prohibirse o sancionarse. Además, debe regularse que, toda publicidad de alimentos, no solo se limite a lo general, sino debe tener información detallada de cualquier producto que se le haya añadido. Esto es fundamental por la relación directa que tienen los productos alimenticios con la salud humana.

En ese sentido, la norma debe regular con énfasis en los alimentos para niños, niñas y adolescentes o personas con determinados padecimientos. Por ello debe existir una entidad

que se encargue de la recopilación y análisis de información al igual que a la vigilancia, sobre la publicidad de alimentos, específicamente.

Se debe plantear que, en la norma en materia de publicidad de alimentos, deben plasmarse vías de prevención para evitar la publicidad engañosa por omisión, de manera que permita crear una cultura jurídica en la población acerca de este asunto, que actualmente es bastante pobre. Ello se ha manifestado en el país porque la protección a los consumidores no ha sido eficiente, ni suficiente en los últimos años.

3.2. CONCEPTO

Por industria alimentaria se entiende, según MALAGIÉ ET AL (2010), al conjunto de actividades que se enfocan a la obtención de productos alimenticios, a partir del desarrollo de procesos específicos que pueden ir desde la manipulación hasta el envasado de los productos como se muestra en la Figura 4. La elaboración de los alimentos implica una multiplicidad de operaciones y éstas se encuentran sujetas a cada ámbito, ya que la industria alimentaria abarca un conjunto de enclaves productivos. A pesar de ello, por lo general, en toda industria alimentaria se realizan las siguientes operaciones: fermentación, cocción, deshidratación y destilación.



Figura 4 Diagrama de flujo del sistema productivo en la industria alimentaria

Fuente: MALAGIÉ ET AL. (2010)

Como el consumo de alimentos presenta un carácter masivo y se ha identificado como una prioridad de los gobiernos la seguridad y sostenibilidad alimentaria, esta industria es de gran relevancia para la producción y el desempeño económico y social de los países. Esto debido a que se trata del sector que provee los productos necesarios para la cadena alimentaria de las sociedades. Con el desarrollo de sus procesos, como expone RAFFINO (2020), se busca dar respuesta a las necesidades de alimentación de la población, a partir de la elaboración o semielaboración y comercialización de disímiles productos. Para ello se requiere de materias primas de diverso origen y de anuncios que den a conocer las ofertas.

La industria alimentaria se encuentra inmersa en un proceso de diversificación y desarrollo tecnológico. Si en un inicio predominó la producción artesanal y la gestión familiar, en estos tiempos existen grandes conglomerados productivos que cada vez presentan mayor automatización en sus procesos. Igualmente están enfocados en buscar productos novedosos y en consolidar estrategias publicitarias para promocionar sus producciones, para de esta manera, ganar un nombre de prestigio y aumentar sus ganancias

Por su lado, BRUCE y MEULENBERG (2002) señalan que el debate tradicional sobre el rol de la “demanda-atracción” y de “tecnología-impulso” o sobre “una mezcla de ambos” es demasiado simplista para entender la dinámica de la industria alimentaria. Se debe decir, que en este sector, las empresas se desenvuelven de manera particular de acuerdo con variables claves como orientaciones dominantes hacia el producto, el proceso y las condiciones productivas, la dinámica del mercado y sus tipos. Además, en la dinámica interna de la industria alimentaria también influye la naturaleza de propiedad de las empresas, el tamaño y el posicionamiento que tienen en el mercado.

La satisfacción de las demandas de los consumidores por parte de la industria alimentaria no requiere solo de la abundancia de alimentos. La industria alimentaria se enfrenta a muchos riesgos importantes derivados de la crítica pública a los problemas de responsabilidad social empresarial en la cadena de suministro. En estos tiempos, donde el consumidor exige de prácticas de producción más limpias, según MALONI y BROWN (2006), es necesaria la adopción de procesos más sustentables y ajustados a los requisitos higiénicos con la finalidad de que no se generen afectaciones a la salud de la ciudadanía.

Como las operaciones de esta industria dependen del medio ambiente, como explican MALAGIÉ ET AL (2010), su futuro no puede obviar las demandas actuales de sostenibilidad y

sustentabilidad. Las necesidades de los consumidores tienden a defender esta perspectiva medioambiental, por lo que cada vez más se exigen productos libres de contaminantes y de mensajes publicitarios que con veracidad destaquen esas características.

Otro de los grandes retos de esta industria radica en la información del consumidor. Se ha reconocido incertidumbre en el consumo, por lo que los clientes exigen productos seguros y de alta calidad. El acceso a esta oferta requiere de la emergencia de consumidores informados en un mundo donde crecen los datos disponibles. La industria alimentaria actual tiene como objetivo reducir las fallas del mercado debido a la asimetría de la información (VERBEKE 2005). Este suministro de información solo puede tener éxito si satisfacen las necesidades de información de la audiencia objetiva y si se protegen sus derechos.

La industria alimentaria destaca en la dinámica económica de los países. Si bien centraliza la elaboración de los alimentos necesarios para el consumo de la ciudadanía, también condiciona algunas de las políticas económicas por su impacto en otros ámbitos. De acuerdo con MALONI y BROWN (2006), la industria alimentaria es una muestra del desarrollo de las naciones, de la distribución de los recursos, de la calidad de vida y de la gestión gubernamental. Por todo ello, esta industria se convierte con bastante frecuencia en centro de atención y debate. Los análisis y las discusiones, como expone PUJOL (2003), no solo se relacionan con sus procesos internos, sino también con la publicidad como se analiza más adelante.

De acuerdo con MALONI y BROWN (2006), la industria alimentaria se reinventa ante la demanda de elaborar no solo productos necesarios y funcionales, sino también productos que sean consumidos, es decir, aceptados. Es por ello, que la innovación ha de estar presente en sus procesos y esto debe conllevar a la optimización. La industria alimentaria no solo tiene el reto de ofertar, sino de prevenir afectaciones a la salud humana y a su bienestar. Por ello, debe estar inmersa de manera constante en el quehacer científico. Se deben generar alianzas para que estas empresas cumplan con su rol sin violar los derechos de los consumidores. De ahí que se requiera de la producción y comercialización de alimentos más saludables y de prácticas guiadas por la ética en cada una de las operaciones publicitarias.

Al mismo tiempo, los consumidores y la sociedad son exigentes en términos de salud y sostenibilidad. Por lo tanto, es necesario el desarrollo de procesos más responsables que sin olvidar al medio ambiente favorezcan el progreso de la industria. Para garantizar la protección

de los consumidores es importante que se vea, primeramente, por su derecho a la información. Un cliente informado tiene mayores posibilidades de elegir y consumir un producto que genere mayor bienestar.

En definitiva, a lo largo de los últimos años, se han ido produciendo importantes cambios normativos y organizativos sobre las dinámicas de la industria y a favor de la seguridad alimentaria. Ante las exigencias de producciones más sostenibles y productos más saludables se implementan reformas en los ordenamientos jurídicos para que exista una regulación adecuada y contextualizada en los acelerados cambios tecnológicos y comunicativos de los últimos años.

En el contexto actual como explican VALENZUELA y VALENZUELA (2015), la industria alimentaria es centro de señalamientos y exigencias, debido a lo cual se encuentra en constante adaptación y mejora de su publicidad debe ser centro de investigación y análisis constante.

IV. RELACIÓN ENTRE PUBLICIDAD E INDUSTRIA ALIMENTARIA

El crecimiento de la industria alimentaria se encuentra mediado por las demandas del consumidor y éstas, a su vez, son el resultado de las campañas de marketing, es decir, de la publicidad. Una empresa o producto es conocido si logra penetrar en el público receptor. Es por ello que se ha destacado que la publicidad en la industria alimentaria busca informar a los consumidores sobre un producto específico a partir del empleo de diferentes estrategias y medios. Para PONCE-BLANDÓNA, PABÓN-CARRASCO y LOMAS-CAMPOS (2017), su finalidad es estimular la acción de consumo del producto publicitado.

La publicidad se ha reconocido como una de las principales características de los sistemas alimentarios actuales. Los anuncios son fundamentales para redireccionar las preferencias de los consumidores o para generar determinadas necesidades por ciertos alimentos. Es por ello que las empresas, según explican POPKIN y REARDON (2018), invierten en las estrategias publicitarias de sus productos, a partir de la contratación de profesionales que investiguen sobre el comportamiento de los consumidores para elaborar mensajes que motiven el consumo.

De acuerdo con CAVERO (2014), la publicidad en esta industria refuerza la información, siempre que su empleo se realice bajo principios éticos. A través de las campañas y los mensajes, los consumidores conocen de y sobre un producto. Por ello, se ha destacado que los objetivos de la publicidad en este ámbito deben ser informar, persuadir y estimular la adquisición de lo que se oferta. Además, la publicidad en la industria alimentaria, según la Organización Panamericana de la Salud, OPS (2015) debe enfocarse en la generalización de prácticas de consumo saludables o en la generación de una acción reflexiva de consumo.

Como la sociedad actual experimenta constantes cambios en términos de innovación y competitividad, las empresas de la industria alimentaria incorporan cada vez más la publicidad como parte de su dinámica productiva. El marketing ayuda en la diferenciación respecto al resto de propuestas de alimentos que existen en el mercado. Además, ROYO y RODRÍGUEZ (2015) señalan que la industria alimentaria busca no solo satisfacer necesidades ya existentes, sino generar nuevos deseos y para ello se emplean diferentes mensajes subliminales.

La publicidad en este ámbito también se está direccionando hacia el funcionamiento de las emociones de los consumidores. Según POPKIN y REARDON (2018), esta perspectiva se asume con el objetivo de generar sensaciones y de proveer una mejor experiencia de compra. Como en el resto de los sectores productivos, GUTIÉRREZ (2014) plantea que la publicidad en la industria alimentaria se reinventa y explota las potencialidades del marketing sensorial.

Con frecuencia se encuentran reseñas o escritos en diferentes soportes y medios que recomiendan diferentes productos para dolencias o procesos sin que detrás de todo ello exista un riguroso respaldo científico sobre sus beneficios y contraindicaciones (OPS, 2015). A pesar de ello, los consumidores se guían por la publicidad, principalmente ante aquella que se encuentra bien realizada en términos de estrategias para persuadir. Sin embargo, CAVERO (2014) analiza que aunque la publicidad puede ser un éxito, el producto puede poner en riesgo la seguridad y el bienestar de los consumidores.

Debido a estos antecedentes y en el contexto de una alta conexión digital, los consumidores tienden a presentar una conducta de compra cada vez más sustentada en la experiencia de otros consumidores. En términos de precios debaten sobre la necesidad de adquirir lo costoso o lo barato. Y es por ello, que en la industria alimentaria se requiere de mensajes que apunten hacia la orientación de las particularidades específicas de un producto. Los anuncios, como explica GONZÁLEZ (2013), no pueden olvidar que se experimenta un cambio, aunque lento,

en los hábitos de consumo, en la responsabilidad ante el cuidado de la salud y en el cuidado del medio ambiente.

Según BRAVERMAN (2001), se exige con frecuencia una mayor personalización de los productos para motivar su compra, por lo que los alimentos funcionales tienden a abundar en la publicidad. Además, como constantemente se requiere de mayor diferenciación, las empresas tienden a realizar segmentaciones del consumidor, por lo que las estrategias de marketing cada vez son más agresivas para ese público en específico. Por otro lado, se ofrecen productos con mayor nivel de adaptación a nichos de mercado más abarcadores en cuanto a características y exigencias del consumidor.

La publicidad en esta industria se ha redireccionado debido a que los consumidores son más exigentes sobre el cuidado del medio ambiente. Por ello, los anuncios se enfocan en muchos casos a dar respuesta a las exigencias de seguridad y sostenibilidad. En estos tiempos destacan los envases ecológicos y la preferencia por alimentos accesibles económicamente y seguros. Como indica DÍAZ (2017) aumenta cada vez más el cuidado del etiquetado con la intención de cumplir no solo con las regulaciones de cada país, sino también de generar confianza en los clientes.

GUTIÉRREZ (2014) refiere que, sin dudas, se está ante consumidores segmentados e informados, debido a la penetración digital. Debido a ello, la industria alimentaria se ha propuesto implicar a los clientes en el proceso de compra y en la generación de contenidos publicitarios. A pesar de estas transformaciones, no se puede obviar que la publicidad requiere del cumplimiento de aspectos formales previos con el fin de proteger a los implicados.

Por ejemplo, no solo se vincula al proceso de producción y consumo, sino que también para estar presente en los medios de comunicación, ya sean tradicionales o digitales, se requiere del cumplimiento de ciertos requerimientos legales previos como los contratos de emisión o difusión. Esto con la finalidad de proteger no solo al medio y al productor, sino también al consumidor. Al respecto, GUTIÉRREZ (2014) es muy específico al señalar que no puede existir publicidad sin que se cumpla previamente con la normativa correspondiente.

Además, PONCE-BLANDÓNA ET AL. (2017) señalan que el consumidor requiere de normas y medios eficaces para la defensa de sus intereses y la protección de sus derechos frente a una publicidad engañosa. No obstante, encontraron limitaciones al respecto, debido a que los

avances tecnológicos y científicos no han propiciado al mismo tiempo avances en el ordenamiento jurídico de los países sobre la publicidad en la industria alimentaria. La presencia de conductas fraudulentas al momento de promocionar los productos ha generado un sinnúmero de consecuencia para la sociedad.

Por ejemplo, la publicidad de alimentos se ha reconocido como una de las principales causas de la obesidad infantil y de sus factores de riesgo. Los anuncios de este tipo tienen influencia en las preferencias de los niños y ello conlleva a que sus padres o ellos mismos los adquieran. Para difundir este tipo de mensajes, las empresas apuestan por una combinación de medios tradicionales y medios en línea. Sin dudas, la expansión tecnológica como afirman CAIRNS ET. AL., (2009), ha aumentado el alcance de la publicidad, así como la creatividad en sus estrategias para la construcción de mensajes subliminales que llegan de manera más directa y personalizada a los consumidores.

La publicidad es una de las principales causas de la modificación de comportamientos alimentarios y la práctica de hábitos no saludables en las personas, pero principalmente en adultos e infantes. Una investigación de la Asociación de Consumidores y Usuarios (2019), concluye que entre el 70 y 80 % de la publicidad que se difunde para los niños promueve esos hábitos, a partir de anuncios no visibles en el comportamiento de los personajes favoritos o en las escenas de los animados. Es por ello que como una de las iniciativas para prevenir los efectos de esta publicidad se puede reconocer el modelo desarrollado por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud (OMS). En este documento se delimitan 17 categorías diferentes de alimentos con la finalidad de identificar cuáles se pueden publicitar y cuáles no. Todo ello en coherencia con la composición nutricional y tras el objetivo de reducir el marketing de esta industria dirigido a los niños.

Ante el incremento de las tasas de obesidad infantil, la industria alimentaria australiana implementó desde 2009 iniciativas para disminuir la comercialización de alimentos no saludables para los niños. Sin embargo, WASTON ET. AL. (2017) concluyeron que no se reportan transformaciones en la tasa de publicidad de alimentos no saludables desde 2011. De ahí que el impacto de las iniciativas actuales de la industria alimentaria se reconozca como mínimo, ya que no se logró reducir la exposición de los niños a la publicidad de alimentos no saludables.

En América Latina también se ha identificado que la publicidad de alimentos tiene a los niños entre sus principales afectados. PÉREZ-SALGADO, RIVERA-MÁRQUEZ y ORTIZ-HERNÁNDEZ (2010) concluyeron que en México se anuncian con mayor frecuencia alimentos con un alto contenido de azúcar y grasas, principalmente se trata de bebidas, dulces y cereales. De manera puntual se identificó que la publicidad en espacios infantiles era sobre productos con alto contenido de calorías y carbohidratos, a través del empleo de estrategias que apelaban a las emociones positivas de los niños. Los anuncios de alimentos en programas infantiles en la TV gratuita de esta ciudad predominan en comparación con el tiempo que se dedica a este tipo de mensajes en otros programas que se dirigen a la audiencia general. Incluso, el estudio demostró que es más frecuente que la publicidad dirigida a los niños sea sobre los alimentos. Estudios previos realizados por ANDA (2019) sobre el contexto ecuatoriano, han señalado que, por ejemplo, el consumo de snacks ultra procesados por parte de los niños tiene una relación directa y significativa con su exposición a la publicidad de algunos de estos productos. En tanto, LASCANO (2018) identificó que los anuncios sobre alimentos no saludables se relacionan con los patrones de consumo de adolescentes obesos.

Desde 2004, la Organización Mundial de la Salud (OMS) emitió comunicados a favor de la disminución de la publicidad de alimentos no saludables. En este marco, los países de América Latina, de acuerdo con el trabajo de la OPS han avanzado en la implementación de directrices para regular la comercialización y los anuncios de estos productos, principalmente aquellos que se dirigen a los niños. Como consecuencia, la industria alimentaria se ha transformado, a partir de la implementación de métodos de autorregulación ante el crecimiento de las restricciones legales gubernamentales.

Un estudio realizado en América Latina identificó que hasta el año 2014, alrededor de un 30% de los países de la región habían incorporado normas para la regularización de la promoción de alimentos y bebidas enfocada a los niños. Hasta ese momento plantea LETONA (2013) se contabilizaban un total de veintidós normas, de las cuales quince establecían disposiciones sobre su consumo en centros educativos y del resto solo dos se enfocaban a limitar el uso de personajes infantiles en la publicidad.

No obstante, aunque se ha avanzado, ello no significa que las regulaciones sean efectivas. Se ha reconocido que el trayecto seguido no se encuentra ajeno a barreras, debido a que muchas veces las disposiciones no se identifican por la claridad y los mecanismos de autorregulación

siguen adoleciendo de cuestiones éticas. Específicamente, GONZÁLEZ y ATALAH (2011) señalan que:

“Los gobiernos que han optado por los códigos de autorregulación voluntaria de la publicidad de alimentos por parte de la industria no han logrado la reducción del mercadeo alimentario orientado a los niños. Por otro lado, los países donde se ha implementado una regulación restrictiva y prohibitiva tampoco han conseguido resultados sustanciales, ya que sus legislaciones han sido poco objetivas o incoherentes, las restricciones no han sido lo suficientemente fuertes y no se han basado en un marco de conocimiento científico ni fundamentos éticos” (p.299).

Por lo general, las consecuencias negativas de la publicidad de alimentos según ROYO y RODRÍGUEZ (2015) se prolongan en el tiempo, ya que muchas veces se penetra en la mente de las personas. Desde los estudios sobre el desarrollo de la publicidad se señala que el mejor anuncio sobre un alimento es aquel que se impone a la saturación del mercado a través de su ubicación, es decir, de su posicionamiento durante el mayor período posible. Para ello, con mayor frecuencia el mensaje se centra en un grupo objetivo.

Como los seres humanos se alejan cada vez más de la producción tradicional de alimentos, dependen de la industria alimentaria y de la publicidad para acceder a productos que se encuentran en constante evolución. Debido a la esencia de la publicidad y a la presencia de procedimientos no regidos por la ética en algunas campañas, crece la desconfianza de los consumidores. Por ello, se accede a la búsqueda de nuevas estrategias de publicidad como los llamados *influencer* digitales donde las redes sociales tienen un protagonismo esencial.

Debido a los beneficios que la publicidad tiene para la industria alimentaria, las inversiones por este concepto crecen a nivel mundial. ROYO y RODRÍGUEZ (2015) demostraron para el caso español que, si bien durante su marco temporal habían caído las inversiones en publicidad, habían crecido en la industria de alimentos. Pero este incremento no se respaldaba en una mayor calidad, ni en la promoción de prácticas de consumo saludable. Según los resultados, la mayoría de los productos promocionados eran altos en grasas, azúcar y sal. Además, los mensajes no cumplían con los requerimientos establecidos en el Código de Autorregulación de la Publicidad de Alimentos dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud.

Los riesgos no cesan y actualmente se han identificado otras prácticas inadecuadas en la publicidad que atentan contra la salud de los consumidores. Esta influencia negativa de la publicidad y su credibilidad en la industria alimentaria, como explica HERNÁNDEZ (2013) también es más común en determinados sectores y ante empresas que más que crear una imagen de marca duradera, solo buscan obtener réditos económicos al corto plazo sin considerar la verdadera la magnitud de las consecuencias.

Por lo tanto, la regulación de la publicidad y promoción de alimentos y el etiquetado nutricional tiene el potencial de ayudar a prevenir un mayor crecimiento de hábitos de consumo inadecuados y alentar a la industria agroalimentaria a suministrar alimentos más saludables. Se necesitan legislación y orientación gubernamentales, así como la autorregulación y las iniciativas voluntarias, para reducir la exposición de los niños a la publicidad y promoción de alimentos y aumentar la eficacia del etiquetado nutricional. Las políticas sobre comercialización de alimentos y etiquetado nutricional deben adaptarse a cada contexto y acompañarse de acciones adicionales en toda la cadena de suministro de alimentos. Dada la relevancia y constante actualidad de la industria alimentaria existen oportunidades para regular la relación entre la publicidad y el sector con la finalidad de crear un modelo equilibrado que promueva la salud de la legislación complementaria y la acción de la industria.

De forma general, es posible decir que existe una relación directa entre la publicidad, la publicidad de tipo engañosa y la industria alimentaria. Ello obliga a que se observen las normativas en este sentido y se desarrollen las acciones publicitarias de manera ética, ajustadas a las normas jurídicas vigentes y a los principios que la rigen, teniendo en cuenta el amplio alcance de estas acciones de comunicación y la confusión que, un mal manejo o engaño, puede generar en consumidores y dentro de la sociedad en general, ya que adquiere en grandes cantidades los productos provenientes de la industria alimentaria, cuyas afectaciones pueden trascender al daño de los derechos y de la salud.

V. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Después de revisar las cuestiones doctrinales, de manera general, la regulación jurídica acerca de la publicidad y la industria alimentaria, por su importancia y relación directa, es necesario examinar algunos criterios jurisprudenciales sobre el asunto.

El caso Teekanne (2015) fue resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en remisión prejudicial²⁴, cuyo proceso fue interpuesto ante el Tribunal Federal de Justicia por una asociación alemana de protección de los consumidores. El órgano jurisdiccional alemán solicita al primero, la aclaración acerca de, si la etiqueta de un producto alimenticio puede conllevar al error del consumidor cuando da la impresión de que un ingrediente está contenido en un producto, lo que en realidad no ocurre así, porque el consumidor sólo puede conocerlo mediante la lectura de los ingredientes.

Teekanne (2015) es una sociedad constituida en Alemania, de igual nombre que el caso, que comercializa una infusión llamada “Félix aventura frambuesa-vainilla”. En su envase, mostraba imágenes de las frutas y de flores de vainilla, afirmando que estaba compuesta por ingredientes 100 % naturales.

Sin embargo, este anuncio publicitario era engañoso, porque la infusión no estaba hecha con productos naturales. Ello se podía corroborar con la lista de ingredientes, que estaba a un lado y en letras pequeñas, en el que rezaba que tenía un aroma natural con sabor a varias frutas como mora, fresa y frambuesa, entre otras.

El etiquetado, tal como razonó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2015), induce al error del consumidor acerca de la composición de la infusión, a través de los elementos que se ilustran en el envase. Por ello, la normativa vigente exige que el comprador tenga una información que sea veraz, neutra y real que no le conlleve al error. Al respecto expone:

“La lista de ingredientes puede, aun cuando resulte exacta y exhaustiva, no ser idónea para corregir adecuadamente la impresión errónea o equívoca del consumidor que

²⁴ Se establece por parte de los órganos de justicia de los Estados miembros de unión cuando se les presenta un proceso judicial y necesitan aclarar ciertas cuestiones dudosas. Para ello, acuden al Tribunal de Justicia en busca de la interpretación del Derecho de la Unión. En este caso dicho Tribunal regional no resuelve el litis, sino el tribunal nacional, de acuerdo con la decisión del Tribunal de Justicia, la que resulta vinculante para los restantes tribunales de los países miembros que deban conocer y resolver un asunto semejante.

resulta del etiquetado del producto alimenticio. Así, en el supuesto en que el etiquetado de un producto alimenticio suscita la impresión de que un ingrediente está presente, cuando en realidad no es así (infiriéndose ello únicamente de la lista de ingredientes), semejante etiquetado es de tal naturaleza que induce a error al comprador sobre las características del producto alimenticio en cuestión”. (p.2)

Lo antes analizado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ratifica los criterios doctrinales expuestos en la investigación con respecto a que, para que no exista publicidad engañosa, debe haber una coincidencia entre la publicidad y en este caso, el producto. Igualmente, expone a la luz los requisitos de esta clase de publicidad, entre ellos, la inducción al error que dicha etiqueta provocaba en el consumidor.

Otro de los ejemplos fue el caso de publicidad engañosa resuelto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina²⁵, vinculado a la publicidad que generó una competencia desleal, a raíz de una Interpretación prejudicial a petición de la Corte Superior de Justicia de Lima, acerca de la confusión que causa el hecho de que la Compañía Oro Verde comercializaba en el mercado, chocolate instantáneo granulado de marca “Herbi” utilizando una presentación similar al empaque del producto denominado “Sol del Cusco”, cuya imagen publicitaria era casi idéntica provocando una confusión de manera directa en los consumidores. (Andina, 2015)

Al respecto el Tribunal regional razonó en sentencia (2015) que esta clase de actos, se caracterizan por causar perjuicios o daños a otros competidores y consumidores, puesto que su fin es generar error, confusión y desacreditar a las restantes empresas para que se desvíe la clientela ajena, y, en consecuencia, su ilicitud nace en la deslealtad de los medios publicitarios empleados. Señala que estos actos afectan el mercado y también el interés del público consumidor.

El caso antes planteado, expone la relación existente entre la competencia desleal y las prácticas publicitarias engañosas, que conducen a la confusión del cliente, cuando estos, no puede distinguir claramente la procedencia del producto o actividad. Dicha relación está

²⁵ Órgano jurisdiccional de nivel constituido para proteger el Acuerdo de Cartagena del que son miembros (Ecuador Colombia, Perú y Bolivia) al igual que los derechos y obligaciones nacidos de este instrumento. Este órgano es independiente de los gobiernos de las naciones miembros y de los restantes órganos y entidades comunitarias. Tiene competencias para declarar el derecho comunitario andino y dirime los conflictos que surjan de su aplicación y lo interpreta de forma armónica.

reconocida jurídicamente, como se ha señalado anteriormente, tanto en la normativa española de la materia como en el ordenamiento legal ecuatoriano, específicamente, en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Dichas legislaciones reconocen que las prácticas desleales, perfeccionan un acto de engaño al consumidor.

En ese sentido, se debe mencionar que el Tribunal Supremo Español mediante sentencia (2007) ratificó una decisión proveniente de primera instancia que reconocía el carácter desleal de una campaña de publicidad desarrollada por la sociedad Fuentes SA. Esta se dirigía a la promoción de los productos "El Pozo", y específicamente, divulgaba informaciones no coincidentes con la realidad, en lo concerniente al nivel de colesterol que contienen los huevos. Dicha cuestión desacreditaba la imagen del producto alimenticio en el entorno del mercado. Los jueces reconocieron que este anuncio era denigrante y desleal, al ser promocionado a través de la televisión mediante la afirmación de que los huevos que comercializaba "El Pozo" contenían un nivel de colesterol más bajo con respecto a otros alimentos, particularmente, en relación con el huevo y su yema.

Igualmente ocurre con el caso Nestlé España, S.A. vs Unilever España, S.A (2015) referido a la publicidad televisiva destinada a la promoción del helado Magnum de vainilla y chocolate. Dicho medio lo reconoció como el producto que contenía el mejor chocolate que podía existir. Esto se le comunicaba al consumidor verbalmente. Sin embargo, la publicidad tenía impresa en la parte superior e inferior, una nota, que explicaba que dicha afirmación, estaba sustentada en un estudio de opinión ejecutado por un instituto que tomó como base la opinión de 1000 consumidores emitidas en el mes de diciembre de 2013. Esta publicidad, no se correspondía con la realidad ni contaba con el adecuado soporte científico, tal como se comprobó en la resolución de este caso.

En este caso el Jurado de la Publicidad²⁶ (2015), analizó que ante el carácter afirmativo y absoluto de la publicidad, sin que existiera ninguna clase de aclaración, se corre el riesgo de que los consumidores perciban el anuncio de manera rotunda y verdadera de forma que, le

²⁶ Es un órgano de carácter especial reconocido en la España en materia deontológica-publicitaria. Está compuesto por personas independientes, que se encargan de resolver extrajudicialmente las controversias y reclamaciones relacionadas con la comunicación de naturaleza comercial. De conformidad con el artículo 66 de la Ley 61/1964 que aprueba el Estatuto de la Publicidad, tiene competencias para conocer las violaciones a los principios generales de dicha norma y las controversias que puedan surgir entre las partes como resultado de una actividad publicitaria.

permita afirmar, la superioridad del chocolate utilizado por Unilever España, S.A con respecto a otros competidores; cuestión que expone la existencia de publicidad engañosa contrario al principio publicitario de veracidad.

Siguiendo con el estudio de la jurisprudencia en materia de publicidad engañosa, se debe hacer alusión a que, en el Ecuador, no existe jurisprudencia, específicamente sobre esta clase de publicidad en el contexto de la industria alimentaria. En primer lugar, porque en el país no existe entre la población una cultura jurídica acerca del asunto. Desde mi opinión, puede estar motivado por la dispersión normativa que existe en este sentido.

Igualmente, porque la Defensoría del Pueblo que es el órgano encargado de atender dichos asuntos en primera instancia, posee competencias limitadas para resolver los casos relativos a los derechos del consumidor, ya que solo emite un informe motivado que sirve de base para que el consumidor a quien se le han vulnerado sus derechos pueda recurrir al órgano jurisdiccional a hacer valer sus derechos, el que además debe convalidar dicho informe.

En ese sentido, las facultades restringidas de la Defensoría del Pueblo, al no contar con medios coercitivos para enfrentar cualquier acto de publicidad engañosa, unido a la demora en responder, desestimula a los consumidores afectados a presentar cualquier asunto de esta naturaleza, al igual que a continuar el proceso en vía judicial. Dichas cuestiones inciden en que los usuarios se sienten desprotegidos y consideren que el trámite administrativo que tiene que realizar obligatoriamente previo al proceso judicial constituye una pérdida de tiempo. También, se debe agregar que dicho órgano no tiene potestad alguna para exigir u obligar al infractor en materia de publicidad, a reparar o resarcir el daño causado. Por esto no se asegura la tutela y salvaguarda de los derechos de los consumidores.

Corresponde decir que la inexistencia de una jurisprudencia nacional sobre la materia estudiada es una situación compleja, ya que ésta juega un rol primordial en la interpretación y para dar uniformidad al ordenamiento jurídico, a partir de sus decisiones sobre un caso en concreto cuanto, a la labor, todo lo que contribuye a la integración de las normas. También porque los jueces en su actuación admiten y armonizan en cuanto a determinados casos, desde nuevos criterios, razonamientos. Esto ayuda a adecuar la practica en determinadas materias. Igualmente, la jurisprudencia es una vía para resolver lagunas jurídicas y afianza criterios mediante la impartición de justicia, acerca de ciertos temas que sirven como rectoría a la hora de interpretar las disposiciones legales. Todo lo expuesto está ausente hoy en el país

en materia de publicidad engañosa por omisión en la industria alimentaria, cuestión que exige una revisión integral del ordenamiento jurídico nacional.

CONCLUSIONES

Luego de revisar las cuestiones doctrinales relacionadas con la publicidad engañosa por omisión en la industria alimentaria, al igual que las regulaciones jurídicas vigentes en el Ecuador sobre el tema se concluye que:

PRIMERA.- En la industria alimentaria de Ecuador se emplea la publicidad para llegar a los consumidores a partir de la promoción de los productos con la finalidad de motivar su adquisición. Ante su creciente empleo y ante la garantía a los derechos de los consumidores, existen varias normas enfocadas a la protección y regulación de la publicidad. Específicamente se dispone que la publicidad es un canal de información que debe corresponderse con la realidad, no inducir a errores y no atentar contra los derechos de los consumidores.

SEGUNDA.- En el contexto actual, está presente dentro del mercado la figura de la publicidad engañosa, que opera como práctica que distorsiona la verdadera naturaleza y esencia de un producto o servicio determinado. Ello conduce a los consumidores o usuarios a errores y confusiones al elegir la adquisición de determinado artículo o al recibir un servicio. Igualmente, constituye una competencia desleal en el contexto del mercado. Entre sus clases se encuentra la publicidad engañosa por omisión.

La publicidad engañosa por omisión omite u oculta los datos esenciales del producto o servicio. Con ello induce a la incertidumbre y al error del consumidor, de ahí que tenga un carácter negativo. Por lo planteado, el requisito fundamental para identificar un acto de publicidad engañosa por omisión es cuando, no se plasma en el producto o servicio, su información primordial. Ello conduce al consumidor a tomar una decisión, que, de haber tenido la información real del bien o servicio, no hubiera tomado.

TERCERA.- De la jurisprudencia revisada se demuestra la coincidencia práctica con los criterios doctrinales en cuanto a la definición y requisitos de la figura de la publicidad engañosa, asunto que está plasmado en las sentencias y resoluciones revisadas en el trabajo. Igualmente se deslinda la importancia de determinar la publicidad engañosa y los efectos negativos que produce esta figura en el contexto del mercado ante la competencia desleal, como lo reconoce la legislación española y la influencia directa que tiene sobre los consumidores conllevando a

una vulneración de sus derechos. Además, ante la publicidad engañosa por omisión deben determinarse claramente las peculiaridades de los bienes o servicios, objeto de publicidad con la finalidad de delimitar la esencia del producto o servicio que fue objeto de omisión y que dio lugar a que el consumidor actuara erróneamente y se viera afectado en su patrimonio.

CUARTA.- En Ecuador existe un marco jurídico enfocado a la protección del consumidor ante cualquier clase de publicidad engañosa reconocido en la norma constitucional y en otras disposiciones jurídicas relacionadas con el tema. Desde la Constitución de la República se prohíben los anuncios que atenten contra los derechos de los ciudadanos y se señala que corresponde al Estado establecer acciones diversas para prevenir y proteger a los consumidores del acceso a alimentos que pongan en riesgo su bienestar o que no se encuentren respaldados por resultados científicos sólidos sobre sus efectos y contraindicaciones. Específicamente, se prohíbe en el país la publicidad engañosa.

No obstante, el marco jurídico nacional debe ser objeto de revisión y modificación en cuanto a la regulación de la publicidad. En Ecuador, las regulaciones de la materia están dispersas en varias normas jurídicas. Por ejemplo, la figura de la publicidad engañosa por omisión, solo se nombra y se engloba dentro de la publicidad engañosa en general. Sobre ella no se precisan supuestos para que se perfeccione, al igual que no se determinan de forma clara sus efectos jurídicos, cuestión compleja ante las afectaciones que causa al consumidor.

QUINTA.- Aunque en Ecuador se prohíben los anuncios que atenten contra los derechos de los ciudadanos y se señala que corresponde al Estado establecer acciones diversas para prevenir el acceso a alimentos que pongan en riesgo el bienestar de los consumidores, se emplea la publicidad engañosa en la industria alimentaria y se estimula la adquisición del producto sin que el mensaje sea completamente claro y veraz. De esta forma se afecta a los consumidores en el contexto de una dinámica comercial en expansión que recurre a diferentes estrategias, no siempre éticas y beneficiosas, para entrar y mantenerse en el mercado.

SEXTA.- Aunque el empleo de la publicidad en la industria alimentaria no es una práctica reciente y aunque los países avanzan en la regulación de estas prácticas engañosas, se atenta contra los derechos de los consumidores, debido a la tergiversación u ocultamiento de información sobre un producto específico. Para estimular el consumo del producto publicitado se obvian muchas veces mensajes sobre prácticas de consumo saludables o que promuevan una acción reflexiva de consumo. Sin embargo, no siempre el

progreso en la regulación y en el avance de las estrategias publicitarias mantiene un equilibrio con el aumento de los mensajes educativos y con la regulación eficaz del engaño y la omisión. Si bien la publicidad de alimentos se ha reconocido como una de las principales causas de la obesidad infantil y de sus factores de riesgo, así como de los hábitos inadecuados de consumo de alimentos en adultos, las prácticas engañosas siguen violando los derechos de los consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- ANDA, M. Influencia del marketing en el comportamiento de los niños sobre el patrón de adquisición por parte de sus padres de productos ultraprocesados. Director: Estefani Jarrín. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Enfermería, Quito, 2019.
- BARONA, S. *Tutela Civil y Penal de la Publicidad*. 2ª ed. Valencia: Tiran Lo Blanch, 2011.
- BERMEJO, J. *Publicidad y cambio social*. Sevilla: CS, 2005.
- BRAVERMAN, V. «Alimentos saludables: treinta años de su existencia en el mercado». *Revista Soya Noticias*. 2001, vol. 259, num.1, 1-19.
- BRUCE, W., & MEULENBERG, M. (2002). «Innovation in the food industry». *Revista Agribusiness* [en línea]. 2002, vol. 18, num. 1, pp. 1-21. [consulta: enero de 2021]. Disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/agr.10002>.
- CAIRNS, G., ANGUS, K., & HASTINGS, G. *The extent, nature and effects of food*. Geneva: OMS, 2009.
- CALLE, Jean Paul. *Responsabilidad civil por publicidad falsa o engañosa*. 2ª ed. Lima: Ara Editores, 2017.
- CAVERO, L. Publicidad en la industria alimentaria. Director: Jesús Esperanza. Universidad de Zaragoza, Facultad de Nutrición Humana y Dietética, Zaragoza, 2014.
- CEVALLOS, V. *Libre Competencia y Consumo*. Quito: Abya yala, 2017.
- COHEN, D. *Publicidad comercial*. México: Diaz de Santos, 1990.
- DELGADO, J. *Publicidad, Régimen Jurídico y Práctica Comercial*. Lima: IDC, 2003.
- DÍAZ, A. «Etiquetado de alimentos en Ecuador: implementación, resultados y acciones pendientes». *Revista Panamericana de Salud* [en línea]. 2017, vol. 41, num. 8, pp. 1-

10. [consulta: enero de 2021]. Disponible en:
<https://iris.paho.org/handle/10665.2/34059>.
- FERNÁNDEZ, F. *Publicidad necesita regulación Legal*. Santiago de Chile: INFOLEX, 2016.
- FERNÁNDEZ, P., HERRERA, C., & TATO PLAZA, A. *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: la Ley, 2010.
- GAETH, G., & HEATH, B. (2017). «El procesamiento cognitivo de la publicidad engañosa en adultos jóvenes y mayores: evaluación y formación». *Journal of Consumer Research* [en línea]. 2017, vol. 14, pp. 43-54. [consulta: enero de 2021]. Disponible en:
<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/392715/lrm1de3.pdf?sequence=4&isAllowed=y>.
- GIMBERNAT, E. «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento». [en línea]. 1987, Tomo 40, pp 579-608. [consulta: enero de 2021]. Disponible en:
<http.Downloads/Dialnet-SobreLosConceptosDeOmissionYDeComportamiento-46309.pdf>.
- GONZÁLEZ, C. «Publicidad de alimentos y mensajes de salud: un estudio exploratorio». *Ámbitos* [en línea]. 2013, num. 23, pp. 1-16. [consulta: enero de 2021]. Disponible en:
<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/34303>.
- GONZÁLEZ, C., & ATALAH, E. «Regulación de la publicidad televisiva de alimentos para prevenir la obesidad infantil». *Revista Archivos Latinoamericanos de Nutrición* [en línea]. 2011, vol. 61, num. 3, pp. 296-302. [consulta: enero de 2021]. Disponible en:
<https://www.alanrevista.org/ediciones/2011/3/art-9/>.
- GUERRA, M. V. *La protección del consumidor por publicidad engañosa en el Ecuador y sus limitaciones de acuerdo a la legislación vigente*. Director: Haydee Alvarado, UASB, Facultad de Derecho, Quito, 2016.
- GUIDO, J., BRITO, L., & TENESACA, N. «Medios publicitarios que influyen en el consumidor a la hora de adquirir un producto o servicio». *Revista Killkana Sociales* [en línea]. 2018, vol. 2, num. 3, pp. 179-186. [consulta: enero de 2021]. Disponible en:
<https://dialnet.unirioja.es › descarga>.
- GUTIÉRREZ, A. *¡Consume y calla!* Madrid: Ediciones Akal, S.A, 2014.
- HERNÁNDEZ, R., FERNÁNDEZ, C. & BAPTISTA, P. *Metodología de la Investigación*. México D.F : Mc Graw Hill, 2006.

- HERNÁNDEZ, A. «Los restos de la industria alimentaria ante la seguridad y los hábitos nutricionales saludables». *Revista Ciencias* [en línea]. 2013, vol. 1, num. 2, pp. 1-15. [consulta: enero de 2021]. Disponible en: <https://ojs.3ciencias.com/index.php/3c-empresa/article/view/161>.
- HERRERA, J. *Publicidad que engaña*. Quito: Abya yala, 2015.
- ISLER, E. «Aproximación a la publicidad engañosa, desde la perspectiva de competencia desleal y la protección del consumidor». *Revista Ars Boni et Aequi* [en línea]. 2010, vol. 6, num. 1, pp. 125-145 [consulta: enero de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3257853>.
- LASCANO, F. La publicidad y los hábitos alimentarios en adolescentes con problemas de obesidad en la ciudad de Ambato. Director : Diego René Cabrera Yaguana. Universidad Técnica de Ambato, Ambato, Facultad de Diseño Arquitectura y Artes, Ambato, 2018.
- LEMA, C. «La publicidad engañosa y la publicidad comparativa en la Ley de Competencia Desleal». *Revista Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia* [en línea]. 2010, num.. 58, pp. 89-106. [consulta: enero de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3313056>.
- LETONA, P. *Estudio exploratorio sobre la promoción y publicidad de alimentos y bebidas no saludables dirigida a niños en América Latina y el Caribe*. Panamá: UNICEF Honduras, 2013.
- LÓPEZ, B. *Publicidad emocional. Estrategias creativas*. Madrid: ESIC, 2007.
- LÓPEZ, C. «La publicidad engañosa en el derecho español». *Revista la propiedad inmaterial* [en línea]. 2001, vol., num. 2, pp. 87-100. [consulta: enero de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3985820>.
- LÓPEZ, M. «La publicidad y el derecho a la información en el comercio». *Eumed.net* [en línea] 5 de abril de 2018. [consulta: enero de 2021]. Disponible en: <https://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/mlg/index.htm>.
- MALAGIÉ, M., JENSEN, G., GRAHAM, J., & SMITH, D. (2010). «Procesos de la industria alimentaria», 1-7. En BERKOWITZ, D (ed.). *Industria Alimentaria*. Madrid: Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- MALONI, M., & BROWN, M. (2006). «Corporate Social Responsibility in the Supply Chain: An Application in the Food Industry». *J Bus Ethics* [en línea]. 2006, num. 68, pp. 35-52.

- [consulta: enero de 2021.] Disponible en:
<https://link.springer.com/article/10.1007/s10551-006-9038-0>.
- MARTÍNEZ-RODRIGO, E. «Publicidad en Internet». *Vivat Academia*. 2011, num. 117, 469-480.
- MITRA, A. «Can consumers recognize misleading advertising content in a media rich online environment?» *Psychology & Marketing* [en línea]. 2008, vol. 25, num. 7, pp. 655-674.
[consulta: enero de 2021] Disponible en:
<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/mar.20230>
- OCU. «Publicidad infantil de alimentos: queremos un cambio de normativa». [consulta: febrero de 2021. Disponible en: <https://www.ocu.org/alimentacion/comer-bien/noticias/publicidad-infantil-de-alimentos>
- OPS. *Alimentos y bebidas ultraprocesados en América Latina: tendencias, efecto sobre la obesidad e implicaciones para las políticas públicas*. Washington D.C: OPS, 2015.
- OROZ, R. *Diccionario de la Lengua Castellana*. 25ª ed. Santiago de Chile: Universitaria, 2005.
- ORTEGA, E. *La Comunicación Publicitaria*. Madrid: Piramide, 2014.
- OVALLE, J. *Derechos de Consumidor*. México D.F: UNAM, 2013.
- PASTRANA, E. *Apuntes tomados del Seminario sobre Epistemología y Postmodernidad en las Ciencias Sociales*. Santiago de Compostela: USC, 2006.
- PERELLÓ, S., MUELA, C., & HORMIGOS, J. «Publicidad ilícita, productos saludables y autorregulación». *Cuadernos.info* [en línea]. 2016, num. 38, pp. 51-67. [consulta: enero de 2021] Disponible en:
https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-367X2016000100004
- PÉREZ, D. *La protección al consumidor por publicidad engañosa en el Ecuador*. Director: Manuel Fernández de Córdoba. Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, Quito, 2017.
- PÉREZ-SALGADO, D., RIVERA-MÁRQUEZ, J. A., & ORTIZ-HERNÁNDEZ, L. «Publicidad de alimentos en la programación de la televisión mexicana: ¿Los niños están más expuestos?» *Revista Salud Pública de México* [en línea]. 2010, vol. 52, num. 2, pp. 119-126. [consulta: enero de 2021] Disponible en:
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10616166003>.
- PONCE-BLANDÓNA, J., PABÓN-CARRASCO, M., & LOMAS-CAMPOS, M. «Análisis de contenido de la publicidad de productos alimenticios dirigidos a la población infantil». *Gaceta Sanitaria* [en línea]. 2017. Vol. 31, num. 3, pp. 180-186. [consulta: enero de 2021]

- Disponible en:
<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0213911117300377>.
- POPKIN, B., & REARDON, T. «Obesity and the food system transformation in Latin America». *Obesity Reviews* [en línea]. 2018, vol. 19, num. 8, pp. 1028–1064. [consulta: enero de 2021] Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/29691969/>.
- PUJOL, J. *Sobre los orígenes de la industrialización en el sector alimentario*: Cataluña, 1880-1951. Cataluña: DGICYT, 2003.
- RAFFINO, M. «*Industria Alimentaria*». Julio de 2020. [consulta: febrero de 2021] Disponible en: <https://concepto.de/industria-alimentaria>.
- ROYO, M., & RODRÍGUEZ, F. «Publicidad alimentaria y salud. Estado de la situación en España». *Mediterráneo económico* [en línea]. 2015, num. 27, pp. 319-330. [consulta: enero de 2021] Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5207082>.
- RUSELL, T. *Publicidad*. México DF: Prentice Hall, 2000.
- TROYA, M. *Propuesta de Plan Operativo de Derechos Humanos Ecuador*. 3ª ed. Quito: FLACSO, 2017.
- VALENZUELA, A., & VALENZUELA, R. «La innovación en la industria de alimentos: Historia de algunas innovaciones y de sus innovadores». *Revista Chilena de Nutrición* [en línea]. 2015, vol. 42, num. 4, pp. 404-408. [consulta: enero de 2021] Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-75182015000400013.
- VERBEKE, W. «Agriculture and the food industry in the information age». *European Review of Agricultural Economics* [en línea]. 2005, vol. 32, num. 3, pp. 347-368. [consulta: febrero de 2021] Disponible en: <https://academic.oup.com/erae/article-abstract/32/3/347/385344>.
- WASTON, W., LAU, V., WELLARD, L., HUGHES, C., & CHAPMAN, K. «Advertising to children initiatives have not reduced unhealthy food advertising on Australian television». *Journal of Public Health* [en línea]. 2017, vol. 39, num. 4, pp. 787–792. [consulta: marzo de 2021]. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/28158840/>.
- YARAD, S. «*Publicidad engañosa*». Director: Néstor Jaramillo. Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Comunicación, Quito, 2016.

Legislación

Código de Comercio, de 28 de mayo de 2019. *Registro Oficial suplemento No. 497* de fecha 29 de mayo de 2019. Disponible en https://www.supercias.gob.ec/bd_supercias/descargas/lotaip/a2/2019/JUNIO/C%C3%B3digo_de_Comercio.pdf.

Código Orgánico Integral Penal, de 9 de febrero de 2014. *Registro Oficial No 180* de fecha 10 de febrero de 2014. Disponible en https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_ecu_ane_con_judi_c%C3%B3digo_org_int_pen.pdf

Constitución de la República, de 20 de octubre de 2008. *Registro Oficial No 449* de 20 de octubre de 2008. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf.

Directiva 2006/114/CE, de 27 de diciembre de 2006. *Registro Oficial L376/21* de fecha 27 de diciembre de 2006.

Directiva 2005/29. *Registro Oficial L 149/22* de fecha 11 de junio de 2005.

Ley de Competencia Desleal, de 10 de enero de 1991. *Registro Oficial No. 10* de fecha 11 de enero de 1991. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628>.

Ley General de Publicidad, de 11 de noviembre de 1998. *Boletín del Estado.Registro Oficial No. 274*, de fecha 15 de noviembre de 1998. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-26156>.

Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 30 de noviembre de 2007. *Registro Oficial No. 287*, de fecha 30 de noviembre de 2007. Disponible en <https://datos.redomic.com/Archivos/Legislacion/L2.pdf>

Ley Orgánica de Consumo, Nutrición y Salud Alimentaria, de 4 de julio de 2013. *Registro Oficial suplemento No. 162* de fecha 5 de julio de 2013. Disponible en <http://www.soberaniaalimentaria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/04/Propuesta-Ley-Consumo-Final.pdf>

Ley Orgánica de Defensa Del Consumidor, de 10 de julio de 2000. *Registro Oficial suplemento No. 116* de fecha 10 de julio del 2000. Disponible en <https://www.dpe.gob.ec/wp->

[content/dpetransparencia2012/literala/BaseLegalQueRigeLaInstitucion/LeyOrganica delConsumidor.pdf.](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_org7.pdf)

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado de 13 de octubre de 2011.

Registro Oficial Suplemento No. 555 de fecha 13 de octubre de 2011. Disponible en:

[https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_org7.pdf.](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_org7.pdf)

Reglamento para la regulación y control de la publicidad y promoción de alimentos procesados para el consumo humano, de 4 de julio de 2013. *Registro Oficial No 165*

del 5 de julio de 2013. *Disponible en* [https://www.controlsanitario.gob.ec/wp-](https://www.controlsanitario.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/09/040-REGLAMENTO-PARA-LA-AUTORIZACION-Y-CONTROL-DE-LA-PUBLICIDAD-Y-PROMOCION-ALIMENTOS.pdf)

[content/uploads/downloads/2014/09/040-REGLAMENTO-PARA-LA-AUTORIZACION-Y-CONTROL-DE-LA-PUBLICIDAD-Y-PROMOCION-ALIMENTOS.pdf.](https://www.controlsanitario.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/09/040-REGLAMENTO-PARA-LA-AUTORIZACION-Y-CONTROL-DE-LA-PUBLICIDAD-Y-PROMOCION-ALIMENTOS.pdf)

Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de 10 julio de 2000.

Registro Oficial suplemento No. 116 de fecha 10 de julio del 2000. Disponible en

[https://www.dpe.gob.ec/wp-](https://www.dpe.gob.ec/wp-content/dpetransparencia2014/literala/BaseLegalQueRigeLaInstitucion/ReglamentoLeyOrganicaConsumidor.pdf)

[content/dpetransparencia2014/literala/BaseLegalQueRigeLaInstitucion/ReglamentoLeyOrganicaConsumidor.pdf.](https://www.dpe.gob.ec/wp-content/dpetransparencia2014/literala/BaseLegalQueRigeLaInstitucion/ReglamentoLeyOrganicaConsumidor.pdf)

Jurisprudencia

EU:C:2015:195, Teekanne EU:C:2015:195 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea 4 de junio de 2015).

Resolución de 30 de julio de 2015,(Caso Nestlé España, S.A. vs Unilever), de la Sección Séptima del Jurado de AUTOCONTROL.

Sentencia de 3 de abril de 2007, STS 407/2007, ECLI: ES:TS:2007:2226.

Sentencia de 20 de junio de 2015, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 217-IP-2015.