



Maestría en Derecho Empresarial

Natalia Navas

**“PUBLICIDAD ENGAÑOSA DE BEBIDAS ENERGIZANTES,
VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y DE OTROS
COMPETIDORES”.**

Disertación presentada como requisito parcial para la obtención del Título de
Magister en Derecho Empresarial de la Universidad del Pacífico, bajo la
dirección del Dr. Marcelo Marín

UNIVERSIDAD DEL PACIFICO

Quito, Junio 2011

NAVAS, Natalia Andrea,
“PUBLICIDAD ENGAÑOSA DE BEBIDAS
ENERGIZANTES, VIOLACION DE LOS
DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y DE
OTROS COMPETIDORES”.

Quito: Universidad del Pacifico, 2011,
Número de páginas: 175
Nombre del Tutor: Dr. Marcelo Marín

Resumen:

Evaluación de la publicidad de bebidas energizantes en el Ecuador, análisis sobre los ingredientes que componen su fórmula y los efectos provocados en el organismo. Análisis de la legislación ecuatoriana y de otros países en materia de publicidad engañosa y prácticas de competencia desleal.

Palabras claves: competencia, consumidor, desleal, publicidad, energizantes.

DECLARACIÓN

Yo Natalia Navas Calero, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito “PUBLICIDAD ENGAÑOSA DE BEBIDAS ENERGIZANTES, VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y DE OTROS COMPETIDORES”, es de mi autoría, que no ha sido utilizado previamente para ningún grado, calificación profesional, o proyecto público ni privado y que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

Natalia Navas

CI: 171432374-6

CERTIFICACIÓN

Certifico que el presente trabajo “PUBLICIDAD ENGAÑOSA DE BEBIDAS ENERGIZANTES, VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y DE OTROS COMPETIDORES” fue desarrollado por la señorita Natalia Navas, bajo mi supervisión.

Dr. Marcelo Marín Sevilla

Director de Tesis

AGRADECIMIENTO

El presente trabajo de Tesis es el resultado de innumerables horas de trabajo e investigación. Labor que fue posible gracias a la dirección y asesoramiento del Dr. Marcelo Marín.

Agradezco de manera especial a mi familia, en especial a mi madre, por el apoyo brindado durante el desarrollo de la presente investigación.

Natalia Navas

ÍNDICE

Contenido

Portada.....	1
DECLARACIÓN.....	3
CERTIFICACIÓN.....	4
AGRADECIMIENTO	5
ÍNDICE	6
ÍNDICE DE TABLAS Y FIGURAS.....	9
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I	13
1 DETERMINACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	13
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	13
1.1.1 Formulación del Problema	15
1.2 IMPORTANCIA Y JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	16
1.3 OBJETIVOS PROPUESTOS	17
1.3.1 General.....	17
1.3.2 Específicos.....	17
1.4 PLANTEAMIENTO DE HIPÓTESIS.....	18
1.5 SUSTENTO JURÍDICO	18
1.6 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	19
1.6.1 Diseño de la Investigación	19
1.6.2 Procedimientos de la Investigación	20
1.6.3 Técnicas e instrumentos de recolección de la información	20
1.6.4 Población y Muestra	21
1.6.5 Limitaciones.....	23
1.7 MARCO TEÓRICO.....	23
1.7.1 Bebidas energizantes.....	23
1.7.2 Bebidas Hidratantes	24
1.7.3 Inicios de la publicidad	24
1.7.4 Tipos de Publicidad	27
1.7.5 Clasificación Publicitaria:	28
1.7.6 Medios Publicitarios	30
1.7.7 Criterios Rectores de la Publicidad lícita.....	33

1.7.8	Publicidad Desleal.....	38
1.7.9	Publicidad Engañosa:	40
1.7.9.1	Publicidad Engañosa perspectiva del Derecho de Defensa del Consumidor	41
1.7.9.2	Publicidad Engañosa desde el Derecho sancionador de la Competencia Desleal	43
	CAPÍTULO II.....	45
	DIAGNOSTICO SITUACIONAL.....	45
2	DERECHOS DEL CONSUMIDOR	45
2.1.1	Dirección de Defensa al Consumidor	47
2.1.2	Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios.....	49
2.1.3	Características de Los Energizantes e Hidratantes	51
2.1.4	Consumo de Energizantes	57
2.1.5	Consumo de Hidratantes	61
2.2	CONOCIMIENTO DEL PRODUCTO	64
	CAPÍTULO III	71
3	NORMATIVA SANCIONADORA DE LA COMPETENCIA DESLEAL	71
3.1	CATEGORIZACIÓN DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL	73
3.1.1	Aprovechamiento de los esfuerzos de otros participantes en el mercado	73
3.1.2	Ataques directos a empresas participantes en el mercado	77
3.1.3	Actos que impiden el funcionamiento regular del mercado	79
3.2	COMPETENCIA DESLEAL DESDE LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA.....	82
3.2.1	Publicidad Desleal.....	82
3.2.2	Publicidad comparativa.....	83
3.2.3	Publicidad engañosa	84
3.3	NORMATIVA INTERNACIONAL EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL	85
3.3.1	Convenio de París	85
3.3.2	ADPIC.....	87
3.3.3	Decisión Andina 486	89
3.3.4	Decisión Andina 608 Derecho de Defensa a la Competencia	92
	CAPÍTULO IV.....	97
4	DERECHO COMPARADO	97
4.1	CASO ECUATORIANO.....	97
4.1.1	Regulaciones Económicas y Publicitarias en la Constitución.....	97
4.1.2	Ley de Propiedad Intelectual.....	100

4.1.3	Radiodifusión y Televisión.....	106
4.1.4	Proyecto de Ley de Comunicación	109
4.2	CASO ESPAÑOL	112
4.2.1	Ley de Competencia Desleal.....	112
4.2.2	Marco Español de Regulación Publicitaria.....	115
4.2.3	Caso legislación Española- Don Simón contra Leche Pascual.....	118
4.3	CASO PERUANO	121
4.3.1	Ley de Represión de competencia desleal	121
4.3.2	Tratamiento de la Publicidad Ilegal como Competencia Desleal en Perú.....	125
4.3.3	Caso de legislación Peruana - Cristal contra Franca.....	127
4.4	CASO DE LOS ESTADOS UNIDOS	130
4.4.1	Ley de la Comisión Federal de Comercio	130
4.4.2	Tratamiento Publicidad Ilegal en Estados Unidos.....	132
4.4.3	Caso de legislación Norteamericana- . Airborne	134
	CAPÍTULO V	136
5	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	136
5.1	CONCLUSIONES	136
5.2	RECOMENDACIONES	140
	ANEXO No. 1.....	143
	ANEXO No. 2.....	147
	ANEXO No. 3.....	149
	ANEXO No. 4.....	153
	ANEXO No. 6.....	171
	ANEXO No. 7.....	173
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	175
	FUENTES LEGALES	178
	INTERNET	181

ÍNDICE DE TABLAS Y FIGURAS

Tabla 1 Proyección Poblacional 2010.....	22
Tabla 2 Energizantes e Hidratantes precios Vigentes	54
Tabla 3 Razones de consumo energizantes	59
Tabla 4 Razones de consumo hidratantes.....	62
Tabla 5 Conocimiento del producto.....	64
Tabla 6 Mal uso del Producto.....	66
Tabla 7 Publicidad recordada	68
Tabla 8 Advertencia Consumo	68

Figura 1 Mercado de Bebidas Energizante.....	58
Figura 2 Frecuencia de Consumo	60
Figura 3 Posicionamiento de marca.....	60
Figura 4 Mercado de bebidas Hidratantes	61
Figura 5 Frecuencia de consumo	62
Figura 6 Posicionamiento de Marcas.....	63
Figura 7 Repartición total del mercado	63
Figura 8 Red Bull rotulado de alimentos.....	65
Figura 9 Red Bull Información Nutricional	65
Figura 10 Etiqueta 220 V	66
Figura 11 Efectos	67
Figura 12 Advertencia de consumo en la publicidad	68

INTRODUCCIÓN

Las estrategias de marketing son cada vez más agresivas y la publicidad es una herramienta que influye de gran manera en la conducta económica. En este sentido, la cuantía de la inversión publicitaria define el posicionamiento de una marca y su participación en el mercado. De ahí que el éxito de una campaña se basa en la selección de los medios de difusión y la correcta identificación del comprador objetivo.

La publicidad es uno de los pilares esenciales de la estrategia comercial, es el motor que genera ventas con la capacidad de modificar el comportamiento del consumidor para alcanzar mejor participación. Sin embargo, según el uso que se le dé, puede generar efectos positivos o negativos en el mercado.

En este sentido, es necesario conocer los parámetros de licitud de la actividad publicitaria en protección de los intereses de los consumidores, proveedores y de la estructura económica. Para el desarrollo de esta investigación, se eligieron las manifestaciones publicitarias de las bebidas energizantes, éstas son sustancias no alcohólicas que son fuente importante de glucosa y están compuestas por varias vitaminas, cafeína, carotina y taurina.

Se han desarrollado para mejorar momentáneamente el rendimiento humano, sin embargo el consumo exagerado, el uso frecuente en la actividad deportiva y la combinación con alcohol u otro tipo de drogas puede provocar daños en la salud como alteraciones al sistema nervioso y a las funciones cardíacas. Inclusive la muerte de un estudiante puertorriqueño en el 2010, Joselito Hernández Maldonado de 25 años, se ha relacionado con el consumo excesivo de energizantes.¹

Con esta investigación, se pretende demostrar que la publicidad de estas bebidas tiene varios efectos negativos. Primero, crea confusión sobre la funcionalidad y propiedades de los productos. Segundo, constituye un acto de competencia desleal que genera una

¹ Marrero Rosa, Periódico Primera Hora, <http://www.primerahora.com/exhortanaevitarlasbebidasenergizantesparaestudiararazidemuertedeuniversitario-440342.html>, Puerto Rico, párrafo No. 2, Consulta Agosto 2010,

reducción en las ventas y participación de otros refrescos y finalmente, afecta la confianza entre los actores del mercado.

En el primer capítulo del trabajo, se introduce la metodología de la investigación científica, así como las generalidades y principios de la actividad publicitaria que puede ser estudiada desde la defensa del consumidor y desde el ámbito de competencia desleal. Por la ambigüedad y polivalencia de la publicidad, es necesario establecer un análisis integral que abarque los diferentes elementos que en ella intervienen, por lo que no se recomienda limitar su enfoque a las normativas de difusión y defensa del consumidor.

Los principios rectores de la publicitada permiten aclarar cuándo un anuncio tiene configuración lícita y cuándo es de naturaleza ilegal. Un mensaje puede tener una presentación aparentemente legítima al difundir información verídica y comprobable, sin embargo existe ilicitud cuando la publicidad emite una impresión general incorrecta en el consumidor.

En el segundo capítulo del presente estudio, se aborda la normativa ecuatoriana vigente para el expendio de productos críticos para la salud, se realiza un diagnóstico situacional sobre las tendencias de consumo de bebidas energizantes, un análisis médico que explica los peligros que tiene el uso equivocado del producto, la percepción del usuario con relación a la emisión publicitaria y el grado de conocimiento sobre la composición de estas bebidas.

El comercio y publicidad desleal de energizantes no solo generan una afectación al consumidor, sino que también provoca un perjuicio para su competidor directo que son los refrescos hidratantes. Ambos productos utilizan la misma configuración de mensajes publicitarios y se enfocan en el segmento de jóvenes y adolescentes, sin embargo, tienen diferente composición y provocan efectos disímiles en el organismo. Cuando la publicidad de energizantes sugiere el consumo del producto para la actividad deportiva, las ventas de los hidrantes disminuyen por la configuración de un mensaje engañoso para el consumidor y desleal para el competidor.

Con el presente trabajo investigativo, se podrá concluir sobre la naturaleza de la publicidad de bebidas energizantes y porqué recae dentro de la categoría de engañosa y por lo tanto ilegal. Además, con relación a la normativa vigente para el expendio y publicidad de otros bienes de naturaleza crítica como el alcohol y el cigarrillo, se examinan los limitados controles que existen en el Ecuador para el comercio y publicidad de estos productos.

Más adelante, se introducen los conceptos fundamentales del Derecho Sancionador de la Competencia Desleal, mismos que se basan en proteger la buena fe comercial. Mediante la aplicación de pautas de control sobre los excesos que se pueden generar en la libre competencia, se forja un sistema para garantizar los intereses de consumidores, competidores y la correcta estructura del mercado. Adicionalmente, se presenta la caracterización de los actos típicos de competencia desleal y se hace una crítica sobre las normativas internacionales que rigen en el Ecuador sobre competencia desleal y defensa a la competencia.

La legislación ecuatoriana que regula esta problemática es muy general, las normativas internacionales y los aislados elementos tipificados en la Ley de Propiedad Intelectual y en la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor no son fuente efectiva de control y sanción para los actos de esta naturaleza. A partir de un análisis comparativo sobre la legislación sancionadora de competencia desleal vigente en España, Perú y Estados Unidos, se plantea la importancia que tiene la aprobación de una ley ecuatoriana de competencia económica que contenga normativa completa y efectiva para el control de la Competencia Desleal.

CAPÍTULO I

1 DETERMINACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Siempre que la publicidad sea emitida bajo el cumplimiento de las leyes y con ética profesional, es una actividad lícita y está protegida por el Derecho a la libertad de empresa. Sin embargo, muchas veces la creatividad publicitaria y los intereses comerciales utilizan medios impactantes y persuasivos para obtener resultados favorables en el corto plazo. Al ignorar los límites de influencia, la publicidad deja de ser una herramienta informativa para convertirse en fuente de engaño.

Cuando un mensaje publicitario presenta información engañosa y desleal, se generan efectos negativos para los consumidores al realizar una decisión equivocada sobre los productos que adquieren, para los competidores porque se hace uso indebido de su reputación para mejorar las ventas de un tercero y finalmente, se provoca una alteración general en el mercado puesto que se violenta la confianza entre cada uno de sus actores.

En el presente trabajo de tesis, se realiza un análisis sobre la publicidad empleada en las bebidas energizantes. Estos productos poseen propiedades estimulantes y ofrecen al consumidor remedio para la fatiga y el agotamiento físico y mental. Sin embargo, el expendio de estos refrescos ha generado controversia por los ingredientes que componen su fórmula, la poca información que tiene el consumidor respecto al uso del producto y por las afectaciones provocadas en la salud con un consumo equivocado.²

Hasta el momento, la publicidad y venta de los energizantes no han tenido mayores intervenciones en Ecuador. El Reglamento para la autorización y control de la

² Rhaiza O'Neill, Santiago, <http://csgarcia.edublogs.org/2008/05/24/energia-controversial/>, net, Puerto Rico párrafo No.3, Consulta: Agosto 2010

publicidad y promoción de alimentos procesados³ y la Norma técnica NTE INEN 2411: 2008 sobre los requisitos para las bebidas energizantes⁴, determinan las exigencias en el etiquetado del producto. En este sentido, los envases deben mostrar una contraindicación al consumo por parte de niños, mujeres embarazadas, personas sensibles a la cafeína, de edad avanzada, con enfermedades cardiovasculares y gastrointestinales. Sin embargo, no hay una restricción de venta a menores de edad y tampoco se advierte sobre los peligros de mezclar energizantes con alcohol y el uso equivocado en la actividad deportiva.

La publicidad de energizantes sugiere el uso de la bebida para la realización de actividad física. En este sentido, se genera un daño en el consumidor porque adquiere un producto que no satisface sus necesidades, que repercute negativamente en su patrimonio y que provoca un daño potencial en su salud. Además, este acto de naturaleza desleal reduce la participación del mercado de su rival directo que son los refrescos hidratantes.

Un entorno competitivo desleal produce tres barreras en el sistema económico. Primero, aumenta la incertidumbre en el mercado, es decir, desconfianza en cuanto a las afirmaciones realizadas sobre la calidad, precio, origen y demás característica de los bienes y servicios comercializados. Segundo, se incrementan los costos de transacción porque se torna difícil llegar a un acuerdo favorecedor para ambas partes. Finalmente, el tercer limitante es la asignación deficiente de recursos o excedente del consumidor, esto se refiere a la cantidad máxima de recursos (dinero, tiempo etc.) que un consumidor estaría dispuesto a sacrificar por obtener un determinado bien y lo que realmente ha sacrificado luego de la transacción.⁵

El Artículo 52 de la Carta Magna⁶ ecuatoriana manifiesta.-“*Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.....*”.

³ Reglamento para la autorización y control de la publicidad y promoción de alimentos procesados , Acuerdo 00000040 , Art. 17, Registro Oficial 388, 18-de Febrero 2011

⁴ Instituto Ecuatoriano de Normalización, Norma técnica NTE INEN 2 411:2008, literal 5.2.1.2008

⁵ Bercovitz Alberto , Rodríguez Cano, Apuntes de Derecho Mercantil, España, Editorial Aranzadi A Thomson Company, págs. 285-289, 2002

⁶ Constitución de la Republica del Ecuador , Quito- Ecuador, R. O. No. 449, 20 de Octubre del 2008

Además, la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor en el Art. 2 sobre definiciones, clasifica a la publicidad ilícita como publicidad engañosa y publicidad abusiva⁷. Todo lo que represente una manifestación de este tipo, puede implicar responsabilidad civil y penal por parte de los proveedores responsables. (Tal como se estudia en una sección posterior).

Por otro lado, la publicidad que emite información engañosa sobre un producto, aprovechándose de la imagen de los otros participantes del mercado, constituye una afectación directa a la buena fe comercial. Todos los actos que se manifiesten como abusos de la libre competencia, son considerados actos de competencia desleal.

En el Ecuador, los hechos desleales que afectan a la competencia se atienden en los acuerdos internacionales establecidos por la CAN y la Organización Mundial de comercio, así como en los artículos 284, 285 y 286 de la Ley de Propiedad Intelectual. Lastimosamente, esta normativa carece de estructura legal completa y efectiva para el ordenamiento y sanción.

Para el desarrollo de este trabajo de tesis, se hace uso de la legislación vigente a nivel internacional en materia de Competencia Desleal y Derechos del Consumidor. A partir de estas consideraciones, se pretende determinar la existencia de engaño e ilegalidad en la publicidad y marketing de los refrescos energizantes.

1.1.1 Formulación del Problema

- ¿Cuándo la publicidad de bebidas energizantes puede considerarse engañosa?
- ¿Cuáles son los derechos del consumidor que se violentan con esta actividad?
- ¿Cuáles son los derechos de otros competidores que se violentan con esta actividad por competencia desleal?

⁷ Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, Registro Oficial No. 116, Quito- Ecuador, 10 de Julio del 2000

1.2 IMPORTANCIA Y JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación procura demostrar la existencia de publicidad engañosa en el Ecuador y determinar las violaciones cometidas en contra de los derechos de los consumidores y de los competidores en el mercado de bebidas energizantes.

Para los compradores, el presente estudio es una guía para conocer las Leyes vigentes de protección al consumidor y las instituciones creadas en el Ecuador para brindar apoyo a sus intereses. Adicionalmente, se pretende incentivar una mejor cultura de consumo para que los ecuatorianos estén más informados sobre los productos que demandan.

Por otro lado, para las empresas es importante conocer los principios de difusión y la norma legislativa aplicable para la emisión de campañas publicitarias. De esta manera, se evita *a priori* afectar la transparencia en el entorno competitivo. También es una pauta para que las empresas honestas sepan identificar los casos de deslealtad y abuso por parte de las otras compañías competidoras.

Dado que las agencias publicitarias son también responsables por el engaño que puede provocar un anuncio mal intencionado, es indispensable definir los límites y los alcances que tiene esta actividad profesional. De esta manera, los publicistas serán responsables de sus obras y usarán su creatividad conforme a la ética y a lo establecido por la ley.

La importancia de este trabajo, desde el punto de vista jurídico está en evaluar la normativa del Ecuador con respecto a los controles y prohibiciones de la publicidad ilegal y engañosa. Tomando como ejemplo las legislaciones española, peruana y norteamericana respecto al trato de esta problemática, se identifican criterios comunes para proponer reformas a la legislación ecuatoriana vigente.

Esta obra, ante los ojos del maestrante es una oportunidad para conectar el derecho con la industria y la competencia de un mercado de consumo masivo. Más allá de la obtención de un Título, es la posibilidad de emplear los conocimientos y las capacidades analíticas adquiridas durante la Maestría.

Finalmente, es una pauta para evaluar la calidad de los egresados de la primera promoción de la Maestría en Derecho Empresarial de la Universidad del Pacífico, siendo una herramienta para fortalecer el liderazgo de esta institución como escuela especializada en negocios.

1.3 OBJETIVOS PROPUESTOS

1.3.1 General

Demostrar la existencia de publicidad engañosa en el mercado ecuatoriano de bebidas energizantes.

1.3.2 Específicos

- Identificar las disposiciones jurídicas que regulan la publicidad comercial de bienes y servicios en el Ecuador.
- Comparar el tratamiento jurídico que tiene la publicidad desleal en Ecuador, con la legislación sancionadora de la competencia desleal vigente en España, Perú y Estados Unidos.
- Identificar las falencias o vacíos de la legislación ecuatoriana, tanto en materia de Defensa al consumidor como en derecho sancionador de la competencia desleal.

- Evaluar el nivel de conocimiento que tienen los ecuatorianos con respecto a sus derechos como consumidores.
- Plantear reformas a la legislación ecuatoriana y exhortar la aprobación de una ley especializada en materia de competencia desleal.

1.4 PLANTEAMIENTO DE HIPÓTESIS

¿En el Ecuador la publicidad de bebidas energizantes es engañosa y por lo tanto ilegal?

1.5 SUSTENTO JURÍDICO

Para la obtención de la información se ha recurrido a realizar una revisión bibliográfica de los siguientes documentos:

- Constitución del Estado - Ecuador
(Artículos No. 1,17,18,19,46,54,283,284,304,319,335,336)
- Ley de Radiodifusión y Televisión – Ecuador
(Artículos No 58, 48,49)
- Ley Orgánica de Defensa al Consumidor – Ecuador
(Artículos No .2,5,4,7,9,12,14,17,57,58,64,71).
- Proyecto de Ley de Comunicación Ecuador
(Artículos No. 16, 34,36)
- Ley de Propiedad Intelectual - Ecuador.
(Artículos No. 171, 194, 195,217 284, 285,286)
- Reglamento para la autorización y control de la publicidad y promoción de alimentos procesados (Artículos 8,14,17,26,33,42)
- Ley de Represión a la Competencia Desleal en Perú , España y Estados Unidos
- Normativas de difusión Publicitaria en Perú, España y Estados Unidos.

- Doctrina de Derecho Sancionador de Competencia Desleal.
- Publicaciones, artículos, noticias, en Internet y Prensa escrita..

1.6 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1 Diseño de la Investigación

El proceso investigativo inicia con la formulación del problema: *Publicidad engañosa de bebidas energizantes, las afectaciones provocadas en el consumo y en la competencia*. Seguida por la determinación de la hipótesis: *¿En el Ecuador la publicidad de bebidas energizantes es engañosa y por lo tanto ilegal* .A continuación, se procede con la recolección de información, verificación de datos y exposición de conclusiones.

Sobre los métodos de investigación empleados en el presente trabajo, se aplica el método histórico para reproducir los antecedentes, el diagnóstico de la situación actual y las repercusiones que tendría el Ecuador con la presunta existencia de publicidad engañosa y desleal.

Se usa también el método descriptivo para sintetizar las características del mercado de bebidas energizantes tanto a nivel Nacional como a nivel local. Las cifras estadísticas son una herramienta esencial para medir las tendencias de consumo y el grado de conocimiento que tiene el público con respecto a estos productos.

Finalmente, se emplean los métodos deductivo y comparativo para analizar la normativa ecuatoriana y las leyes vigentes en otros países con respecto a la publicidad engañosa y competencia desleal. De esta manera, se pretende identificar los vacíos legales que tiene este país respecto al tratamiento y legislación de estos temas.

1.6.2 Procedimientos de la Investigación

Las actividades que se presentan a continuación, constituyen el procedimiento de investigación en el presente proyecto:

- Elaboración del contenido del proyecto.
- Recopilación de la información de las diferentes fuentes de consulta (libros, revistas, artículos, Internet, ministerios involucrados, etc.)
- Elaboración del marco teórico definitivo.
- Desarrollo de la investigación.
- Estudio y análisis del tema de investigación: “PUBLICIDAD ENGAÑOSA DE BEBIDAS ENERGIZANTES, VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y DE OTROS COMPETIDORES”.

1.6.3 Técnicas e instrumentos de recolección de la información

Para la realización de este trabajo se utilizaron fuentes secundarias de información como son: libros, revistas especializadas, artículos del Internet, etc. Se recopiló para el respectivo análisis, muestras publicitarias como afiches promocionales, anuncios de revistas y periódicos.

Adicionalmente, para comprobar la hipótesis planteada, se realizaron encuestas a jóvenes entre 15 y 29 años en la ciudad de Quito. A partir de esta información, se pudo determinar el grado de conocimiento que se tiene sobre el consumo de bebidas energizantes.

Por otra parte, se aplicó la herramienta de la entrevista para conocer los criterios de profesionales y expertos que están directamente vinculados en las áreas de salud, nutrición y derecho.

1.6.4 Población y Muestra

Tomando como referencia, la proyección de crecimiento poblacional realizada por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, se presenta a continuación la siguiente clasificación poblacional del Cantón Quito, área urbana, según edad y sexo.

El consumo más frecuente de bebidas energizantes se da entre adolescentes y adultos jóvenes. Un estudio realizado por la escuela Politécnica Nacional del Ecuador, muestra que los mayores consumidores de estos productos son hombres entre 20 y 25 años⁸.

Adicionalmente, el instituto Marin para el tratamiento de adicciones en los Estados Unidos determina que el 31% de los consumidores habituales de bebidas energizantes están entre los 12- 17 años de edad⁹ Partiendo de esta información, el universo de la investigación es de 321.132 hombres y mujeres entre 15 y 29 años que viven en la ciudad de Quito. El cálculo para la obtención de la muestra, viene establecido por un nivel de confianza auto-determinado del 98%:

A partir de esta investigación de campo, se analizó el comportamiento actual y el conocimiento que tiene el mercado Quiteño sobre el consumo de bebidas energizantes e hidratantes. La información recopilada sirvió de sustento para responder la pregunta que plantea la hipótesis de este trabajo, misma que postula: ¿En el Ecuador la publicidad de bebidas energizantes es engañosa y por tanto ilegal?

⁸ Gaulle, Edison, Escuela Politécnica Nacional, Características de los consumidores de bebidas, según volumen de consumo, marca, opinión y actitudes generales, en la ciudad de Quito, pág. 105, 2010

⁹ Mosher Y, Alcohol, Energy Drinks and Youth: A Dangerous Mix, <http://www.marininstitute.org/site/resources/reports/15-alcohol-energy-drinks-and-youth-a-dangerous-mix.htm>, net, Estados Unidos, párrafo No.6 Consulta Septiembre 2010

Tabla 1 Proyección Poblacional 2010

	Total	Mujeres	Hombres
<i>Menor de 1 año</i>	37.845	18.638	19.207
<i>De 1 a 4 años</i>	173.975	85.331	88.644
<i>De 5 a 9 años</i>	214.767	105.977	108.790
<i>De 10 a 14 años</i>	212.587	105.910	106.677
<i>De 15 a 19 años</i>	225.056	115.670	109.386
<i>De 20 a 24 años</i>	239.821	123.894	115.927
<i>De 25 a 29 años</i>	200.684	104.864	95.820
<i>De 30 a 34 años</i>	178.057	92.804	85.253
<i>De 35 a 39 años</i>	159.887	85.063	74.824
<i>De 40 a 44 años</i>	139.397	73.583	65.814
<i>De 45 a 49 años</i>	109.663	58.129	51.534
<i>De 50 a 54 años</i>	90.819	47.906	42.913
<i>De 55 a 59 años</i>	64.803	34.346	30.457
<i>De 60 a 64 años</i>	51.611	27.972	23.639
<i>De 65 a 69 años</i>	41.754	23.278	18.476
<i>De 70 a 74 años</i>	34.158	18.557	15.601
<i>De 75 a 79 años</i>	24.184	13.601	10.583
<i>De 80 a 84 años</i>	16.752	9.933	6.820

Fuente: <http://www4.quito.gov.ec>

Elaboración: Natalia Navas

Nivel de Confianza 98%

$$N = \frac{z^2}{E^2} * p * q$$

$$N = \frac{2^2}{5^2} * 50 * 50$$

$$N = \frac{10.000}{4}$$

N=400 hombres y mujeres entre 15 y 29 años

1.6.5 Limitaciones

Una limitante del presente trabajo investigativo es la veracidad de los resultados de las encuestas. Para evitar una mala interpretación e información alterada, la formulación de las preguntas fue muy clara y puntual (preguntas cerradas). Además, se usó el anonimato para que el encuestado se sienta libre de expresar su verdadero criterio sobre esta problemática.

Además, existió dificultad en la realización de entrevistas. Se solicitaron de manera escrita reuniones con la Dirección de Control Sanitario del Ministerio de Salud y con la Dirección Provincial de Salud del Pichincha. Sin embargo, no hubo ninguna respuesta por parte de estas instituciones, solamente se permitieron declaraciones telefónicas muy generales por parte de dos funcionarias de las respectivas carteras estatales.

1.7 MARCO TEÓRICO

1.7.1 Bebidas energizantes

Las bebidas energizantes son sustancias no alcohólicas que están compuestas por varias vitaminas, carotina y taurina, desarrolladas para mejorar momentáneamente el rendimiento humano y que pueden provocar adicción con un consumo desordenado¹⁰. La estimulación que producen, crea un estado de euforia que permite al consumidor mantenerse hiperactivo por varias horas y neutralizar los efectos de las bebidas alcohólicas.

El resultado estimulante que provoca el refresco energizante, tiene una duración de 4 horas y una vez acabado su efecto en el organismo, genera sensación de decaimiento.¹¹

¹⁰ Centro de Información y educación para la prevención del abuso de drogas , <http://www.cedro.org.pe/lugar/articulos/energizantes.htm.net>, Perú, párrafo No.12, Consulta: Junio 2010

¹¹ Aguilar Mejía Oscar Mauricio, Revista Iberoamericana de Psicología Ciencia y Tecnología, Efectos de las bebidas energizantes con base a taurina y cafeína, <http://www.iberoamericana.edu.co/app/Docs/PSIN1V1ART7.pdf> ,net, Colombia, página. No. 4 , Consulta: Junio 2010

1.7.2 Bebidas Hidratantes

Las bebidas hidratantes fueron creadas para re hidratar rápidamente. Su fórmula repone los minerales perdidos con la actividad física y son fuente de energía. La hidratación es clave en el rendimiento deportivo, y el ingerir agua no es suficiente para repone los minerales perdidos con la sudoración.

La composición fundamental de estas bebidas, viene dada por la mezcla de hidratos de carbono, azúcares, sacarosa, glucosa o fructuosa, no contienen gas, son ricas en electrolitos, sodio, potasio y tienen sabor agradable.¹²

El ejercicio genera grandes cantidades de calor y pérdida de líquidos. Con un alto nivel de desgaste, es decir, sesiones de actividad superiores a las 2 horas, es recomendable el uso de bebidas hidratantes. Caso contrario, el consumo puede generar nefropatías (daño en el riñón), edemas e incremento en el riesgo de arritmias cardíacas¹³.

1.7.3 Inicios de la publicidad

La publicidad es una forma destinada a difundir o informar al público sobre un bien o servicio a través de los medios de comunicación. Tiene por objetivo motivar una acción de consumo. Es una técnica de promoción emitida por cualquier medio o forma, donde el anunciante traslada un mensaje al consumidor, generando sensaciones y motivaciones que lo induzcan, directa o indirectamente a contratar el producto o servicio anunciado.¹⁴

En el Artículo 2 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, la publicidad está definida como:

¹² Salud y Medicina, http://www.saludymedicinas.com.mx/articulos/1918/bebidas_rehidratantes_mas_alla_de_la_sed/3, net, México DF- México, párrafo No.1-6 Consulta: Junio 2010

¹³ Flores, Nadia, Equipo periodístico Salud Actual, El consumo excesivo de bebidas energéticas es perjudicial para la salud, http://www.saludactual.cl/nutricion/bebidas_energeticas.php, net, Chile, Párrafos 9-14, Consulta Junio 2010

¹⁴ Ortega Enrique, La Comunicación Publicitaria, Madrid- España, Editorial Pirámide, Tercera Edición, pág.21, 2004

Artículo 2 LODC: “La comunicación comercial o propaganda que el proveedor dirige al consumidor por cualquier medio idóneo, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio. Para el efecto la información deberá respetar los valores de identidad nacional y los principios fundamentales sobre seguridad personal y colectiva”.¹⁵

Desde sus inicios en el mundo antiguo, la publicidad ha evolucionado hasta convertirse en una enorme industria que se encuentra en constante expansión.¹⁶ Ha estado presente desde el comienzo de la civilización, conjuntamente con el comercio, el trueque y posteriormente la unidad monetaria¹⁷.

El desarrollo publicitario se ha dado principalmente en las urbes y ciudades grandes por la necesidad de provocar actividad mercantil y llamar la atención del público. Por lo tanto, la primera expresión de esta actividad se da de manera oral mucho antes de los medios impresos.¹⁸

Con la invención de la escritura, se generan diferentes inscripciones y emblemas rudimentarios que son las primeras manifestaciones físicas de la publicidad, en ellas, se anunciaban casas comerciales para la venta de especies naturales y otros artículos.

Para el año 1440 se introduce la imprenta y con ella la difusión masiva de documentos.¹⁹ Gracias a este invento y a la introducción en Europa del servicio de correos, nace el periodismo impreso.

Todo esto, representa la antesala del verdadero origen publicitario, el cual se da durante la Revolución Industrial del Reino Unido entre 1750- 1840. A partir de este hecho, se genera la división del trabajo, la aparición de nuevas formas de energía y la posibilidad

¹⁵ Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, Registro Oficial No. 116, Quito- Ecuador, 10 de Julio del 2000

¹⁶ Escuela Superior de Publicidad, <http://www.lahistoriadelpublicidad.com/>, net, España, Consulta: Septiembre 2010

¹⁷ Jaramillo Néstor, La otra P, Quito-Ecuador, Técnicas Graficas Vernaza, Primera Edición, pág.39-53, 2004

¹⁸ Escuela Superior de Publicidad, <http://www.lahistoriadelpublicidad.com/>, net España, Consulta: Septiembre 2010

¹⁹ Guzmán, Freddy, La Imprenta: su aparición y aportes a la comunicación, <http://asignaturaintroduccionalacomunicacion.blogspot.com/2008/02/por-freddy-j-guzmntareas-de-alumnos.html>, net, Santiago de Los Caballeros, República Dominicana, párrafo No.12, Consulta Agosto 2010.

de mecanizar tareas. Antes de este acontecimiento, se puede tomar como referencia ejemplos dispersos de actividad publicitaria.

Entre las primeras manifestaciones de publicidad contemporánea, en la ciudad de Londres en el año de 1611 se crea “The Public Register for General Commerce”, circulación que daba a conocer información sobre alquileres, compras, ventas y préstamos financieros.²⁰

Para el siglo XVIII, la prensa acepta el apoyo publicitario como forma de financiamiento de los periódicos. Con el transcurso de los años, aparecen las primeras agencias de publicidad, encargadas de diseñar y difundir campañas para sus clientes.

Para finales del siglo XIX nace el cine y la fotografía. Muchas empresas empiezan a comercializar productos bajo un nombre o una marca, para que el consumidor pueda conocer la identidad del fabricante. Ejemplos de ello son Coca Cola y Gillette que son mundialmente conocidas hasta la actualidad.²¹

Sin duda, el máximo apogeo de la publicidad se dio en el siglo XX gracias a los numerosos avances tecnológicos, entre los más importantes están la televisión y el Internet a finales de siglo.

Desde la invención de la Televisión en los años 50, ésta ha sido uno de los medios de comunicación que mayor evolución ha experimentado, gracias al empleo de nuevas técnicas informáticas y tecnologías audiovisuales.

Sin embargo, el medio de comunicación que seguramente terminará con la supremacía de la televisión es el Internet. Gracias al desarrollo de la Web, es posible presentar atractivos anuncios animados, programas de radio, televisión y complejas aplicaciones de realidad virtual.²²

²⁰ Escuela Superior de Publicidad, <http://www.lahistoriadelpublicidad.com/>, net, España, Consulta: Septiembre 2010

²¹ Jaramillo Néstor, *La otra P.*, Quito-Ecuador, Técnicas Graficas Vernaza, Primera Edición, pág.39-53, 2004

²² *Ibidem*

En la actualidad, la publicidad interactiva ha experimentado un crecimiento rápido y representativo, principalmente por su efectividad para difundir anuncios y su continuidad para informar las 24 horas del día, comunicación inmediata en tiempo real y costos accesibles.

1.7.4 Tipos de Publicidad

Antes de desarrollar las categorías que clasifican los tipos de publicidad, es importante diferenciar dos conceptos que pueden generar confusión, publicidad y propaganda.

Por un lado, la publicidad es un mecanismo de comunicación que utiliza medios masivos para difundir el ejercicio de una actividad pública o privada en el ámbito industrial, comercial, artesanal o profesional. El mensaje emitido por las campañas publicitarias pretende dar a conocer un producto, servicio, idea o institución para generar aceptación o consumo.²³

Contrariamente, la propaganda intenta modificar la ideología del espectador a partir de un mensaje parcializado a favor de una causa política o religiosa. Esta herramienta, posee una enorme capacidad persuasiva y movilizadora, su objetivo principal es integrar mayor cantidad de adeptos a través del uso de símbolos y técnicas sugestivas.

En este sentido, un ejemplo histórico muy representativo fue el abuso propagandístico en la II Guerra Mundial. Una de las estrategias implementadas durante este conflicto, fue persuadir el pensamiento de los ciudadanos y comprometerlos con la ideología de los líderes de la época.

Sin duda, el máximo responsable del éxito de la propaganda nazi fue Joseph Goebbels, Ministro de Educación Popular y Propaganda. Para 1933, Goebbels controlaba los

²³Ortega Enrique, La Comunicación Publicitaria, Madrid- España, Editorial Pirámide, Tercera Edición, pág. 20, 2004

medios de comunicación y transmitía mensajes parcializados para promover sentimientos xenofóbicos y de orgullo nazi²⁴.

Ambas buscan informar y persuadir, sin embargo, la publicidad y la propaganda se diferencian por el objeto del mensaje y por la identidad del anunciante.

1.7.5 Clasificación Publicitaria:

a) Naturaleza del Anunciante

La primera clasificación publicitaria parte de la naturaleza que tenga el anunciante. Las organizaciones que emiten anuncios publicitarios pueden tener origen público, privado o mixto, según la dimensión social de su estructura.

Los anuncios emitidos por la administración pública y entidades estatales, que informan sobre campañas de interés social y la prestación de servicios para la ciudadanía, pertenecen a la categoría de publicidad institucional, y no tienen como objetivo la transacción económica. Ejemplos de ello, son los comerciales del Ministerio del Deporte para promover el ejercicio y los realizados por el Distrito Metropolitano de Quito para difundir los horarios de recolección de basura.²⁵

También es publicidad la emitida por asociaciones y grupos no gubernamentales, como la Cruz Roja y Unicef. Los objetivos de estas organizaciones no se encaminan hacia un beneficio comercial, su mensaje es emitido sólo para comunicar de campañas colectivas y de interés social. Es decir, publicidad no comercial.

Finalmente, está la publicidad de empresas privadas. Organizaciones que se dedican a la producción y distribución de bienes, para la obtención de un beneficio económico en el

²⁴ Universidad del País Vasco, Joseph Goebbels el mago de la propaganda, <http://www.latrinchera.org/foros/showthread.php?2074-JOSEPH-GOEBBELS-EL-MAGO-DE-LA-PROPAGANDA.net>, Madrid- España, párrafo No. 5 Consulta Septiembre 2010

²⁵Ortega Enrique, La Comunicación Publicitaria, Madrid- España, Editorial Pirámide, Tercera Edición, pág. 27 2004

mercado. Por ejemplo, todos los productos tangibles como bienes e intangibles como servicios.

b) Alcance Geográfico

La segunda clasificación, se basa en el alcance geográfico que puede ser regional, nacional o internacional.

La publicidad regional, es aquella que actúa de manera local y generalmente es empleada por las empresas que tienen relaciones comerciales zonificadas y muy especializadas. Sin embargo, empresas grandes que manejan un ámbito nacional, también usan la publicidad local para emitir un mensaje personalizado.²⁶

Por otro lado, en la publicidad nacional se amplía el alcance para el público total de un país. Este tipo de difusión es utilizada tanto por las entidades estatales, no gubernamentales y de capital privado. En este caso, el mensaje es uniforme para todos los espectadores, sin importar la zona de ubicación.

Finalmente, la publicidad internacional es aquella que se emite en diferentes países y está sujeta a traducción en diferentes lenguas. Generalmente, este nivel de cobertura publicitaria es manejado por empresas multinacionales y marcas reconocidas a nivel mundial.²⁷

El principio de libertad de empresa permite que las compañías abarquen voluntariamente todos los aspectos empresariales relacionados con la actividad comercial, incluyendo la estrategia de difusión publicitaria. Esto es permitido, siempre que se cumplan las normativas vigentes, en conformidad los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

²⁶ Ortega Enrique, La Comunicación Publicitaria, Madrid- España, Editorial Pirámide, Tercera Edición, pág. 27 2004

²⁷ *Ibidem*

1.7.6 Medios Publicitarios

La Publicidad se expresa a través de medios de comunicación y el éxito de la campaña depende tanto del medio seleccionado, como de la capacidad que tenga para llegar al cliente objetivo. En el proceso de selección de medios, es muy importante definir la función que desempeña el emisor, el mensaje y el receptor.

Una correcta estrategia de medios establece los mecanismos óptimos para llegar al receptor. Por este motivo, es de suma importancia conocer cuáles son los medios que se emplean en la actividad publicitaria, sus características, ventajas y desventajas en cuanto a exposición y costos.

En términos generales, los medios de comunicación se dividen en tres grandes categorías:

a) Medios Masivos

Son aquellos que se difunde a una gran cantidad de personas. En este grupo se encuentran la televisión, la radio, el cine, periódicos, revistas, Internet, Vallas etc.

Los medios que pueden combinar la imagen, el sonido y el movimiento, generalmente son los preferidos por los publicistas, porque permiten expresar su creatividad en un campo más extenso. En el caso de la televisión, se puede pautar una campaña a través de un spot, publrreportaje, patrocinio televisivo o sobreimpresión.²⁸

Una de las ventajas más importantes de este medio es la buena cobertura y popularidad que tiene. Por otro lado, no hay clasificación de audiencia y los costos son elevados. No obstante, los canales de cable son una alterativa bastante atractiva. El cable ofrece precios más accesibles que la televisión abierta y permite una selección más precisa del mercado objetivo.²⁹

²⁸ Saborit José, La imagen Publicitaria en Televisión, Madrid- España, Ediciones Cátedra, Cuarta edición, págs.13-18, 2000

²⁹ Jaramillo Néstor, La otra P, Quito- Ecuador, Técnicas Graficas Vernaza, Primera Edición, pág. 191, 2004

En el caso de la radio, el público se identifica solamente con los sonidos, no relaciona imágenes ni tampoco movimientos. Sin embargo, este medio se acopla perfectamente con el actual estilo de vida de las personas, los horarios más populares son durante las horas de oficina y cuando hay mayor congestión vehicular.

La radio es un medio que ofrece selectividad y costos bajos de difusión por cuña, espacio patrocinado y microprograma. Adicionalmente, tiene fácil adaptabilidad para realizar cambios en la propuesta del anunciante.³⁰ Sin embargo, los aspectos negativos son la exposición efímera del mensaje y la conexión sólo de audio.

Otros medios tradicionales y también masivos son los periódicos y las revistas. En ambos casos, la expresión es solamente visual y los costos de publicación son generalmente razonables³¹. Sin embargo, la gran diferencia entre ambos es la selectividad de la audiencia. Estas publicaciones ofrecen una amplia variedad de opciones en costos, según la cobertura, el tamaño y la presentación.

Hoy en día, el medio más recomendable al realizar un análisis de costo- beneficio, es sin duda el Internet. Esta herramienta informática, además de usar imágenes, movimientos y sonido, también es interactiva. Tiene un alto nivel de efectividad para llegar al cliente objetivo porque utiliza criterios de selectividad a través de la temática del sitio web.

El Internet da tanta apertura que el fabricante emplea este medio, no solo para promocionar su producto, sino también para informar al consumidor sobre promociones y diferentes usos de los bienes.

Buscadores como Google y Yahoo son los sitios más populares de la web y cobran precios razonables por la circulación de banners publicitarios. Por medio del Internet, la publicidad se presenta a través de e mails, web sites o ventanas emergentes.³² Sin embargo, en el Ecuador solo el 7.7% de los hogares tiene acceso a esta red de comunicación.³³

³⁰ Ortega Enrique, *La Comunicación Publicitaria*, Madrid- España, Editorial Pirámide, Tercera Edición, pág.108, 2004

³¹ *Ibidem*

³² Jaramillo Néstor, *La otra P*, Quito- Ecuador, Técnicas Graficas Vernaza, Primera Edición, pág. 194, 2004

³³ Information Technology Ecuador, <http://www.itecuador.com/tag/internet/>, Ecuador, párrafo No.1, Consulta Enero 2010

b) Medios Directos:

Este tipo de medios llegan a un menor número de personas, sin embargo la comunicación con el público objetivo es directa. De esta manera, el anunciante personaliza el mensaje y atrae de forma inmediata la atención del cliente objetivo.

Generalmente, consisten en medios visuales y auditivos que se ubican en espacios concentrados de personas. Pueden localizarse en las calles, estadios deportivos, en el interior-exterior del transporte público etc.

Entre sus ventajas están el bajo costo de exposición, audiencia cautiva y selectividad del segmento por ubicación geográfica. En cuanto a las desventajas, no aseguran resultados inmediatos y al ser una técnica muy usada por las empresas, puede provocar confusión en la audiencia.

Otro tipo de publicidad directa se da a través de tarjetas postales, catálogos, folletos, calendarios o muestrarios que llegan personalizados a la dirección del cliente. Este tipo de medios son útiles para seleccionar efectivamente la audiencia y pueden generar compras inmediatas porque no existe información de la competencia. El aspecto negativo es que muchas veces son considerados como correo basura.³⁴

c) Medios Alternativos

Durante mucho tiempo, los medios tradicionales de publicidad han difundido exitosamente las propiedades de los productos, atrayendo consumidores e impulsado las ventas. Sin embargo, los medios masivos se encuentran actualmente saturados y poco a poco han perdido audiencia.

Los medios alternativos surgen para captar la atención momentánea del cliente, mientras realizan acciones cotidianas.³⁵ Algunos ejemplos son, las pantallas para exhibir noticias,

³⁴Ortega Enrique, *La Comunicación Publicitaria*, Madrid- España, Editorial Pirámide, Tercera Edición, pág.132, 2004

³⁵ *Ibidem*

publicidad en elevadores y taxis, anuncios en los botes de basura, en los baños de los restaurantes etc.

La principal ventaja de los medios alternativos es la posibilidad de segmentación. Por otra parte, la principal desventaja es el paradigma de la publicidad tradicional y el hecho que muchas empresas dudan en anunciar por estos medios.

En términos generales, la importancia que tiene la selección de medios va más allá de la asignación de recursos de la empresa. Esta tarea debe sustentarse en un estudio que defina el alcance, el número de personas, la frecuencia de repetición y el formato de presentación del anuncio.³⁶

Toda publicidad, independientemente del medio que utilice debe contener la información básica comercial. Esto es muy importante porque elimina cualquier duda, confusión, o falta de conocimiento respecto al producto que se adquiere.

1.7.7 Criterios Rectores de la Publicidad lícita

La publicidad se desarrolla a partir de un marco legal que determina los alcances de esta actividad, según el cumplimiento de los derechos del consumidor y la ética competitiva.

El Foro Iberoamericano de Agencias Gubernamentales de Protección al Consumidor (FIAGC), lanza en el mes de septiembre 2010, los principios generales y obligatorios para la emisión de anuncios publicitarios.³⁷

a) Principio de Veracidad

La publicidad no debe contener información o imágenes que puedan inducir al error del consumidor, ya sea de forma directa, indirecta, por omisión, ambigüedad o exageración.

³⁶ Jaramillo Néstor, La otra P, Quito- Ecuador, Técnicas Graficas Vernaza, Primera Edición, pág. 191, 2004

³⁷ Foro Iberoamericano de Agencias Gubernamentales de Protección al Consumidor (FIAGC), <http://www.fiagc.org/>, net, Consulta: Septiembre 2010

El mensaje publicitario, tiene que ser verídico, comprobable y configurado acorde a los principios de defensa del consumidor y de competencia empresarial. Toda afirmación que contenga alegaciones que se refieran a la naturaleza, composición, origen o cualidades sustanciales de los productos o servicios, serán siempre exactos y susceptibles a prueba en cualquier momento.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor- Ecuador, en el Artículo 17 sobre obligaciones de los proveedores establece: *“Es obligación de todo proveedor, entregar al consumidor información veraz, suficiente, clara, completa y oportuna de los bienes o servicios, de tal modo que éste pueda realizar una elección adecuada y razonable.”*³⁸

Para el consumidor, la información veraz permite mayor poder de decisión y libertad en cuanto a la adquisición de bienes y servicios. Para la competencia, este principio elimina las expresiones falsa que desprestigien la reputación de las empresas.

El principio de veracidad requiere un análisis profundo para ejercer protección sobre los actores del mercado, y al mismo tiempo garantizar la libertad de expresión y creatividad en la actividad publicitaria.

En la práctica, no resulta sencilla la aplicación de este principio porque el contenido del mensaje publicitario se basa en usar la persuasión como elemento fundamental. En este sentido, es muy difícil que la información impartida por la publicidad sea del todo veraz.

b) Principio de Autenticidad.

Este principio determina que la publicidad debe ser perfectamente identificada por parte de la audiencia. Lo cual prohíbe la realización de comerciales encubiertos, sin advertencia clara su naturaleza comercial.³⁹

³⁸ Reglamento general Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, Registro. Oficial, Quito- Ecuador, 116 del 10 de Julio del 2000

³⁹ Foro Iberoamericano de Agencias Gubernamentales de Protección al Consumidor (FIAGC), <http://www.fiagc.org/>, net, Consulta: Septiembre 2010

Cuando un anuncio publicitario es expuesto como una noticia o se ha presentado con un formato distinto al de un comercial tradicional, el consumidor puede tomar una posición diferente, confundiendo una publicidad de carácter comercial con una noticia veraz o reportaje de un nuevo descubrimiento.

A partir de este principio, los anuncios que emitan un mensaje de carácter publicitario y que su presentación sea similar a una noticia periodística, deben especificar los términos "publirreportaje" o "anuncio contratado".

Cuando no existe una clara explicación del objeto del mensaje, ni de la identidad del anunciante, el consumidor podría asumir la información publicitaria como un hecho objetivo e imparcial.

c) Principio de Dignidad

La publicidad no deberá ser discriminatoria, ya sea por razones de sexo, edad, raza, situación social, capacidades, nacionalidad o religión.

Todo mensaje que por su contenido o forma de presentación, provoque denigración directa o indirecta de una persona, empresa o producto, generando impresiones incorrectas que pudieran influir en la decisión de compra, es una violación a este derecho.⁴⁰

La denigración en la actividad publicitaria viola el Derecho de no discriminación estipulado en el Artículo 11 (Numeral 2) de la Constitución del Ecuador.

Artículo. 11 CE.- “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

⁴⁰ Foro Iberoamericano de Agencias Gubernamentales de Protección al Consumidor (FIAGC), <http://www.fiagc.org/>, net, Consulta: Septiembre 2010

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación”.⁴¹

Características personales del proveedor como la raza, nacionalidad, credo o ideas políticas no son relevantes en el proceso de elección de un producto por parte del consumidor. La difusión de este tipo de criterios no es propia de un competidor leal y honesto.

Dentro de una sociedad democrática y respetuosa de la dignidad del ser humano, las conductas denigratorias en referencias a cualidades personales serán siempre impertinentes y desleales.

d) Principio de Claridad

La publicidad debe contener información que no confunda al consumidor. Emplear lenguaje adecuado, imágenes y un mensaje oportuno que permita conocer las bondades reales del producto. Las afirmaciones obligatorias y las características del bien comercializado deben ser expuestas en términos fácilmente comprensibles para la audiencia.

Omitir o silenciar datos que pueden ser esenciales para la toma de decisiones, es una violación de este principio y también del principio de veracidad.⁴²

⁴¹ Constitución de la República del Ecuador , Registro Oficial N° 499, Quito- Ecuador., 20 de Octubre de 2008.

⁴² Foro Iberoamericano de Agencias Gubernamentales de Protección al Consumidor (FIAGC), <http://www.fiagc.org/>, net, Consulta: Septiembre 2010

e) Principio de Lealtad

El principio de lealtad corresponde al respeto de la leal competencia por parte de la actividad publicitaria. Es un complemento de los principios anteriores porque exige claridad y una evidente diferenciación entre los productos comercializados por distintos fabricantes.

La leal competencia es aquella guiada por la buena fe comercial y por el acatamiento de las normas regulatorias de las actividades económicas. En ese contexto, la publicidad deberá ser respetuosa de las buenas costumbres comerciales y no será configurada como un acto inescrupuloso para ganar la preferencia de los compradores, en descrédito de un tercero.

Las afectaciones al principio de lealtad, en el marco de la actividad publicitaria, provocan actos de competencia desleal. En el caso ecuatoriano, la Ley de Propiedad Intelectual es fuente jurídica principal para tratar las acciones desleales, un fragmento del Artículo 285 determina:

Artículo 285 LPI .- “Se considera acto de competencia desleal, entre otros, aquellos capaces de crear confusión, independientemente del medio utilizado, respecto al establecimiento de los productos, los servicios o la actividad comercial o industrial de un competidor; las aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o servicios, o la actividad comercial o industrial de un competidor, así como cualquier otro acto susceptible a dañar o diluir el activo intangible de la reputación de las empresas...”⁴³

Con el cumplimiento de este principio se pretende erradicar la competencia desleal para garantizar el bienestar del consumidor y el derecho que tienen las empresas de competir en un entorno saludable.

⁴³Ley de Propiedad Intelectual, Registro Oficial No. 320, Quito- Ecuador, 19 de mayo de 1998

f) Principio de Legalidad

Los actos de violencia, discriminación, comercio de drogas, racismo, sexismo y todo lo que atente contra los derechos garantizados por la Constitución y por las otras normas jurídicas, es considerado un hecho ilegal y prohibido.

La publicidad que incumple con el principio de legalidad, es aquella que viola la normativa legal. En todos los casos, los anuncios emitidos deben respetar tanto a la Constitución como a las leyes vigentes.

Las conductas de competencia prohibida, evidentemente no aplican el principio de legalidad porque su ejecución tiene originalmente naturaleza ilícita e ilegal. Siendo imposible que cese la ilicitud, aún cuando la realización de la actividad económica en ese sector se encuentre sujeta a la leal competencia.

Por ejemplo, la venta de sustancia estupefacientes o psicotrópica tienen objeto ilícito. La supuesta publicidad que se realizare para promover estas acciones, aún cuando cumpla con los otros principios rectores, no constituye un caso de publicidad desleal, sino de publicidad ilegal ya que el objeto de la transacción es en sí ilícito.

Otros sectores vedados a la actividad privada son: la producción de bienes patentados por un tercero no autorizado, la producción y comercialización de armas de guerra, la trata de seres humanos y la comercialización de órganos humanos. En este sentido, los casos de competencia prohibida son escasos y excepcionales para no contraponerse con el derecho a la libre iniciativa privada.

1.7.8 Publicidad Desleal

El siguiente esquema de definiciones es muy generalizado y se limita a una introducción de los temas. Más adelante, se analiza cada una de las manifestaciones de publicidad ilegal como actos sancionados por el Derecho sancionador de Competencia Desleal.

Publicidad desleal, es aquella contraria a la buena fe y a las normas de buen comportamiento mercantil. Este tipo de acción, perjudica tanto a los consumidores, como a los otros competidores porque crea confusión y error sobre los productos y servicios que se encuentran en el mercado.⁴⁴

Se considera desleal toda publicidad que contenga información falsa sobre la naturaleza, características, calidad, origen y precio del bien o servicio ofertado. Además, por su contenido, forma de presentación o difusión provoque descrédito, denigración, aprovechamiento de reputación y menosprecio directo e indirecto de una persona, empresa, productos y actividades.⁴⁵

Las afirmaciones verdaderas también pueden considerarse desleales y denigrantes cuando son inexactas o impertinentes dentro del contexto de difusión. Existe publicidad desleal cuando se alteran los hechos y también cuando sin deformar los hechos se induce a error. Es decir, un mensaje es engañoso no solo cuando falta a la verdad con afirmaciones inexactas e inescrupulosas, sino también cuando los anuncios provocan una interpretación errónea a partir de una configuración abstractamente correcta.

Bajo el concepto de publicidad desleal podemos diferenciar los siguientes tipos:

- a) Publicidad como acto de confusión.
- b) Publicidad engañosa.
- c) Publicidad denigrante.
- d) Publicidad comparativa.
- e) Publicidad imitativa.
- f) Violación de normas publicitaria.

⁴⁴ Bercovitz Alberto, Rodríguez Cano, Apuntes de Derecho Mercantil, Madrid- España, Editorial Aranzadi A Thomson Company, pág. 365-370 2002

⁴⁵ Pardo, José Esteve, Gardella Mercè Damaculleta, Competencia desleal Breviarios Jurídicos, Madrid – España, Editorial IUSTEL, págs. 51-63, 2007

1.7.9 Publicidad Engañosa:

Solo a manera introductoria, la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, en el Artículo 2, define a la publicidad engañosa como:

"Toda modalidad de información o comunicación de carácter comercial, cuyo contenido sea total o parcialmente contrario a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos; o que utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor"⁴⁶

La publicidad engañosa ha sido analizada por los efectos directos que provoca en los consumidores. Cuando un mensaje publicitario no se ajusta a la verdad, evidentemente el comprador cae en error y esto repercute negativamente en su patrimonio. Sin embargo, esta práctica también afecta a los competidores honestos porque genera una ventaja ilegítima para la empresa infractora.

El concepto presentado en la LODC es muy general y se limita al estudio de la problemática desde la perspectiva del consumidor. En la legislación ecuatoriana no existe tipificación jurídica de la publicidad engañosa como acto de competencia desleal.

En este sentido, se recomienda introducir estos conceptos en una ley específica para sancionar la competencia desleal y que sea aplicable para todos los actos, independientemente de su naturaleza.

⁴⁶ Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, Registro Oficial No. 116, Quito- Ecuador, 10 de Julio del 2000

1.7.9.1 Publicidad Engañosa desde la perspectiva del Derecho de Defensa del Consumidor

Los derechos del consumidor son el conjunto de normas destinadas a la protección de los compradores finales de bienes y servicios. Parten del derecho constitucional que garantiza la obtención de bienes óptimos en calidad, que satisfagan las necesidades de los usuarios. En este sentido, la Ley Orgánica de defensa al consumidor exige por parte del proveedor impartir conocimiento perfecto de los productos que comercializa.

Desde la legislación protectora del consumidor, se regulan los parámetros de la emisión publicitaria con el fin de garantizar campañas y anuncios adecuados para el público. La publicidad falsa o engañosa perjudica seriamente a los consumidores porque se ven defraudadas sus expectativas de consumo y se genera un perjuicio en su patrimonio personal.

Cuando existe una violación de los derechos del consumidor, ya sea por publicidad engañosa o por otra falta diferente, el Defensor del Pueblo es el encargado de captar las denuncias y encaminar los conflictos para una resolución sin instancias judiciales.

El Defensor del Pueblo es una figura representativa de la justicia y equidad, se encarga de aconsejar a las partes y captar sus reclamaciones. Interviene activamente para lograr acuerdos de mediación, a través de etapas de conciliación y audiencias entre las partes.⁴⁷

En caso de no lograr un acuerdo a través del Defensor de Pueblo, éste está en capacidad de emitir un informe motivado no vinculante para el Juez facultado de emitir sanciones.

Las Asociaciones de Consumidores también son competentes para la resolución de conflictos extra judicialmente en materia de derechos del consumidor. Estas organizaciones son reconocidas por la LODC y están constituidas como sujetos independientes que buscan garantizar y proteger los intereses de los consumidores. Un

⁴⁷ Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, Registro Oficial No. 116, Quito- Ecuador, 10 de Julio del 2000

ejemplo de esto es la Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios que viene operando en el país los últimos 17 años.

Adicionalmente, el consumidor puede encontrar apoyo en la Dirección de Defensa del Consumidor del Ministerio de Industrias y Productividad, este organismo se encarga de promover los derechos de los consumidores mediante programas de capacitación y difusión de normativa. Sin embargo, la DIDECO no posee facultad sancionadora en contra de actos violatorios de esta naturaleza.⁴⁸

De acuerdo a lo establecido por el Art. 84 de LODC, es competencia de los jueces de contravenciones de la respectiva jurisdicción el juzgamiento de las infracciones a la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor. En ausencia de los Juzgados de Contravenciones, la Disposición Transitoria Primera de la LODC establecía hasta el año 2009 lo siguiente:

Disposición Transitoria Primer LODC

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

Para el año 2009, esta disposición fue derogada por la La Disposición Reformativa No. 21 del Código Orgánico de la Función Judicial y el Art. 231 del mismo Código. Nuevamente, se otorga competencia en materia sancionadora a los Jueces de Contravenciones. Sin embargo, estos juzgados sólo funcionan de manera parcial y los Intendentes, Subintendentes de Policía y Comisarios Nacionales siguen siendo las

⁴⁸ Competencias de la Dirección de Defensa al Consumidor, Registro oficial No. 269, Quito - Ecuador, 1 ero Septiembre del 2010

autoridades competentes para conocer y juzgar las infracciones cometidas en contra de los derechos del consumidor.⁴⁹

1.7.9.2 Publicidad Engañosa desde el Derecho sancionador de la Competencia Desleal

El Derecho Sancionador de la Competencia desleal tiene por objeto prohibir y castigar los actos de competencia desleal con el fin de consentir el normal desenvolvimiento del mercado y beneficiar a todos quienes intervienen en la actividad comercial.

Los actos de competencia desleal se producen cuando un agente económico infringe en contra de la buena fe del mercado, a través de un hecho inescrupuloso en descrédito de los demás participantes y que en última instancia produce un daño directo en el consumidor. De no haber existido actuación desleal, el comprador hubiera elegido otro producto para satisfacer sus necesidades.⁵⁰

Se considera desleal y engañoso cualquier hecho que de manera real o potencial, induzca al error por parte del público. En la actividad publicitaria, la conducta infractora se produce al emitir una impresión falsa de los productos o servicios para que el consumidor adopte una decisión de consumo inadecuada a sus intereses, en violación a su derecho de información precisa y verdadera que le permita elegir con libertad.

El perjuicio no solamente se da sobre los intereses de los consumidores, sino que las empresas que compiten entre sí en el mercado se ven afectadas directamente por el ambiente hostil inducido por las conductas desleales de otros empresarios.

Los mensajes publicitarios no deben contener información ni imágenes engañosas sobre la naturaleza, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta, usos y procedencia geográfica. De la misma manera, deben omitir las afirmaciones que induzcan a error y

⁴⁹ Código Orgánico de la Función Judicial. Ley s/n, Suplemento del Registro Oficial 544, Marzo-2009.

⁵⁰ Pasquel Enrique y Patrón Carlos, El Derecho de la Competencia Desleal, Lima - Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, págs. 123-130, 2007

que puedan generar un concepto equivocado sobre las características ofrecidas en los productos o prestaciones.

Un acto de esta naturaleza provoca un triple efecto negativo, tanto para el mercado, el fabricante y el consumidor. En este sentido, el competidor que se vea afectado está en la facultad de demandar a la empresa infractora por la conducta desleal cometida.⁵¹

⁵¹Pasquel Enrique y Patrón Carlos, El Derecho de la Competencia Desleal, Lima - Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, págs. 123-130, 2007

CAPÍTULO II

DIAGNOSTICO SITUACIONAL

2 DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Para proteger al consumidor y su opción libre de seleccionar bienes y servicios que satisfagan sus necesidades, La Ley Orgánica de Defensa al Consumidor enumera en el Artículo No 4 los derechos fundamentales de los consumidores, los que se analizarán para efectos de este estudio son:

- El derecho a la protección de la vida, salud y seguridad en el consumo de bienes y servicios, así como a la satisfacción de las necesidades fundamentales y el acceso a los servicios básicos.⁵²
- Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren presentar
- Derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales.
- Derecho a la educación del consumidor, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada de sus derechos.
- Derecho a seguir las acciones administrativas y/o judiciales que correspondan.

Los derechos del consumidor son el límite del sistema de economía de mercado. En este sentido, la libre iniciativa privada es lícita, siempre que cumpla con las normativas legales y derechos inalienables.

Al existir inconformidad con el producto adquirido, el usuario dudará sobre su elección y seguramente meditará mejor sobre las opciones disponibles al momento de comprar. Sin embargo, existen amparos legales a favor del consumidor cuando éste se ve

⁵²Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, Registro Oficial No. 116, Quito- Ecuador, 10 de Julio del 2000

gravemente afectado por vicios, en cuestión de calidad o funcionalidad de los artículos adquiridos.

Un acto violatorio a los derechos del consumidor puede incurrir en una responsabilidad civil cuando existe daño, violación a la norma, relación de causa y un grado de responsabilidad por parte del ejecutor. En este sentido, el consumidor deberá probar que el daño sufrido es consecuencia directa del defecto del producto adquirido y demostrar que si tal defecto no hubiera existido, el daño no se hubiera producido.⁵³

Según el Artículo 87 de LODC.-“*La sentencia condenatoria lleva implícita la obligación del sentenciado de pagar daños y perjuicios al afectado, costas y honorarios*”. Las acciones civiles en materia de defensa al consumidor prescriben a los doce meses contados a partir de la fecha en que se ha recibido el bien o terminado de prestar el servicio, tal como lo establece el artículo No. 31 de la citada Ley.⁵⁴

En el caso que la infracción cometida en contra a LODC sea de una magnitud representante y significativa, se podrá incurrir también en acciones penales. La negligencia de poner en circulación un producto inseguro y riesgoso, que no informa sobre la peligrosidad de su consumo, constituye un delito contra la salud pública conforme a los Art. 429 y 431 del Código Penal. Según la legislación vigente, este tipo de actos serán reprimidos con prisión de tres meses a un año, multa de ocho a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América y la comisión definitiva de los productos.

Art. 429. Código Penal:

“Serán reprimidos con las mismas penas y según las distinciones establecidas en el artículo anterior: El que vendiere o pusiere en venta cualesquiera comestibles, bebidas, sustancias o artículos alimenticios, sabiendo que contienen materias que pueden alterar la salud o causar la muerte....”.

⁵³ Mosset Jorge, Estudio de Responsabilidad civil por Daños, Santa Fe,-Argentina, Rubinzal- Culzoni Editores, 13 de Mayo al 10 de Abril de 1985.

⁵⁴ Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, Registro Oficial No. 116 , Quito- Ecuador, 10 de Julio del 2000

Art. 431 Código Penal.

“Los comestibles, bebidas, sustancias o artículos alimenticios serán comisados y destruidos”.

2.1.1 Dirección de Defensa al Consumidor

La Dirección de Defensa al Consumidor surge a partir del Decreto Ejecutivo No. 1614 publicado en el R.O. 558 del 27 de marzo de 2009, que establece las normas y entidades para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN. En términos generales, esta organización está encargada de la difusión y concientización de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.⁵⁵

Su misión se encuentra definida en el Registro Oficial No.53 del 15 de Julio del 2010 y se basa en promover los derechos y obligaciones de los consumidores, mediante programas de capacitación y difusión. Además, incentiva las relaciones entre entidades nacionales de consumidores para divulgar mejores prácticas en materia de educación al consumo.⁵⁶

La DIDECO presta soporte al consumidor con estudios de calidad sobre los bienes y servicios, informes sobre los procesos de vigilancia de mercado, informes de verificación sobre el cumplimiento de la LODC, talleres y seminarios específicos en materia de consumo etc.⁵⁷

Durante este primer año de existencia, la Dirección ha tenido una actividad participativa mediante foros, ferias, gabinetes itinerantes, charlas y programas de educación también dirigidos hacia los proveedores de bienes y servicios

⁵⁵Decreto Ejecutivo 1614, Normas para la Aplicación de la Decisión 608 de La CAN, Registro Oficial. No. 558, Ecuador, Marzo 2009

⁵⁶ Misión y Funciones de la DIDECO, Oficial No.53 , Quito- Ecuador 15 de Julio del 2010

⁵⁷ Competencias de la Dirección de Defensa al Consumidor, Registro Oficial No.269, Quito- Ecuador, 1ero Septiembre del 2010

En una entrevista realizada al Ing. Juan Pablo Galán, director de La DIDECO, se expone su criterio sobre la cultura ecuatoriana del consumo. (Anexo 1)

El Ing. Galán señala que en el Ecuador aún no existe conciencia ni sentido de responsabilidad sobre lo que se consume. La gente no lee la información de los productos, no conoce el país de fabricación, información nutricional, fecha de caducidad etc.⁵⁸

De la experiencia adquirida durante su gestión en la Dirección de Defensa del Consumidor, comenta que muchos de los productos expendidos en el Ecuador no cumplen con las normas técnicas de rotulado aprobadas por el Instituto Nacional de Higiene y al Artículo 14 de la LODC:

Artículo 14 LODC.- ROTULADO MÍNIMO DE ALIMENTOS.-

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

- a) Nombre del producto;
- b) Marca comercial;
- c) Identificación del lote;
- d) Razón social de la empresa;
- e) Contenido neto;
- f) Número de registro sanitario;
- g) Valor nutricional;
- h) Fecha de expiración o tiempo máximo de consumo;
- i) Lista de ingredientes con sus respectivas especificaciones;
- j) Precio de venta al público;
- k) País de origen; y,
- l) Indicación si se trata de alimentos.⁵⁹

⁵⁸Galán, Juan Pablo, Entrevista DIDECO y conducta del consumidor ecuatoriano, Quito- Ecuador, 19 de Noviembre 2010

⁵⁹ Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, Registro Oficial No. 116, Quito- Ecuador, 10 de Julio del 2000

Según Juan Pablo Galán, el derecho de elegir libremente se basa en la calidad de información y el sentido crítico del consumidor para exigir sus derechos. Un consumo responsable puede prevenir daños irreparables no solo para la economía personal del comprador, sino también para la salud, vida y cuidado al medio ambiente.⁶⁰

Aún cuando la DIDECO ha fortalecido la aplicación y conocimiento de la Ley Orgánica de Defensa al consumidor, sus competencias están limitadas hacia la generación de propuestas para la evaluación y control de las políticas. Lastimosamente, no tiene facultad alguna para implementar sanciones.

De acuerdo a lo establecido por el Art. 84 de LODC, es competencia de los jueces de contravenciones de la respectiva jurisdicción el juzgamiento de las infracciones a la LODC. Hasta la total instauración de los Juzgados de Contravenciones, los Intendentes, Subintendentes de Policía y los Comisarios Nacionales son todavía las dignidades competentes para conocer y juzgar las infracciones contempladas en la presente Ley.

2.1.2 Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios

Tal como indica el Capítulo XI (Artículos 61, 62 y 63) de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, el Estado impulsará la creación de organismos solidarios para representar los intereses individuales o colectivos de los consumidores ante las autoridades judiciales y administrativas, o ante los proveedores.⁶¹

La Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y usuarios es una organización sin fines de lucro que fue fundada en el año 1994 como una asociación de consumidores con personería jurídica e independiente. Su principal objetivo es garantizar, informar y defender los derechos e intereses de los consumidores.

De manera similar a la Defensoría del pueblo, la Tribuna recoge las reclamaciones de los usuarios para iniciar una gestión extra judicial de intermediación entre el

⁶⁰ Galán, Juan Pablo, Entrevista DIDECO y conducta del consumidor ecuatoriano, Quito- Ecuador, Noviembre 2010

⁶¹ Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, Registro Oficial No. 116, Quito- Ecuador, 10 de Julio del 2000

consumidor y el proveedor. Con este sistema, el proceso de reclamación e indemnización es menos complicado y los resultados se generan de manera más efectiva y rápida que por la vía judicial.

Al existir un reclamo, el consumidor debe acudir a estas organizaciones y presentar una carta describiendo la realización de los hechos, este documento debe incluir información del proveedor, datos personales del reclamante, número de cédula y dos copias de los respaldos de la compra como son contratos, facturas, recibos, anuncios publicitarios etc.

Luego de ello, la Tribuna del Consumidor busca llegar a un acuerdo con el proveedor amparándose en los estatutos de la LODC, se piden informes técnicos, inspecciones y reuniones entre las partes. Este medio es muy eficiente, el 70% de los casos recopilados por este organismo se han podido solucionar por la vía extrajudicial.⁶² En el caso de los anuncios publicitarios, la Tribuna se encarga de tratar con los responsables para que corrijan dicha publicidad y rectifiquen.

Sin embargo, cuando la afectación es muy representativa y no puede remediarse por este medio, es necesario iniciar un proceso judicial. En este caso, se debe presentar la reclamación ante los Intendentes y Comisarios Nacionales (mientras entren en función los jueces de contravenciones), la denuncia escrita o acusación particular y los documentos originales que respalden la compra de los bienes defectuosos.

Posteriormente, la Autoridad competente cita a una audiencia oral de juzgamiento a las dos partes, donde el proveedor contesta a las acusaciones realizadas por la parte demandante, se llaman testigos, se analizan los documentos habilitantes o se solicita la realización de informes técnicos, inspecciones y peritajes.

Después de esta comparecencia, si la Autoridad competente tiene claro el problema, la sentencia puede ser dictada en ese momento o extender el plazo hasta tres días después de terminada la audiencia. En caso que alguna de las partes no esté de acuerdo con la sentencia dictaminada, en el plazo posterior de tres días se puede apelar la resolución.

⁶² Manual de Compras, Trabajo de compilación Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios, Quito- Ecuador, Graficas Araujo, pág.4-5, 2010

Los casos más frecuentes que recoge la Tribuna del Consumidor tienen que ver con garantías de equipos, cobro injustificado de telefonía celular e internet, servicios defectuosos y publicidad desleal.⁶³

Reclamaciones sobre la calidad de los alimentos no son analizadas directamente por la Tribuna del Consumidor, sino por la Dirección Provincial de Salud del Pichincha. Sin embargo, esta institución no respondió la solicitud de entrevista que fue hecha el día 19 de Mayo del 2011, por lo que no se ha podido comprobar de manera efectiva la existencia de denuncias relacionadas a daños en la salud por la ingesta de bebidas energizantes.

2.1.3 Características de Los Energizantes e Hidratantes

En el año 2010 un estudiante del Recinto de Ciencias Médicas de Puerto Rico falleció luego de colapsar mientras estudiaba en la biblioteca de esta institución, su muerte está directamente relacionada con el consumo excesivo de bebidas energizantes.⁶⁴

Es importante recalcar que en el Ecuador existen sanciones hacia la comercialización de artículos que pudieran provocar un daño a la salud y a la integridad de los consumidores.

Esto se encuentra tipificado en la Ley Orgánica de Defensa del consumidor en los siguientes artículos:

Artículo 57 LODC.- ADVERTENCIAS PERMANENTES.-

“Tratándose de productos cuyo uso resulte potencialmente peligroso para la salud o integridad física de los consumidores, para la seguridad de sus bienes o del ambiente, el proveedor deberá incorporar en los mismos o en

⁶³ Manual de Compras, Trabajo de compilación Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios, Quito- Ecuador, Graficas Araujo, pág.4-5, 2010

⁶⁴Marrero Rosa, Periódico Primera Hora, <http://www.primerahora.com/exhortanaevitarlasbebidasenergizantesparaestudiararazidemuertedeuniversitario-440342.html>, Puerto Rico, párrafo No. 2, Consulta Agosto 2010.

instructivos anexos, las advertencias o indicaciones necesarias para que su empleo se efectúe con la mayor seguridad posible...

Dicha advertencia deberá constar, además, en toda la publicidad del bien considerado nocivo...”⁶⁵

Artículo 58 LODC.- PRODUCTOS RIESGOSOS.-

“En caso de constatarse que un bien de consumo adolece de un defecto o constituye un peligro o riesgo de importancia para la integridad física, la salud, la seguridad de las personas o del medio ambiente aún cuando se utilice en forma adecuada, el proveedor del mismo deberá sin perjuicio de las responsabilidades a las que hubiere lugar, informar de tal hecho a los consumidores del bien, retirarlo del mercado y cuando sea procedente sustituirlo o reemplazarlo a su costo”.⁶⁶

El INEN tiene la tarea de elaborar un listado de productos considerados peligrosos para el uso industrial, agrícola y doméstico. A partir de esta clasificación, la autoridad Sanitaria Nacional a través de la Dirección General de Salud (en el caso de los alimentos procesados) analiza las cualidades de los bienes para poder emitir la autorización de comercialización.

Además, el Instituto Ecuatoriano de Normalización es el organismo que determina los controles de calidad e impone el cumplimiento de normas técnicas, códigos de prácticas e instructivos para regular las actividades comerciales de los productos clasificados como críticos.

De manera complementaria, en el mes de Febrero del 2011 entra en vigencia el Reglamento para la autorización y control de la publicidad y promoción de alimentos procesados, en concordancia con el derecho constitucional que garantiza la divulgación de información precisa y no engañosa sobre el contenido y características de los productos de consumo.

⁶⁵ Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, Registro Oficial No. 116, Quito- Ecuador, 10 de Julio del 2000

⁶⁶ *Ibidem*

Este reglamento que está emitido únicamente mediante un Acuerdo Ministerial, determina en el Artículo 33 que la base fundamental para la promoción de alimentos es el registro sanitario y la etiqueta aprobada por el Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical "Dr. Leopoldo Izquieta Pérez".⁶⁷

Además, otorga responsabilidad al Ministerio de Salud Pública sobre el control de la publicidad y promoción de alimentos que puedan afectar los intereses y derechos del consumidor. Los mensajes publicitarios deberán ser objetivos e indicar la verdadera naturaleza, composición, calidad, origen y cantidad del alimento. No serán engañosos ni inducirán equivocadamente en la elección del producto, además deberán incluir mensajes que promuevan la alimentación equilibrada, los buenos hábitos e higiene.⁶⁸

La Ingeniera Yolanda Lara del Departamento de Control Sanitario del Ministerio de salud habla sobre el Reglamento y sobre los controles establecidos para el comercio de energizantes. Indica que el objetivo principal de la normativa es garantizar el derecho de los ecuatorianos a disponer de bienes y servicios que sean seguros y de buena calidad, tal como determina la Constitución y la Ley Orgánica de Salud. (Anexo 2)

Sobre los criterios implementados para consentir la comercialización de energizantes en el Ecuador, Yolanda Lara discute sobre los niveles permitidos de cafeína y taurina aptos para el consumo humano. Los productos que cumplan podrán ser comercializados sin problema, por otro lado, toda sustancia que supere los límites lícitos y que pueda crear un riesgo en la salud tendrá una prohibición de venta.⁶⁹

La norma técnica ecuatoriana NTE INEN2 411: 2008 sobre los requisitos para las bebidas energizantes, establece que el contenido de Taurina en estas sustancias no debe ser mayor a 4000 mg/l, que los componentes de la familia de la cafeína no deben ser menores de 250 mg/l ni mayores a 350 mg/l. y que los energizantes deben tener un contenido calórico mínimo de 44 kcal/100 ml.⁷⁰

⁶⁷Reglamento para la autorización y control de la publicidad y promoción de alimentos procesados Acuerdo 00000040 , Art. 33, Registro Oficial 388, 18-de Febrero 2011

⁶⁸ *Ibidem*

⁶⁹ Lara Yolanda, entrevista sobre controles en los energizantes, Quito- Ecuador, 19 de Mayo del 2011

⁷⁰ Instituto Ecuatoriano de Normalización, Norma técnica NTE INEN 2 411:2008, literales: 4.1-4.5 ,2008

Tanto la Norma del INEN como el Reglamento hacen alusión al rotulado de los energizantes y a las contraindicaciones para el consumo de niños, mujeres embarazadas y personas sensibles a la cafeína. Sin embargo, no se exige en la etiqueta una advertencia sobre la mezcla con alcohol y el uso en actividades deportivas.

Aún cuando muchos consumidores no son consientes de leer la información de los envases, éste es el único criterio que interviene sobre la compra y venta de los energizantes.

Otras bebidas de consumo crítico, como el alcohol, mantienen controles más rigurosos sobre el expendio y publicidad. En el artículo No. 26 del Reglamento se prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas que promuevan un consumo excesivo, que asocien el producto con actividades deportivas o que utilicen a deportistas y personalidades públicas para promocionar la compra.⁷¹

Ambos productos son de uso moderado y crítico, sin embargo, las estrategias más populares en el marketing de las bebidas energizantes, son prohibidas para el comercio de bebidas alcohólicas.

En cuestión de la industria, el competidor más representativo de los energizantes es el refresco hidratante. Ambos productos atienden la necesidad de reponer energía, se centran en el mismo segmento poblacional y manejan el mismo esquema de precios que va desde un dólar hasta los tres dólares por unidad. (Tabla 2)

Tabla 2 Energizantes e Hidratantes precios Vigentes⁷²

Energizantes precios vigentes		
<i>Producto</i>	<i>Precio</i>	<i>Presentación</i>
Red Bull	\$ 2,26	250 ml
Cult	\$ 1,95	250 ml
Volcán	\$ 0,62	365 ml
220 V	\$ 0,84	365 ml

⁷¹ Reglamento para la autorización y control de la publicidad y promoción de alimentos procesados Acuerdo 00000040 , Art. 26, Registro Oficial 388, 18-de Febrero 2011

⁷²Supermaxi Mall El Jardín, Investigación de Campo –Natalia Navas, Quito, Noviembre 2010

Hidratantes precios Vigentes		
<i>Producto</i>	<i>Precio</i>	<i>Presentación</i>
Gatorade	\$ 0,91	500 ml
Gatorade	\$ 1,13	591 ml
Tesalia Sport	\$ 0,59	591 ml
Profit	\$ 0,69	500 ml

Fuente: Investigación de Cambo

Elaboración: Natalia Navas

Para puntualizar las diferencias entre las bebidas energizantes y los refrescos hidratantes, se realizó una entrevista a Talía Palacios, experta en nutrición y analista de la Dirección de Defensa al Consumidor. (Anexo 3)

En términos generales, Talía Palacios indica que las bebidas energizantes tienen componentes estimulantes como son la taurina o cafeína. Por otro lado, las bebidas hidratantes son ricas en glucosa, sodio, cloro y potasio, nutrientes que se pierden con el sudor, después de realizar ejercicio o por heces u orina al existir deshidratación por un proceso infeccioso.

Los energizantes, son estimulantes del sistema nervioso central y un consumo desordenado como la mezcla con alcohol, puede provocar un estado de éxtasis muy similar al de las drogas. Trastornan las funciones cardíacas, provocan hipertensión, hiperactividad, dilatación de las pupilas, vómito, actitudes agresivas, cambios de humor inesperado y descontrol en la producción de neurotransmisores que puede provocar dependencia.⁷³

Los síntomas de adicción a las bebidas energizantes son: la necesidad de consumir más y más para obtener el efecto deseado, malestar y cambios de ánimo al dejar de consumir la sustancia y asociar las actividades sociales o laborales para justificar el consumo .

En contraste, las bebidas hidratantes deben ser ingeridas únicamente después de realizar un ejercicio extenuante o a causa de una infección gastrointestinal, no es recomendable

⁷³ Palacios, Talía, Entrevista bebidas energizantes e Hidratantes, Quito- Ecuador, 19 de Noviembre 2010

tomarlas como jugo o bebida refrescante, por su alto contenido de sodio pueden provocar alza de presión, retención de líquidos y afectaciones a los riñones.⁷⁴

Cuando existe confusión entre ambos productos, por ejemplo, cuando se ingiere una bebida energizante para una competencia deportiva, el individuo podría sufrir de taquicardia, fatiga extrema o inclusive un fallo cardíaco por la sobre estimulación generada a partir de la combinación entre la actividad física y los componentes de los energizantes.

Talía Palacios considera que los fabricantes utilizan diferentes tácticas para engañar al comprador, por ejemplo, no informan sobre todos los ingredientes que componen los productos o utilizan nombres comerciales, gráficos, imágenes y publicidad, que sugiere un bien diferente, con propiedades distintas a las originales.

Aún cuando falta mucho camino por recorrer, la nutricionista reconoce que en el Ecuador existen controles para prohibir el expendio y promoción de bienes dañinos para la salud. La entrevistada indica que las principales autoridades de control son el Ministerio de Salud a través de los Comisarios de Salud, el Instituto Ecuatoriano de Normalización y el Instituto Nacional de Higiene.⁷⁵

Cita por ejemplo el Artículo 6 (numerales 21 y 28) de la ley Orgánica de Salud Pública del Ecuador, donde se indican las responsabilidades del Ministerio de Salud y el Artículo 143 de la misma ley que hace mención a la publicidad de alimentos:

Artículo 6 LOSP. Numeral 21. “Regular y controlar toda forma de publicidad y promoción que atente contra la salud e induzcan comportamientos que la afecten negativamente”⁷⁶

Artículo 6.LOSP Numeral 22: “Regular, controlar o prohibir en casos necesarios, en coordinación con otros organismos competentes, la

⁷⁴ Palacios, Talía, Entrevista bebidas energizantes e Hidratantes, Quito- Ecuador, 19 de Noviembre 2010

⁷⁵ Ibidem

⁷⁶ Ley Orgánica de Salud Pública del Ecuador. Ley 67, Registro Oficial Suplemento 423, Quito- Ecuador, 22 de Diciembre del 2006.

producción, importación, comercialización, publicidad y uso de sustancias tóxicas o peligrosas que constituyan riesgo para la salud de las personas.”⁷⁷

Artículo 143 LOSP.- “La publicidad y promoción de los productos sujetos a registro sanitario deberá ajustarse a su verdadera naturaleza, composición, calidad u origen, de modo tal que se evite toda concepción errónea de sus cualidades o beneficios, lo cual será controlado por la autoridad sanitaria nacional.”⁷⁸

En un estudio realizado por la Organización Mundial de la Salud se determina que las enfermedades crónicas del adulto se inician en etapas tempranas de la vida. Según Talía Palacios, los hábitos nutricionales se van formando desde la niñez y adolescencia. Lastimosamente, la influencia de la publicidad irresponsable de alimentos chatarra, ha provocado que la obesidad y desnutrición sean los principales problemas de salud en los niños y adolescentes ecuatorianos.⁷⁹

2.1.4 Consumo de Energizantes

En el año 2008, la empresa Branding Marketing Research realizó un estudio sistemático para medir el desempeño de distintas marcas de bebidas refrescantes en el Ecuador. Los objetivos de este trabajo se basan en definir la estructura del mercado, determinar el nivel de recordación publicitaria y los hábitos de consumo.⁸⁰

La metodología utilizada por la compañía fue la realización de entrevistas personales en domicilios y a individuos entre 12 y 64 años, seleccionados aleatoriamente, sin pre clasificar la muestra por ningún tipo de variable.

⁷⁷ Ley Orgánica de Salud Pública del Ecuador. Ley 67, Registro Oficial Suplemento 423, Quito- Ecuador, 22 de Diciembre del 2006

⁷⁸ Ibidem

⁷⁹ Palacios, Talía, Entrevista bebidas energizantes e Hidratantes, Quito- Ecuador, 19 de Noviembre 2010

⁸⁰ Branding Marketing research, Estudio de Mercado bebidas Hidratantes y Energizantes, Diciembre 2008.

El estudio realizado cubrió las 14 principales ciudades del país que son: Quito, Tulcán, Ibarra, Ambato, Riobamba, Cuenca, Loja, Guayaquil, Esmeraldas, Santo Domingo, Quevedo, Manta, Machala y Portoviejo.

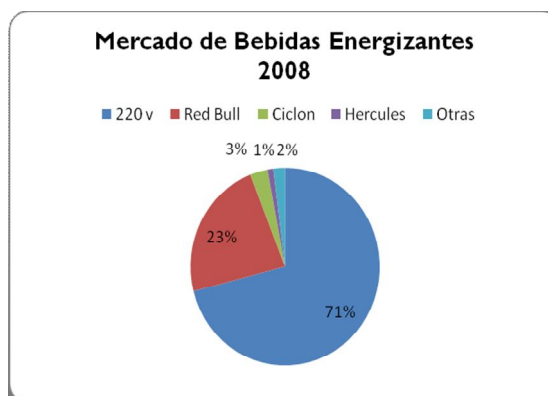
La empresa utilizó una muestra de 4200 individuos, obteniendo resultados a un nivel de Confianza del 95%.

Según este estudio, la frecuencia de compra de los energizantes es semanal, obteniendo un promedio de consumo de 5.3 veces al mes, 63.6 veces al año. Además, el 70% de los consumidores nombraron como marca más recordada a 220 V y en segundo lugar a Red Bull. Siendo estas dos las más populares en el mercados ecuatoriano.

En el año 2008 la estructura respecto a la repartición del mercado de bebidas energizantes, según participación por marcas, respondía de la siguiente manera.

(Figura 1).⁸¹

Figura 1 Mercado de Bebidas Energizante



Fuente: Branding Marketing Research /

Elaboración: Natalia Navas

De manera complementaria, para esta investigación se realizó un estudio de campo en el mes de Octubre 2010 para analizar el comportamiento actual y el conocimiento que

⁸¹ Branding Marketing research, Estudio de Mercado bebidas Hidratantes y Energizantes, Diciembre 2008.

tiene el mercado Quiteño sobre el consumo de bebidas energizantes e hidratantes. En este caso, el tamaño de la muestra comprendió 400 personas entre 15-29 años y el nivel de confianza de la encuesta esta auto-determinada en 98%. (Anexo 4)

La información recopilada sirve de sustento para responder la pregunta que plantea la hipótesis de este trabajo, misma que postula: ¿En el Ecuador la publicidad de bebidas energizantes es engañosa y por tanto ilegal?

A partir de la tabulación de datos, se pudo establecer que el 70% de los encuestados han consumido por lo menos una vez en su vida un refresco energizante.

El principal motivo de consumo es para tener mayor energía (37%). Otras razones que justifican la compra fueron el sabor, stress en el trabajo, mantener la vigilia y por moda. (Tabla No.3)

Tabla 3 Razones de consumo energizantes

Razones de consumo energizantes	No Dormir	Energía	Sabor	Stress trabajo	Moda
Hombres (número de personas encuestadas)	38	80	42	17	23
Mujeres (número de personas encuestadas)	32	70	37	29	32
	70	150	79	46	55
	18%	38%	20%	12%	14%

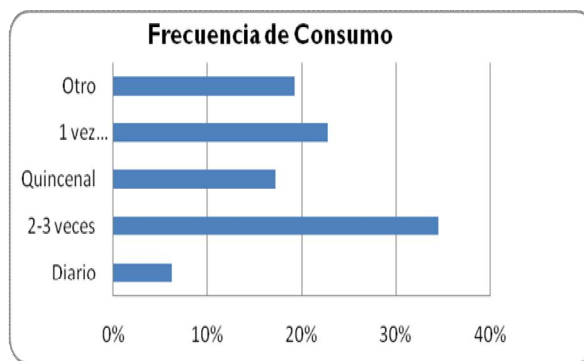
Fuente: Investigación de campo- Octubre 2010

Elaboración: Natalia Navas

Los sitios más frecuentes de compra son las tiendas de barrio y las diferentes cadenas de supermercados a nivel nacional. Estos resultados coinciden con los expuestos en el Estudio Nacional de mercado realizado por la empresa Branding Marketing Reserch. En

cuanto a la frecuencia de consumo, el 35% de los encuestados consumen energizantes con una frecuencia de 2-3 veces por semana. (Figura 2).

Figura 2 Frecuencia de Consumo

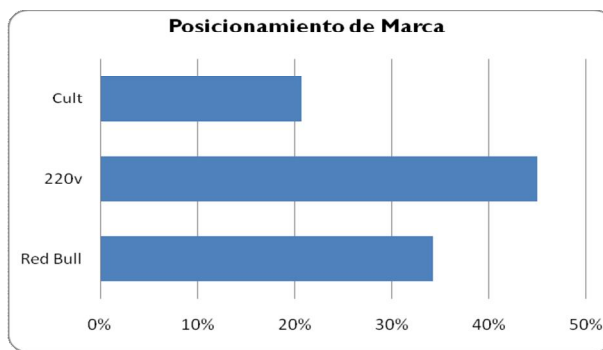


Fuente: Investigación de campo

Elaboración: Natalia Navas – Octubre 2010

Entre las marcas más posicionadas de energizantes están en primer lugar 220 V y en segundo lugar Red Bull. (Figura 3). El posicionamiento de una marca, se refiere a la posición que tiene un producto en la mente del usuario, el grado de recordación y la familiaridad que existe con los símbolos distintivos de dicho producto. Si bien este concepto es complementario a la participación del mercado, no se refiere al nivel de ventas.

Figura 3 Posicionamiento de marca



Fuente: Investigación de campo- Octubre 2010

Elaboración: Natalia Navas

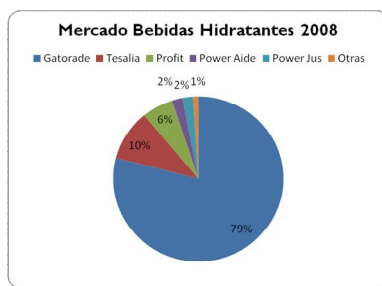
Por otra parte, la marca que obtuvo mayor fidelidad en el consumidor fue 220 V con el 38% y muy de cerca le sigue Red Bull con el 37% .Este indicador se midió preguntando a los encuestados sobre la marca de energizantes que más consumió en el último mes.⁸²

2.1.5 Consumo de Hidratantes

En cuanto a las bebidas hidratantes a nivel nacional, según Branding Marketing reserch, el consumo promedio está entre 2 y 3 veces por semana, 8.4 veces al mes, 100.8 veces al año.⁸³

Además, Gatorade es la primera marca en la mente del consumidor, seguida por Tesalia Sport y Profit. La recordación publicitaria se da con mayor fuerza en la región Costa, existiendo mayor reconocimiento de las marcas Gatorade y Tesalia Sport. Para el año 2008, la estructura respecto a la repartición del mercado de bebidas hidratantes respondía de la siguiente manera (Figura 4)⁸⁴:

Figura 4 Mercado de bebidas Hidratantes



Fuente: Brandan Marketing resectar

Elaboración: Natalia Navas

Por otra lado, según la investigación de campo realizada por la autora, el 75% de los encuestados declaran haber consumido un refresco hidratante por lo menos una vez en

⁸² Investigación de campo- Octubre 2010, Natalia Navas

⁸³ Branding Marketing research, Estudio de Mercado bebidas Hidratantes y Energizantes, Diciembre 2008

⁸⁴ *Ibidem*

la vida⁸⁵. Las razones principales de compra son práctica de deportes, sabor agradable y calmar la sed. (Tabla No.4)

Tabla 4 Razones de consumo hidratantes

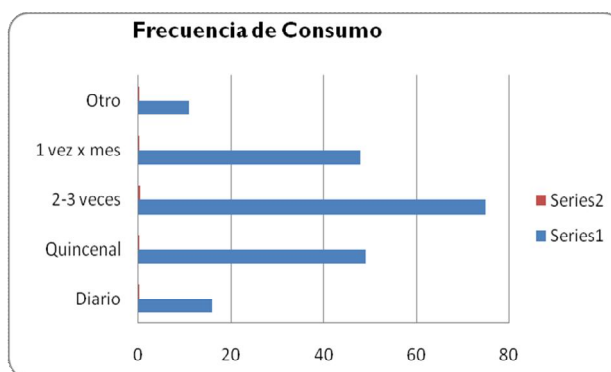
Razones de consumo hidratantes	Sed	Hidrata	Sabor	Deporte	Curiosidad
Hombres (número de personas encuestadas)	27	27	63	66	16
Mujeres (número de personas encuestadas)	47	27	46	62	19
	74	54	109	128	35
	19%	14%	27%	32%	9%

Fuente: Investigación de campo

Elaboración: Natalia Navas

En cuanto a la frecuencia, esta variable no se ha incrementado desde el año 2008. El 32% de los encuestados compran estos refrescos con una frecuencia de 2-3 veces por semana (Figura 5).

Figura 5 Frecuencia de consumo



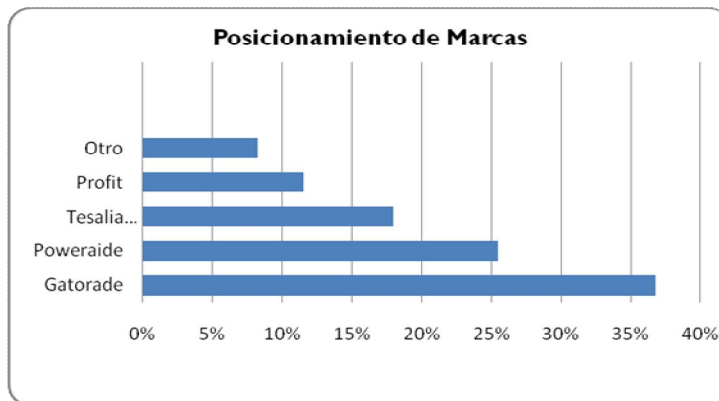
Fuente: Investigación de campo

Elaboración: Natalia Navas

Los resultados muestran también, que las marcas de hidratantes más reconocidas por los Quiteños son Gatorade y Poweraide (Figura 8).

⁸⁵ Navas Natalia, Investigación de Campo, Quito- Ecuador, Octubre 2010

Figura 6 Posicionamiento de Marcas

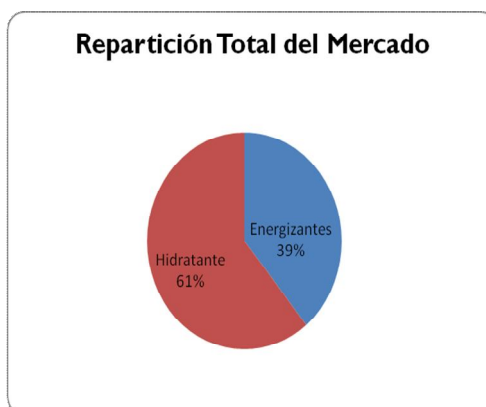


Fuente: Investigación de campo

Elaboración: Natalia Navas

En términos generales, según la información proporcionada por Marketing Branding Reserch y las tendencias resultantes de la investigación de campo. El mercado de refrescos hidratantes y energizantes responde a la siguiente estructura y repartición. (Figura 3)⁸⁶

Figura 7 Repartición total del mercado



Fuente: Brandan Marketing reserch

Elaboración: Natalia Navas

⁸⁶ Branding Marketing research, Estudio de Mercado bebidas Hidratantes y Energizantes, Diciembre 2008

2.2 CONOCIMIENTO DEL PRODUCTO

El segundo objetivo del trabajo de campo fue evaluar el grado de conocimiento del consumidor con respecto a las bebidas energizantes e hidratantes. En el Artículo 2 de La Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, se establece que la información básica comercial consiste en los datos, instrucciones, antecedentes, indicaciones o contraindicaciones suministradas obligatoriamente por el proveedor al comprador.

La marca Red Bull, en cumplimiento con la normativa ecuatoriana para el expendio de energizantes, presenta el rotulado mínimo de alimentos, con información de origen, composición y las respectivas advertencias de consumo para personas diabéticas y menores. (Figura 8 y 9).

En el Caso de 220 V, además de mostrar los ingredientes que forman su receta, hace una advertencia más completa sobre el consumo del producto y la peligrosidad de ingerir energizantes con alcohol y después de realizar esfuerzo físico. (Figura 10)

Sin embargo, tal como afirma Juan Pablo Galán, el comprador no siempre lee las etiquetas de los productos y la información percibida por el público proviene de la publicidad. De los 400 encuestados, solo el 23% conocía la composición y los efectos provocados por las bebidas energizantes en la salud. (Tabla No. 5)

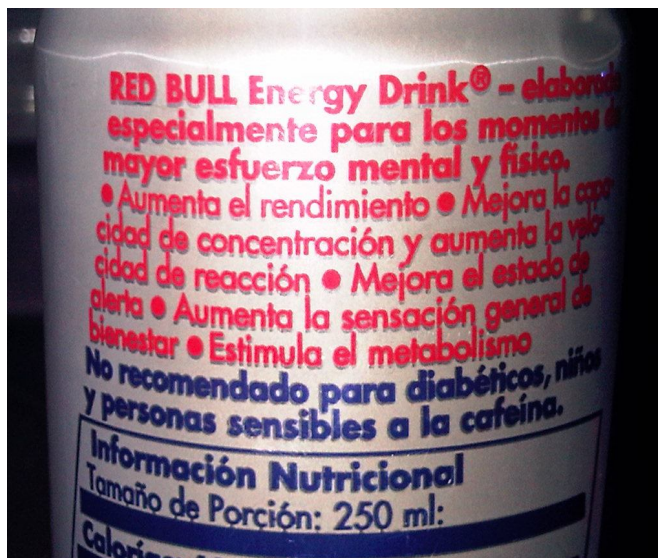
Tabla 5 Conocimiento del producto

Conocimiento del producto	SI	NO
Conoce los efectos del consumo de energizantes para la salud?	103	297
Conoce la fórmula de las bebidas energizantes?	59	341
Considera estar bien informado sobre los efectos provocados por el consumo de energizantes	112	288
	23%	77%

Fuente: Investigación de campo

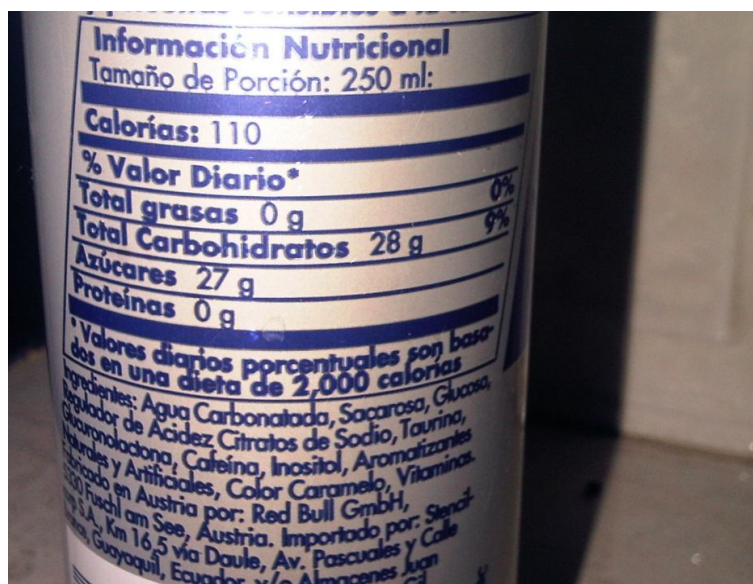
Elaboración: Natalia Navas

Figura 8 Red Bull rotulado de alimentos



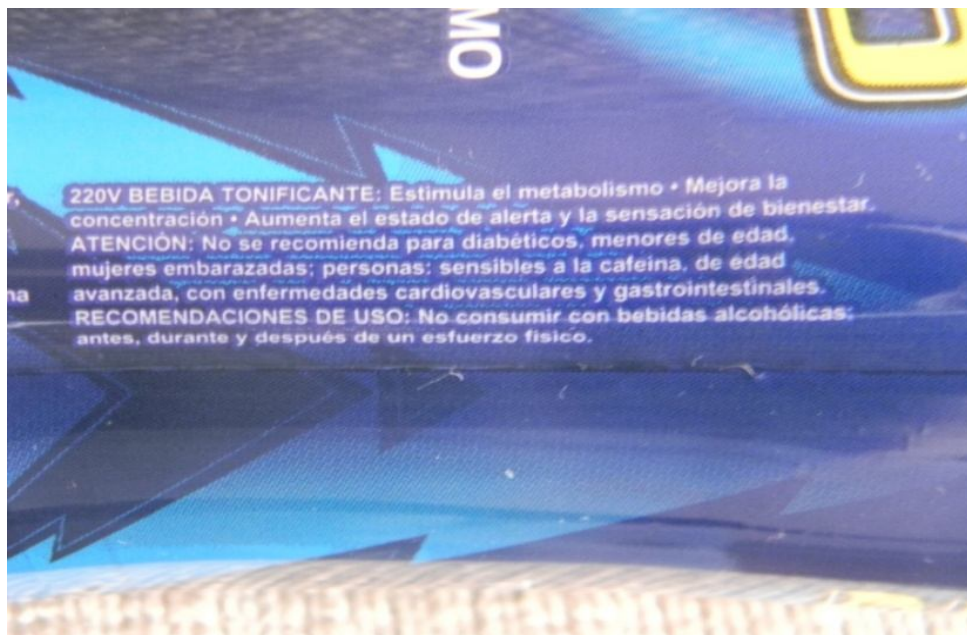
Fuente: Fotografía Envase de Red Bull. Natalia Navas

Figura 9 Red Bull Información Nutricional



Fuente: Fotografía Envase de Red Bull. Natalia Navas

Figura 10 Etiqueta 220 V



Fuente: Fotografía Envase de 220 V. Natalia Navas

El resultado de las encuestas no solo revela el desconocimiento, inclusive se percibe un grado importante de confusión entre las características y propiedades de los hidratantes y energizantes (Tabla 6).

Tabla 6 Mal uso del Producto

Mal uso del producto	SI	NO
Alguna vez ha consumido energizantes antes de una práctica deportiva?	166	234
	41%	59%

Fuente: Investigación de campo

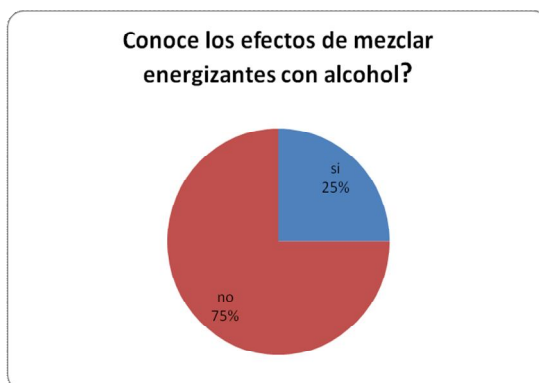
Elaboración: Natalia Navas

Como expuso Talía Palacios en la entrevista realizada, es muy peligroso consumir bebidas energizantes para la realización de una práctica deportiva. Los componentes

estimulantes de estos productos podrían provocar serios daños a la salud. Según los resultados de la encuesta, el 41% de las personas han ingerido bebidas energizantes para su práctica deportiva.

Por otro lado, el 75% de los encuestados desconocen los efectos de mezclar energizantes con alcohol. (Figura 12). En este sentido, Talía Palacios también advierte sobre este uso incorrecto, básicamente porque genera en el consumidor hipertensión, hiperactividad, actitudes agresivas y cambios drásticos de humor.

Figura 11 Efectos



Fuente: Investigación de campo/

Elaboración: Natalia Navas

A partir de estas cifras, se puede concluir que no existe información suficiente sobre los efectos secundarios provocados por el mal uso de los energizantes. Un alto porcentaje de las personas encuestadas recuerdan y pueden identificar la publicidad emitida por las diferentes marcas que comercializan este producto (Tabla 7), sin embargo, el 76% no percibe ningún tipo de advertencia sobre su consumo.

Tabla 7 Publicidad recordada

Publicidad Recordada	220 v	Red Bull	Otros
Hombre	80	100	20
Mujer	80	83	37
	160	183	57
	40%	46%	14%

Fuente: Investigación de campo

Elaboración: Natalia Navas

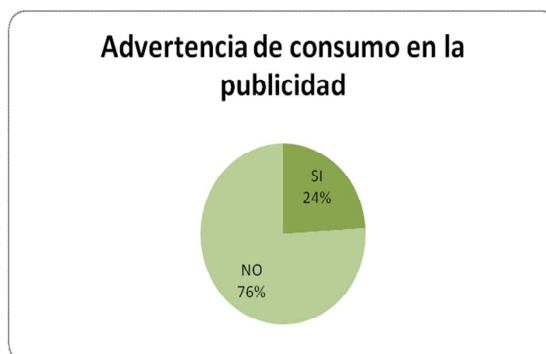
Tabla 8 Advertencia Consumo

Advertencia consumo	SI	NO
En la publicidad que recuerde, se hace alguna advertencia sobre el consumo	96	304
	24%	76%

Fuente: Investigación de campo

Elaboración: Natalia Navas

Figura 12 Advertencia de consumo en la publicidad



Fuente: Investigación de campo

Elaboración: Natalia Navas

Una estrategia importante que utilizan Red Bull y 220V es presentar su imagen a través de la promoción de competencias deportivas de riesgo extremo como son: el motociclismo, carreras de fórmula uno, parapente, windsurf entre otras. Promocionar la marca con este tipo de eventos, puede provocar confusión al público que equivocadamente comprará el energizante con la finalidad de mejorar su práctica deportiva. (Anexo 5).

Una imagen similar proyecta la marca de Hidratantes Gatorade. Sus comerciales están protagonizados por deportistas, logrando asociar fácilmente la bebida con la práctica de actividad física. Contrariamente al caso de los energizantes, la configuración de la publicidad de Gatorade sí emite un mensaje correcto sobre la funcionalidad y propiedades de la bebida. (Anexo 6)

Según el Dr. Enrique Aguilar, responsable del departamento de Salud mental del Ministerio de Salud Pública, los energizantes sí se usan en la actividad deportiva como estimulantes, un caso conocido se da en las competencias futbolísticas en las ligas barriales.⁸⁷

Por su composición, los energizantes producen energía, disminuyen el hambre por lo que la persona no tiene la necesidad de comer durante el tiempo que realiza actividad física y además, mantienen al deportista en un estado de vigilia y alerta. Desde el año 1990 el Comité Olímpico Internacional considera la ingesta excesiva de cafeína como una práctica de dopaje.

Aún cuando el entrevistado no conoce sobre casos de afectación o muerte relacionados con el consumo de estos productos, reconoce que ingerir energizantes en las prácticas deportivas es peligroso y genera afectaciones al sistema cardiovascular e inclusive un fallo cardíaco. La ingesta excesiva de cafeína podría provocar intoxicación y síntomas de agitación, ansiedad, insomnio, taquicardia y en casos extremos la muerte. (Anexo 7)

⁸⁷ Aguilar, Enrique, Entrevista bebidas energizantes y la práctica deportiva, Quito- Ecuador, 19 de Mayo del 2011

Cuando el consumidor ingiere energizante para la realización de prácticas deportivas, deja de comprar bebidas hidratantes que son las que en realidad se han fabricado y recomendado para reponer las sustancias que pierde el cuerpo con la actividad física.

En una muestra de 400 personas, 166 ingirieron equivocadamente bebidas energizantes para hacer deporte. Tomando en consideración un precio promedio para los Hidratantes de 0.83 y para los energizantes de 1.40, la confusión publicitaria y mala utilización del producto generó a favor de las bebidas energizantes un ingreso adicional de USD 232.40 y una pérdida de USD 137.78 para los refrescos hidratantes.

	Hidratantes	Energizantes
Precio Promedio	UDS 0.83	USD 1.40
Personas que consumen para realizar actividad deportiva	234 personas	166 personas
Ingreso por venta de bebidas para la realizar prácticas deportivas	USD 194.22	USD 232.4

Dejan de percibir los productores de las bebidas hidratantes:

$$166 \times \text{USD}0,83 = \text{USD}137,78$$

Perciben los productores de las bebidas Energizantes:

$$166 \times \text{USD}1,40 = \text{USD}232,4$$

La publicidad engañosa no solo afecta al consumidor porque le induce a comprar un producto que no satisface sus necesidades, que además está siendo utilizado de una manera equivocada y riesgosa para la salud. La deslealtad también crea una ventaja ilegítima en el productor de bebidas energizantes y provoca una afectación económica para su competencia. En caso de no haberse realizado la publicidad desleal, es posible que el consumidor haya adquirido un producto hidratante para la realización de la práctica deportiva.

CAPÍTULO III

3 NORMATIVA SANCIONADORA EN CONTRA DE LA COMPETENCIA DESLEAL

La economía de mercado se sustenta en un modelo competitivo que exige claridad, diferenciación entre las ofertas de los proveedores, actuación de los competidores según propio esfuerzo, respeto a las leyes y libertad de decisión por parte del consumidor.

El derecho de competencia tiene dos ramas fundamentales que son La Defensa a la Competencia y la Competencia Desleal. Ambas estructuras son diferentes pero complementarias, en este sentido, el derecho de defensa a la competencia es equivalente a la obligación que tienen los proveedores de competir. Esta legislación prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas (monopólicas y oligopólicas), controla y corrige las concentraciones empresariales para fomentar la eficiencia económica en los mercados y obtener el mayor bienestar de los consumidores.

Por otro lado, el Derecho de Competencia desleal se basa en evitar los “golpes bajos” de la competencia. Esta legislación tiene por objeto prohibir, evitar, desalentar y sancionar los actos de competencia desleal para permitir el normal desenvolvimiento de las actividades comerciales y traer beneficios para los agentes económicos. A diferencia de la Legislación de Defensa a la Competencia, esta normativa corrige las desviaciones que se pueden dar entre competidores a través de la eliminación de los actos de competencia desleal.⁸⁸

La normativa en contra de la competencia desleal surge en el siglo XIX en los países europeos industrializados. El sistema capitalista pone en evidencia la necesidad de poner límites al tráfico económico y establecer normas de comportamiento para los competidores que pudieran perjudicar a otras empresas a través de actos inescrupulosos.

⁸⁸ Cabanellas, Guillermo, Derechos Intelectuales, Buenos Aires- Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, pág. 115, 2003

En un principio, estas pautas surgen para guardar los intereses exclusivos de los empresarios y como un alcance de los derechos de Propiedad Intelectual.⁸⁹ La premisa básica para considerar una operación desleal, era la exigencia que el ejecutor de dicho acto fuera competidor directo del empresario afectado. Si no existía una relación directa entre ambos, no existía competencia y por ende tampoco competencia desleal.

Sin embargo, el derecho Anti trust que se emplea actualmente en los Estados Unidos y que tuvo su primera manifestación en el año 1890 con el Sherman Act ,⁹⁰ se basa en la integración indisoluble de competidores y consumidores para corregir los abusos que pueden generarse en libre mercado. Evidentemente, el sistema económico se constituye gracias a la interacción continua y permanente de ambos actores, sin empresas no existe consumo y sin consumidores no existen ni la industria ni el comercio.

Los actos desleales surgen cuando los empresarios limitan esfuerzos, realizando prácticas ilegítimas en perjuicio del conjunto de la sociedad y especialmente del entorno de competencia.⁹¹ En este sentido, los elementos fundamentales son la apropiación del esfuerzo ajeno y todo acto contrario a la buena fe.

Partiendo de este razonamiento, en la actualidad, las manifestaciones de competencia desleal se ven simultáneamente investigadas por la normativa de protección al consumidor y la legislación de propiedad intelectual. Muchos actos desleales se originan a partir de un hecho que obstaculice la libre elección de los consumidores y que hace provecho ilegítimo de una ventaja significativa en el mercado.

Por los intereses diversos que abarca la normativa en contra de la competencia desleal, surge la necesidad de una cláusula general prohibitiva que pueda ser aplicable de manera absoluta para beneficio del consumidor, de las empresas y del ambiente competitivo. En los inicios de la normativa, el criterio para determinar un acto desleal era la violación a las buenas costumbres y a las normas de honestidad comercial. Sin embargo, este pensamiento utiliza un análisis exclusivamente empresarial, donde las

⁸⁹ Bercovitz Alberto , Rodríguez Cano, Apuntes de Derecho Mercantil, España, Editorial Aranzadi A Thomson Company, págs. 285-289, 2002

⁹⁰ Pasquel Enrique y Patrón Carlos, El Derecho de la Competencia Desleal, Lima Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, págs. 121-125, 2007

⁹¹ *Ibidem*

compañías estaban facultadas para competir cualquier clase de abuso y engaño en contra de los consumidores.⁹²

En la actualidad, para que una acción sea considerada desleal y por lo tanto ilegal, basta que ésta pueda perjudicar a la estructura formal del mercado o a la confianza inherente entre sus actores. Es imperativa una conducta contraria a la buena fe objetiva, sin embargo se suprime la existencia de pruebas de que dicha acción haya generado un daño real y la relación directa en entre el sujeto activo y pasivo.⁹³

3.1 CATEGORIZACIÓN DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

A continuación se introducen los actos de competencia desleal, según la siguiente clasificación:

3.1.1 Aprovechamiento de los esfuerzos de otros participantes en el mercado

En el aprovechamiento de los esfuerzos de otros participantes, se hace uso de los productos, servicios e información ajena para promocionar un artículo propio o para generar provecho personal del esfuerzo empresarial de la competencia.

a) Confusión:

La falta de distinción entre un signo o diseño diferenciador de una marca, en relación con bienes de la misma naturaleza, puede impedir al público identificar el origen de productos diferentes. Cualquier actividad que se dirija a crear un riesgo de confusión en

⁹² Bercovitz Alberto y Rodríguez Cano, Apuntes de Derecho Mercantil, España, Editorial Aranzadi A Thomson Company, págs. 348. 2002,

⁹³ Pardo, José Esteve, Gardella Mercè Damacullela, Competencia desleal Breviarios Jurídicos, Madrid – España, Editorial IUSTEL, págs. 40-45, 2007

el mercado, acerca de la identidad empresarial o las características distintivas de un producto es considerado ilícito y desleal.

El riesgo de confusión existe al pretender registrar un medio identificador de iguales o similares características por parte de un tercero, o cuando se intente usarlo en el mercado sin previo permiso.⁹⁴

El registro de una marca o signo distintivo faculta a su titular para ejercer acciones en contra de un tercero que haga uso indebido o no autorizado de su derecho de exclusividad. Esto se da especialmente con el empleo de signos, productos o servicios que sean de la misma naturaleza, que puedan provocar un efecto de confusión en el consumidor y una afectación económica por parte del titular del registro. La prohibición a terceros se encuentra tipificada en el Artículo 217 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Para la prohibición del registro de una marca, basta que el diseño diferenciador pueda afectar la buena fe de la industria y del público en general. Se presume la existencia de mala fe, cuando una empresa conoce la existencia de un registro de exclusividad y de todas maneras utiliza los elementos registrados para promocionar bienes y servicios de diferente naturaleza.⁹⁵

Indudablemente, los competidores pueden imitar los aspectos implementados en la industria cuando no existe un derecho de exclusividad de uso. Según el artículo 194 de LPI (Capítulo VIII de las Marcas) los signos distintivos que sean susceptibles a representación gráfica podrán ser registrados como marcas.

Sin embargo, de acuerdo al Artículo 195 de la misma normativa, no podrán registrarse aquellas formas usuales de los productos o sus envases genéricos, tampoco formas que den una ventaja técnica al bien implementado. De la misma manera, los colores aisladamente considerados sin delimitación por una forma específica y todo lo que infrinja la moral pública no podrá constituirse como una marca legalmente registrada.⁹⁶

⁹⁴Antequera, Ricardo, *Estudio de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, Bogotá – Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, págs. 212- 219

⁹⁵Casado, Alberto, *Tratamiento de Marcas y protección a los consumidores*, Madrid – España, Editorial Tecnos, págs. 75-78, 2000

⁹⁶ Ley de Propiedad Intelectual, Registro Oficial 426, Quito- Ecuador, 28 de Diciembre 2000

Como el objetivo principal de una marca es el carácter distintivo, está no debe permitir ningún tipo de confusión con otra. En términos generales, existen dos tipos diferentes de confusión, la confusión directa y la confusión indirecta. En el primer caso, confusión directa se trata de los mismos productos y los signos distintivos son iguales o sustancialmente similares entre ellos.

Por otra parte, en el riesgo de asociación o confusión indirecta no existe identidad o similitud entre los elementos distintivos. Sin embargo, su presentación sugiere al consumidor que los productos pertenecen al mismo origen empresarial o a la misma familia de marcas.

Para que exista riesgo de confusión indirecta, es necesario que las marcas afectadas por el efecto falso de asociación estén registradas y activamente presentes en el mercado. En este caso, la gravedad de la asociación radica en que el consumidor puede equivocarse su criterio sobre la naturaleza y origen de un producto.

Al analizar el cotejo marcario, es imprescindible definir la impresión general que el signo ha generado en el consumidor medio. Esta visión en conjunto, parte de la totalidad de los elementos empleados como son la fonética, configuración, gráfica de nombres etc. En términos generales, los efectos de confusión se pueden generar a partir de estímulos visuales, auditivos o ideológicos.

La confusión visual se genera cuando los signos distintivos (palabras, diseño, frases, formas, dibujos) son similares a simple vista. Comprende un grado de imitación en cuanto a la estructura ortográfica, envases, etiquetas, tipo de letra o combinación de colores utilizados por las marcas imitadas. El riesgo de confusión visual se da a través de los diferentes elementos distintivos que se ponen a la vista del consumidor.

La confusión auditiva o fonética se presenta en las marcas nominativas, aún cuando se trate de palabras con diferente escritura pero pronunciación similar. Esto puede

depender de las sílabas empleadas, así como de una coincidencia entre las raíces y terminaciones de las palabras.⁹⁷

Esta situación es bastante frecuente en los nombres y marcas escritas en idioma extranjero, así como en las palabras de fantasía. Sin embargo, la similitud fonética tiene particular importancia al tratarse de bienes y servicios de la misma clase, o que existe entre ellos algún vínculo competitivo. Caso contrario, no habría impedimento para la coexistencia de marcas y nombres fonéticamente similares.

Finalmente, la confusión ideológica se presenta cuando dos nombres evocan los mismos conceptos e ideas en sus marcas. En este sentido, cuando el usuario recuerda dos conceptos iguales, el riesgo de confusión es inevitable, inclusive al tratarse de signos que no tengan una configuración visual o auditiva similar.⁹⁸ Un ejemplo de ello es la confusión ideológica que generan las marcas de bebidas energizantes cuando relacionan su producto con la práctica deportiva.

La confusión conceptual se puede manifestar al comparar elementos distintivos con otros previamente existentes. Por ello, en las marcas gráficas no solo es relevante la imagen visual, sino también el concepto que evoca.

Los actos de confusión tienen un triple impacto negativo en el mercado. En primer lugar, brindan una ventaja competitiva indebida a los competidores desleales que hacen uso del posicionamiento ajeno. En segundo lugar, afectan a los fabricantes cuya imagen y reputación se ven debilitadas por la práctica desleal. Por último, induce a un consumo equivocado por parte del comprador, porque el usuario adquiere un producto en lugar de otro.

b) Sustracción o explotación de secretos profesionales:

Otra modalidad clásica de competencia desleal dentro de esta categoría es la sustracción o explotación de secretos profesionales. Sin embargo, para que exista un acto de

⁹⁷ Antequera, Ricardo, Estudio de Derecho Industrial y Derechos de Autor, Bogotá –Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, págs. 212- 219, 2003.

⁹⁸ *Ibidem*

competencia desleal, se precisa la existencia de un secreto empresarial digno de protección.

Los actos de competencia desleal son considerados independientemente de la existencia de pruebas que demuestren un daño efectivo. Por ello, el empresario poseedor del secreto debe tener un criterio estricto en cuanto a quiénes comparten la información y expresar claramente la condición de secreto, el cual debe mantenerse obligatoriamente como tal.⁹⁹

Como es evidente, exponer un secreto industrial puede suponer la pérdida de una ventaja competitiva. Por este motivo, si la información se refiere a algo intrascendente en las relaciones empresariales, no valdría la pena aplicar esta categoría.

Confundir al consumidor, crear una falsa relación entre marcas de diferente origen o explotar información confidencial, son prácticas que pretende usurpar la aceptación y las ventajas competitivas desarrolladas por las marcas comerciales más posesionadas.

3.1.2 Ataques directos a empresas participantes en el mercado

El segundo grupo de actos de competencia desleal, tienen que ver con los ataques directos hacia otros participantes del mercado.

a) Denigración

La denigración consiste en tratar de perjudicar al competidor o a su producto mediante la desacreditación de su reputación. Este acto se manifiesta en tono estrictamente personal, emitiendo comentarios u opiniones en referencia a la raza, sexo o apariencia física del competidor, sin mencionar los productos o servicios ofertados por éste.

⁹⁹ Bercovitz Alberto y Rodríguez Cano, Apuntes de Derecho Mercantil, España, Editorial Aranzadi A Thomson Company, pág. 360 2002

Se considera desleal la exposición de esta información, aún cuando se trate de manifestaciones exactas, verdaderas y comprobables. En todo sentido, estas prácticas son impertinentes y no se sujetan a pruebas de lo contrario, tal como lo manifiesta el Artículo No. 9 de La Ley 3/1991 de Competencia Desleal en España.

Artículo 9 LCD. Actos de denigración.

“Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y **pertinentes**.

En particular, no se estiman **pertinentes** las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.”¹⁰⁰ (El subrayado y la negrilla no pertenecen al texto original.)

En este sentido, los comentarios emitidos en relación con la competencia tienen que ser objetivos, eliminando el uso de criterios nacionalistas, religiosos, ideológicos o circunstancias personales del afectado.¹⁰¹ Deben ser elementos que permitan comparar objetivamente los productos ofrecidos, en beneficio informativo de los consumidores y usuarios.

b) Inducción a la infracción contractual

En la inducción a la infracción contractual, se intenta perjudicar deslealmente a la competencia incitando a los proveedores, clientes y personas involucradas con el fabricante- competidor a violar los deberes contractuales y relaciones comerciales pre-establecidas.¹⁰²

¹⁰⁰ La Ley 3/1991 de Competencia Desleal, Madrid- España. Enero 1991

¹⁰¹ Foro Iberoamericano de Agencias Gubernamentales de Protección al Consumidor (FIAGC), <http://www.fiagc.org/>, net, Consulta: Septiembre 2010

¹⁰² Pardo, José Esteve, Gardella Mercè Darnaculleta, Competencia desleal Breviarios Jurídicos, Madrid – España, Editorial IUSTEL, págs. 55-59, 2007

Aunque no se hubiese pactado en el contrato la prohibición de competencia, esta conducta se considera prohibida porque es una manifestación expresa de mala fe comercial. El incumplimiento de los deberes por parte de un contratante, así como la terminación unilateral o inducida de la relación jurídica contractual, puede valorarse como un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.

Tras de la inducción a la infracción contractual, se halla una disputa por captar clientes y factores de producción que pueden ser personas, o recursos materiales e inmateriales. En sí, querer obtener ventajas sobre la competencia es la base del libre mercado, sin embargo, su peligrosidad radica en violentar las situaciones contractuales entre terceros y la afectación provocada hacia la confianza entre los actores del mercado.

Evidentemente, no se considera un acto de competencia desleal el ofrecer mejores condiciones a los trabajadores de una empresa, sin embargo, sí es desleal el uso de engaños para adquirir información confidencial o que un ex empleado contacte a los clientes de su antigua empresa sin indicar que ya no trabaja en ésta.

3.1.3 Actos que impiden el funcionamiento regular del mercado

Los casos detallados anteriormente, tratan sobre las afectaciones que sufren las empresas ante hechos de competencia desleal. Sin embargo, existen una serie de acciones que no solo perjudican a un competidor determinado, sino que afectan a toda la industria.

a) Acto de Engaño

Este hecho, impulsa a la clientela hacia tomar una decisión errónea sobre los productos o servicios que adquiere para su consumo. Además, el vendedor- fabricante del producto original deja de percibir ingresos por la creación de un concepto equivocado.

Los medios más utilizados para inducir al engaño son: la difusión de información incorrecta y la omisión de hechos relevantes sobre la naturaleza, modo de fabricación, calidad, usos y cantidad del producto.

Esto incluye la utilización de expresiones que pueden inducir al error sobre la procedencia geográfica de un producto o servicio, particularmente, el empleo no autorizado de denominaciones de origen, tipo, modelo, sistema, clase o cualquier otra similar.

Es también desleal, explotar bondades de un bien como exclusivas cuando la competencia tiene similares características, o afirmar la posesión de premios y distinciones que no tengan vigencia o de los cuales no se tenga un resultado cierto.

Aún si los mensajes están configurados de una manera adecuada y son aparentemente lícitos, hay un acto desleal cuando existe dificultad de interpretación, ambigüedad, y circunstancias que generen engaño.

En términos generales, existen tres casos diferentes de engaño. Primero, engaño explícito generado a partir de la emisión de indicaciones incorrectas o falsas; segundo, engaño por omisión cuando se oculta información relevante del producto y tercero engaño por inducción generado por cualquier otra práctica de incitación al error.¹⁰³

b) Infracción a las Leyes

Es también un acto de competencia desleal la obtención de ventajas representativas por medio de infracciones a las leyes. Como regla general, para que exista competencia desleal por violación de normas se requiere la existencia de los siguientes elementos: Primero, que exista una infracción del marco legal; y segundo, que dicha infracción origine una ventaja competitiva significativa.¹⁰⁴

¹⁰³ Pasquel Enrique y Patrón Carlos, *El Derecho de la Competencia Desleal*, Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, págs. 133-143, 2007

¹⁰⁴ Pardo, José Esteve, Gardella Mercè Darnaculleta, *Competencia desleal Breviarios Jurídicos*, Madrid – España, Editorial IUSTEL, págs. 61, 2007

La realización de actividades económicas se encuentra sujeta al cumplimiento de requisitos legales, tales como autorizaciones, licencias, contratos de autorización entre agentes etc. Al darse un desconocimiento de estos requisitos legales, se comete un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas porque se genera una ventaja competitiva derivada de no sujetarse al marco legal vigente.¹⁰⁵

Por ejemplo, si la empresa A sospecha que su competidor, la empresa B no ha pagado sus impuestos durante un año y que aquel dinero se utilizó para potenciar la empresa de B. Entonces, A debe comprobar mediante un certificado de la Autoridad Competente en materia de Impuestos, que B no los ha pagado y además, que ese monto es suficiente para crear una ventaja significativa a favor de B.

Sin importar los esfuerzos realizados por las otras empresas, cuando una ventaja ilegítima se impone ante los otros participantes, se genera una mayor concentración de poder. Con esto, las empresas más débiles se ven obligadas a salir de la industria y el consumidor reduce sus posibilidades de elección.

c) Fijación de precios predatorios

La fijación de precios predatorios se genera cuando el fabricante ofrece un producto o servicio a un precio bajo, menor al costo real de producción. Esto se realiza con la intención de expulsar a su competencia del mercado o con el objetivo de crear barreras de entrada para los potenciales nuevos competidores.

Cuando se habla de la venta de un producto a un precio inferior a su costo de producción dentro de un país, se trata de un caso de precios predatorios a la baja, y cuando es una venta de productos a un precio inferior en el marco de sistemas subregionales, estamos hablando del Dumping.

¹⁰⁵ Ley 3/1991, Competencia Desleal, Madrid- España, Enero 1991

Una vez que el fabricante depredador logra eliminar a su competencia, reestructura su nivel de precios, inclusive logrando un beneficio por encima de la industria y se constituye en un monopolio donde es el único proveedor de ese bien determinado.¹⁰⁶

3.2 COMPETENCIA DESLEAL DESDE LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA

3.2.1 Publicidad Desleal

Los consumidores tienen el derecho constitucional de exigir toda la información relevante que permita realizar un consumo responsable. Sin embargo, cuando el costo de acceder a esta información supera los beneficios generados, es decir, cuando el comprador necesita un esfuerzo o conocimiento adicional para adquirir información del producto, la mayoría de consumidores se limitan a aceptar el mensaje publicitario emitido por el fabricante.¹⁰⁷

Muchos actos de competencia desleal se manifiestan a través de la actividad publicitaria. En caso de no haberse dado la publicidad engañosa, quizás los consumidores habrían elegido el producto de otro competidor, es por ello que el afectado tiene derecho de comenzar una demanda en contra de la empresa infractora por una conducta desleal de competencia en la modalidad de publicidad desleal.

En vista que este acto no corresponde a la ética comercial entre competidores y que de manera ilícita se ha provocado una ventaja significativa en el mercado, evidentemente la publicidad desleal debe regirse bajo las mismas normas de competencia y no es necesario establecer leyes específicas para su control.

En el Ecuador, la Ley de Defensa al Consumidor y la Ley de Propiedad Intelectual son fuentes de regulación de la publicidad ilegal. Sin embargo, esta normativa está

¹⁰⁶ Pardo, José Esteve, Gardella Mercè Darnaculleta, Competencia desleal Breviarios Jurídicos, Madrid – España, Editorial IUSTEL, págs. 61, 2007

¹⁰⁷ Pasquel Enrique y Patrón Carlos, El Derecho de la Competencia Desleal, Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, pág. 365, 2007

incompleta, carece de precisión y amplitud para identificar y sancionar los actos de competencia desleal.

Toda emisión publicitaria que por su contenido, forma de presentación o difusión sea contraria a las exigencias de la buena fe y que pueda inducir a error por parte del consumidor, es considerada publicidad desleal y se puede manifestar en las modalidades de comparación y engaño.

3.2.2 Publicidad comparativa

Se genera cuando la estructura o naturaleza del anuncio menciona explícitamente la identidad de la marca rival y establece una comparación descalificativa para aumentar el consumo de la marca anunciante.

La publicidad comparativa es lícita cuando los bienes o servicios comparados satisfacen la misma necesidad o tiene la misma finalidad de uso. También, cuando la comparación se refiere a características esenciales de los productos y esa información está apoyada en hechos objetivos, demostrables y pertinentes. Esto es totalmente admitido siempre y cuando el anunciante esté en capacidad de asumir la carga procesal de acreditar la veracidad y oportunidad de sus declaraciones

Si la publicidad comparativa está correctamente realizada, tiene la ventaja de transmitir las diferencias o coincidencias entre los productos que compiten en el mercado, en armonía con el derecho que tiene el consumidor de elegir objetivamente y con libertad.¹⁰⁸

Sin embargo, la publicidad comparativa es potencialmente peligrosa cuando pierde su carácter informativo y transmite un mensaje únicamente con el objeto de desprestigiar la

¹⁰⁸ Pardo, José Esteve, Gardella Mercè Darnaculleta, Competencia desleal Breviarios Jurídicos, Madrid – España, Editorial IUSTEL, págs. 59, 2007

reputación del competidor. La falta de objetividad se produce cuando el empresario utiliza opiniones o afirmaciones falsas y no comprobables.¹⁰⁹

3.2.3 Publicidad engañosa

Se refiere a cualquier manera o presentación que pueda inducir o provocar un error en el consumidor de bienes o en el usuario de servicios, afectando el comportamiento económico del público o perjudicando la imagen del competidor.

Es considerada también publicidad engañosa, aquella que oculta características fundamentales de los bienes o servicios provocando confusión en los receptores. De modo que la omisión de datos secundarios o intrascendentes no recae en esta categoría.¹¹⁰

La publicidad desleal en esta modalidad engañosa, utiliza anuncios o campañas publicitarias para hacer creer al comprador que el producto ofrecido tiene un origen o composición distintos a los reales. Hace uso ilícito del reconocimiento o prestigio de la competencia para que las ventas de su marca aumenten, quitándole representación al producto original.

Para considerar la existencia de engaño, se debe analizar el mensaje publicitario en conjunto, el lenguaje empleado, las imágenes presentadas, y el segmento poblacional al cual va dirigido. Por lo tanto, hay engaño cuando se alteran los hechos y también cuando se presenta un mensaje abstractamente correcto que emite una impresión general incorrecta en el público.

En definitiva, existe un acto de engaño siempre que las indicaciones o afirmaciones destinadas a capturar la atención de los clientes generen error sobre lo que se está comercializado y provoquen una afectación económica en la competencia.

¹⁰⁹ Bercovitz Alberto y Rodríguez Cano, Apuntes de Derecho Mercantil, España, Editorial Aranzadi A Thomson Company, pág. 365, 2002

¹¹⁰ Pasquel Enrique y Patrón Carlos, El Derecho de la Competencia Desleal, Lima- Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, págs. 153-156, 2007

Un anuncio de naturaleza engañosa no tiene que versarse en el engaño sobre la totalidad de las afirmaciones. Cuando un mensaje es parcialmente verdadero y parcialmente falso, es considerado totalmente engañoso si provoca confusión en el público. En el caso de la exageración publicitaria que carece de fundamentos objetivos, éste no cae en la categoría de engañoso porque el consumidor no toma en serio este mensaje y no ocurre confusión ni afectación en el patrimonio.

Los mensajes emitidos por las empresas no deben estar configurados en base a contenidos que puedan inducir o sugerir un criterio equivocado, especialmente en cuanto a la naturaleza, modo de fabricación, características, usos, calidad, cantidad y otras que no reflejen las ventajas reales de los productos ofrecidos. En este sentido, el Derecho Sancionador de la competencia desleal distingue entre alegaciones incorrectas y falsas, en el primer caso el competidor actúa por negligencia y en el segundo por dolo. Sin embargo, los dos escenarios están calificados como actos engañosos.¹¹¹.

3.3 NORMATIVA INTERNACIONAL EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL

3.3.1 Convenio de París

Las disposiciones fundamentales del Convenio de París de 1883 se dividen en tres categorías principales que son: trato nacional, derecho de prioridad y normas comunes. En virtud de las disposiciones sobre trato nacional, cada estado contratante tendrá que conceder a los nacionales o ciudadanos de los demás miembros, la misma protección que a sus propios nacionales. Tendrán también derecho al mismo grado de protección, los ciudadanos extranjeros (de una nación no contratante) que estén domiciliados y tengan diligencia comercial activa en alguno de los países miembros.¹¹²

¹¹¹ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Registro Oficial No. 116, Art.7, Quito- Ecuador, 10 de julio del 2000

¹¹² Zamudio, Teodora, Propiedad Industrial/Intelectual & Mercado, net. Buenos Aires- Argentina, Universidad de Buenos Aires, Consulta Febrero 2011

Sobre el derecho de prioridad en relación con las patentes, marcas, dibujos y modelos industriales, una primera solicitud de registro que sea presentada en una de las naciones contratantes, tendrá protección durante 12 meses en cualquiera de los demás países miembros. Las solicitudes posteriores tendrán prioridad sobre las solicitudes que otras personas puedan presentar durante el citado plazo por la misma invención.

Sobre las normas comunes, el convenio determina que los países contratantes deben atenerse y velar por los estatutos comunitarios en materia de propiedad industrial. En relación con la competencia desleal, los estados están obligados a asegurar una protección eficaz contra esta problemática.¹¹³

Claramente, éste convenio constituye una normativa en defensa de la propiedad industrial, abarcando extensamente las regulaciones en cuanto a marcas, diseños industriales, nombres comerciales, denominaciones geográficas y adicionalmente, dedica unos artículos a la represión de la competencia desleal.

En el artículo 10bis de la normativa, se despliega una explicación amplia sobre la naturaleza de los actos considerados desleales y las medidas que deben emplear los países miembros para erradicarlos:¹¹⁴

Artículo 10bis AP “Competencia desleal

“1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.

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

3) En particular deberán prohibirse:

¹¹³ Zamudio, Teodora, *Propiedad Industrial/Intelectual & Mercado*, net. Buenos Aires- Argentina, Universidad de Buenos Aires, Consulta Febrero 2011

¹¹⁴ Organización Mundial de Propiedad Intelectual, *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*, http://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/trtdocs_wo020.html#P179_33873, Consulta Febrero 2011

(i) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

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

(iii) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.”¹¹⁵

Dentro de los actos tipificados como desleales en el presente convenio, se incluyen las acciones que produzcan confusión y la emisión de información engañosa. Además en el Artículo 10 ter, se obliga a los países de la Unión a otorgar los recursos jurídicos para reprimir las prácticas de competencia desleal.

El Ecuador es nación contratante desde el año 1997¹¹⁶. A partir de este convenio, introduce normativa para la competencia desleal en la Ley de Propiedad Intelectual en los Arts. 284 al 287 del libro IV.

3.3.2 ADPIC

Adicional a la protección de los derechos de propiedad industrial, en los años ochenta surge la necesidad de introducir niveles de protección para los derechos de propiedad intelectual. En este sentido, se logra una normativa marco de protección constituida por

¹¹⁵Organización Mundial de Propiedad Intelectual, Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, http://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/trtdocs_wo020.html#P179_33873, Consulta Febrero 2011

¹¹⁶Organización Mundial de Propiedad Intelectual, http://www.wipo.int/pressroom/es/prdocs/1999/wipo_pr_1999_161.html, net, Ginebra- Suiza, párrafo 5, Consulta Marzo 2011

el Acuerdo de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial de Comercio.

Es un acuerdo de normas mínimas para la protección de la propiedad intelectual. En este sentido, los países miembros tienen libertad para establecer los métodos para la aplicación de las disposiciones, según su situación interna y estructura jurídica.

Los temas de propiedad intelectual que abarca dicho acuerdo son: derechos de autor y derechos conexos; marcas (incluyendo marcas de servicios); indicaciones geográficas; dibujos y modelos industriales; patentes (incluyendo la preservación vegetal) e información no divulgada en calidad de secretos comerciales. El principal objetivo del acuerdo es la defensa de los derechos de los autores y de los titulares de los signos distintivos.¹¹⁷

Los ADPIC tienen doble impacto sobre el régimen de competencia desleal. Por un lado, obliga a los países miembros a cumplir con las disposiciones del convenio de París y además, establece los requisitos para la protección de información no divulgada.

Se considera como secreta aquella información que tenga un valor comercial por su naturaleza confidencial y que en conjunto o por su configuración no sea fácilmente reconocida por el público en general. Las personas que tengan legítimamente control sobre dicha información secreta, pueden impedir su divulgación a terceros no autorizados que pretendan utilizarla de manera contraria a los usos honestos.

Los artículos No. 2 y 39 del ADPIC son los únicos que abordan la competencia desleal, topando puntualmente las consideraciones antes detalladas. El acuerdo no abarca la naturaleza de los actos de competencia desleal desde toda su extensión, ni hace referencia a ningún otro acto típico de esta naturaleza.¹¹⁸

¹¹⁷ Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, España, Enero 1995

¹¹⁸ *Ibidem*

3.3.3 Decisión Andina 486

El 14 de septiembre del año 2000, se aprueba la decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina sobre régimen común de propiedad industrial e intelectual. Esta decisión fue emitida en la ciudad de Lima – Perú y abarca temas varios como trato de nación más favorecida, patrimonio biológico –genético y los Conocimientos tradicionales.¹¹⁹

Cada país miembro concederá a los nacionales de la Comunidad Andina, un trato equitativo al otorgado a los ciudadanos de su propia nación. Adicionalmente, esta regulación se extiende para los países miembros de la Organización Mundial del Comercio y del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial.¹²⁰

La estructura de la decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, sigue el esquema del Convenio de París, y hace consideraciones especiales al tratamiento de los actos de competencia desleal.

Según esta decisión comunitaria, se consideran desleales únicamente los actos vinculados con la propiedad industria que sean realizados en el ámbito empresarial y que sean contrarios a los usos y prácticas honestas. Por ejemplo, el aprovechamiento del esfuerzo ajeno mediante el uso o apropiación de una marca registrada, así como las alusiones falsas sobre la denominación de origen de un producto.

Los signos distintivos y notoriamente conocidos están amparados contra imitación y la utilización indebida por parte de un tercero. Se evita una situación potencial de competencia desleal con el impedimento de registro de marcas de fábrica o marcas de servicio

La presente normativa, también hace alusión de manera extensa al resguardo de información confidencial y secretos industriales, en los mismos términos que los ADPIC. Por otro lado, en el artículo 259 se enlistan las acciones consideradas de

¹¹⁹Comunidad Andina de Naciones, Decisión 486, Lima – Perú, Septiembre del 2000

¹²⁰Ibidem

naturaleza desleal usando criterios semejantes que el Art. 10 bis del Convenio de París.¹²¹ Es decir, se hace referencia a los actos de confusión, las aseveraciones falsas y la inducción de error.

Sin embargo, esta Decisión tiene un campo de aplicación más limitado que el Convenio de París porque hace una alusión muy vaga sobre las afectaciones que sufre el consumidor, no menciona los daños producidos en el mercado con los actos de competencia desleal y lo más criticable, no hace alusión a la cláusula general prohibitiva.

Artículo 259.DA 486- Constituyen actos de competencia desleal vinculados a la propiedad industrial, entre otros, los siguientes:

- a) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
- b) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; o,
- c) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

En este sentido, la competencia desleal se analiza de manera exclusiva en el ámbito de la propiedad intelectual, omitiendo de manera sistemática la corrección del tráfico económico, los derechos de los consumidores y se limita a los hechos expresamente caracterizados en la normativa.

¹²¹ Guillermo Cabanellas, Derechos Intelectuales, Buenos Aires- Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, pág. 117 y 118, 2003

Sobre las acciones pertinentes a nivel comunitario, las manifestaciones de competencia desleal prescriben a los dos años desde la última vez que se hayan cometido, salvo que las normativas internas de los miembros de la Comunidad Andina dispongan de lo contrario. En el caso ecuatoriano, el Art. 329 de la LPI determina que las acciones civiles y penales prescriben conforme al Código Civil y el Código Penal respectivamente, es decir que los actos de competencia desleal prescriben a los cuatro años.

Además, según determina el Artículo 269 de la normativa Comunitaria, la legislación interna de cada país es la encargada de proporcionar los medios para iniciar las acciones pertinentes por competencia desleal.¹²² Con ello, se le otorga al Ecuador la posibilidad de instaurar normas de competencia desleal y autoridades de regulación, según su situación y realidad nacional. Por la concepción que tiene la legislación ecuatoriana respecto a los actos de competencia desleal, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual tiene la facultad de absolver consultas sobre la licitud o ilicitud de un acto de esta naturaleza.

En Ecuador, la ley de Propiedad Intelectual y la Decisión 486 de la Comunidad Andina regulan de forma limitada e insuficiente la competencia desleal, sin tomar en consideración que el Derecho sancionador de la competencia desleal debe ser autónomo e independiente de la ley de propiedad intelectual y los derechos que ella protege.

En el caso español y peruano, la regulación contra la competencia desleal busca sancionar todas las actuaciones deshonestas que afecten el desarrollo del mercado y que generen un perjuicio para las empresas y para los consumidores. Estas legislaciones abarcan una acción más amplia donde se definen y tipifican las instancias específicas de competencia desleal, partiendo siempre del contenido de la cláusula general prohibitiva.

Dentro del modelo legislativo actual, la competencia desleal ha ampliado su espectro de ejecución para regular las actuaciones que desvirtúan el sistema competitivo del

¹²² Comunidad Andina de Naciones, Decisión 486, Lima – Perú, Septiembre del 2000

mercado y establecer normas comunes en busca de erradicar los excesos de la libre competencia.

La Decisión 486 de la Comunidad Andina y Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana deben ser modificadas para formular controles y sanciones a los actos de competencia desleal, de manera independiente a la normativa de propiedad intelectual y haciendo uso de los preceptos básicos que se han presentado en este capítulo sobre la materia. Finalmente, es necesario dar facultad investigativa y sancionadora a una Autoridad especializada en el ámbito de competencia y no mantener los controles bajo el análisis de autoridades de propiedad Intelectual.

3.3.4 Decisión Andina 608 Derecho de Defensa a la Competencia

Los problemas de competencia en el contexto de la Comunidad Andina no solo afectan a los mercados regionales, sino que ponen en riesgo la estabilidad del proceso de integración. En este sentido, es necesario un marco institucional de nivel supranacional, que permita unificar los diferentes intereses y realidades socioeconómicas distintas.

El artículo 93 del Acuerdo de Cartagena hace alusión a la actividad comercial para eliminar los actos que puedan distorsionar la competencia en la subregión, cita como ejemplos el Dumping, la manipulación indebida de precios, y las maniobras que obstaculicen el abastecimiento de materia prima.¹²³

A partir de este artículo, se advierte que la concepción del Acuerdo no distingue entre las prácticas restrictivas a la libre competencia y los actos de competencia desleal, como es el caso del Dumping (fijación de precios predatorios en sistemas subregionales). Esta falta de distinción limita la dimensión y los alcances de la política de competencia regional.^{124.}

¹²³ Comunidad Andina de Naciones, Acuerdo de Integración Subregional Andino "Acuerdo de Cartagena", Cartagena de Indias - Colombia, 26 de mayo de 1969

¹²⁴ Brewer Caria, Allan R, Guzmán Barrón, César, Derecho Comunitario Andino, Lima- Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, págs. 144-175, 2003

Para el año 2005, la etapa en el proceso de integración subregional necesitaba ampliar el objeto comunitario hacia la apertura comercial y globalización. Por este motivo, se aprueba la decisión Andina 608 sobre la protección y promoción de la libre competencia, normativa que tiene como base fundamental los lineamientos del Artículo 93 del Acuerdo de Cartagena.

La Decisión 608 es de aplicación directa en conformidad con la legislación interna de cada uno de los Países Miembros y en cumplimiento con los principios fundamentales de no discriminación, transparencia y debido proceso. Recoge los conceptos básicos de la regulación de defensa a la competencia, regula las conductas y acciones incorrectas del mercado y ejerce control sobre las concentraciones económicas.

En el artículo No. 7 de la Decisión, se definen los siguientes como actos restrictivos a la competencia:¹²⁵

Artículo 7 DA 608.- “Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:

- a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;
- b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;
- c) Repartir el mercado de bienes o servicios;
- d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,
- e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.”

La competencia desleal y la normativa de defensa a la competencia son normas autónomas de derecho que se especializan en resolver el tráfico económico a partir de dos ópticas distintas.

¹²⁵ Decisión Andina 608, Comunidad Andina de Naciones, Lima – Perú., Marzo 2005

La diferencia entre ambas legislaciones radica en que las Normas de Defensa de la Competencia o Antimonopolio tienen como objetivo sancionar las prácticas anticompetitivas como acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia, actos de abuso de posición de dominio o fusiones de concentración de poder económico. De forma paralela, las normas sancionadoras de Competencia Desleal establecen los parámetros que deben tener los competidores entre sí para proteger sus intereses de malos empresarios. Aún cuando ambas son complementarias la una de la otra, no se basan en los mismos principios y controles.

Nótese que el anterior articulado no hace alusión a los actos típico de competencia desleal como son la confusión y emisión de información engañosa. El contenido de la Decisión Andina 608 está enfocado a la regulación de las prácticas restrictivas a la libre competencia (Derecho de Defensa a la Competencia), y no constituye una fuente legislativa en materia de derecho de Competencia Desleal.

En este sentido, esta Decisión también muestra falencias en su aplicación. La Decisión 608 califica las actuaciones incorrectas del mercado pero no ejerce controles sobre las concentraciones económicas, ni tampoco determina ningún tipo de sanción. Tampoco hace alusión a las concentraciones monopólicas que son un medio camuflado para ejercer el mismo poder que una estructura monopólica.

Las normas Comunitarias pueden ser aplicadas por los Estados, así como por las empresas de naturaleza pública y privada siempre que involucren dos o más naciones de la región. Toda acción que se encuentre definida en los anteriores artículos, está sujeta a investigación a partir de la solicitud motivada de los países miembros, a través de los organismos Comunitarios.¹²⁶

Para la subregión andina, la Decisión Andina 608 entró en vigencia desde la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No.12221 en el año 2005. Sin embargo, en el Artículo 51 se establece que este instrumento entraría en vigencia

¹²⁶ Decisión Andina 608, Comunidad Andina de Naciones, Lima – Perú, Marzo 2005

para el Ecuador en el año 2007 o sino antes con la aprobación de la ley nacional de competencia en el ámbito interno.

El Ecuador como miembro activo de la Comunidad Andina está en la obligación de armonizar la legislación interna con la comunitaria. Sin embargo, el Artículo 51 fue derogado y reemplazado por la Decisión 616 dictada el 15 de julio del 2005, denominada: “*Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador*”; otorgando un plazo mayor para la adopción de la medida a nivel interior.

En el Ecuador, las normas de defensa a la competencia se han introducido por la influencia de la Decisión 608 y 616 de la Comunidad Andina. Aún cuando el Decreto Ejecutivo 1614 del año 2009 determina la aplicación interna de la Decisión 608 en territorio ecuatoriano, hasta la actualidad este país carece de una Ley de Defensa de la Competencia.

Evidentemente, el retraso en la adopción de la normativa demuestra incumplimiento del Estado ecuatoriano con su obligación comunitaria y una falta de interés respecto de este tema que es de mucha importancia para impulsar el entorno competitivo tanto en la región como en el interior del país. La posición ecuatoriana frente al tratamiento de esta problemática ha sido errada y ha dado como resultado un atraso jurisprudencial frente a sus colegas andinos como es el caso del Perú.

Actualmente está en proceso de redacción una Ley de Competencia económica¹²⁷, misma que sí contendrá de manera sistemática y completa la legislación de Defensa a la libre competencia (leyes anti monopolio) y la normativa sancionadora de la Competencia desleal. Una base jurídica de estas características, es idónea para impulsar la eficiencia del mercado interior y para regular los excesos de la libre competencia. Sin duda, es un instrumento que facilita obtener el bienestar de todos los actores económicos y que por su importancia ha sido implantada con éxito en países como España y Perú. Para beneficio del país, esta ley debe apoyarse en bases jurídicas útiles

¹²⁷ Asamblea Nacional del Ecuador, <http://www.asambleanacional.gov.ec/tramite-de-las-leyes.html>, net, Ecuador, Consulta Enero 2011

aplicables y coherentes, y no emitir una normativa vaga e ineficiente que sirva solo para cumplir de manera aparente las obligaciones Comunitarias del Ecuador.

CAPÍTULO IV

4 DERECHO COMPARADO

4.1 CASO ECUATORIANO

4.1.1 Regulaciones Económicas y Publicitarias en la Constitución

La normativa económica debe tener su espacio dentro de las leyes constitutivas de una nación por la gran importancia que tiene la competencia para el desarrollo productivo. De esta manera, los textos Constitucionales deben introducir los lineamientos para el correcto manejo de las transacciones y operaciones.

El Capítulo IV de la Carta Magna habla sobre soberanía económica. En los artículos 283 al 336 se incorporan las normas competitivas hacia impulsar una mejor productividad y eficiencia del mercado. Según el Artículo 283, el Ecuador se rige por un sistema de economía social que tiene como propósito fundamental el equilibrio entre la sociedad, el Estado y el mercado de bienes y servicios. Además, garantiza el buen vivir de los ciudadanos a partir de un sistema de producción y reproducción de bienes de capital.¹²⁸

Por otra parte, el artículo 284 (literal No.8)¹²⁹ impulsa la competencia mediante el intercambio de bienes y servicios en un contexto libre, justo y transparente. En este sentido, la Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES), tiene el objetivo de reactivar y fomentar la industria nacional, elevar sostenidamente la capacidad tecnológica y la competitividad de la industria ecuatoriana para consolidar su posicionamiento en el mercado interno y hacer posible su participación creciente en los

¹²⁸ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial.Nº499, Artículo No.283, Quito – Ecuador., 20 de Octubre de 2008.

¹²⁹Ibidem

mercados internacionales.¹³⁰ El primer paso hacia la introducción económica en terceros países es mejor el entorno de competencia local.

El artículo 304 CE habla sobre el desarrollo de economías de escala y una estructura de comercio justo para evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas del sector privado.¹³¹

Tanto en los Art 304 y 335 se da especial importancia a los controles anti monopolio. Sin embargo, esto es aplicable exclusivamente a los acuerdos que potencialmente generarían una afectación al mercado, actos de abuso de posición y las fusiones económicas que estén sujetas a sanción o control.¹³²

Existen ocasiones donde los monopolios y oligopolios surgen de manera natural, gracias a una correcta administración de recursos o la implementación de economías de escala. En este caso, los costos unitarios disminuyen al incrementar la cantidad producida, generando beneficios tanto para la industria como para el usuario.

La Constitución hace una distinción sobre los monopolios exclusivamente en el sector privado. En este sentido, el Estado puede exceptuar el principio de igualdad y eximir la aplicación de la legislación de la competencia, cuando por razones de interés público se suspende la obligación de competir en las empresas estatales.

Sin embargo, la Doctrina en defensa a la competencia considera que las ayudas públicas son incorrectas, porque desvirtúan la competencia en el mercado y otorgan a ciertas empresas una ventaja ilegítima respecto a los otros competidores.

En los párrafos anteriores se sustenta el tratamiento económico y los lineamientos para impulsar y defender el sistema de competencia. Sin embargo, no presenta base legal para el tratamiento de las prácticas desleales, como es el caso de la publicidad engañosa.

¹³⁰ SENPLADES, <http://plan.senplades.gov.ec/hacia-un-nuevo-modo-de-generacion-de-riqueza>, net, Quito- Ecuador, Párrafos del 1-5, Agosto de 2010

¹³¹ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial N 499, Art.304, Quito- Ecuador, 20 de Octubre de 2008.

¹³² *Ibidem*

La publicidad es un hecho comunicativo que se ejecuta a partir de la libertad de expresión. Sin embargo, esta actividad no se limita a la simple emisión de ideas y opiniones, también contempla un provecho material. Por este motivo, para mantener el equilibrio y licitud en el mensaje publicitario, es necesaria la aplicación de controles para ordenar su ejercicio.

El Estado ecuatoriano actúa como ente regulador de las formas de emisión y comunicación publicitaria, a través de lo establecido en los Artículos 19 y 54 de la Constitución.

Artículo 19 CE.- “La ley regulará la prevalencia de contenidos con fines informativos, educativos y culturales en la programación de los medios de comunicación, y fomentará la creación de espacios para la difusión de la producción nacional independiente.

Se prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos”¹³³.

Artículo 54. CE.- “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”.¹³⁴

Estas disposiciones de la Constitución ecuatoriana hacen referencia a la publicidad ilegal- comercial en un contexto de protección a los consumidores y regulación de

¹³³Constitución de la República del Ecuador , Registro Oficial N° 499, Quito- Ecuador., 20 de Octubre de 2008.

¹³⁴ Ibidem

contenidos. Prohíbe la emisión de mensajes violentos y denigratorios que puedan inducir una conducta socialmente rechazable y las afirmaciones que promuevan el consumo de un bien defectuoso o riesgoso para la salud.

Sin embargo, la publicidad por su polivalencia es sujeto de múltiples interpretaciones y alcances, en este sentido, no puede ni debe ser materia exclusiva de la protección al consumidor. La actividad publicitaria es una actividad económica para promocionar el comercio de bienes y servicios, por este motivo su valor jurídico debe abarcar también la competencia entre empresas y la estructura del mercado.

4.1.2 Ley de Propiedad Intelectual

El concepto de lealtad es el criterio que determina los límites entre lo que es tolerable en la práctica económica y aquello que constituye una infracción que merece ser sancionada. En todos los casos, las actividades de comercio se deberán desarrollar de manera leal y transparente.

Por este motivo, las economías de mercado necesitan cierta base jurídica para su correcto funcionamiento. En los sistemas legislativos modernos se reconoce la importancia del régimen de competencia desleal para corregir las distorsiones que se pueden dar entre competidores.

Sin embargo, en el Ecuador no existe una fuente jurídica completa sobre Derecho Sancionador de la Competencia Desleal. Los Artículos 284, 285 y 286 de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley Orgánica de Defensa al consumidor (mención de la publicidad engañosa) son las fuentes jurídicas principales que regulan esta materia.

Adicionalmente, existen normas dispersas en diferentes fuentes legislativas donde se introducen disposiciones de competencia desleal ajenas a la Propiedad Intelectual.¹³⁵

¹³⁵ Ponce Martínez, Alejandro, La Competencia Desleal en el Ecuador, Revista Jurídica de Propiedad Intelectual de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil Tomo I, Guayaquil – Ecuador, pág. 49, 2009

Por ejemplo, el Artículo No. 10 de la Ley de Mercado de Valores atribuye a la Super Intendencia de Compañías la vigilancia de la publicidad engañosa emitida por las instituciones financieras para eliminar la desinformación y competencia desleal.¹³⁶

Por otra parte, La Ley de Ejercicio Profesional de Ingeniería condena toda forma de competencia desleal que provenga de personas naturales y jurídicas.(Art.2).Sin embargo, estas fuentes se omiten del análisis porque se basan en conceptos vagos y poco representativos.

Antes de la Ley de Propiedad Intelectual, la Competencia Desleal se analizaba por medio de los delitos y cuasi delitos del Código Civil. En este sentido, las partes afectadas podían reclamar una indemnización si se lograba demostrar la existencia de delito o cuasidelito y la generación de un daño efectivo o negligencia por parte del infractor.

Para el año de 1997, el Ecuador se integra a la Organización Mundial de Comercio y adopta la normativa sobre los ADPIC y el Convenio de París. En este momento se introducen los primeros conceptos de represión a la Competencia desleal en la ley de Propiedad Intelectual. Sin embargo, el análisis de esta problemática se enfoca exclusivamente en la perspectiva de los empresarios.

Para el año 2000, este país armoniza su legislación con la Decisión 486 de la Comunidad Andina que es fuente de protección en material de de propiedad intelectual y que contiene principios muy generales sobre competencia desleal. Tanto a nivel Comunitario como a nivel interno, es absolutamente necesario dictar una normativa para sancionar los actos de competencia desleal en todas sus manifestaciones, las mismas que van más allá de la violación a los derechos de propiedad industrial.

La base jurídica ecuatoriana en materia de competencia desleal, se caracteriza por definiciones muy generalizadas y se limita a enlistar los actos típicos de competencia

¹³⁶ Ley de Mercado de Valores, Registro Oficial No. 215, Quito - Ecuador de 22 de Febrero del 2006

desleal. Definitivamente, carece de contenido para aplicar correctamente sanciones y controles.

En el artículo No. 284 LPI se expone la cláusula general prohibitiva para determinar la existencia de un acto de competencia desleal, es decir la infracción hacia la buena fe del mercado. Sin embargo, no especifica que los actos de esta naturaleza no podrán someterse a la existencia de una relación de competencia directa entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.

Artículo. 284 LPI.-

“Se considera competencia desleal a todo hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas.

La expresión de actividades económicas, se entenderá en sentido amplio, que abarque inclusive actividades de profesionales tales como abogados, médicos, ingenieros y otros campos en el ejercicio de cualquier profesión u oficio. Para la definición de usos honestos se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante cuando se trate de actos o prácticas realizadas en el contexto de operaciones internacional, o que tengan puntos de conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional.”¹³⁷

Asimismo, reconoce que los actos de competencia desleal abarcan inclusive las actividades profesionales, sin embargo no otorga responsabilidad solidaria a las personas que ejerzan la dirección o la representación de las compañías que hayan cometido actos de competencia desleal. Este punto es de vital importancia para determinar el ámbito de aplicación de la normativa y para evitar la utilización

¹³⁷ Ley de Propiedad Intelectual, Registro Oficial 426, Quito- Ecuador, 28 de Diciembre 2006

fraudulenta de empresas que puedan evadir la responsabilidad sobre la conducta infractora.

Por otra parte, en los artículos 285 y 286 LPI se enlistan los actos de competencia desleal, siendo la sola y exclusiva caracterización que se tiene al respecto de los modos empleados en el mercado para cometer actos de esta naturaleza. Evidentemente, la descripción perfecta es prácticamente imposible y por eso se aplica la cláusula general prohibitiva, sin embargo, se omiten manifestaciones importantes como la infracción a las leyes, la denigración y el engaño por omisión de información.

Tampoco hace alusión en ningún momento a la publicidad desleal, que es uno de los medios más usados para cometer actos de esta naturaleza.

Artículo 285 LEPI Actos de Competencia Desleal.-

“Se consideran actos de competencia desleal, entre otros,

- a) Aquellos capaces de **crear confusión**, independiente del medio utilizado, respecto del establecimiento, de los productos, los servicios o la actividad comercial o industrial de un competidor
- b) Las **aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio capaces de desacreditar** el establecimiento, los productos o los servicios, o la actividad comercial o industrial de un competidor, así como cualquier otro acto susceptible de dañar o diluir el activo intangible o la reputación de la empresa
- c) Las **indicaciones o aseveraciones cuyo empleo en el ejercicio del comercio pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza**, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la calidad de los productos o la prestación de los servicios; o la divulgación, adquisición o uso de información secreta sin el consentimiento de quien las controle.....”¹³⁸

¹³⁸ Ley de Propiedad Intelectual, Registro Oficial 426, Quito- Ecuador, 28 de Diciembre 2006

Artículo 286 LEPI

“Se considera también acto de competencia desleal, independientemente de las acciones que **procedan por violación de información no divulgada**, todo acto o práctica que tenga lugar en el ejercicio de actividades económicas que consista o tenga por resultado:

- a) **El uso comercial desleal de datos**, de pruebas no divulgadas u otros datos secretos cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable y que hayan sido presentados a la autoridad competente a efectos de obtener la aprobación de comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos, agrícolas o industriales;
- b) **La divulgación de dichos datos**, excepto cuando sea necesario para proteger al público y se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal; y,
- c) **La extracción no autorizada de datos** cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable para su uso comercial en forma desleal”.¹³⁹

En el Art. 285 y 286 los hechos tipificados se refieren al tema de marcas registradas, apariencia de los productos, elementos de producción e información no divulgada. Sin embargo, omite el interés público de recibir información verídica sobre los productos adquiridos para el consumo.

Según lo que establece la LPI, los actos de competencia desleal son prácticas deshonestas en el campo empresarial y profesional. En este sentido, confiere a los afectados las mismas acciones que tienen los perjudicados por violación de derechos de propiedad intelectual e industrial. Siendo las autoridades competentes para el conocimiento de controversias los jueces de lo contencioso administrativo en primera instancia y en segunda instancia la Corte Provincial respectiva.

¹³⁹ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 499, Quito –Ecuador, 20 de Octubre de 2008.

La violación a los derechos establecidos en la Ley de Propiedad Intelectual dará lugar a acciones civiles y administrativas, sin perjuicio de las acciones penales correspondientes. Se podrá demandar la cesación del acto violatorio, la comisión definitiva de los objetos infractores, indemnización por daños y perjuicios, así como el valor de las costas procesales.¹⁴⁰

En cuanto a las acciones penales, la Ley de Propiedad Intelectual dispone en los artículos 319 al 331 (Capítulo III) una serie de sanciones que se aplican a la protección de los derechos de los titulares de patentes y marcas, así como a los derechos de autor y derechos conexos. A partir de ello, se manifiesta una vez más que las consideraciones de esta normativa en relación con la competencia desleal se limitan a la protección de los intereses empresariales.

Los actos de competencia desleal generan efectos igualmente negativos para los empresarios, consumidores y en general dañan el correcto sistema competitivo. En este sentido, mantener los preceptos básicos de Derecho de competencia desleal solamente bajo la normativa de propiedad intelectual supone la exclusión de los otros actores involucrados en el libre mercado.

Como se puede evidenciar en los contenidos de la Ley de Propiedad Intelectual, hay muchos vacíos en la normativa. La tipificación de los actos típicos de competencia desleal es muy vaga e imprecisa, se omiten los intereses de los consumidores y el equilibrio del entorno económico. No ejerce ningún control sobre la actividad publicitaria como medio de ejecución de actos de competencia desleal y carece de normativa para sancionar los excesos de la competencia.

En este sentido, es totalmente necesaria una ley especializada en Competencia Desleal con criterios extensos y que tipifique de manera particular las manifestaciones reconocidas como ilegales en el contexto comercial. Una fuente jurídica que no solo reprima la competencia desleal, sino que también imponga normas de correcta actuación para todos los actores del mercado. En síntesis, los actos desleales son toda

¹⁴⁰ Ley de Propiedad Intelectual, Registro Oficial 426, Quito- Ecuador, Art. 289, 28 de Diciembre 2006

manifestación que objetivamente lesione o pueda lesionar los derechos de los consumidores, de los competidores o del sistema competitivo de mercado.

Una ley especializada en Competencia Desleal es absolutamente necesaria en el Ecuador porque impone criterios de actuación uniformes para los actos desleales de cualquier naturaleza, no hace discriminación e elimina el causal de relación directa entre ejecutor y afectado. Por la importancia y especialidad que tiene actualmente la normativa sancionadora de la competencia desleal, puede ser constituida como un cuerpo legal independiente, cuyo ámbito de acción abarque más que las violaciones a los derechos de propiedad industrial.

4.1.3 Radiodifusión y Televisión

Sobre el acceso a la información, cada país extiende una norma de difusión para establecer las características y modalidades relacionadas a la divulgación pública de mensajes publicitarios. En el Ecuador, la Ley de Radiodifusión y Televisión es la fuente jurídica que norma las características, modalidades y prohibiciones relacionadas con la divulgación de la publicidad, incluidos los horarios y contenidos de los anuncios.

En términos generales, un comercial puede ser lícito y cumplir con los principios rectores expuestos. Sin embargo, adicional a esto, los anuncios deben sujetarse a las normas de difusión de cada país.

En el Artículo 48 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, apartados E y F se establece lo siguiente:

Artículo 48LRT.- “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes, las estaciones de radiodifusión y televisión elaborarán y emitirán su programación sujetos a las siguientes normas.

e) La programación, incluida los avances de los programas y la publicidad, será apta para todo público, desde las 06h00 hasta las 21h00. En consecuencia, en este período de tiempo se evitarán escenas o imágenes de violencia, crueldad, actos sexuales explícitos o de promiscuidad.

El objetivo será de la prevención y regeneración de los vicios u otras desviaciones de la conducta individual o social, y el lenguaje utilizado debe ser el de uso moralmente admisible para todo público.

Por tanto, en la programación se evitará la improvisación y el empleo de frases y términos vulgares, sin incurrir en la proscripción de aquellos elementos de la lengua popular que la hacen más rica y característica.

f) Los concesionarios de estaciones, para la transmisión de sus programas tomarán en cuenta que los mismos, no hagan apología del delito, no atenten contra la moral y buenas costumbres, contra la idiosincrasia nacional, usos de vida, aspectos religiosos, con el propósito de no quebrantar valores nacionales y de no fomentar valores foráneos y experiencias negativas de otros países distintos al nuestro.”¹⁴¹

La imposición de horarios restringidos es una manera de proteger a los adolescentes y niños de los mensajes violentos, obscenos o de contenido sexual que puedan afectar los valores inherentes de la familia y que carezcan de contenido educativo o informativo. El artículo anterior se basa en el principio de legalidad publicitaria, según el cual se prohíbe la publicidad ofensiva, discriminatoria y antisocial en concordancia con el Art.19 de la Constitución que fue anteriormente citado.

En el caso que la emisión televisiva se difunda fuera del horario de protección, el anunciante deberá emitir una advertencia previa sobre la naturaleza del programa, clasificando la programación en: apto para todo público, para mayores de catorce (14) años con orientación de adultos, o apto solo para adultos. De esta manera se fomenta el control parental para realizar una selección crítica de los programas que ven los niños.

¹⁴¹ Ley Reformatoria a Ley de Radiodifusión y Televisión, Registro Oficial No. 691, Quito- Ecuador, 9 de mayo de 1995

Para Garantizar el respeto a los derechos fundamentales como son la salud, la vida y la seguridad, la Ley de Televisión y Radiodifusión también habla sobre la publicidad de cigarrillos y bebidas alcohólicas. Existe una restricción de emisión en cuanto al horario y contenido de estos mensajes con el fin de precautelar la salud de los menores de edad y evitar la inducción de vicios tempranos. Esto está tipificado en el Artículo 49 de LRT.

Artículo 49 LRT.- “Los concesionarios para transmitir comerciales de cigarrillos y bebidas alcohólicas a través de su estación, deben verificar que:

- a) La publicidad no esté dirigida directa o indirectamente hacia menores de edad.
- b) No se utilicen imágenes, voces de niños o adolescentes o que ***simulen*** ser tales.

La publicidad comercial de estos productos por las estaciones de televisión solo será permitida a partir de las 21 h00 y las 06 h00 del día siguiente. Se exceptúa la publicidad de transmisiones vía satélite y en vivo y en directo de actos, programas o eventos extranjeros, cuyo horario sea diferente al de Ecuador¹⁴².”

La publicidad de estos productos debe estar siempre dirigida a adultos y no debe dar una impresión general engañoso tal como insinuar que su consumo es necesario para lograr el éxito personal o la aceptación social.

Los métodos utilizados en la publicidad no pueden ser los mismos para todos los públicos, evidentemente existen colectivos de la sociedad que son más vulnerables y que requieren una protección especial. En este sentido, está prohibida la publicidad dirigida expresamente a menores que se realice con el objetivo de abusar de la inexperiencia e ingenuidad de dicha audiencia. Un mensaje desleal que simule y eventualmente provoque un engaño al consumidor, se genera con el incumplimiento del literal b) del artículo 49.

¹⁴² Ley Reformativa a Ley de Radiodifusión y Televisión, Registro Oficial No. 691, Quito- Ecuador, 9 de mayo de 1995

Por otra parte, esta ley implementa una serie de sanciones técnicas y administrativas por incumplimiento de normativa, las mismas que son aplicables tanto a las empresas privadas de capital privado y fines de lucro, como a las entidades públicas administradas por el Estado Central.¹⁴³

Las sanciones técnicas son generadas por los emisores del mensaje cuando cometen una violación sobre el contenido reglamentado o modifican el carácter técnico de esta Ley. Contrariamente, la sanción administrativa es aplicada por una infracción de naturaleza administrativa cometida por los medios de comunicación cuando realizan una violación a la normativa de difusión.

Dependiendo de la gravedad de la falta, las sanciones previstas por la presente ley van desde la aplicación de una multa económica, hasta la cancelación del contrato de concesión de frecuencia. La Superintendencia de Comunicaciones es la autoridad competente y facultada para la implementación de las sanciones tanto de carácter técnico como administrativo.

4.1.4 Proyecto de Ley de Comunicación

El Artículo 16 de la Constitución garantiza una comunicación libre, intercultural, incluyente y diversa que permita la interacción social del pueblo ecuatoriano. Bajo este contexto, La Asamblea Nacional pone en marcha el Proyecto de Ley de Comunicación como fuente jurídica para proteger la libre expresión y el acceso a la información pública.

En concordancia con la Ley de Radiodifusión y Televisión y la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, el Proyecto de Ley de Comunicación se ajusta a la normativa vigente de regulación publicitaria. La Asamblea Nacional fomenta este proyecto como una alternativa en protección al derecho de comunicación sin censura previa, bajo el cumplimiento de una responsabilidad ulterior determinada.

¹⁴³ Ley Reformativa a Ley de Radiodifusión y Televisión, Registro Oficial No. 691, Quito- Ecuador, 9 de mayo de 1995

Este proyecto de ley se basa en dos puntos fundamentales. Primero, garantizar los derechos a la comunicación, mismos que deben estar limitados por el respeto que merecen las demás personas. Segundo, permitir el acceso a la información pública, la que es de naturaleza gratuita, excepto en los caso de reproducción. En este sentido, las consideraciones realizadas por esta normativa en materia comercial son escasas, generales y vagas.

De las pocas consideraciones que se aplican para el presente estudio, el Proyecto de Ley de Comunicación dedica la sección quinta a las regulaciones de la publicidad en medios. El Artículo 34 establece las siguientes prohibiciones para la publicidad de origen comercial:

Artículo 34 PLC.- “Se prohíbe utilizar en la publicidad comercial lo siguiente:

1. Escenas, imágenes o locuciones de violencia, apología de los vicios, delitos, usos o costumbres degradantes, nocivas que exploten el miedo, alteren la paz y el orden público, que discriminen, estereotipen o induzcan al usuario a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la seguridad personal y colectiva, que induzcan a la violencia, al racismo, la toxicomanía, la pornografía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y, en general que atenten contra los derechos consagrados en la Constitución y en la presente ley.¹⁴⁴
2. Contenidos engañosos que contraríen total o parcialmente las condiciones reales o adquisiciones de los productos, bienes y/o servicios ofrecidos o que utilicen textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzcan a engaño, error o confusión al consumidor o que afecte sus intereses y derechos.”
3. Publicidad de cigarrillos, bebidas alcohólicas en horarios desde 06 h00 hasta 22 h00 y demás durante programas informativos, noticiosos o deportivos”¹⁴⁵.

¹⁴⁴ República del Ecuador, Asamblea Nacional, Proyecto de Ley Orgánica de Comunicación, Quito- Ecuador, Septiembre. 2009

¹⁴⁵ *Ibíd*em

Claramente, esto no contradice la normativa de otras leyes vigentes. En este sentido, cualquier persona natural o jurídica podrá denunciar ante el Defensor del Pueblo las faltas cometidas por modalidad de publicidad engañosa, tal como establece la Ley Orgánica de Defensa al consumidor que es fuente importante de regulación publicitaria.¹⁴⁶

Por otra parte, el proyecto de ley de comunicación otorga responsabilidad solidaria entre los anunciantes, agencias de publicidad, productoras y medios de comunicación cuando se cometen violaciones a la normativa de difusión. No limita la responsabilidad a las empresas anunciantes y a los medios de comunicación, como se lo hace en la Ley de Radiodifusión y Televisión.

La responsabilidad solidaria es la obligación que asume una o más personas para responder ante las faltas cometidas por una tercera persona o por una empresa. En este contexto, el demandante puede exigir indemnización a cada uno de los responsables solidarios. Este tipo de obligación, sólo es aplicable a las sanciones administrativas, pero no en las acciones penales.

Al ser la publicidad un servicio profesional, existe responsabilidad solidaria entre el anunciante y la agencia de publicidad cuando la infracción se origina por presentar un contenido de información engañosa. La responsabilidad sobre los anuncios se extiende a los elementos de fondo y de forma, aún cuando la forma sea obra de un tercero contratado, no existe excusa para que el anunciante haya incumplido con la Ley.

El Proyecto de Ley de Comunicación se plantea como objetivo la libre expresión bajo un contexto de respeto hacia el público. Sin embargo, la publicidad desleal comercial, por la incidencia que tiene en el tráfico económico, debe ser evaluada como un instrumento de la competencia y no bajo una ley de comunicación. La difusión de un mensaje parcializado en el entorno comercial, tiene como objetivo generar error en el mercado y ganar participación en deterioro de la imagen de un tercero.

¹⁴⁶ República del Ecuador, Asamblea Nacional, Proyecto de Ley Orgánica de Comunicación, Quito- Ecuador, Septiembre. 2009

Una ley independiente que regule las acciones de competencia desde un enfoque completo y exhaustivo, necesariamente deberá contar con los artículos para clasificar las conductas desleales por emisión publicitaria y no limitarse a los conceptos expuestos en el presente proyecto de Ley.

La Ley de Comunicación que sea aprobada debe considerar a la publicidad Comercial ilegal bajo la normativa de represión de la competencia desleal y resolver la aplicación de sanciones mediante una Autoridad de Competencia y no por ninguna otra autoridad en materia de comunicación.

4.2 CASO ESPAÑOL

4.2.1 Ley de Competencia Desleal

Desde 1991 hasta el año 2009, La Ley 3/1991 de Competencia Desleal ha sido un instrumento muy importante para la modernización del sector económico español. Sin embargo, los tratamientos para prácticas desleales en los países miembros de la Unión Europea mostraban marcadas diferencias y obstaculizaban el buen funcionamiento del mercado interior. En este sentido, para el año 2009 fue necesario reformar las Leyes Locales de España en conformidad con los estatutos de escala comunitaria.

Actualmente, la regulación vigente sobre Competencia desleal está contenida en la Ley 29/2009, resultado de la adaptación de la Directiva 2005/29/CE.¹⁴⁷, normativa comunitaria que establece las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores y que es aplicable para cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado.

Los Artículos 3 y 4 de La Ley de Competencia Desleal que hablan sobre la naturaleza de los actos desleales y las disposiciones generales en términos de competencia desleal

¹⁴⁷ Boletín oficial del Estado Español No.315, Ley 29/2009, Modificación del régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, pág. No. 112039 SECI, Diciembre 2009

son los mismos tanto en la ley de 1991 como en la reforma del 2009. En este sentido, para que una acción sea considerada desleal, ésta debe ser objetivamente contraria a la buena fe comercial del mercado, tomando en consideración no solo las acciones realizadas por los empresarios, sino también las prácticas profesionales.

Además, estos artículos consideran que los actos desleales crean una afectación o distorsión significativa en el comportamiento del consumidor, ya sea por aprovechamiento de la ingenuidad y vulnerabilidad de un grupo o con la imposición de barreras para la toma de decisiones objetivas. La Ley de Competencia Desleal española tiene el propósito de proteger los intereses de todos los que participan en el mercado, y por este motivo tipifica específica e individualmente los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita.

Con respecto a los lineamientos establecidos a la Directiva 2005/29/CE, se introduce al control la emisión de información falsa o la configuración de mensajes que induzcan a error por parte del consumidor. Además, integra de manera separada dos categorías de prácticas comerciales desleales que son los actos engañosos por acción y los actos engañosos por omisión.

La Norma Comunitaria también normaliza las prácticas comerciales de naturaleza agresiva como el acoso, coacción y cualquier medio que genere indebida presión de compra. Finalmente, reconoce y fomenta los códigos de autorregulación profesional, siempre que velen por la estructura competitiva y que estén sujetos al ordenamiento judicial y administrativo.¹⁴⁸

Esta homologación permite contar con un único marco normativo, basado en conceptos claramente definidos para la regulación de prácticas desleales en toda la Unión Europea. Sin embargo, el objeto de la armonización solo comprende las prácticas comerciales realizadas por empresas en sus relaciones con los consumidores y que perjudican de manera directa los intereses económicos de los usuarios. Se omiten sistemáticamente los actos de competencia desleal generados a partir de la relación entre empresas.

¹⁴⁸ Diario Oficial de la Unión Europea, DIRECTIVA 2005/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, pág. No. 112024, 11 de mayo de 2005

Contrariamente a la DPCD, la legislación española sí reconoce las acciones desleales que se dan en la relación entre las empresas. Abarcando de manera completa los intereses de los consumidores, las exigencias del propio mercado y los legítimos intereses de los operadores económicos que actúan en el mismo.

La reforma que presenta esta normativa, experimenta un nivel muy elevado de integración. De tal manera, se asumen criterios fundamentales de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley General de Publicidad y otras legislaciones complementarias.

En este sentido, los lineamientos expresados en la Ley General de Publicidad, también son competencia de la Ley de Competencia Desleal, tal como lo establece el Artículo 18: “ *La publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal*”.¹⁴⁹

Para determinar las acciones regulatorias en materia de Competencia desleal, es necesaria la iniciación de un procedimiento judicial. En este caso, no se aplican sanciones administrativas como son las multas o la privación de un derecho.

Cualquier persona natural o jurídica que participe en el mercado y cuyos intereses resulten afectados por una conducta desleal, puede iniciar acciones de cesación de la conducta desleal, remoción de efectos, rectificación de la información engañosa y resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados.¹⁵⁰

A nivel estatal, el organismo más importante en materia de regulación competitiva es el Tribunal de Defensa a la Competencia. Siendo una entidad totalmente independiente con facultad sancionadora, está integrado por 8 vocales y un presidente nombrado por el Gobierno y El Ministerio de Economía.¹⁵¹

¹⁴⁹ Ley de Competencia Desleal 29/2009, Artículo No .18, Madrid- España, 30 de diciembre 2009

¹⁵⁰ ibídem

¹⁵¹ Bercovitz Alberto , Rodríguez Cano, Apuntes de Derecho Mercantil, España, Editorial Aranzadi A Thomson Company, pág. 200, 2002

Sin embargo, las Comunidades Autónomas cuentan también con entidades equivalentes de Defensa a la Competencia a nivel regional. Es importante señalar, que las entidades territoriales autónomas forman parte del ordenamiento constitucional de España y que además están dotadas de autonomía legislativa y competencias ejecutivas.

La distribución de facultades, entre los órganos estatales y autónomos radica según la gravedad del acto y la afectación sufrida por el mercado. Se atribuye al Estado, la investigación y sanción de actos desleales que hayan generado un daño generalizado en el sistema económico, por el contrario, las autoridades autónomas tienen facultad de aplicación exclusivamente en los casos de afectación regional.

Sin embargo, existe un organismo coordinador entre el Estado y las Autoridades autónomas. El Consejo de Defensa a la Competencia es el encargado de aplicar uniformemente la Ley de Competencia Desleal en cada uno de los casos.

4.2.2 Marco Español de Regulación Publicitaria

En España, la regulación jurídica de la actividad publicitaria nace con el Estatuto de Publicidad (Ley 61/ del 11 de Junio 1964). En su momento, esta normativa representó un avance importante en el derecho europeo y un adelanto de la nación española hacia la regulación de contenidos en defensa del consumidor y de la competencia. Sin embargo, con la Constitución del 27 de Diciembre del 1978 se introducen otros aspectos de regulación, que derogaron el uso del Estatuto publicitario.

Para 1984 se publica La Ley General de Defensa a los Consumidores y Usuarios, pocos años después La ley General de Publicidad (Ley 34/ del 11 de noviembre de 1988).

Esta normativa constituye la referencia primordial para la realización de actividad publicitaria en España. Comprende cuatro títulos, una disposición transitoria y otra disposición derogatoria. Los títulos I y II hablan sobre las disposiciones generales, definiciones y tipos de publicidad. En el artículo 6 se presenta el concepto de publicidad desleal.

Artículo 6 LGP.-

“Es publicidad desleal:

- a) La que por su contenido, forma de presentación o forma de difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de productos o servicios.
- b) La que introduce confusión con las empresas, actividades, productos, nombre de marcas u otro signo distintivo de los competidores así como la que haga uso injustificado de denominaciones, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones.
- c) La publicidad comparativa cuando no se apoya en características esenciales afines y objetivas demostrables de los productos o servicios o cuando se contrapongan bienes y servicios con otros no similares o desconocidos o de limitada participación en el mercado.”¹⁵².

A partir de esta definición, se observa un limitante en cuanto a la definición de actos de publicidad desleal. En este artículo se enumeran los ejemplos típicos, mas no hace referencia a la premisa general de violación a la buena fe. Tal como presenta la Ley de Competencia Desleal, que también integra la actividad publicitaria.

Por otro lado, el Artículo 6 hace una importante referencia a la publicidad comparativa y sobre los criterios que la hacen aceptable. Esta apertura se sustenta en la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo del 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Misma que incorpora un tratamiento único en las naciones miembros de la Unión Europea para la publicidad comparativa, siempre que contenga un carácter informativo en beneficio del consumidor.

El Título III está dedicado a los contratos publicitarios y el Título IV contiene las normas de sanción y represión a la actividad publicitaria. Según la Ley General de Publicidad, los organismos administrativos competentes, las asociaciones de

¹⁵² Ley Española de Publicidad, Madrid- España, 1997

consumidores y usuarios y las personas naturales o jurídicas que resultaran afectadas por una violación publicitaria, podrán solicitar al anunciante la cesación del acto violatorio o una rectificación por escrito.

Así mismo, la disposición transitoria se refiere a los controles impuestos sobre la publicidad de productos sanitarios, juegos de azar y otros bienes de uso delicado. Finalmente, la disposición derogatoria se refiere a la abolición de cualquier otra norma que se oponga a esta ley.¹⁵³

Además de la ley General de Publicidad, en el Artículo 282 del Código Penal Español se contempla de manera sustancial la penalización con multas y cárcel para los delitos cometidos a través de la actividad publicitaria.

Artículo 282 CPE.-

“Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses, los fabricantes o comerciantes que en sus ofertas o publicidad de productos o servicios hicieren alegaciones falsas o manifestaciones características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda por la comisión de aplicación de otros delitos”¹⁵⁴

El anterior artículo es contundente en su aplicación, sin embargo, por su carácter penal puede suponer un control generalizado de la actividad publicitaria ilícita, dejando sin efecto a La Ley General de Publicidad antes citada.

En control publicitario, existen la Ley de Competencia Desleal, la Ley General de Publicidad y el Código Penal. Estos textos jurídicos son coincidentes en su contenido, lo que genera una multiplicidad de normas para el tratamiento del mismo problema.

¹⁵³ Ortega, Enrique. *La Comunicación Publicitaria*, Madrid- España, pág. No. 326 Ediciones Pirámide, 2004

¹⁵⁴ Código Penal Español, Ley Orgánica 10/1995, Madrid- España, 23 de noviembre de 1995

El experto en Derecho de competencia, Alberto Bercovitz considera que esta vasta normativa es innecesaria porque provoca distorsiones y dificulta la resolución de conflictos.¹⁵⁵

4.2.3 Caso legislación Española- Don Simón contra Leche Pascual

Denunciante:

J. García Carrión, S.A:(empresa fabricante de Zumos Don Simón)

Denunciado:

Grupo Leche Pascual (empresa fabricante de Zumos Pascual)

Materia:

Engaño, Mala Fe Comercial, Competencia Desleal, Publicidad Engañosa

La demanda se plantea en cuanto J. García Carrión S.A. (empresa fabricante de Zumos Don Simón) demanda a la empresa Grupo Leche Pascual por incurrir en competencia desleal, engaño y actuación contraria a la buena fe. En el sentido que el producto “Zumos Pascual” está siendo promocionado y exhibido erradamente como una bebida “refrigerada”. Suponiendo un proceso diferente de producción, almacenamiento y transporte del bien.¹⁵⁶

Con fecha 13 de Marzo del 2009, el Juzgado de Primera Instancia No. 4 de lo Mercantil de Burgos, resuelve la desestimación de la demanda presentada por J. García Carrión S.A. basándose en lo siguiente:

En primer lugar, se elimina el supuesto de engaño en vista de no existe una categoría legal de “zumos refrigerados”, por lo que no es pertinente aplicar la regulación en materia de temperatura mínima y máxima en los productos de marca Pascual. Tras el análisis de las pruebas presentadas en el caso, se concluye que el mantener una cadena

¹⁵⁵ Asociación española de Defensa a la Competencia, Jornada sobre 15 años de la Ley de Competencia Desleal- Nota de Prensa, <http://www.aedc.es/?s=noticias&id=665>, net, España, párrafos 5 y 6, Consulta Febrero 2011

¹⁵⁶ Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil, http://eprints.ucm.es/8722/1/Cuesta_Rute.pdf, Burgos España, Marzo 2009

de frío no añade ninguna ventaja particular que no tenga la composición real del zumo Pascual.¹⁵⁷

Segundo, el hecho que los establecimientos comerciales exhiban el producto en los lineales de frío, no es causal para otorgar la demanda. Este hecho sucede también con otros productos que tampoco requieren refrigeración, más bien, la presentación del refresco puede justificarse como una estrategia de marketing para hacerlo más apetecible.

Finalmente, sobre el supuesto de mala fe, éste es aplicable para calificar de ilícitos supuestos que no están previstos por la normativa. La cláusula general debe usarse de manera prudencial y no se ajusta para darle un plus de ilicitud a lo que originalmente tiene naturaleza ilegal.

A partir de estos motivos, el juzgado resuelve absolver a Grupo Leche Pascual S.A. de los cargos ejercidos en su contra, y estipula la imposición de costas por parte de la demandante.¹⁵⁸

Sin embargo, con fecha 22 de Marzo del 2010, J. García Carrión decide presentar Recurso de Apelación ante La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos. De esta manera, se solicita una nueva consideración de las pruebas obrantes y reapertura del Caso.

En términos generales, los artículos No.5 y 7 de LCD consideran engañosa cualquier conducta que contenga información falsa, que induzca o pueda inducir a error en los destinatarios, y que omita información relevante¹⁵⁹. En este sentido, la presentación del producto “Zumo Pascual” se realiza en los lineales de frío de los supermercados. Además, su publicidad indica que estas bebidas son “refrigerados”, inclusive la etiqueta recomienda la conservación del producto entre 0º y 6º C.

¹⁵⁸ Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil, http://eprints.ucm.es/8722/1/Cuesta_Rute.pdf

¹⁵⁹ Recurso de Apelación ante La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, http://www.legaltoday.com/files/File/pdfs/competencia-desleal-pascual.pdf_Burgos-España, Marzo 2010.

Un producto “refrigerado” supone para el consumidor mayor calidad porque su período de uso es más prolongado que un alimento a temperatura ambiente. De esta manera, se justifica también que el precio de venta sea más alto que el del zumo no refrigerado.

Si bien es cierto que el Real Decreto 1050/2001 para la Reglamentación Técnico Sanitaria de zumos de frutas y otros productos similares de consumo humano, no contempla una distinción entre “zumos refrigerados” y “zumos a temperatura ambiente”, estas dos variedades son realmente comercializadas en el mercado y se han reconocido en otras normativas españolas.

En el art. 17.3 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, los “zumos exprimidos refrigerados” están considerados dentro de la categoría de alimentos frescos y perecederos. “Son aquellos que por sus características naturales conservan sus cualidades aptas para la comercialización y el consumo durante un plazo inferior a 30 días o que precisan condiciones de temperatura regulada de comercialización y transporte”.¹⁶⁰

Por su proceso productivo, los “Zumos Pascual” no pueden ser considerados bebidas “refrigeradas” porque no se ha conservado en frío durante su elaboración, almacenamiento y transporte. Sin embargo, existe una importante diferencia entre el precio de los Zumos Pascual temperatura medio ambiente (1,04 € litro) y Zumo “refrigerado” (1,86 € litro). Esta diferencia de precio, podría suponer para el consumidor un mayor costo productivo o mejor calidad en el “Zumo refrigerado”.¹⁶¹

El engaño también se encuentra configurado en la publicidad y en la información que emite la empresa demandada hacia los consumidores. Tanto en prensa, televisión, vallas publicitarias, cuñas de radio, etc., la publicidad de “Zumos Pascual” utiliza la leyenda “búscanos en refrigerados”. Además, la recomendación de la etiqueta indica mantener el producto entre 0º y 6º.

¹⁶⁰ Recurso de Apelación ante La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, <http://www.legaltoday.com/files/File/pdfs/competencia-desleal-pascual.pdf>, Burgos –España, Marzo 2010.

¹⁶¹ *Ibidem*

Por otro lado, en la página web de la compañía fabricante se los clasifica dentro de los productos refrigerados junto con otros bienes que sí cumplen con esta característica. Claramente, esto constituye un incumplimiento al Art.4 de la LGP sobre publicidad engañosa (mismos términos que actos de engaño del Art.5 y 7 LCD).

A partir de la exposición de los motivos más relevantes del caso. Es importante concluir que sí existe un importante grado de engaño hacia el consumidor. Los “Zumos Pascual” se exhiben y se publicitan como un producto “refrigerado”, que al final de cuentas no tiene las mismas características en cuanto a calidad y tiempo de consumo. Además, es un acto de competencia desleal, en el sentido que el precio del producto es más caro que la competencia sin haber una justificación razonable, como inversión productiva.

Una vez apelada la sentencia de marzo 2009, La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos decide fallar a favor de J. García Carrión. Disponiendo para la parte demandada retirar sus productos de las líneas de frío, abstenerse de reiterar la conducta declarada desleal, incluida publicidad engañosa, y asumir el pago de las costas de la primera instancia.¹⁶²

4.3 CASO PERUANO

4.3.1 Ley de Represión de competencia desleal

Mediante Decreto Legislativo No. 1044 publicado en Julio 2008, se aprueba en Perú la nueva Ley de Represión de la Competencia Desleal, con lo que quedan sin efecto la Ley 26122 (anterior ley de competencia desleal) y el Decreto. Legislativo 691 (Normas de publicidad en Defensa del consumidor).¹⁶³

¹⁶²Recurso de Apelación ante La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, <http://www.legaltoday.com/files/File/pdfs/competencia-desleal-pascual.pdf>, Burgos –España, Marzo 2010.

¹⁶³ Aguirre Montenegro, Jorge, Nueva Ley de Competencia Desleal. Decreto LEG. N° 1044, .net, Lima-Perú <http://lawiuris.wordpress.com/2008/07/01/ley-de-competencia-desleal-%E2%80%93-d-leg-n%C2%BA-1044/>, párrafo No .2, Consulta Enero 2011

La reforma pretende corregir las falencias de la antigua normativa, ampliando el objeto de la ley hacia reprimir, prohibir, desalentar y evitar los hechos de competencia desleal. Además, reconoce la necesidad del poder público ante los excesos generados por la libre iniciativa privada.

Un elemento fundamental para la regulación de la competencia desleal en el Perú es El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Este es un organismo público con personería jurídica que cuenta con autonomía funcional, técnica, económica y administrativa.

En materia de competencia desleal, el INDECOPI tiene facultad de monitorear el mercado para determinar las fallas que puedan afectar su funcionamiento, así como ejercer acciones de investigación y difusión para dar soluciones en beneficio de la sociedad¹⁶⁴.

En la nueva legislación se establece una cláusula general prohibitiva donde todo acto contrario a las exigencias de la buena fe es considerado desleal, independientemente del medio de realización y forma de presentación. Este es el contenido primordial del Artículo 6 de La Ley de Represión a la Competencia desleal y hace alusión explícita a la aplicación de la cláusula general en la actividad publicitaria¹⁶⁵.

La LPRCD tipifica de manera independiente las conductas desleales como el engaño, la confusión, denigración, actos imitativos, aprovechamiento del esfuerzo o reputación ajenos, violación de secretos empresariales, entre otras.

Bajo esta normativa, se considera un acto desleal a partir de la existencia de un perjuicio potencial o real hacia el competidor, usuario u orden general de la industria, sin que ello suponga un vínculo directo de rivalidad entre el sujeto pasivo y sujeto activo.

¹⁶⁴ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=4&JER=725, net, Perú, Párrafo No.1, Consulta Marzo 2011

¹⁶⁵ Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo No.1044, Lima -Perú, Julio 2008

Por otra parte, la nueva Ley de Represión de la Competencia se extiende a personas naturales, jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos y otras entidades de derecho público o privado, estatales, no estatales, con o sin fines de lucro. Esta amplitud que se manifiesta en la reforma, pretende implementar controles y sanciones sobre todos los ejecutores de actos de competencia desleal, independientemente de su naturaleza o tamaño.

La reclamación de un acto de competencia desleal, se lo puede hacer a la par de la ejecución del acto, cuando exista amenaza que ocurra e inclusive cuando hayan cesado sus efectos. La denuncia se hace por medio de un oficio, ya sea por iniciativa propia o por partición motivada de otros organismos.

Las autoridades competentes para la fiscalización sobre la ley son en primera instancia la Comisión de fiscalización de la Competencia desleal y el Tribunal de defensa de la competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).¹⁶⁶

Durante el proceso, no se exige la presentación de pruebas para acreditar la existencia de un acto desleal, los requisitos de denuncia son solamente el nombre y datos domiciliarios del denunciante, identificación de los posibles responsables y el comprobante de pago de la tasa por derechos de tramitación. Los requisitos son mínimos para evitar trabas en el proceso técnico investigativo.

Solo con la existencia de indicios razonables de un acto de competencia desleal, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal está facultada para dar inicio al procedimiento administrativo sancionador. En este sentido, la Secretaría Técnica tiene plena facultad de realizar las investigaciones previas y recopilar información.

Artículo 29°.- Requisitos de la denuncia de parte.-

“La denuncia de parte que imputa la realización de actos de competencia desleal, deberá contener:

¹⁶⁶ Aguirre Montenegro, Jorge, Nueva Ley de Competencia Desleal. Decreto LEG. N° 1044, .net, Lima-Perú <http://lawiuris.wordpress.com/2008/07/01/ley-de-competencia-desleal-%E2%80%93-d-leg-n%C2%BA-1044/>, párrafo No .10, Consulta Enero 2011

- a) Nombre, denominación o razón social del denunciante, su domicilio y los poderes correspondientes, de ser el caso;
- b) Indicios razonables de la presunta existencia de uno o más actos de competencia desleal;
- c) Identificación de los presuntos responsables, siempre que sea posible;
- d) El comprobante de pago de la tasa por derecho de tramitación del procedimiento sancionador.”

Artículo 30°.- Actuaciones previas a la admisión a trámite por denuncia de parte.-

“Presentada la denuncia de parte y con anterioridad a la resolución de inicio del procedimiento de identificación y sanción de actos de competencia desleal, la Secretaría Técnica podrá realizar actuaciones previas con el fin de reunir información y/o identificar indicios razonables de la existencia de actos de competencia desleal.

Estas actuaciones previas se desarrollarán en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles, contados desde la presentación de la denuncia”.

Existiendo un plazo máximo de 30 días hábiles improrrogables para dar inicio al procedimiento administrativo. La Secretaría Técnica deberá informar a la Comisión sobre cualquier cambio en la realización de los hechos, calificación y sanciones, a fin de que la Comisión ejecute las acciones en el tiempo estipulado.

Las sanciones por el incumplimiento de la normativa dependen del nivel de gravedad del acto. En el caso de un acto leve, que no hubiera producido una afectación real en el mercado, la sanción se limita a una amonestación equivalente hasta diez (10) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), siempre que no supere el ocho por ciento (8%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor en su actividad económica.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo No.1044, Lima -Perú, Julio 2008

Si la infracción fuera calificada como grave, la multa va desde diez (10) UIT hasta cincuenta (50) UIT siempre que no supere el diez por ciento (10%) del ingreso del infractor en su actividad económica.

Las infracciones calificadas como muy graves, tienen una multa desde cincuenta (50) UIT hasta cien (100) UIT siempre que la misma no supere el doce por ciento (12%) del ingreso bruto percibido por el infractor.¹⁶⁸

El monto de las Unidades Impositivas tributarias asciende a Tres Mil Seiscientos Nuevos Soles, es decir un aproximado de mil ciento veintisiete dólares Americanos. En Perú, la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), es el indicador base para el cobro de multas y otros.¹⁶⁹

El plazo para la prescripción de la infracción es de 5 años desde la última ejecución del acto violatorio. Sin embargo, la reincidencia se considera circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente. En caso de reincidencia, la Comisión podrá duplicar las multas impuestas incrementándolas sucesiva e ilimitadamente.¹⁷⁰

4.3.2 Tratamiento de la Publicidad Ilegal como Competencia Desleal en Perú

El sistema de represión a la publicidad ilegal en el Perú contaba con la existencia de dos normas referidas al tema: el Decreto Ley N° 26122, Ley de Competencia Desleal, y el Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Esta última, explicaba las disposiciones relacionadas con el contenido publicitario y condiciones de difusión.

¹⁶⁸ Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo No.1044, Lima -Perú, Julio 2008

¹⁶⁹ Impuesto Perú, <http://impuesto.pe/uit-2011.html>, net, Perú, Consulta: Diciembre 2010

¹⁷⁰ Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo No.1044, Lima -Perú, Julio 2008

El doble enfoque de la competencia desleal en la actividad publicitaria, es producto de la influencia directa del caso español. Sin embargo, la crítica jurídica hacia la duplicidad de normativas para el control y normalización publicitaria, pretende corregirse, mediante la unificación de la norma.

Tanto la represión a la competencia desleal, como la ilegalidad en la actividad publicitaria, ahora coexisten en una sola ley no contradictoria (Decreto Legislativo No. 1044).¹⁷¹ En términos generales, la publicidad puede tener diferentes interpretaciones, por este motivo, lo más recomendable es que sea valorada como un instrumento de la competencia.

En la ley de Represión a la competencia desleal, se tipifica de manera independiente la publicidad ilegal bajo formato denigratorio, engañoso, comparativo, imitativo y violatorio de normativas. Además, integra la normativa de difusión en cuanto a los horarios, publicidad dirigida a menores, publicidad de tabaco y bebidas alcohólicas.

En la reforma legal, se hace distinción entre normas de contenido y normas de difusión para determinar la asignación de responsabilidades por la comisión de conductas infractoras. De esta manera, es responsabilidad del anunciante la comisión de actos de competencia desleal a través de un mensaje publicitario, es responsabilidad de los medios de comunicación las infracciones cometidas por difusión irregular y la emisión de los contenidos ilegales y finalmente, es responsable la agencia de publicidad cuando se cometen actos de competencia desleal por un contenido publicitario distinto a las características propias del producto anunciado.¹⁷²

Por la estrecha relación que existe entre los actos desleales y la publicidad ilegal, la fusión jurídica elimina problemas de interpretación. El nuevo modelo surge para lograr coherencia en el ordenamiento jurídico, de tal manera que sus disposiciones sean aplicables independientemente de la naturaleza del acto.

¹⁷¹ Pasquel Enrique y Patrón Carlos, *El Derecho de la Competencia Desleal*, Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007

¹⁷² Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo No.1044, Lima- Perú, Julio 2008

4.3.3 Caso de legislación Peruana - Cristal contra Franca

Denunciante:

Backus (Fabricante Cerveza Cristal)

Denunciado:

Ajeper (Fabricante cerveza Franca)

Materia:

Publicidad Adhesiva y Aprovechamiento de Esfuerzo ajeno

El Decreto 1044 es la normativa vigente para la regulación de actos de Competencia Desleal, entró en vigencia a partir del 26 de julio de 2008, luego de treinta días desde su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”. Sin embargo, los hechos imputados por Backus sobre Ajeper se procesaron antes y después de la vigencia de la nueva ley, por este motivo, la resolución del juez y el análisis legal se realizaron en base a las Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor y la el Decreto 26122 (Antigua ley de Competencia Desleal).

En Junio del 2008, La Comisión de Represión de la Competencia desleal del INDECOPI admitió la denuncia presentada por Backus (Fabricante Cerveza Cristal) contra Ajeper (Fabricante cerveza Franca) por presunta infracción a la norma de autenticidad publicitaria y aprovechamiento de reputación ajena (artículo 14 Decreto 26122) en la campaña denominada “Desafío Franca”.¹⁷³

Según la demanda, el demandando pretendía apropiarse de la reputación de la cerveza Cristal mediante la utilización de publicidad adhesiva, sustentada en elementos no comparables y falsos.

La publicidad consiste en que la cerveza Franca plantea un Desafío a los consumidores para que prueben y decidan cuál de las dos cervezas tiene el mejor sabor. A partir de un

¹⁷³ Resolución N° 004-2009/CCD-INDECOPI, http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/4/par/res_004_2009_ccd/res004-2009-ccd.pdf, Lima-Perú, 14 de enero del 2009

supuesto estudio de mercado, donde 600 personas degustaron las cervezas Cristal y Franca en pruebas ciegas, se obtuvo un empate técnico que demostraba que ambas tenían un sabor excelente. Para romper el empate, la publicidad invita al consumidor a probar, compara y elegir la mejor cerveza del Perú.¹⁷⁴

A partir de dicha campaña, la demandante sostiene que la finalidad de este despliegue publicitario es asociar a la cerveza Franca con la cerveza Cristal. Usando como referente el sabor reconocido de Cristal en el Perú, la demandada actuó de manera desleal a partir de apropiación de reputación ajena. Para Cristal, los anuncios no constituyen publicidad comparativa sino publicidad adhesiva, porque transmite el mensaje que ambas cervezas tienen un sabor igual e indistinguible.

También sostiene que la campaña se fundamenta en hechos engañosos y no comprobables, pretendiendo dotar de carácter científico a un estudio estadístico que mide el sabor de las cervezas, aún cuando este criterio es subjetivo. Carlos Patrón, abogado de Backus, señaló en un comunicado de prensa que la actuación de Ajeper constituye un aprovechamiento de la reputación ganada por Cristal en el mercado. *“La campaña infractora es parasitaria, pretende colgarse de los atributos y buen nombre de la cerveza líder del mercado, y eso es ilegal”*.¹⁷⁵

En su defensa, Ajaper, productor de Franca declaró que la publicidad empleada no afirma que los sabores de Cristal y Franca sean similares o indistinguibles, sino que el estudio de mercado reveló un empate técnico. Además, no se puede calificar de adhesiva a la campaña publicitaria, porque el anuncio cumple con los dos requisitos de la publicidad comparativa que son: identificación clara de las dos marcas y presentación de las ventajas de la oferta propia frente a las desventajas de la oferta competidora (empate técnico de sabor).

El estudio de mercado publicado por Franca se sustentó en pruebas de uso común realizadas a 600 hombres y mujeres entre 18 y 60 años, residentes de Lima

¹⁷⁴ Resolución N° 004-2009/CCD-INDECOPI, http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/4/par/res_004_2009_ccd/res004-2009-ccd.pdf, Lima-Perú, 14 de enero del 2009

¹⁷⁵ Derecho y Sociedad, Indecopi admite denuncia de Backus contra Ajeper por el Desafío Franca, <http://blog.pucp.edu.pe/item/27330/indecopi-admite-denuncia-de-backus-contra-ajeper-por-el-desafio-franca>, net, Perú, párrafoNo.7, Consulta Marzo 2011

Metropolitana que consumen al menos 4 botellas de cerveza al mes. Los resultados fueron que el 50.7% prefirió Cristal, el 48.0% prefirió Franca, y el 1.3% prefirió ambas.

Las encuestas fueron realizadas por la empresa Conecta que sostuvo la aplicación de los parámetros exigidos por la Sociedad Americana de Químicos Cerveceros y contó además con la observancia de un Notario Público.¹⁷⁶

El 08 de Septiembre del 2008, la Secretaría Técnica de la Comisión solicita a la Gerencia de Estudios Económicos (GEE) realizar un análisis sobre dicho análisis de mercado y determinar el grado de veracidad en cuanto a las afirmaciones que realiza.

Para el 04 de Noviembre del 2008, la GEE concluye que las pruebas realizadas por Franca tienen una serie de errores metodológicos en su implementación y que los resultados obtenidos habían sido usados incorrectamente. A partir de ello, no es posible señalar que las dos cervezas tienen un excelente sabor.

Mediante Resolución 004-2009/CCD-INDECOPI del 14 de enero de 2009, la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por Backus contra Ajeper por infracciones cometidas en contra del principio de veracidad publicitario y violación del principio de lealtad por explotación de reputación ajena.

Conforme el artículo 14 del Decreto Ley 26122,

“Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero.”¹⁷⁷

¹⁷⁶ Resolución N° 004-2009/CCD-INDECOPI, http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/4/par/res_004_2009_ccd/res004-2009-ccd.pdf, Lima-Perú, 14 de enero del 2009

¹⁷⁷ Decreto Legislativo 26122, Lima – Perú, 1991

Según el INDECOPI, los anuncios cuestionados buscan asociar atributos subjetivos y no comprobables de las cervezas Franca y Cristal, tomando como referencia la variable subjetiva del sabor. De esta manera, la campaña publicitaria denunciada no constituye publicidad comparativa porque no existe contrastaste entre los atributos de las marcas, sino que la cerveza Franca pretendió adherir el atributo subjetivo del sabor, propio de la marca Cristal.

Los actos de la Competencia Desleal y la regulación publicitaria dan a lugar una amonestación económica. Sin embargo, la Comisión puede ordenar en caso de ser necesaria la cesación de los anuncios y/o la rectificación publicitaria. En este sentido, se resuelve el cese definitivo e inmediato de la difusión de los anuncios infractores, el pago de las costas del procedimiento y una multa de 35 Unidades Impositivas Tributarias (UIT). También se denegó el pedido de Backus para la aplicación de multas según la escala establecida en el Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.¹⁷⁸

4.4 CASO DE LOS ESTADOS UNIDOS

4.4.1 Ley de la Comisión Federal de Comercio

Dada la estrecha relación que existe entre el derecho defensor de los consumidores y el derecho de competencia .En EEUU se considera que las disposiciones en materia de protección a los consumidores y competencia desleal, forman parte de un mismo elemento. De esta manera, los casos de competencia desleal hacen uso de los mismos instrumentos aplicados en defensa de consumidor.

El objetivo principal de las leyes de competencia en Estados Unidos, es promover un mercado equilibrado, eliminando actos desleales de competencia y garantizando la

¹⁷⁸ Resolución N° 1004-2009/CCD-INDECOPI, http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/4/par/res_004_2009_ccd/res004-2009-ccd.pdf, Lima-Perú, 14 de enero del 2009

protección del consumidor¹⁷⁹. Un enfoque contrario al liberalismo económico, que centra su interés en el bienestar exclusivo del fabricante.

En 1915 se crea la Comisión Federal de Comercio (FTC) con la finalidad de apoyar la labor del Ministerio de Justicia frente a conductas anticompetitivas. Adicionalmente, es el organismo competente para proteger a los consumidores frente a conductas de competencia desleal.

La Comisión Federal de Comercio es la única agencia federal que tiene jurisdicción tanto en el ámbito de la protección del consumidor como en materia de competencia económica. Sobre su estructura, la FTC está formada por cinco comisionados designados por el Presidente electo de los Estados Unidos y reconfirmados por el Senado, en un periodo de siete años.¹⁸⁰

Bajo la estructura de los cinco comisionados, la FTC establece 3 oficinas para tratar las diferentes controversias generadas en el mercado; La Oficina de Competencia, Oficina de Protección al Consumidor y Oficina de Economía.

Cuando la FTC considera que existen indicios razonables de violación en materia de competencia, emite un pliego de cargos y sanciones. Si la parte acusada se opone a dichos cargos, se realiza una audiencia oral ante un juez administrativo de la FTC.

La decisión inicial de este juez es apelable ante el pleno de los cinco comisionados, en una segunda audiencia oral. Si el pleno falla contra el acusado, se emite una orden final de cesamiento de la conducta violatoria, que debe ser ejecutada en un plazo no mayor de 60 días.¹⁸¹ La orden final, corresponde a un acuerdo entre las partes y no constituye una aceptación por parte del demandado de una violación efectiva.

En un principio, la FTC no tenía capacidad de acudir ante los tribunales sin pasar primero por el juicio administrativo. Sin embargo, para 1973 se introdujo una

¹⁷⁹ Sjostrom, W, *Competition Law in the European Union and the United States*, Macmillan, London, 1998.

¹⁸⁰ Fornells, Jody, Derecho de Competencia de Estados Unidos, Boletín Económico del ICE N. 282, págs. 45-47, 2004

¹⁸¹ *Ibidem*

disposición que permite a la FTC solicitar ante un Tribunal Federal el interdicto permanente de cesación de conductas anticompetitivas o de competencia desleal.

En este sentido, cuando se incumple la disposición final del pleno de la FTC, ésta podrá acudir a los Tribunales para solicitar la imposición de las multas y la compensación de los afectados. Una decisión final o sentencia requiere necesariamente la aprobación de la corte y la firma del juez.

Otro instrumento a disposición de la FTC es la elaboración de estatutos reguladores para una industria determinada. De esta manera, se promueve la competencia en los sectores que tienen un alto impacto en el consumidor, como es el caso de la atención médica, bienes raíces, hidrocarburos, tecnología y bienes de consumo. Una vez aprobadas estas regulaciones, se exige por parte de los Tribunales Federales sanciones administrativas por concepto de violación al estatuto.¹⁸²

Bajo la perspectiva Norteamericana, se integra de manera íntima las regulaciones de competencia con la protección del consumidor. De esta manera, la Protección al Consumidor es lo que genera una mejor política de precios, calidad y seguridad, consecuentemente propicia un entorno sano de competencia.

4.4.2 Tratamiento Publicidad Ilegal en Estados Unidos

La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, establece lo siguiente:

*FIRST AMENDMENT to the U.S. Constitution: Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.*¹⁸³

¹⁸² Fornells, Jody, Derecho de Competencia de Estados Unidos, Boletín Económico del ICE N. 282, págs. 45-47, 2004

¹⁸³ La Constitución de los Estados Unidos , forma original el 17 de septiembre de 1787

La protección a la libertad de expresión tiene aplicación en el discurso publicitario. Sin embargo, la emisión de los anuncios comerciales cuenta con un medio de regulación complementario que es el Acta de la Comisión Federal de Comercio.¹⁸⁴

Este es el documento básico que regula el contenido publicitario, prohibiendo mediante diferentes técnicas de análisis e investigación, las prácticas injustas y engañosas relacionadas con esta actividad.

En este sentido, existe un trato equitativo para todos los productos anunciados independientemente del medio de difusión. La FTC se enfoca principalmente en controlar y eliminar las acciones ilegales que alteren la decisión sobre los productos adquiridos para el consumo.

Cuando se evalúa una publicidad, la FTC estudia todo el contenido del anuncio, incluyendo texto, imágenes y configuración general. Todo análisis se lo realiza desde los parámetros del consumidor promedio. Si el mensaje está dirigido a un segmento particular, la FTC lo examina desde la perspectiva de dicha audiencia. Luego del proceso, se determinará cuál es la impresión general que ha provocado en el consumidor y si posee o no un contenido desleal.

En este contexto, el profesional en publicidad y el fabricante del producto son ambos responsables de todas las afirmaciones, información y contenido que se haya transmitido a los consumidores.

De esta manera, una afirmación es engañosa cuando es falsa, no ha sido comprobada o cuando el mensaje no revela hechos importantes que probablemente hubieran cambiado la decisión de compra del consumidor. Para prevenir que un anuncio sea engañoso, éste debe de ser claro, evidente y debe de transmitir la impresión general correcta al usuario.

En cuanto a la publicidad comparativa, la Federal Trade Commission alienta la mención o la referencia de los competidores. La publicidad comparativa es lícita en términos que

¹⁸⁴ Federal Trade Commission. <http://www.ftc.gov/ftc/antitrust.htm>, net, Estados Unidos, Consulta. Septiembre 2010.

represente una fuente de información para los consumidores y que eventualmente puedan producir efectos positivos en cuanto a la calidad y precio de los productos..¹⁸⁵

Las aseveraciones relacionadas con los productos de salud, deben ser corroboradas con evidencia científica competente y confiable. En este sentido, promover un estudio clínico favorable puede ser engañoso si hay numerosos estudios no favorables sobre el mismo producto. La FTC trabaja conjuntamente con médicos, investigadores, o profesores universitarios con la experiencia debida para el respectivo análisis publicitario.¹⁸⁶

4.4.3 Caso de legislación Norteamericana- . Airborne .

Denunciante:

Federal Trade Comission

Denunciado:

Victoria Knight –Mac Dowell y John Mac Dowell (Airborne Helth Inc)

Materia:

Publicidad Engañosa

En Los Estados Unidos de Norteamérica, la Administración de alimentos y Drogas (FDA) es el organismo regulador del comercio de comida, medicinas, suplementos dietéticos, servicios e implementos médicos. Sin embargo, la jurisdicción de la FTC sobre publicidad y análisis de reclamos en estos productos, no se ve afectada por las acciones ejercida por la FDA.¹⁸⁷

En este sentido, la Comisión Federal de Comercio (FTC) presenta una denuncia contra Victoria Knight –Mac Dowell y John Mac Dowell, alegando declaraciones falsas y falta

¹⁸⁵ Gallo Marcelo, Publicidad Comparativa “desafío Pepsi”, Buenos Aires- Argentina, Beledo Gottheil Abogados, pág. No.4 1996

¹⁸⁶ Ward Guy G, Kenneth Kelly, Comisión Federal de Comercio de EE.UU, Seminario realizado en Quito- Ecuador, Junio 2010

¹⁸⁷ Federal Trade Comission, Fabricantes de Airbone resuelven Cargos de la FTC por publicidad engañosa, http://www.ftc.gov/opa/2008/airborne_sp.shtm, net, Consulta Marzo 2011

de evidencia en la publicidad de su producto Airborne Effervescent Helth, mismo que se comercializa como medicina para prevenir y tratar resfríos.

Para este caso, la FTC no pudo encontrar evidencia confiable para demostrar que este producto reduce la severidad y duración de la enfermedad. También sustentan el reclamo a partir de declaraciones falsas emitida por los representantes del producto sobre la comprobación clínica de Airborne Effervescent Helth.¹⁸⁸

La demanda presentada por la Comisión Federal de Comercio, no representa una sentencia violatoria, sino que su jurisdicción permite llegar a un acuerdo en primera instancia, sin necesidad de acudir a tribunales. En estos términos, la decisión final establecida es el pago de 30 millones de dólares por parte de la demanda.

Como resultado del acuerdo, la demanda ya acordó pagar un monto de 23.5 millones en beneficio de los consumidores. Sin embargo, en caso de no cubrir la totalidad de los daños, se dispondrá de 6.5 millones adicionales para resolver los requerimientos de una acción de clase privada.

Este litigio está pendiente de juicio en la Corte Federal del Distrito Central de California. Si el acuerdo de resolución es aprobado por dicha corte, la compañía Airborne Helth Inc. deberá cesar la actividad violatoria.¹⁸⁹

De lo expuesto en este trabajo de tesis, la Competencia Desleal debe sancionar todas las actuaciones comerciales deshonestas, más allá de las violaciones generadas en la modalidad de propiedad industrial. Los modelos legislativos presentados para la comparación, se caracterizan por mantener un ámbito de aplicación completo, donde los intereses de todos los que participan en el mercado, empresarios, consumidores y sistema competitivo son jurídicamente protegidos. En este sentido, es necesaria una reestructuración urgente de la normativa en materia de competencia desleal, tanto a nivel interno del Ecuador como a nivel de la Comunidad Andina.

¹⁸⁸ Federal Trade Commission, Fabricantes de Airbone resuelven Cargos de la FTC por publicidad engañosa, http://www.ftc.gov/opa/2008/airborne_sp.shtml, net, Consulta Marzo 2011

¹⁸⁹ Ibidem

CAPÍTULO V

5 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES

1. La publicidad es una herramienta fundamental de la mercadotecnia, su nacimiento y evolución han estado a la par con el desarrollo de la comunicación. Es una manifestación del principio de libertad de empresa que es válido en las economías competitivas.

Sin embargo, la publicidad comercial engañosa constituye un acto de competencia desleal porque aumenta la incertidumbre en el mercado, incrementa los costos de transferencia y limita la asignación eficiente de recursos.

Genera efectos negativos en el consumidor porque le induce a error y afecta su patrimonio. Reduce la participación y ventas de los otros competidores, (en caso de haberse dado el mensaje desleal, el consumidor hubiere elegido el producto comercializado por otra empresa) y finalmente violenta la estructura formal del mercado.

2. Para analizar las tendencias de consumo y la percepción del público hacia la publicidad de bebidas energizantes, se realizó en el mes de Octubre 2010 una encuesta a 400 jóvenes de la ciudad de Quito. Las personas encuestadas no tuvieron dificultad en identificar las marcas más importantes de energizantes, se observó un buen nivel de recordación hacia los anuncios publicitarios, pero la mayoría no percibió ningún tipo de advertencia sobre el peligro o precaución en el consumo.

La venta de energizantes en el Ecuador es totalmente libre, el único control vigente es la exigencia por parte del INEN y el Ministerio de Salud Pública sobre la presentación de una leyenda en la etiqueta, la cual debe advertir sobre el consumo no recomendado para menores de edad, mujeres embarazadas y personas sensibles a la cafeína. Dado que muy pocos consumidores son consientes de leer el rotulado de los productos, el control vigente para el expendio de energizantes no puede considerarse eficiente.

3. El estudio de campo también reveló un grado importante de confusión en el uso de bebidas energizantes. El 41% de los encuestados han adquirido este producto para realizar actividad física, dejando de comprar los hidratantes que son las sustancias recomendadas para reponer energías tras la realización de deporte.

La configuración publicitaria de los energizantes, sugiere mediante las imágenes empleadas que estas bebidas son sustitutas de los hidratantes. De esta manera, se genera un grado importante de confusión en el consumidor y una pérdida de ingreso para el competidor honesto. Otro punto criticable en este sentido, es que la norma no exige una advertencia en el rotulado sobre la peligrosidad que tiene el uso incorrecto del producto en las prácticas deportivas.

La emisión de información falsa para crear confusión o engaño no es la única modalidad de publicidad engañosa. También es aquella que omite datos esenciales sobre las propiedades de un producto o relaciona el bien con actividades, símbolos o imágenes de concepto equivocado. Para prevenir que un anuncio sea engañoso, éste debe cumplir con todos los principios rectores de la publicidad lícita. Tanto en contenido, configuración y normativa de difusión.

4. Considerado los parámetros que determinan la deslealtad e ilegalidad de la publicidad y los resultados obtenidos durante la investigación, se puede concluir que la publicidad de bebidas energizantes en Ecuador es engañosa y constituye un acto de competencia desleal por las siguientes razones:

- La publicidad no emite una advertencia perceptible sobre el peligro generado con el consumo excesivo e irresponsable de estos productos.
- La publicidad crea confusión sobre los usos verdaderos del producto, sugiere que los energizantes sean utilizado para las prácticas deportivas. Esto genera una doble afectación: Para el fabricante de hidratantes que deja de vender su producto y para el usuario que además de poner en riesgo involuntario su salud, sufre una pérdida de patrimonio.
- La publicidad de energizantes en el Ecuador, incumple con los principios rectores de licitud en la emisión publicitaria:
 - i) Falta a la veracidad porque omite información crítica para el consumo.
 - ii) Falta a la claridad porque emplea imágenes y actividades que distorsionan la verdadera funcionalidad del producto.
 - iii) Falta a la lealtad porque provoca una afectación económica a su competidor
 - iv) Falta al principio de legalidad porque incumple con la normativa sobre la comercialización de productos sensibles y a los estatutos de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.

5. Los actos de competencia desleal se manifiestan a través de los excesos cometidos por los empresarios en la libre competencia, para su control efectivo se requiere de una normativa especializada que regule de manera eficiente el tráfico económico. Este marco legal debe establecer pautas de comportamiento para cada uno de los miembros activos del mercado y regirse bajo la protección de la buena fe comercial.

En este sentido, la Ley de Competencia desleal es una herramienta eficientemente implementada en el mundo. Legislaciones como la española, peruana y norteamericana se han especializado en el derecho sancionador de la competencia desleal e incluyen dentro de esta normativa a la actividad publicitaria, en concordancia con los principios rectores de autenticidad, dignidad, claridad, lealtad y legitimidad.

Adicionalmente, los cuerpos jurídicos que utilizan estos países abarcan la problemática desde toda su extensión, garantizando los intereses de los diferentes actores como son los consumidores, las empresas y el entorno económico.

6. En el Ecuador no existe una legislación completa en materia de Competencia Desleal, la Ley de Propiedad Intelectual y las normativas internacionales como la Decisión 486 y los ADPIC no abarcan los intereses de todos los agentes del mercado, sino que hacen un tratamiento exclusivo a los actos de competencia desleal entre empresas (derechos de propiedad intelectual), no existe una caracterización adecuada de los actos violatorios y tampoco hay un tratamiento para el control de los contenidos publicitarios.

Tal como está estructurada la legislación a nivel local y a nivel Comunitario, no hay constancia de un control efectivo para sancionar los abusos de la competencia desleal que afectan a los consumidores y a la estructura del mercado. Finalmente, limita las acciones legislativas a las autoridades de

Propiedad Intelectual, en lugar de asignar una Autoridad especializada e en temas de competencia.

5.2 RECOMENDACIONES

1. Por la peligrosidad que tiene el consumo excesivo y el mal uso de los energizantes. Se recomienda restringir la venta a menores de edad y exigir por parte del proveedor la presentación clara y evidente de las advertencias en la publicidad. El consumo desmesurado de energizantes es crítico y puede provocar afectaciones graves a la salud, por lo que se recomienda implementar los mismos controles que existen para la venta y publicidad de las bebidas alcohólicas y cigarrillos.

Adicionalmente, el Reglamento para la autorización y control de la publicidad y promoción de alimentos procesados debe exigir en el etiquetado, las correspondientes contraindicaciones a la mezcla de energizantes con alcohol y al uso en la actividad deportiva.

2. El consumidor tiene que mejorar su conocimiento sobre los productos que adquiere habitualmente, en especial de aquellos que puedan crear afectaciones importantes en la salud. Se recomienda leer la las etiquetas y reclamar por la información básica comercial que exige en la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.

Es necesario que el Estado implemente campañas continuas y periódicas para fomentar el conocimiento de los derechos y obligaciones comerciales de los consumidores y de los proveedores. De esta manera los agentes económicos podrán exigir el cumplimiento de la Ley y de la ética publicitaria.

3. La Dirección de Defensa del Consumidor del Ministerio de Industrias y Competitividad del Ecuador está encargada de incentivar el consumo responsable de bienes y servicios. En este poco tiempo de gestión, se ha caracterizado por ser una institución efectiva a pesar de no contar con facultada sancionadora en material de violaciones a La Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.

Actualmente, los Intendentes, Comisarios y Subintendentes de Policía son los principales encargados de imponer sanciones sobre el incumplimiento de la Ley Orgánica del Consumidor. En este sentido, se recomienda reformar la presente normativa y otorgar poder sancionador a la DIDECO. Desde esta posición, las penas serían mejor aplicadas porque serían sustentadas en un análisis técnico y profesional sobre la verdadera afectación del acto violatorio.

4. La Ley de Propiedad Intelectual y la Decisión Andina 486 son fuentes importantes para la regulación de los actos de Competencia desleal en el Ecuador. Sin embargo, estas normativas se caracterizan por estar incompletas y ser poco efectivas. En este sentido, se recomiendan cambios urgentes que permitan adoptar el modelo de Competencia desleal, mismo que integra de manera indisoluble los intereses de todos los agentes del mercado.

Las consideraciones primordiales de la reforma deben ser:

- Introducir de manera descriptiva y completa la caracterización de las Conductas Desleales
- Abarcar el problema de competencia desleal desde todos los enfoques y no limitarse a los derechos de propiedad intelectual.

- Introducir consideraciones sobre el control de la publicidad ilegal, como acto de competencia desleal.

- Designar Autoridades en materia de competencia para desalentar, controlar, erradicar y sancionar los actos infractores.

- Establecer sanciones y controles sobre los actos que de manera real o potencial violenten la buena fe del mercado. Aún cuando no exista un vínculo de competencia directa entre el sujeto activo y pasivo.

ANEXO No. 1

Entrevista Ing. Juan Pablo Galán **Director de Defensa al Consumidor**

1. Cuándo se funda la DIDECO?

La Dirección de Defensa al Consumidor surge a partir del Decreto Ejecutivo No. 1614 publicado en el R.O. 558 del 27 de marzo de 2009.

La DIDECO se encarga de la difusión y concientización de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor publicada en el Registro Oficial No. 116 del 10 de Julio del 2000.

En el Registro Oficial No.39 del 2 de Octubre del 2009. Se establece "Cámbiese la designación de la Subsecretaría de Innovación Tecnológica y Compras Públicas por Subsecretaria de la Competencia y Defensa del Consumidor".

2.Cuál es su misión?

En el Registro Oficial No.53 del 15 de Julio del 2010. Se definen las competencias de los diferentes departamentos del Ministerio de Industrias y Productividad, haciendo omisión de la Subsecretaria de Competencia.

Sin embargo, se declara en el 4.1.2.3 de Dirección de Comercio e Inversiones una de sus responsabilidades que es: "Controlar la aplicación de la normativa vigente sobre protección a consumidores de productos industriales a nivel regional".

En el Registro Oficial No.269 del 1 de Septiembre del 2010 (Como una enmienda y ampliación del Registro Oficial No.53 del 15 de Julio del 2010). Se definen las competencias de la Dirección de Defensa del Consumidor.

Su misión se basa en promover los derechos y obligaciones de los consumidores, mediante programas de capacitación y difusión. Además, incentivar las relaciones entre entidades nacionales de consumidores para divulgar mejores prácticas en materia de educación al consumo.

3. Cuáles son las principales actividades que realiza la DIDECO?

El gobierno nacional es pionero en crear una institución que proteja a los consumidores, en lo concerniente a la educación para un correcto consumo.

Aún cuando la LODC exige este derecho fundamental. Hasta antes del año 2009, ningún organismo había emprendido un sistema efectivo de educación al consumidor.

La DIDECO presta soporte durante todo el proceso de adquisición de bienes y servicios. Otras actividades que realiza, que son de igual importancia, son los estudios técnicos de calidad, informes sobre los procesos de vigilancia en el mercado, informes de verificación sobre el cumplimiento de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y seminarios de capacitación.

4. La publicidad desleal mantiene algún vínculo con la protección de los consumidores?

A mi parecer, las empresas que comenten prácticas de competencia desleal tienen una ventaja sobre las empresas con prácticas publicitarias legales.

En este contexto, los competidores leales se ven afectados en sus utilidades y en la cuota de mercado, así mismo, los consumidores son engañados al adquirir un producto diferente al demandado.

Aunque la publicidad desleal afecte en primera instancia a los competidores, siempre se ve afectado el consumidor final. Porque es él quien adquiere el producto, lo consume o utiliza, o lo pretende utilizar.

El derecho de elegir libremente, se basa en la calidad de información y en el sentido crítico del consumidor para exigir sus derechos. Un consumo responsable puede prevenir daños irreparables no solo para la economía personal del comprador, sino también para la salud, vida y el medio ambiente

5. Qué tipo de acciones se están implementado en la Dirección de Defensa al Consumidor para mejorar el conocimiento del los compradores, hacia la exigencia de sus derechos?

En esta línea, la Dirección de Defensa del Consumidor ha plasmando en su planificación estratégica la educación al consumidor. Durante este primer año de existencia de la Dirección, hemos participado activamente mediante foros, ferias, gabinetes itinerantes, charlas y educación también para los proveedores de bienes y servicios. (Ejemplo: sector turismo, capacitación de publicidad engañosa, introducción al derecho de consumo).

Aún cuando la DIDECO ha fortalecido la aplicación y conocimiento de la Ley Organica de Defensa al Consumidor, sus competencias están limitadas hacia la generación de propuestas para la evaluación y control de las políticas. Lastimosamente, no tiene facultad alguna para implementar sanciones.

6. En términos generales, considera usted que el consumidor ecuatoriano está bien informado sobre los productos y alimentos que ingiere?

En el Ecuador aún no existe una cultura de consumo responsable; los consumidores ecuatorianos habitualmente no leen la información básica comercial como: país de origen, información nutricional, fecha de caducidad etc.

Además, de la experiencia obtenida en la Dirección de Defensa del Consumidor, muchos de los productos expendidos en el Ecuador no cumplen con las normas técnicas de rotulado aprobadas por el INEN. Por ejemplo, en un estudio realizado en la miel, tan solo el 28% de los productos cumplen con las normas de etiquetado y calidad del producto.

Por tanto, ni consumidores, ni muchos proveedores están consientes de que existen normas técnicas de rotulado y etiquetado, lo que genera la emisión de información asimétrica.

ANEXO No. 2

Entrevista con la Ing. Yolanda Lara

Ministerio de Salud Pública del Ecuador

1. En el caso de las bebidas energizantes, qué criterio se utiliza para permitir la comercialización?

Para que los alimentos puedan ser comercializados, estos deben tener una composición que sea apta para el uso humano. En los energizantes, los niveles permitidos de cafeína y taurina son mínimos, tal como indica la norma INEN. Solo los productos que cumplan con esta disposición se podrán vender. Cuando los alimentos sobrepasan los niveles establecidos, deben ser evaluados a partir de otra regulación.

2. Hay algún control o disposición sobre el consumo de bebidas energizantes?

El Reglamento exige que el rotulado de los energizantes indique las contraindicaciones del uso y una advertencia explícita en personas diabéticas, hipertensas, menores de edad y mujeres embarazadas. No se han implementado controles adicionales como en el caso de las bebidas alcohólicas, que cuentan con mayores restricciones en el expendio y contenido publicitario.

3. La Norma exige una advertencia sobre el uso de energizantes con alcohol y en el uso deportivo?

El Reglamento no lo exige, sin embargo algunas marcas de energizantes sí ponen este tipo de advertencia en sus envases.

4. Qué otro tipo de control existe para regular el consumo de energizantes?

Adicional a la disposición que exige la norma sobre el mensaje de advertencia, no se ha implementado ningún control adicional.

ANEXO No. 3

Entrevista con Talía Palacios

Nutricionista

1. Cuál es la diferencia entre una bebida energizante y una bebida hidratante?

La bebida energizante tiene componentes estimulantes como la taurina o cafeína. La bebida hidratante tiene glucosa, sodio, cloro, potasio, y otros nutrientes que pierde el cuerpo con el sudor, después de realizar ejercicio o por heces u orina cuando existe un proceso infeccioso.

Las bebidas energizantes son estimulantes del sistema nervioso central, y no es recomendable un consumo exagerado.

Por otro lado, las bebidas hidratantes deben ser consumidas únicamente después de realizar un ejercicio extenuante (ej. Gatorade) o por infección gastrointestinal (ej. Pedialite) y no como jugo o bebida refrescante.

2. El consumo de estas bebidas energizantes, provocan daños a la salud?

Sí son peligrosas cuando se consumen en exceso y cuando no son utilizadas para el fin que han sido producidas. Por ejemplo, los energizantes trastornan las funciones cardíacas, provocan hipertensión, hiperactividad, dilatación de las pupilas y vómito cuando se combinan con el alcohol.

En cuanto a las bebidas hidratantes, éstas deben tomarse después de realizar un ejercicio extenuante o a causa de una infección gastrointestinal. Por su alto contenido de sodio, pueden provocar alza de presión, retención de líquidos y afectaciones a los riñones cuando se las ingiere como jugo o refresco.

3. El consumo de estas bebidas es adictivo?

Los componentes estimulantes de las bebidas energéticas podrían generar una necesidad y una sensación de falta cuando estamos acostumbrados a consumirlos.

4. Cuándo se considera que una persona es adicta a las bebidas energizantes?

Algunos síntomas de adicción a las bebidas energizantes son malestar, cambios de ánimo al dejar de tomar la sustancia y la necesidad de ingerirla para obtener el efecto deseado.

Si la persona siente que no puede realizar sus actividades sociales y laborales sin este producto, tiende a asociar las actividades cotidianas para justificar su consumo. Sin embargo, antes de considerar un caso de adicción, se deben revisar los criterios para diagnóstico en el Manual Psiquiátrico DSMIV.

5. Qué afectación sufre el consumidor cuando confunde una bebida hidratante con una bebida energizante? Ejemplo: consumir energizantes antes de una competencia deportiva

En este caso, cuando se confunden los productos y hay una mala utilización. El consumidor puede sufrir de un fallo del corazón porque los estimulantes

aumentan la frecuencia cardíaca. Con la agitación del ejercicio, se provocaría taquicardia y fatiga extrema.

6. Qué afectación sufre el consumidor cuando consume energizantes mezclados con alcohol?

La mezcla de energizantes con alcohol provoca alteraciones con el sistema nervioso central. Genera un estado de éxtasis muy similar al de las drogas, cambios de humor inesperados y descontrol en la producción de neurotransmisores, lo que puede provocar dependencia en el usuario.

7. En términos generales, considera usted que el consumidor ecuatoriano está bien informado sobre los productos y alimentos que ingiere?

Aún falta mucha información por parte de los productores y el interés de los consumidores por fijarse en todo el etiquetado, no solo en el precio.

Los fabricantes son muy hábiles y utilizan diferentes técnicas para engañar al comprador. No brindan información completa sobre los ingredientes que componen los productos. Utilizar nombres e imágenes que sugieren un producto diferente, emplean gráficos que insinúan conceptos equivocados (ej. una abeja en un producto que es miel de azúcar).

La Organización Mundial de la Salud determina que las enfermedades crónicas del adulto se inician en la juventud y niñez. Lastimosamente, la influencia de la publicidad irresponsable de alimentos chatarra, ha generado que la obesidad y desnutrición sean los principales problemas de los niños ecuatorianos.

8. En Ecuador, qué controles existen para regular la venta de productos nocivos para la salud?

En el Ecuador existen controles para prohibir el expendio y promoción de bienes dañinos para la salud. El Ministerio de Salud a través de los Comisarios de Salud, el Instituto Ecuatoriano de Normalización y el Instituto Nacional de Higiene son las entidades facultadas para el control.

En los Artículos 6 y 143 de la ley Orgánica de Salud Pública, se detallan las responsabilidades del Ministerio de Salud y las normativas para la publicidad de alimentos. Sin embargo, estas instituciones no han logrado obtener capacidad técnica en la emisión de estudios y análisis para determinar si existe o no, circulación o expendio de productos nocivos para la salud.

ANEXO No. 4

ENCUESTA BEBIDAS ENERGIZANTES E HIDRATANTES

Fecha:..... Edad:..... Ciudad:..... Sexo F..... M.....

Nivel de Instrucción:

Contestar el siguiente cuestionario de manera concreta, marcando una "X" en donde corresponda.

1. *Conoce la diferencia entre una bebida energizante y una bebida hidratante?*
SI..... NO.....

Indicar:.....
.....

2. *Ha consumido alguna vez una bebida energizante?* SI..... NO.....

En caso que su respuesta sea positiva, siga con las demás preguntas

BEBIDAS ENERGIZANTES

3. *Por qué motivo consume energizantes?*

.....

4. *Con qué frecuencia compra bebidas energizantes?*

Diariamente..... 2-3 veces por semana.....

Quincenalmente..... 1 vez por mes.....

Otro.....

5. *En dónde acostumbra comprar estos productos?*

Tiendas de barrio..... Supermaxi..... Mi Comisariato.....

Santa María..... Super Aki..... Farmacias.....

Otro..... Indicar.....

6. *Alguna vez ha consumido una bebida energizante para mejorar su rendimiento deportivo?* SI..... NO.....

7. *Nombre todas las marcas de energizantes que recuerde?*

.....

8. *En el último mes cuáles marcas de energizantes ha comprado ?*

9. *Alguna vez ha mezclado energizantes con alcohol?* SI..... NO.....

10. *Publicidad de qué marcas de energizantes ha visto y oído en el último mes?*

.....

11. *En la publicidad que recuerde, se hace algún tipo de advertencia sobre el consumo de estos productos?* SI..... NO.....

12. *Conoce usted los efectos que tiene el consumo de energizantes para la salud?*
SI..... NO.....

Nombrar 3

13. *Considera estar bien informado sobre los efectos provocados por el consumo de bebidas energizantes?* SI..... NO.....

14. *Conoce usted la fórmula que compone las bebidas energizantes?* SI.....
NO.....

15. *Considera que la publicidad de bebidas energizantes debería ser más informativa respecto a las propiedades y composición de su fórmula?* SI..... NO.....

BEBIDAS HIDRATANTES

16. *Ha consumido alguna vez una bebida hidratante?* SI..... NO.....

17. *Por qué motivo consume bebidas hidratantes?*

.....

17. *Con qué frecuencia compra bebidas hidratantes?*

Diariamente..... 2-3 veces por semana.....

Quincenalmente..... 1 vez por mes.....

Otro.....

19. *Nombre todas las marcas de bebidas hidratantes que recuerde?*

ANEXO No. 5



Ciclistas desafiaron 444 escalinatas

<http://www.eluniverso.com/2010/03/26/1/1442/downhill-cerro-santa-ana.html>

Las escalinatas del cerro Santa Ana se convirtieron en la pista del Downhill Urbano 220V, el pasado sábado, con la participación de 59 ciclistas de Guayas, Bolívar, Imbabura, Pichincha, Tungurahua y Azuay.

Los competidores se repartieron en cinco categorías (rígidas, damas, máster, júnior y élite) para deleitar con sus acrobacias en bicicleta a cientos de espectadores que se congregaron desde El Faro hasta el escalón Nº 1 del cerro.

En la división rígida, ganó David Guzmán, quien descendió los 444 escalones en 1 minuto, 16 segundos, 86 centésimas. El deportista representó a Bolívar y superó a sus rivales pichinchanos: José Ricardo Jijón, de quien empleó un tiempo de 1m17s285c; y a Daniel Bascomte, con 01m17s495c.

Ericka Quintana, de Pichincha, también mostró sus destrezas en la categoría damas y obtuvo el primer lugar al bajar en 1m26s93c. Alberta Ballarino, de Guayas, se ubicó segunda con 1m57s151c.

La división más atractiva del evento fue la élite, donde triunfó el tungurahense Juan Gabriel Andrade con 1m03s752c. Segundo quedó Mario Cornejo, de Pichincha, con 1m04s718c; y tercero, Esteban Gómez Jurado, de Pichincha, en 1m05s290c.

En máster, Giogio Botinelli, Naun Cabrera y Mauricio Gaibor disputaron los primeros lugares. Al final, el guayasense Botinelli ganó con 1m12s200c. El azuayo Cabrera quedó segundo con 1m14s821c; seguido por Gaibor, de Bolívar.

En la categoría júnior deleitó el imbabureño Brian Ruiz, quien cumplió la prueba de esta división en 1m07s451c.





Down hill Urbano, Guayaquil- Ecuador, 27 de Marzo 2010



Down hill Urbano, Quito- Ecuador, 24 de Julio del 2010

¿Hasta cuándo puede volar Red Bull?

Aumenta la resistencia física, agiliza la capacidad de concentración y la velocidad de reacción, brinda más energía y mejora el estado de ánimo. Todo eso se puede encontrar en una latita de Red Bull, la bebida energética que gracias, en gran parte, a una buena campaña de marketing, una excelente distribución y un buen diseño del *packaging* ha logrado llegar a casi 100 países de todo el mundo. La marca del toro rojo, que fue creada por un empresario austriaco, tiene como público objetivo a jóvenes y deportistas, dos segmentos atractivos y a la vez difíciles de lidiar.

Red Bull fue creada por Dietrich Mateschitz, un empresario de origen austriaco que descubrió la bebida por casualidad. Sucedió en un viaje de negocios a Hong Kong, cuando trabajaba para una empresa fabricante de cepillos de dientes. El líquido, basado en una fórmula que contenía cafeína y taurina –entre otras sustancias estimulantes- causaba furor en ese país. Mateschitz imaginó un rotundo éxito de esta bebida en Europa, donde todavía no existía el producto. Pero lo más importante es que el joven austriaco vio una oportunidad inmejorable de convertirse en empresario.

Así lo hizo. A mediados de los 80 comenzó la difícil tarea de conseguir la aprobación para comercializar el contenido de la bebida a la que llamó Red Bull, que significa Toro Rojo. Se trataba de un producto desconocido que contenía el triple de cafeína que una gaseosa común. Mateschitz tuvo que esperar tres años hasta obtener la licencia en Austria. Pero ese contratiempo generó ansiedad en los distribuidores, que nada más aprobarse la licencia, en 1987, encargaron importantes cantidades de latas.



Sin embargo, John Hudson, coordinador del Graduate School of Business y profesor de Márketing Estratégico de la Universidad de Palermo (UP), señala que si bien el deporte es un buen nicho al que apuntar, especialmente el de las actividades extremas, "quizás habría que preguntarse si Red Bull va a conformarse en el futuro con quedarse únicamente con este segmento. El riesgo de este fuerte vínculo es que los consumidores no lo asociarán tanto con el resto de cosas que hacen en su día a día y que también pueden combinar con una bebida energética, porque es buena para la concentración y la mente".

Red Bull ha sido patrocinador de importantes deportistas de todo el mundo que se dedican profesionalmente a disciplinas como snowboard, esquí, escalada, kitesurfing, Fórmula 1, etc. También de actividades como el skating urbano, las bicicletas y el patín, típicos entornos cuyos protagonistas son los jóvenes *cool*, o sea, modernos, *con onda*.

La rápida expansión de Red Bull por Europa y América tiene como factor de riesgo que la compañía se ha dado a conocer más por su marca e imagen que por el producto en sí. Muchos críticos de Red Bull suelen señalar que la empresa no ha sabido explicar desde un principio por qué tenía efectos positivos sobre la actividad física y mental. En realidad, este problema obligó a Mateschitz a esperar años antes de conseguir la aprobación en distintos países europeos para vender su producto y, hoy en día, mucha gente todavía no sabe qué es la taurina o qué efectos tiene la cafeína.

En la actualidad Red Bull cuenta con mucha información al respecto y siempre se preocupa de aclarar que la taurina no es una sustancia animal que provenga de los testículos de los toros, una leyenda que siempre ha circulado de boca en boca. En realidad, un ingrediente sintético que ayuda a acelerar la eliminación de las sustancias nocivas que se acumulan en el cuerpo debido al esfuerzo físico y el estrés.

Respecto al misterio que rodea a esta bebida, Saporosi opina que "el márketing, a diferencia de la política, no es un sistema de poder, y por lo tanto carece de poder. Además, el 99,9% de los consumidores ignora la composición de todos los alimentos y bebidas que ingiere. Es erróneo y filosóficamente peligroso pensar que el márketing tiene "poder para imponer un producto. El éxito depende de muchas cosas, como la buena distribución".

ANEXO No. 6



**CORRER
RESISTIR
TRIUNFAR**

con **Gatorade** llegas + lejos

**CIRCUITO
GATORADE**

Prepárate para el Circuito Gatorade en la ciudad de Salinas.

- **Primera carrera:**
- **5K** sábado 22 de enero
- **Punto de partida:**
Parque de Chipipe

Inscripciones:
www.caprafe.com

- **Valor de la inscripción:**
USD 5.00 (Categoría menores)
USD 10.00 (Categoría mayores)

Contacto:
Lcdo. Alberto Peña
098 - 696346 / 396 0011

REHIDRATA • REPONE • REACTIVA

Circuito Gatorade 5K, Salinas- Ecuador, 22 de Enero 2011



Circuito Gatorade 5K, Salinas- Ecuador, 22 de Enero 2011



Publicidad Gatorade Toronja, Tiendas de Barrio, Quito- Ecuador

ANEXO No. 7

Entrevista Dr. Enrique Aguilar

Salud Mental- Ministerio de Salud Pública

- 1. Usted conoce casos de uso de bebidas energizantes en las actividades deportivas?**

Generalmente sí; utilizan algunos deportistas los energizantes para lograr un efecto estimulante, por ejemplo para jugar al fútbol en los campeonatos de las ligas barriales y también en otro tipo de deportes.

- 2. Por qué los deportistas consumen energizantes para la actividad física, qué efectos genera en el organismo?**

En primer lugar, los energizantes aumentan el estado de vigilia y alerta, el tiempo de permanecer despiertos. Segundo, aumentan la energía para realizar deporte y finalmente, disminuyen el hambre de tal manera que la persona no tiene la necesidad de comer en las horas en las cuales practica el deporte.

- 3. Utilizar energizantes puede ser considerada como una práctica de doping?**

Las sustancias que se utilizan para doparse los deportistas, generalmente son fármacos prohibidos y están expresamente definidas hace muchos años. Una comisión internacional es la que determina el tipo de sustancias que se consideran para el análisis de doping

Sin embargo, para el año 1990, el Comité Olímpico Internacional determina que efectivamente, la ingesta excesiva de cafeína es considerada una práctica de dopaje.

4. El uso de energizantes en la práctica deportiva puede provocar la muerte, bajo que circunstancia podría pasar esto?

Personalmente no conozco sobre casos de afectación o muerte relacionados con el consumo de estos productos. Sin embargo, ingerir energizantes en las prácticas deportivas es peligroso porque genera un aumento de presión y el sistema cardiovascular podría afectarse e inclusive ocurrir un fallo cardíaco. La intoxicación por cafeína puede generar agitación, ansiedad, insomnio, taquicardia y en casos muy extremos la muerte.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTEQUERA, Ricardo, Estudio de Derecho Industrial y Derechos de Autor, Bogotá – Colombia, Pontificia Universidad Javeriana.

BERCOVITZ Alberto, RODRIGUEZ Cano, Apuntes de Derecho Mercantil, España, Aranzadi A Thomson Company, 2002

BREWER CARIA, Allan R, GUZMÁN BARRÓN, César, Derecho Comunitario Andino, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003

BURNETT John , MORIARTY Sandra, Publicidad. Principios y Prácticas, México, Hispanoamericana, Tercera Edición, 1996

CABANELLAS, Guillermo, Derechos Intelectuales, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, pág. 115, 2003

GARDELLA, Mercè Darnaculleta, PARDO, José Esteve, Competencia desleal Breviarios Jurídicos, Madrid – España, Editorial IUSTEL

HARPER, Boyd, ORVILLE C, Walter. Marketing Estratégico, México, Mac Graw-Hill, 2005

JARAMILLO Néstor, La otra P, Quito- Ecuador, Técnicas Graficas Vernaza, Primera Edición, 2004

KOTLER Philip, Fundamentos de Marketing, México, Editorial, Pearson, Sexta Edición, 2003

MOSSET Jorge, Estudio de Responsabilidad civil por Daños, Santa Fe,-Argentina, Rubinzal- Culzoni Editores, 13 de Mayo al 10 de Abril de 1985.

ORTEGA, Enrique. La Comunicación Publicitaria, Madrid- España, Ediciones Pirámide, 2004

PASQUEL Enrique, PATRÓN Carlos, El Derecho de la Competencia Desleal, Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007

VILLALBA, Carlos, Metodología de la Investigación Científica, Quito-Ecuador, Sur Editores, 2004

ZAMUDIO, Teodora, Propiedad Industrial/Intelectual & Mercado, net. Buenos Aires- Argentina, Universidad de Buenos Aires, Consulta Febrero 2011

PUBLICACIONES

- Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, España, Enero 1995
- Boletín oficial del Estado Español No.315, Ley 29/2009, Modificación del régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, Diciembre 2009
- Branding Marketing research, Estudio de Mercado bebidas Hidratantes y Energizantes, Diciembre 2008
- FIAGC, Grupo de Trabajo sobre Publicidad Engañosa , Panamá ,Septiembre 2010
- Fornells, Jody, Derecho de Competencia de Estados Unidos, Boletín Económico del ICE N. 282, 2004
- Gallo Marcelo, Publicidad Comparativa “desafío Pepsi”, Buenos Aires- Argentina, Beledo Gottheil Abogados, pág. No.4 1996
- Instituto Ecuatoriano de Normalización, Norma técnica NTE INEN 2 411:2008, Quito- Ecuador ,2008

- Ward Guy, Kenneth Kelly, Comisión Federal de Comercio de EE.UU, Seminario realizado en Quito- Ecuador, Junio 2010

FUENTES LEGALES

- Comunidad Andina de Naciones, Acuerdo de integración subregional Andino “Acuerdo de Cartagena” , - Colombia, 26 de mayo de 1969
- Comunidad Andina de Naciones, Decisión Andina 285, Lima- Perú, Marzo- 1991
- Comunidad Andina de Naciones, Decisión 486, Lima – Perú, Septiembre del 2000
- Comunidad Andina de Naciones, Decisión Andina 608, Lima- Perú, Marzo- 2005
- Constitución de la República del Ecuador . N° Registro Oficial No 499, Quito- Ecuador, 20 de Octubre de 2008
- Código de procedimiento Penal, Norma: Ley s/n, Registro Oficial Suplemento 360, Quito- Ecuador, 13 de Enero de 2000.

- Código de Procedimiento Civil, Registro Oficial No.47, Quito- Ecuador, Marzo2007
- Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, Registro Oficial No. 116, Quito- Ecuador, Julio 2000
- Ley Orgánica de Salud Pública del Ecuador, Ley 67, Registro Oficial Suplemento 423, Quito- Ecuador, Diciembre del 2006.
- Ley de Propiedad Intelectual Registro Oficial No. 426 , Quito- Ecuador, Diciembre 2006
- Ley Reformatoria a Ley de Radiodifusión y Televisión, Registro Oficial No. 691, Quito- Ecuador, Mayo de 1995
- Reglamento general Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, Registro Oficial 116 del 10 de Julio del 2000
- Reglamento Ley de Radiodifusión y Televisión, Registro Oficial No.129 , Quito- Ecuador, Julio 2007
- Reglamento para la autorización y control de la publicidad y promoción de alimentos procesados Acuerdo 00000040 , Registro Oficial 388, Quito- Ecuador, 18-de Febrero 2011

- Decreto Ejecutivo 1614, Normas para la Aplicación de la Decisión 608 de la CAN, Registro Oficial No.558, Quito- Ecuador, Marzo 2009
- República del Ecuador, Asamblea Nacional, Proyecto de Ley Orgánica de Comunicación, Quito- Ecuador, Septiembre 2009
- Constitución Española, Aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de Diputado y del Senado, Madrid- España. Octubre 1978.
- Código Penal Español, Ley Orgánica 10/1995, Madrid- España, Noviembre 2005
- Ley de Competencia Desleal Española, Madrid- España, Enero 1991
- Ley General de Publicidad Española, Madrid- España, 1997
- Constitución Política del Perú, Lima- Perú, Diciembre 1993
- Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo No 1044, Lima- Perú, Julio 2008
- La Constitución de los Estados Unidos , forma original el 17 de septiembre de 1787

INTERNET

Aguirre Montenegro, Jorge, Nueva Ley de Competencia Desleal. Decreto LEG. N1044, <http://lawiuris.wordpress.com/2008/07/01/ley-de-competencia-desleal-%E2%80%93-d-leg-n%C2%BA-1044/>, net , Lima – Perú, Consulta Enero 2011

Centro de Información y educación para la prevención del abuso de drogas (CEDRO), <http://www.cedro.org.pe/lugar/articulos/energizantes.htm>, net ,Perú, Consulta: Julio 2010

Centro Internacional de Investigación y Desarrollo, http://www.idrc.ca/es/ev-122760-201-1-DO_TOPIC.html, net, Canadá, Consulta Diciembre 2010

Derecho y Sociedad, Indecopi admite denuncia de Backus contra Ajeper por el Desafío Franca, <http://blog.pucp.edu.pe/item/27330/indecopi-admite-denuncia-de-backus-contr-a-ajeper-por-el-desafio-franca>, net, Perú, párrafoNo.7, Consulta Marzo 2011

Equipo periodístico Salud Actual http://www.saludactual.cl/nutricion/bebidas_energeticas.php, net, Chile, Consulta Junio 2010

Escuela Superior de Publicidad, <http://www.lahistoriadelapublicidad.com/>, net, España, Consulta: Septiembre 2010

Federal Trade Commission, Fabricantes de Airbone resuelven Cargos de la FTC por publicidad engañosa, http://www.ftc.gov/opa/2008/airborne_sp.shtm, net, Consulta Marzo 2011

Federal Trade Commission. <http://www.ftc.gov/ftc/antitrust.htm>, net, Estados Unidos, Consulta. Septiembre 2010

Foro Iberoamericano de Agencias Gubernamentales de Protección al Consumidor (FIAGC), <http://www.fiagc.org/>, net, Consulta: Septiembre 2010

Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil, http://eprints.ucm.es/8722/1/Cuesta_Rute.pdf, Burgos España, Marzo 2009

Municipio Metropolitano de Quito, http://www4.quito.gov.ec/mapas/indicadores/proyeccion_zonal.htm, net, Quito-Ecuador, Consulta: Octubre 2010

Profit, <http://www.tomaprofit.com/Composicion.aspx>, net, Consulta: Agosto 2010
Recurso de Apelación ante La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, <http://www.legaltoday.com/files/File/pdfs/competencia-desleal-pascual.pdf>, Burgos – España, Marzo 2010

Resolución N° 004-2009/CCD-INDECOPI, http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/4/par/res_004_2009_ccd/res004-2009-ccd.pdf, Lima- Perú, 14 de enero del 2009

Universidad Espíritu Santo, <http://bioquimicauees.blogspot.com/2009/04/trabajo-de-investigacion-de-bebidas.html>, net, Ecuador, Consulta: Julio 2010

Revista Iberoamericana de Psicología Ciencia y Tecnología,
<http://www.iberoamericana.edu.co/app/Docs/PSIN1V1ART7.pdf>, net, Colombia, ,
Consulta: Junio 2010

Salud y Medicina, <http://www.saludymedicinas.com.mx/articulos/1918/bebidas-rehidratantes-mas-alla-de-la-sed/3> , net, México, Consulta: Junio 2010

SENPLADES, <http://plan.senplades.gov.ec/hacia-un-nuevo-modo-de-generacion-de-riqueza>, net, Quito- Ecuador, Párrafos del 1-5, Agosto de 2010

Sjostrom, W, Competition Law in the European Union and the United States,
Macmillan, London, 1998

Universidad de Piura,
<http://www.udep.edu.pe/publicaciones/desdelcampus/art1201.html>, net, Perú, Consulta:
Julio 2010

Universidad Simón Bolívar, <http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf1/GRIJALVA-AGUSTIN.pdf>, net, Ecuador Consulta: Agosto 2010