

¿Cuál es la más cómoda?

Comentarios acerca de los criterios adoptados por el INDECOPI en materia de publicidad comparativa.

Claudia Canales Mayorga(*)

Abogada. Asistente legal de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI. Miembro de la Asociación Civil Ius et Veritas

Alfonso Rivera Serrano(*)

Abogado. Asistente legal de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI

1 Introducción.

Hemos visto qué es lo que sucede cuando se observa en el microscopio dos muestras de las marcas de bebidas gaseosas más conocidas del mundo, o los efectos que produce su consumo en un chimpancé, o la “tierna” relación que surge entre dos repartidores de dichas marcas que comparten la barra de una fuente de soda. También hemos visto un coro de ángeles que baila y canta porque un bidón de agua tiene asa y el otro no. Personalmente, no conocemos a nadie que se haya sentido engañado por estos anuncios. Sin embargo, desde hace poco en nuestro medio han surgido diversas voces que cuestionan la legalidad de las comparaciones publicitarias que contienen apreciaciones subjetivas. En el presente artículo refutaremos dicha posición demostrando que restringe en forma desproporcionada el flujo de la información en el mercado en contra de lo dispuesto por nuestra Constitución.

2 El caso de las toallas sanitarias.

El 15 de noviembre de 1996, Procter & Gamble del Perú S.A. presentó una denuncia contra Productos Sanitarios Sancela S.A. por presuntas infracciones al Decreto Legislativo No.691, debido a que venía “difundiendo por televisión un comercial en el que promocionaba la toalla sanitaria Nosotras comparándola con las toallas que utilizaban malla en la cubierta -entre ellas la toalla marca Always de la denunciante-, empleando las siguientes afirmaciones respecto de la toalla Nosotras: “da más protección sin irritación” y “la cubierta de Nosotras es mucho más suave para esta parte tan delicada”, mientras que respecto de la toalla Always se hacía el siguiente comentario: “ese plastiquito en los lados, ufl, me irritaba la piel”. Según lo expuesto por la denunciante, el mensaje transmitido en el anuncio materia de denuncia transgredía el principio de veracidad, pues (i) no era cierto que la toalla Nosotras diese más protección que la toalla Always y (ii) no era cierto

(*) Dedicamos este pequeño artículo a nuestros padres y a nuestros amigos, en especial, a Eliana Lesem, Michelle Barclay, Maria Inés Vásquez, Carlos Patrón, Sandra Doig, Carlos Jiménez, Claudia Mansen y Ursula Baertl. Los comentarios vertidos en el presente artículo son efectuados a título personal por sus autores y no vinculan en modo alguno al INDECOPI ni a sus órganos funcionales.

que la toalla Nosotras causara menos irritación que la toalla Always⁽¹⁾”.

Tanto la Comisión de Represión de la Competencia Desleal como la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI declararon infundada la denuncia planteada por Procter & Gamble. Lo interesante de las resoluciones comentadas, más allá de lo resuelto en el caso concreto, es el criterio que establecieron para la interpretación del artículo 8 del Decreto Legislativo No.691 referido a la publicidad comparativa.

Para la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, por ejemplo, constituían “publicidad comparativa” -regulada por el artículo 8 del Decreto Legislativo No.691- todos aquellos anuncios estructurados para brindar a los consumidores una contraposición entre ofertas (esto es, entre productos o servicios que resultan identificables mediante una apreciación superficial del anuncio), siempre que dicha contraposición de ofertas fuera propuesta en el propio anuncio, y, en ese sentido, fuera diferente de la que realizan los mismos consumidores a través de su experiencia cotidiana.

“(…) en la publicidad comparativa los anuncios se estructuran para que sus receptores se percaten de la comparación efectuada y, por ello, el anunciante de un determinado bien o servicio realiza un esfuerzo en promocionar su oferta contraponiéndola a la oferta del competidor con la finalidad de mostrar a los consumidores la

superioridad de las características y beneficios de las mercancías propias respecto de las ajenas. A fin de lograr este efecto, la publicidad comparativa presenta el producto del competidor o el género de productos al cual pertenece, ya sea haciendo referencia a marcas determinadas, o también brindando elementos de juicio suficientes para que un consumidor razonable, en base a su experiencia en el mercado, los identifique mediante una apreciación superficial del anuncio.

(…) la publicidad comparativa permite: (i) al consumidor razonable, como principal partícipe del mercado y como receptor de los anuncios publicitarios, obtener una mayor información respecto de los productos que se comercializan en el mercado; (ii) a las empresas, ofrecer dicha información al consumidor de la mejor manera a efectos de captar mayor clientela con respecto a sus competidores -siempre y cuando no se confunda a los consumidores ni se denigre a los competidores- y (iii) al mercado, una mayor movilización de bienes y servicios, que aumente la posibilidad de que se efectúen transacciones eficientes, como consecuencia de una reducción en los costos de información, el fomento de la competitividad y la creatividad.

(…) los anuncios publicitarios en general, incluso la publicidad comparativa, tienen una doble función: (i) una informativa, consistente en dar a conocer al público la existencia y características del producto o servicio anunciado, y (ii) una persuasiva, cuya finalidad es presentar los beneficios

(1) Cita de la Resolución No.012-97-TDC emitida por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI. Conforme a lo indicado por la Comisión, “el anuncio materia del procedimiento es un spot difundido por televisión, en el cual se aprecia un camerino en el que aparecen dos modelos, que dan la impresión de ser dos amigas que retocan su vestido y maquillaje, afirmando frente a la cámara lo siguiente:

Modelo 1: Aquí entre nosotras, no todo está dicho en toallas higiénicas.

Modelo 2: Por ejemplo, antes, para sentirme seca yo usaba esas toallas con malla en la cubierta -coge una toalla higiénica con alas, cubierta por el material denominado polietileno perforado, cuya superficie es tomada en primer plano- pero ese plastiquito en los lados, ufl, me irritaba la piel -mientras dice esto, señala el costado de la toalla-.

Modelo 1: Ahora para nosotras eso quedó atrás.

Modelo 2: Porque la cubierta de Nosotras es mucho más suave para esa parte tan delicada -mientras dice esto enseña la toalla higiénica Nosotras, la que es enfocada en primer plano por la cámara de televisión-.

Modelo 1: Por eso nos da más protección sin irritación.

Modelo 2: ¿Y sabes qué más? Como esta zona no es igual que esta otra, Nosotras tiene también formas distintas: ancha para adelante y angosta para atrás.

Modelo 1: Para nosotras, Nosotras plus con alas.

Modelo 2: Y Nosotras invisible, también con alas.

Modelo 1: Porque nadie conoce mejor nuestro cuerpo.

Las dos modelos: Que nosotras”.

que ofrece dicho producto o servicio, a fin de convencer al consumidor de que satisface sus necesidades y, por tanto, debe ser preferido a los demás que existen en el mercado.

(...) podrían elaborarse anuncios comparativos de tono eminentemente persuasivo que destaquen tan sólo los beneficios de un producto en relación con otro. Así por ejemplo, podría confrontarse al producto de marca más renombrada en el mercado con un nuevo producto, orientado al público juvenil, sobre la base de dichos conceptos.

(...) la publicidad comparativa, en cualquiera de sus manifestaciones, debe sujetarse a los límites establecidos en el artículo 8 del Decreto Legislativo No.691 y cumplir con los requisitos de (i) veracidad, (ii) objetividad, (iii) especificidad y (iv) apreciación en conjunto. No obstante ello, en la medida que la publicidad comparativa debe ser evaluada a partir de estándares similares a los que se emplea para evaluar la publicidad en general, la Comisión considera que para determinar la licitud de la publicidad comparativa el criterio fundamental a seguir será el de la adecuación del anuncio a los principios de veracidad, no denigración y los principios que rigen toda la actividad publicitaria”.

Así, la comisión consideró que no debía establecerse distinciones entre la regulación de la publicidad en general y la de la publicidad comparativa. En tal sentido, sostuvo que el requisito de acreditar la veracidad de las afirmaciones contenidas en un anuncio sólo sería de aplicación cuando la publicidad comparativa cumpliera una función informativa y no cuando fuese meramente persuasiva. De este modo, la comisión estableció que la publicidad comparativa simplemente debería respetar los mismos principios que rigen la publicidad comercial en general, especialmente los principios de veracidad y leal competencia (no confundir ni denigrar).

La resolución de la comisión fue apelada por la denunciante ante la Sala de Defensa de la Competencia. Esta última, mediante Resolución

No.168-97-TDC del 2 de julio de 1997, estableció que el anuncio cuestionado por Procter & Gamble no constituía publicidad comparativa y confirmó la resolución de la comisión que declaró infundada la denuncia, toda vez que las afirmaciones difundidas en él constituían apreciaciones subjetivas del anunciante que no inducían a error a los consumidores ni denigraban a los competidores, por lo que no contravenían los artículos 4 y 7 del Decreto Legislativo No.691. En dicha resolución, la Sala de Defensa de la Competencia realizó la siguiente interpretación de la norma sobre publicidad comparativa:

“Gramaticalmente, el término ‘comparar’ significa ‘fijar la atención en dos o más objetos para (...) estimar sus diferencias o semejanzas’. Esta Sala concuerda con la Comisión en el sentido que en toda publicidad comercial subyace una vocación comparativa, en tanto persigue que el perceptor del anuncio infiera, por su experiencia, que el bien o servicio promocionado es superior a la generalidad de productos similares o sustituibles ofrecidos en el mercado. Sin embargo, ello no nos debe llevar a considerar que toda publicidad es comparativa.

La característica singular de la publicidad comparativa o de las comparaciones expresas -esto es, lo que la distingue de las demás manifestaciones de la publicidad comercial- es que en aquélla los anuncios son deliberadamente estructurados para confrontar dos o más bienes o servicios a fin de poner en manifiesto sus diferencias o semejanzas. En otras palabras, en la publicidad comparativa, el anunciante persigue fijar la atención del perceptor específicamente en uno o más productos o servicios de aquéllos que se ofrecen en el mercado. Esto implica que el consumidor debe percibir que el anuncio contiene una comparación expresa cuyos datos son apreciados como objetivamente verificables.

Así, el primer párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo No.691 establece el principio general, siendo el segundo párrafo una precisión de las

características que hacen que una publicidad deba ser analizada como comparativa.

(...) es la opinión de esta Sala, que constituyen comparaciones expresas aquéllos anuncios que den a entender a un consumidor razonable, mediante una apreciación superficial, que se están confrontando de manera objetiva características de dos o más productos identificables.

(...) constituyen comparaciones expresas aquéllos anuncios que tengan las siguientes características: especificidad, objetividad y que den una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados.

Las características de las comparaciones expresas se encuentran enunciadas en el artículo 8 del Decreto Legislativo No.691. Adicionalmente, en esta norma se establecen los requisitos que deben cumplir dichas comparaciones, que no son otros que los requisitos que debe cumplir cualquier otro tipo de publicidad comercial, esto es respetar el principio de veracidad (no engañando por implicancia u omisión) y el principio de lealtad (no induciendo a los consumidores a confusión ni denigrando a los competidores), contenidos en los artículos 4 y 7 del Decreto Legislativo No.691, respectivamente.

En ese sentido, es la opinión de esta Sala que el artículo 8 del Decreto Legislativo No. 691 tiene como función primordial el establecer que las comparaciones expresas están permitidas, siempre y cuando sean veraces y no denigren al competidor -siendo los principios a respetar los de veracidad y lealtad-, ello como consecuencia del proceso de evolución y flexibilización de la legislación nacional. De otro lado, dicho artículo señala cuáles son las características que distinguen a dichas

comparaciones para poder ser consideradas publicidades comparativas, esto es, la especificidad, la objetividad, que den una apreciación de conjunto de los principales aspectos comparados y la veracidad. Sin embargo esta última característica, tal y como se ha señalado anteriormente, constituye en realidad un requisito que debe ser cumplido no sólo por las comparaciones expresas, sino por todo anuncio.

Atendiendo a lo expuesto, cuando en un anuncio se realice una comparación que no sea expresa -esto es por no tener las tres características analizadas-, aquél constituye un anuncio publicitario comercial común y se rige por las normas generales del Decreto Legislativo No. 691. A manera de ejemplo, si en un anuncio se confrontan dos productos claramente identificados -es decir, mostrando la marca que identifica a los mismos- pero, sin embargo, dicha confrontación no es objetiva, dicho anuncio constituye publicidad comercial común que será lícita siempre y cuando no infrinja los principios de veracidad y lealtad.

Como se puede apreciar, la función del artículo 8 del Decreto Legislativo No.691 es autorizar el uso de la comparación expresa en la publicidad, flexibilizando así el tratamiento que respecto a este tema daba la legislación peruana anterior. Por ello, la atención debe centrarse en el primer párrafo del artículo, debiendo interpretarse el segundo párrafo como una descripción de qué debe entenderse por publicidad comparativa, sin que ello implique que los anuncios que no cumplan con las características mencionadas sean ilegales, siendo que sólo dejan de ser publicidad comparativa⁽²⁾”.

(2) En la resolución comentada, la Sala de Defensa de la Competencia aprobó un precedente de observancia obligatoria que precisó los alcances del concepto de publicidad comparativa y las reglas aplicables a dicho supuesto:

“1. De acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo No.691, es lícito hacer comparaciones expresas de productos en la publicidad. Esta modalidad denominada publicidad comparativa se caracteriza particularmente por ser específica, objetiva y brindar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados. Asimismo, las comparaciones expresas de productos deben cumplir con los requisitos exigidos a toda publicidad comercial, es decir: no deben infringir el principio de veracidad, contenido en el artículo 4 del Decreto Legislativo No.691, engañando por implicancia u omisión-; ni deben infringir el principio de lealtad, contenido en el artículo 7 del Decreto Legislativo No.691, induciendo a los consumidores a confusión o denigrando a los competidores.

2. No constituyen publicidad comparativa aquellos anuncios en donde la confrontación entre productos o servicios no se realiza de manera específica, objetiva y no brinda una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados. Estos tipos de anuncios constituyen publicidad comercial común y, en tal sentido, se rigen por las normas generales contenidas en el Decreto Legislativo No.691”.

3 ¿Características o requisitos?

El artículo 8 del Decreto Legislativo No.691 establece claramente que es “lícito hacer comparaciones expresas de productos, incluyendo lo relativo a precios, si la comparación no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores”. Sin embargo, el debate suscitado por la resolución que comentamos no se motivó en esta parte del artículo 8, sino en cuál era el modo en que debía interpretarse lo dispuesto en su segundo párrafo:

“Toda comparación debe ser específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados”.

El problema, en pocas palabras, consiste en establecer si la especificidad, la objetividad y la apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados constituyen requisitos necesarios para la licitud de una publicidad comparativa o si, por el contrario, se trata simplemente de una descripción de las características que debe tener un anuncio para poder ser considerado como publicidad comparativa.

En el caso que comentamos la solución de este problema era esencial, ya que tanto la Comisión como la Sala de Defensa de la Competencia interpretaron que las frases contenidas en el anuncio cuestionado por Procter & Gamble eran apreciaciones subjetivas del anunciante. Así, bajo la primera interpretación del artículo 8, el anuncio contendría una comparación ilícita por incumplir el requisito de objetividad. De otro lado, bajo la segunda interpretación, el anuncio no constituiría publicidad comparativa al no cumplir con la característica de objetividad, por lo que debería

regirse según las normas aplicables a la publicidad en general.

4 El derecho a la libertad de expresión comercial y el derecho de los consumidores a la información.

Para resolver el dilema planteado en el punto anterior, debemos tener en cuenta que entre dos opciones de interpretación de la ley, las autoridades deben preferir aquella que sea más compatible con la Constitución. Sobre el particular, consideramos que la licitud de la publicidad comparativa en la legislación peruana tiene su sustento en dos normas constitucionales: el derecho de los consumidores a contar con información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado⁽³⁾ (artículo 65) y el derecho de las personas a la libertad de expresión, en este caso comercial⁽⁴⁾ (artículo 2, inciso 4).

Ambos artículos de la Constitución se complementan el uno al otro, ya que no es posible tutelar el derecho de los consumidores a la información si las empresas proveedoras de bienes y servicios no tienen garantizado su derecho a la libertad de expresión, a través de la publicidad. Así, con relación al tema de la protección de la libertad de expresión comercial, debemos señalar como ejemplo la evolución que sobre este tema ocurrió en la jurisprudencia norteamericana a partir de 1975, la cual estuvo sustentada justamente en el derecho de los consumidores a la información.

Con anterioridad a 1975, las cortes norteamericanas consideraban que la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica sólo protegía la libertad de expresión acerca de asuntos políticos o públicos. Sin embargo, dicha posición varió a partir del caso

(3) Constitución política del Estado

“Artículo 65.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población” (el resaltado es nuestro).

(4) Constitución Política del Perú:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...)

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley (...).”

Virginia State Board of Pharmacy et al. contra Virginia Citizens Consumer Council Inc. et al., en el cual se cuestionaba la constitucionalidad de una ley del Estado de Virginia que prohibía a los farmacéuticos realizar publicidad refiriéndose al precio de las medicinas. En este caso, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica se preguntó si el mensaje que proponía una transacción comercial era tan diferente de cualquier exposición de ideas acerca de la ciencia, la moralidad y las artes en general, esto es, si dichos mensajes debieran estar excluidos o no de la protección constitucional.

El Tribunal Supremo consideró que los mensajes comerciales también contaban con el amparo de la Constitución. Así, si bien el interés del anunciante es “puramente económico”, ello no lo descalifica como interés digno de tutela. Por otro lado, los consumidores tienen un interés en la libre circulación de información comercial que “puede ser tan intenso o mayor que su interés en el más urgente y actual debate político”. Finalmente, estableció que “la sociedad tiene un gran interés en la libre circulación de información comercial(...)”. La publicidad, aunque a veces pueda parecer excesiva y de mal gusto, divulga información acerca de quién produce y vende un determinado producto, por qué razón y a qué precio. En tanto en cuanto mantengamos un sistema económico de libre empresa, el reparto de nuestros recursos será realizado, en gran medida, a través de decisiones económicas privadas. Es un asunto de interés público el que esas decisiones sean inteligentes y se basen sobre una buena información. Para este fin, la libre circulación de información comercial es indispensable⁽⁵⁾”.

Definitivamente, en el mercado asistimos cada día a una votación en la cual manifestamos nuestras preferencias por determinados bienes o servicios. Nuestras decisiones económicas, al igual que cuando adoptamos decisiones a nivel político,

depende de cuánta información tenemos disponible respecto de los bienes y servicios que pugnan por nuestras preferencias. En este orden de ideas, la libertad de expresión comercial en el plano económico es tan importante como la libertad de expresión en el ámbito político.

Prohibir que los anunciantes realicen anuncios comparativos utilizando elementos subjetivos para persuadir al consumidor significa una restricción excesiva de la información respecto de los productos que se encuentran a su disposición en el mercado y de la creatividad publicitaria.

Ello, por otro lado, no impide al Estado regular la publicidad comercial para tutelar el interés de los consumidores, siempre y cuando estas regulaciones no excedan los límites de lo razonable. Así, en el caso Central Hudson Gas & Electric Corp. contra Public Service Commission of New York (1980)⁽⁶⁾, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica estableció los criterios que utilizaría para establecer si determinada restricción de la publicidad era contraria o no a la Primera Enmienda de la Constitución:

“La protección del mensaje comercial por la Primera Enmienda está basada en la función informativa de la publicidad. Consecuentemente, no existe ningún obstáculo constitucional para la supresión de los mensajes comerciales que no informan correctamente al público acerca de actividades lícitas. El Gobierno puede así prohibir determinadas formas de comunicación que son más aptas para engañar al público que para informarlo, o que se refieren a actividades ilegales. Si la comunicación no es engañosa, ni se refiere a

(5) TATO PLAZA, Anxo. *Publicidad Comercial y Libertad de Expresión en la Jurisprudencia Norteamericana*. p.178.

(6) Dicho caso fue motivado por la medida de cese de toda publicidad relativa al consumo de energía eléctrica establecida por la Comisión de Servicios Públicos de Nueva York debido a la insuficiencia del petróleo almacenado para continuar abasteciendo a los consumidores durante el invierno de 1973 - 1974, prohibición que fue reafirmada para el año 1977.

una actividad ilegal, entonces el poder del gobierno se encuentra más restringido. El Estado debe justificar un interés sustancial que intente ser satisfecho a través de las restricciones sobre el mensaje comercial. Además, la regulación restrictiva del mensaje comercial debe estar en proporción con aquel interés. La limitación de la libre expresión debe ser cuidadosamente diseñada para alcanzar el objetivo estatal. El cumplimiento de este requisito debe ser verificado a través de dos criterios. En primer lugar, la restricción debe tender directamente a la satisfacción del interés estatal involucrado(...). En segundo lugar, las restricciones excesivas no deben sobrevivir si el interés gubernamental puede ser satisfecho igualmente a través de una restricción más limitada del mensaje comercial⁽⁷⁾”.

En este orden de ideas, para efectos de interpretar si la objetividad a la cual se refiere el segundo párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo No.691 es un requisito de licitud de la publicidad comparativa o si, por el contrario, indica una mera característica de esta modalidad publicitaria, debemos analizar las ventajas y desventajas que se derivan de adoptar una interpretación u otra. Esto es, debe sopesarse el interés que existe en dar a los consumidores información respecto de los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado a través de la publicidad comparativa frente al interés de los competidores en establecer reglas que garanticen una publicidad comparativa leal.

Nuestra posición sobre este tema es que las reglas para una publicidad comparativa leal ya se encuentran recogidas en las disposiciones que la ley establece para la generalidad de los anuncios y que, en tal sentido, interpretar que el segundo párrafo del artículo 8 establece requisitos adicionales para la licitud de las comparaciones

-esto es, la objetividad, especificidad y apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados-, establecería limitaciones excesivas al flujo de la información comercial en el mercado, que se encuentra amparado por los artículos 65 y 2, inciso 4, de la Constitución.

Para tal efecto, analizaremos a continuación los beneficios que se derivan de las comparaciones a nivel publicitario, aún cuando se sustenten en apreciaciones subjetivas, para desvirtuar los argumentos que existen en contra de este tipo de anuncios.

4.1 Los “costos de búsqueda”.

Cada vez que adquirimos bienes o servicios pagamos un precio que está relacionado con el grado de información que poseemos acerca de ellos. Así por ejemplo, un usuario frecuente del servicio de taxis no se quedará contento con la primera oferta que le hagan, sino que dejará pasar a los taxistas que le ofrezcan precios muy altos o negociará con ellos hasta obtener un precio adecuado, ya que conoce cuál es el costo aproximado de un viaje entre dos puntos determinados de la ciudad. Sin embargo, la situación no sería la misma si esta misma persona viajara por primera vez a otro país, con moneda distinta, y contratara el mismo servicio saliendo del aeropuerto. Al carecer de información acerca de las características del nuevo mercado, es muy probable que esta persona pague más de lo que pagaría un residente, ya que la falta de información del usuario facilitará que el taxista obtenga el mejor precio posible por sus servicios.

El mismo fenómeno se presenta cuando queremos comprar algo que raras veces adquirimos, como por ejemplo una nueva mezcladora de agua para nuestra cocina. En este caso, el precio que pagaremos finalmente por ella

(7) Ibid.; pp.183-184. Posteriormente, en el caso Board of Trustees of the University of New York et al. contra Todd Fox et al. (1989), el Tribunal Supremo precisó que lo que sus decisiones exigían era “una concordancia entre los fines legislativos y los medios escogidos para conseguirlos, una concordancia que no sea necesariamente perfecta, pero sí razonable. Esto no significa necesariamente la mejor disposición de todas, sino una que tenga su alcance en proporción con el interés servido; esto no representa necesariamente el medio menos restrictivo posible (...), sino un medio estrictamente concebido para alcanzar el objetivo deseado. Dentro de estos límites, dejamos a los que deben decidir en el gobierno la elección de qué medio de regulación puede ser mejor”. Ibid.; p.192.

dependerá de cuántos conocimientos de plomería tengamos, de cuántos establecimientos visitemos, de las comparaciones de marcas y calidades que hagamos, entre otras. Mientras menos conocimientos tengamos y mientras menos preguntemos, mayor será la probabilidad de que tengamos malos resultados en nuestra compra⁽⁸⁾.

Así, el principal problema que enfrentamos los consumidores en el mercado es cómo identificar a los vendedores que nos ofrecen el producto que estamos buscando. Esa búsqueda tiene un costo en tiempo y dinero perdidos que eventualmente podríamos calcular. Sin embargo, tampoco estamos dispuestos a gastar mucho en ello, por lo que siempre llegaremos a un precio de equilibrio: el menor precio que estamos dispuestos a pagar, dadas las limitaciones de nuestro conocimiento. En este orden de ideas, para efectos del presente artículo, consideraremos como precio total de un bien o servicio a su precio en dinero más los “costos de búsqueda” en que incurre un consumidor para obtener información acerca de la identidad de los proveedores y las características relevantes del producto que éstos le ofrecen⁽⁹⁾.

Para tener una idea de la importancia que el concepto de los “costos de búsqueda” tiene en nuestra vida cotidiana, pensemos en los costos que tendríamos que asumir para comprar un auto usado o alquilar un departamento si no existieran los avisos clasificados, que nos permiten conocer la identidad de los vendedores o arrendadores. Por otro lado, imaginemos lo difícil que sería elegir las galletas o bebidas gaseosas que preferimos, si no existieran las marcas que nos permiten identificar diferentes vendedores, sabores y calidades. De este modo, la publicidad y las marcas son mecanismos que permiten a los consumidores reducir

notablemente sus costos de búsqueda al adquirir bienes y servicios dentro del mercado.

4.2 La publicidad y los “costos de búsqueda”.

La principal función de la publicidad es mostrarnos los productos que usualmente estamos buscando, esto es, reducir nuestros costos de búsqueda de bienes y servicios. Mientras más directa y atractiva sea esta comunicación, más ventas tendrá el proveedor. Muchas veces no se da suficiente importancia a este aspecto de la comunicación publicitaria, el cual ha sido destacado por el profesor Stigler:

“La publicidad es, entre otras cosas, un método para proveer a los compradores potenciales de conocimientos acerca de la identidad de los vendedores(...). Principiemos por los anuncios destinados sólo a la identificación de los vendedores(...). Es necesaria la identificación de los vendedores porque su identidad cambia a través del tiempo, pero en medida mucho mayor porque cambian los compradores. En todo mercado de consumo habrá una corriente de compradores nuevos (producto de la inmigración o de la llegada a la madurez financiera) que requieren conocer a los vendedores, y además será necesario refrescar los conocimientos de los compradores infrecuentes⁽¹⁰⁾”.

Sin embargo, la búsqueda no es continua en el tiempo. Existe un proceso en el que experimentamos diversas posibilidades y llegamos a cierta certidumbre respecto de la calidad de los productos que hemos estado adquiriendo. De esta forma se va creando nuestra lealtad a determinadas marcas, lo cual no quiere decir otra cosa que hemos reducido nuestras búsquedas subsiguientes porque

(8) Ello se explica por la presencia de “costos de búsqueda”, que el profesor George Stigler explicó de la siguiente forma: “Los precios cambian con frecuencia variable en todos los mercados y, a menos que un mercado esté centralizado por completo, nadie conocerá todos los precios fijados por diversos vendedores (o compradores) en un momento dado. Un comprador (o vendedor) que desee encontrar el precio más favorable debe preguntar a varios vendedores (o compradores), fenómeno al que denominaré ‘búsqueda’”. Ver STIGLER, George. *La Economía de la Información*. En: LAMBERTON, D.M. *Economía de la Información y del Conocimiento*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1977. p.59.

(9) Posner y Landes han utilizado una definición similar en su artículo *El Contenido Económico del Derecho de Marcas*: “El elemento central de nuestro razonamiento es definir el ‘precio total’ de un bien como su precio en dinero más los costos de búsqueda en que incurren los consumidores para obtener información acerca de las características relevantes del mismo”. En: *Ius et Veritas*. Lima, No.13, 1996. p.79.

(10) STIGLER. Op.cit.; p.71.

nos hemos conformado con la calidad que nos ofrece determinado proveedor. En estos casos, ya no buscamos productos nuevos y reducimos nuestra capacidad de experimentación⁽¹¹⁾.

Así, el profesor Stigler definía el prestigio comercial “como un patrocinio continuo de los clientes sin continuación de la búsqueda (es decir, no más que una verificación ocasional)”. Las ganancias del proveedor, en este contexto, serán mayores mientras menos opciones vengan a la mente de los consumidores, de modo tal que éstos tengan menos incentivos para experimentar nuevos productos y compararlos⁽¹²⁾.

Pensemos ahora en un país que se ha aislado del comercio internacional por más de veinte años (estableciendo altos aranceles a las importaciones de bienes de consumo e imponiendo una serie de barreras sanitarias y reglamentarias) y cuya población básicamente consume bienes fabricados por productores nacionales o domiciliados en el país, cuya calidad no se ha innovado debido al proteccionismo ejercido por el Estado. Imaginemos ahora lo que pasaría si este país cambia de política y decide abrir sus fronteras al comercio, estableciendo reglas que facilitan la importación de bienes de consumo alternativos, a fin de lograr que la producción nacional alcance niveles competitivos en el mercado internacional. (Lo expuesto es una visión simplificada de lo que ocurrió en el Perú a partir de 1990).

El problema principal que tendrá que afrontar la nueva política de apertura es que el acceso de nuevas marcas de bienes y servicios al mercado nacional dependerá de las posibilidades que se brinde a los nuevos proveedores de ofrecer alternativas de consumo a la población nacional, y por ello es sumamente importante las reglas de juego que se establece a nivel publicitario, ya que la publicidad es el medio más importante con el que

cuenta un nuevo producto o servicio para hacerse conocido entre los consumidores.

4.3 La importancia de las comparaciones en materia publicitaria.

Existen empresas que se encuentran establecidas en el mercado desde hace mucho tiempo y que han efectuado grandes inversiones de dinero en publicidad, de modo que mantienen una presencia permanente en la mente de los consumidores como opción de consumo. Así, una de las principales barreras que enfrenta una nueva empresa para acceder a un mercado de tales características es poder ganar una posición como alternativa de consumo frente a las marcas tradicionalmente establecidas.

La principal función de la publicidad es, como hemos señalado, reducir de la forma más sencilla y directa posible los costos de búsqueda de los consumidores. La publicidad no necesariamente se detiene a explicar a los consumidores la calidad de los productos ofrecidos, sobre todo cuando dicha calidad puede ser apreciada directamente por los consumidores analizando sus experiencias previas.

Por ejemplo, un texto tan simple como: “Antes sólo tenías X e Y, ahora ha aparecido Z, ¡pruébalo!”, podría ser la frase introductoria de un nuevo producto. El tiempo es oro en publicidad. De este modo, si bien un anuncio podría consistir únicamente de la frase “Compra las nuevas galletas M”, con imágenes disparatadas y un agradable fondo musical, otras veces el anunciante pretenderá ofrecer la imagen de su producto en relación con otros que ya existen en el mercado, a fin de motivar que sea comparado por los consumidores. Ello puede ocurrir también, por ejemplo, cuando un proveedor ha introducido cambios en uno de sus productos y busca que los consumidores comparen el producto renovado frente a aquellos que

(11) El siguiente ejemplo, utilizado por Posner y Landes, puede servirnos para entender mejor el proceso al que estamos haciendo referencia: “Supongamos que un consumidor tiene una buena experiencia con la marca X y quiere comprarla nuevamente. O supongamos que quiere comprar la marca X porque le ha sido recomendada por una fuente confiable o porque ha tenido una experiencia favorable con la marca Y, otro producto elaborado por el mismo fabricante. En lugar de investigar los atributos de todos los productos para determinar cuál de ellos es el producto X o el equivalente a X, el consumidor encontrará que resulta menos costoso identificar la marca relevante y comprar la que corresponda al producto deseado”. Op.cit.; p.74.

(12) Así, dependiendo de la cantidad de vendedores que los compradores conozcan, éstos tendrán la posibilidad de comparar más o menos productos de entre las alternativas existentes.

adquieren habitualmente.

En este orden de ideas, la publicidad no solamente aludirá a los competidores como resultado de comparaciones de precio y calidad, sino que también lo hará simplemente para mostrar determinado producto como una alternativa de consumo. Una forma comúnmente utilizada por las agencias de publicidad es la de gastar bromas al competidor, como ocurre en los anuncios de ciertas bebidas gaseosas o cadenas de pizzas y hamburguesas. Estas bromas no perjudican la reputación del competidor frente al público, ya que los consumidores las entienden como tomaduras de pelo y nada más. Además, hacen al mercado más competitivo y fomentan la creatividad publicitaria.

Otra forma de hacer comparaciones no objetivas es presentando al producto como una alternativa de consumo diferente de acuerdo con la experiencia del consumidor. Por ejemplo, ello sucedería en un anuncio en el cual se diga “¿Antes usabas ropa de este material y te daba comezón?, ahora prueba las de este otro material”. En este caso, existe información sobre una característica del nuevo producto, pero sólo para presentarlo como una alternativa para determinados consumidores. La comparación de la calidad de ambos productos no se da en el mismo anuncio, sino que se invita a los consumidores a efectuar la comparación por sí mismos. Si nos fijamos bien, no existen diferencias entre este anuncio y aquellos que comentamos en el párrafo anterior. Todos ellos se limitan a presentar un producto, el cual invitan a consumir y comparar frente a otros.

Sin embargo, la información que nos brindan estos anuncios es sumamente importante, ya que éstos nos impulsan a efectuar nuevas búsquedas que nos ayudarán a contrastar la calidad de los productos que hemos venido consumiendo. Así, estas comparaciones publicitarias nos hacen conocer adecuadamente a los proveedores que tenemos del otro lado, lo cual es saludable en

mercados donde se busca una mayor competencia que favorezca a los consumidores.

Permitir estos tipos de publicidad es sumamente importante, sobre todo cuando se trata de nuevos productos que compiten frente a otros cuya posición en el mercado se ha consolidado a través del tiempo. En este sentido, debemos expresar nuestra total discrepancia con quienes sostienen que las comparaciones a nivel publicitario deberían restringirse únicamente a aquéllas que contraponen objetivamente las características de los productos comparados.

5 La publicidad comparativa en el Derecho Comunitario Europeo: la objetividad como requisito de licitud.

La directiva que norma el marco dentro del cual debe desarrollarse la publicidad comparativa en la Comunidad Económica Europea, Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997, establece que la referida modalidad publicitaria es una manera legítima de informar a los consumidores respecto de las ventajas que pueden obtener, razón por la cual está permitida siempre que se “compare de modo objetivo una o más características esenciales pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios⁽¹³⁾”.

El Parlamento Europeo y el Consejo aducen diversas consideraciones para llegar a dicha conclusión. En principio, se refieren a los derechos que confiere la marca a su titular, esto es, un derecho exclusivo que incluye el derecho a prohibir a cualquier tercero el uso, en el tráfico económico, de cualquier signo idéntico o similar para productos o servicios idénticos o similares. Asimismo, consideran que para lograr una publicidad comparativa eficaz el anunciante necesita hacer referencia a la marca o cualquier otro signo distintivo del producto competidor a fin de identificarlo. Finalmente, concluyen que, siendo la

(13) Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997 por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en ella la publicidad comparativa.

finalidad de la publicidad comparativa distinguir los productos confrontados en el anuncio, la utilización de la marca o de cualquier otro signo distintivo ajeno no atentará contra los derechos de exclusiva del competidor siempre y cuando se resalten las diferencias de los productos en forma objetiva⁽¹⁴⁾.

Siguiendo este razonamiento, se establece que la referencia a los signos de los productos comparados que el anunciante realiza en una publicidad comparativa no atenta contra los derechos exclusivos de los competidores porque permite que se distingan dos productos resaltando sus diferencias de forma objetiva. De este modo, se condiciona la licitud de la publicidad comparativa a que la comparación que se realice sea objetiva.

De ello se deduce que toda comparación que no cumpla con el requisito de objetividad vulneraría los derechos de exclusiva de los competidores. Así, en definitiva, lo que esta posición sostiene es que las comparaciones realizadas en base a apreciaciones subjetivas se encuentran reñidas con los principios y las normas que rigen el derecho de marcas. Este es el tema que trataremos a continuación, para lo cual nos referiremos a los límites impuestos por el derecho de marcas que, a decir de los detractores de la publicidad comparativa, serían transgredidos por esta modalidad publicitaria.

5.1 ¿Están las comparaciones basadas en apreciaciones subjetivas reñidas con el derecho de marcas?

Como hemos señalado previamente, no es cierto que únicamente se pueda lograr distinguir dos productos resaltando sus diferencias objetivas, puesto que las preferencias de los consumidores no siempre están relacionadas con las características objetivas de los productos que les son ofrecidos en el mercado.

En efecto, existen diversas variables que influyen las decisiones que toman los consumidores

como, por ejemplo, el valor que el producto tiene para un determinado consumidor, su deseo de impresionar al resto demostrando que adquiere productos de una marca determinada⁽¹⁵⁾, la influencia de los gustos del grupo social en el que se desenvuelve, entre otras.

Como puede apreciarse, las razones que hemos enumerado en el párrafo anterior son algunos criterios subjetivos que motivan al consumidor a adquirir los productos que se distribuyen en el mercado, entre los que se encuentra el *goodwill* o la imagen que proyectan ciertas marcas notoriamente conocidas y que hacen atractivo a ojos del público el consumo de ciertos productos.

En ese orden de ideas, la utilización de elementos subjetivos que tienen por finalidad que el producto de una determinada marca sea más atractivo para el consumidor que otro similar que se distribuye en el mercado, en el marco de una comparación publicitaria, no constituirá un supuesto de publicidad comparativa ilícita en tanto el anuncio, tal como lo establece la ley, no confunda a los consumidores ni denigre a los competidores.

Así por ejemplo, podríamos referirnos a anuncios en los cuales una marca de zapatillas se presenta como la “zapatilla de los campeones”, una marca de cerveza que señala que “nunca será la más popular”, una marca de toallas higiénicas que afirma que hará sentir “más segura” a su consumidora, o una crema facial que se promociona como “para reinas de belleza”. El hecho de que estas apreciaciones subjetivas se encuentren o no contenidas en un anuncio en el que se alude a los competidores no crearía diferencia alguna, ya que los consumidores percibirán el mismo mensaje sin verse engañados ni manipulados.

Consideramos que dichas apreciaciones subjetivas pueden utilizarse lícitamente en un anuncio comparativo, ya que son percibidas por el consumidor como una declaración de parte del proveedor que intenta persuadirlo de adquirir sus

(14) Ibid.

(15) Esto es a lo que se le denomina “capital de reputación”. Ver POSNER y LANDES. Op.cit.

productos⁽¹⁶⁾. Creemos que los consumidores toman una actitud prudente ante estas afirmaciones y que no basan sus decisiones en un interpretación literal de las mismas. Así, tenemos diversas apreciaciones subjetivas que los proveedores suelen hacer respecto de sus productos como, por ejemplo, las afirmaciones “me siento más fresco(a)”, “mi bebida me refresca más que las demás”, “me gusta como queda mi piel con la crema X”; las exageraciones publicitarias como “el gigante del lavado”, “la mejor descartable del mundo”, “te deja el aliento más fresco”, o el uso del humor y la fantasía como, por ejemplo, el anuncio comparativo de las aguas de mesa San Antonio y San Luis, en el que se utilizaba elementos humorísticos y fantásticos -ángeles que bailan y entonan cantos gregorianos, etc.-.

En todos los casos señalados, el consumidor puede percibir que tales afirmaciones son apreciaciones subjetivas o intentos de persuasión que no se basan en las características intrínsecas de los productos anunciados.

Una de las preocupaciones que genera la utilización de apreciaciones subjetivas en los anuncios comparativos es que, a diferencia de las afirmaciones objetivas, aquéllas no se encuentran sujetas a la obligación de acreditar que son veraces⁽¹⁷⁾. Ello resulta fácilmente comprensible y lógico si lo explicamos con unos ejemplos:

El anunciante se encontrará obligado a demostrar afirmaciones como las siguientes: “el automóvil X rinde 10 kilómetros más por galón que el automóvil Y” o “1/2 kilo del producto W rinde más que 1 kilo del producto Q”, en la medida que están referidas a aspectos objetivos que son susceptibles de prueba. En cambio, no se encontrará obligado a probar frases como: “la máquina de afeitar Z es la mejor del mundo”, “el detergente J

lava más blanco”, “las ensaladas de B son más sabrosas”, entre otras.

Consideramos que las apreciaciones subjetivas no determinan la opción que hace un consumidor al decidir si adquiere un producto u otro, sino que simplemente lo inducen a experimentar otras posibilidades -lo cual dependerá también de cuan persuasivo sea el anuncio-, de modo que dicho consumidor finalmente elegirá los bienes o servicios que considere que satisfacen mejor sus necesidades.



Un ejemplo que nos puede ilustrar respecto de los excesos a los que puede conducir una posición restrictiva de las comparaciones subjetivas es un caso que fue resuelto por el Juzgado de Primera Instancia No.44 de Madrid. Dicho juzgado, mediante sentencia de fecha 7 de enero de 1992, prohibió la difusión de una publicidad de Pepsi-Cola, ya que estimó que constituía un supuesto de comparación

(16) La Sala de Defensa de la Competencia, mediante Resolución No.052-96-TRI-SDC publicada el 3 de octubre de 1996, estableció que el término “análisis superficial” contenido en el artículo 2 del Decreto Legislativo No.691 no debe entenderse como un análisis descuidado e irresponsable, sino, por el contrario, como el reflejo del hecho que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio. Asimismo, estableció que el consumidor asume una posición prudente antes que ingenua frente a las expresiones contenidas en el mensaje publicitario, como testimonio de parte de quien pretende inducirlo a consumir un bien o servicio.

(17) En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo No.691, los anunciantes se encuentran obligados a probar, de oficio o a pedido de parte, la veracidad de las afirmaciones difundidas en sus anuncios. Sobre el particular, la Sala de Defensa de la Competencia ha establecido que dicha obligación resulta aplicable a las frases e imágenes susceptibles de comprobación y no a aquéllas que constituyen apreciaciones subjetivas del anunciante. Ver la Resolución No.014-97-TDC publicada el 31 de enero de 1997.

publicitaria ilícita.

En enero de 1991, Pepsi-Cola de España S.A. difundió un anuncio por televisión protagonizado por el cantante M.C. Hammer. En dicho anuncio, aparecía el referido cantante interpretando música rap, mientras un narrador decía: “M.C. Hammer la estrella del rap bebe Pepsi” y luego señalaba: “veamos que pasa si cambiamos su Pepsi por otro refresco de cola”. Entonces el cantante tomaba otra bebida e interpretaba otro tipo de música de tono lánguido, lo que causaba sorpresa en la audiencia. Finalmente, un espectador ofrecía a M.C. Hammer un vaso de Pepsi y el cantante volvía a ejecutar la primera interpretación. El anuncio finalizaba con el slogan “Pepsi es lo de hoy”⁽¹⁸⁾.

Coca-Cola de España S.A. planteó una demanda contra la empresa anunciante pues consideraba que dicho anuncio era ilícito, ya que, a su criterio, constituía una publicidad comparativa desleal. En tal sentido, solicitó la cesación de la publicidad y una indemnización por daños y perjuicios. Al resolver, el juzgado español sostuvo lo siguiente:

“Es un ejemplo de lo que se viene conceptuando como publicidad comparativa, en cuanto en el anuncio se enfrenta la marca anunciante con ‘otras bebidas que participan de la misma oferta de contenido en colas’, tanto la Ley General de Publicidad, en su artículo 6 c), como el artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal, regulan este modo o forma de publicidad, considerándola perfectamente legítima, siempre y cuando en la misma se den determinadas características, es decir, cuando se refiera a características que sean esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, (...) ; y en el caso enjuiciado resulta imposible no percibir que, en el anuncio difundido por la demandada, existe una contraposición entre la bebida anunciada (Pepsi) con las demás bebidas o refrescos que contienen

cola; de tal forma que, la publicidad no se limita a destacar las características esenciales, afines y objetivamente demostrables que tiene el producto anunciado; sino que aquélla se centra de forma especial en la comparación pública de las cualidades (prestaciones) del producto ajeno al que se le achaca ‘un efecto provocador de decaimiento físico o animador de deseo de disfrute’; lo que habrá de motivar el descrédito y menosprecio directo o indirecto del producto competidor y ha de redundar en un perjuicio para éste⁽¹⁹⁾”.

Asimismo, dicho juzgado añadió que:

“(la campaña de publicidad) debe calificarse de desleal, en cuanto incurre en las prohibiciones previstas respecto a la publicidad comparativa, procede estimar la demanda y dictar sentencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 de la repetida Ley General de Publicidad. En los autos han sido aportadas las pruebas, que (...), demuestran que la demandante, como titular de la marca Coca-Cola explota un producto ‘similar’ al que es objeto de la publicidad aludida; que además, la marca Coca-Cola disfruta en el mercado de una posición destacada que, en cualquier caso, ha de sentirse aludida por la divulgación de una publicidad comparativa cuando esta publicidad se refiere expresamente a la comparación entre bebidas que contienen cola (...) que toda publicidad que tenga una referencia a las bebidas conteniendo colas se pueda entender por el público en general como referencia, ya sea directa o indirecta a la difundida marca Coca-Cola⁽²⁰⁾”.

En consecuencia, el juzgado declaró fundada la demanda y condenó a la demandada a cesar la difusión del anuncio, a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados y a que se publique la sentencia en un periódico con difusión en Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla y Bilbao.

El caso antes mencionado constituye un anuncio comparativo que se basa en apreciaciones

(18) LEMA DEVESA, Carlos. *Supuestos de Competencia Desleal por Denigración y Comparación*. En: BERCOVITZ, Alberto. *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*.

(19) LEMA DEVESA, Carlos. *Op.cit.*; p.74.

(20) *Ibid.*; p.75.

subjetivas. En efecto, el anunciante no se refiere a ninguna característica objetiva de su producto o del de su competidor, sino que intenta crear -en torno a la marca Pepsi- una imagen de modernidad, de bebida orientada a la juventud, en relación con la bebida del competidor que frente a ella resulta “clásica” o “antigua”.

Hemos dicho que la apreciación del anuncio que hace un consumidor es prudente, de modo que tomará las apreciaciones subjetivas hechas en él como opiniones interesadas del anunciante. Por ello, consideramos que los consumidores interpretarían un anuncio como el que hemos descrito como una broma ingeniosa, siendo además que el uso del humor y de la fantasía se encuentra permitido en la publicidad, siempre que no denigre a los competidores ni confunda a los consumidores. En consecuencia, no entendemos porqué dicho anuncio debiera ser considerado ilícito. Pensamos, por otro lado, que interpretar lo contrario sería menospreciar a los consumidores.

Como hemos venido sosteniendo, prohibir que los anunciantes realicen anuncios comparativos utilizando elementos subjetivos para persuadir al consumidor significa una restricción excesiva de la información respecto de los productos que se encuentran a su disposición en el mercado y de la creatividad publicitaria.

5.2 Las apreciaciones subjetivas no generan confusión en un anuncio comparativo.

Uno de los argumentos que han sido utilizados para sustentar que la publicidad comparativa es un supuesto de competencia desleal, es que mediante la publicidad comparativa un anunciante hace uso de la marca y los productos de su competidor para publicitar su propio producto, creando de este modo confusión en el mercado respecto del origen empresarial de los productos que son

presentados en el anuncio.

De acuerdo a lo establecido por la Ley de Propiedad Industrial, los alcances que confiere el registro de una determinada marca se encuentran relacionados con el derecho de exclusividad que ésta confiere a su titular⁽²¹⁾. En este sentido, el titular de una determinada marca podrá exigir a los terceros que concurren con él en el mercado que no utilicen su marca o una similar, cuando dicho uso pudiera generar confusión entre los bienes y servicios que el competidor distribuye en el mercado y aquéllos que provee el titular de la marca.

Así, en la medida que una de las funciones del derecho de marcas es evitar la confusión, las leyes sobre propiedad industrial buscan disuadir aquellos casos en que se induce al consumidor a error respecto de la procedencia empresarial de los bienes o servicios identificados con una marca que otro competidor utiliza en el mercado para distinguir productos similares.

Ello se sustenta en la función que cumplen las marcas en el mercado, ya que mediante ellas el consumidor puede identificar el origen empresarial de los productos por la marca que distingue a cada proveedor. De este modo, como hemos indicado, el consumidor verá reducidos los costos de búsqueda que tendría que asumir para identificar los bienes y servicios que se encuentran disponibles en el mercado.

Es por esa razón que no se permite la existencia de dos marcas idénticas para una misma clase de productos, así como tampoco se permite que los proveedores que concurren en un mismo mercado utilicen un signo distintivo similar al registrado por otro proveedor, cuando ello pudiera generar confusión respecto de los productos marcados, su origen empresarial o las relaciones empresariales existentes entre el titular de la marca y los terceros.

Sin embargo, respecto al tema de la publicidad comparativa, debemos tener en cuenta

(21) Decreto Legislativo No.823, Ley de Propiedad Industrial:

Artículo 162.- El derecho al uso exclusivo de una marca se adquiere por el registro de la misma ante la Oficina competente.

Artículo 164.- El titular de una marca registrada podrá impedir que los comerciantes supriman del producto o envase, la referencia a la marca.

que esta modalidad de publicidad está referida a los anuncios mediante los cuales el anunciante confronta dos productos -o géneros de productos- distribuidos en el mercado, de forma tal que el consumidor los identifica como distintos -ya sea porque se hace referencia a las marcas que los distinguen o a imágenes, descripciones o frases mediante las cuales los consumidores pueden identificar los productos o géneros de productos comparados-, con la finalidad de persuadir al público de que adquiera su producto en vez de aquél con el cual lo compara.

Para ello, el anunciante informa a los consumidores de las ventajas que tiene su producto en relación al producto del competidor, o los persuade a fin de que adquieran su producto en vez del otro. En este sentido, los anuncios comparativos no buscan confundir al consumidor respecto de la identidad de los productos anunciados, su procedencia empresarial o las relaciones existentes entre los proveedores de dichos productos, sino que, por el contrario, buscan establecer la existencia de diferencias entre los productos anunciados, las mismas que -sean objetivas o subjetivas- influyen en el consumidor para que experimente las opciones y opte por adquirir uno u otro producto.

Sobre este punto, se ha dicho que “a quien realiza la publicidad comparativa no le interesa en absoluto promover la confusión. Por el contrario, su intención consiste en distinguir un producto de otro para luego manifestar que uno es mejor o tan bueno como el otro; por ello se afirma que, de existir confusión, la comparación sería imposible⁽²²⁾”.

En consecuencia, desde esta perspectiva no podría objetarse la licitud del uso de apreciaciones subjetivas en anuncios comparativos, toda vez que la protección brindada por el derecho de marcas se encuentra circunscrita a aquellos casos en que la utilización de la marca ajena produce confusión entre los consumidores, lo que no ocurre en el caso

de estas comparaciones.

5.3 Las apreciaciones subjetivas en la publicidad comparativa no explotan indebidamente la reputación de los competidores.

Otro argumento contrario a la publicidad comparativa en general es que ella constituiría un acto de competencia desleal y, específicamente, un supuesto de explotación indebida de la reputación ajena. De acuerdo con esta posición, la marca del competidor es utilizada por el anunciante para realizar la comparación con sus productos y, de este modo, aprovecha los beneficios derivados de las inversiones realizadas por el competidor en su marca, sin compensarlo.

Según esta posición, ello ocurre en los casos en que el anunciante de un producto nuevo o que no es muy conocido en el mercado compara su producto con uno que es reconocido por el público como un producto de buena calidad, con la intención de “colgarse” de la posición que este último tiene en el mercado e ingresar al comercio en la misma posición que aquél ha alcanzado, aprovechando de este modo el esfuerzo que el competidor hubiera realizado con tal fin.

En tal sentido, algunos autores sostienen que “también es desleal usar del prestigio ajeno para valorizarse (*to upgrade by association*) o, peor aún, utilizar sin razón y sin causa el esfuerzo, las inversiones publicitarias, las corrientes de simpatía, la habilidad para lograrlo que ha desarrollado el propietario del signo distintivo comparado⁽²³⁾”. La publicidad comparativa, siguiendo este razonamiento, constituiría un supuesto de competencia desleal, puesto que significaría aprovecharse del esfuerzo que hace el competidor para apropiarse de los aspectos positivos asociados con la marca objeto de la comparación, lo que constituiría un perjuicio para el titular de la marca y un engaño para el consumidor.

En nuestra opinión, este análisis no resulta

acertado por las razones que explicamos a continuación. En efecto, el titular de una marca se ve obligado a invertir en mantener una calidad constante en el tiempo frente a los consumidores con la finalidad de adquirir una buena reputación y, de este modo, reducir los costos de búsqueda del público al realizar decisiones de consumo. Ello tiene como incentivo que, una vez creada la reputación, los consumidores estarán dispuestos a pagar precios más altos para adquirir estos productos, consumirán más el producto conocido y dejarán de experimentar otras opciones.

Sin embargo, el éxito de cada proveedor dependerá de su propia habilidad para mantener una calidad constante en sus productos y de su inversión para desarrollar y mantener una marca fuerte en un mercado competitivo. Por esta razón, creemos que es un error considerar que la publicidad comparativa constituye un supuesto de explotación indebida de la reputación ajena.

En efecto, si una marca nueva ingresa al mercado, toma posición en un nivel alto al compararse con el producto líder y no puede mantenerse en dicha posición porque no puede mantener una calidad superior constante en el tiempo, no sólo defraudará a los consumidores que adquieran el producto en razón a los supuestos beneficios que hubieran sido anunciados, sino que perderá credibilidad ante los consumidores, quienes volverán sus preferencias hacia la marca que venían consumiendo con anterioridad. Así, la sanción que aplicará el mercado en estos casos será mayor que la que podría establecer cualquier norma o mandato de la autoridad. Estos efectos resultarán difíciles de revertir por la marca nueva, aún en el caso que mejore su calidad, en razón a la reputación que se creó en el mercado.

Por otro lado, en el caso que la marca nueva efectivamente fuese mejor, el mercado y los consumidores se verán beneficiados por una nueva alternativa de consumo que motivará al proveedor tradicional para que también incremente la calidad

de sus productos, compita y sea más eficiente.

Finalmente, pudiera ser que el nuevo producto que se compara con el líder, lo haga con la finalidad de ofrecer un producto similar a un precio menor, pese a no ser idéntico o no contar con las mismas características del líder. En este caso, consideramos que no resulta desleal realizar una comparación, ya que el anuncio cumplirá con informar al consumidor respecto de la existencia de un bien sustituto que tiene características similares, pero no iguales, a las del producto con el cual se compara, de modo que será el consumidor quien mediante su experiencia decida cual de los dos productos satisface de mejor manera sus expectativas.

Ello sería saludable, ya que el titular de la marca de mejor calidad incluso podría diversificar su producción y lanzar al mercado un nuevo producto de calidad similar a la del competidor, de modo tal que dicha estrategia crearía competencia en un segmento del mercado que no había sido cubierto previamente.

De este modo, creemos haber demostrado que no existen argumentos sólidos en contra de la utilización de apreciaciones subjetivas en los anuncios comparativos. Por tal motivo, sostenemos que restringir esta modalidad publicitaria atendería injustificadamente contra el derecho de los consumidores a contar con información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado.

6 Conclusiones.

Entre dos opciones de interpretación de la ley, las autoridades deben preferir aquella que sea más compatible con la Constitución. En tal sentido, interpretar que el segundo párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo No.691 establece requisitos adicionales para la licitud de las comparaciones publicitarias -esto es, la objetividad, especificidad y apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados- significaría

establecer limitaciones excesivas e injustificadas al flujo de la información comercial en el mercado, que se encuentra amparado por los artículos 65 y 2, inciso 4, de la Constitución, toda vez que las reglas para una publicidad comparativa leal ya se encuentran establecidas en las disposiciones que la ley recoge para la generalidad de los anuncios.

La publicidad no solamente puede aludir a los competidores como resultado de comparaciones de precio y calidad, sino que también lo hará para mostrar determinados productos como alternativas sugestivas, ya que las decisiones de consumo no están influidas solamente por la información respecto de las características objetivas de los bienes y servicios que se distribuyen en el mercado. En efecto, los consumidores toman en cuenta criterios subjetivos tales como el valor que determinado producto tiene para ellos, la influencia de los gustos del grupo social en el que se desenvuelven o su deseo de impresionar al resto demostrando que consumen productos de una determinada marca. Sin embargo, la información que nos brindan las comparaciones a nivel publicitario es de suma importancia, ya que nos impulsa a efectuar nuevas búsquedas que nos ayudarán a contrastar la calidad de los productos que hemos venido consumiendo.

En este sentido, no puede argüirse que la publicidad comparativa confunda al consumidor respecto de los productos que son presentados en

el anuncio, puesto que la finalidad del anuncio es más bien establecer la existencia de diferencias objetivas o subjetivas entre los productos anunciados, a fin de influir en las decisiones de consumo del público, por lo que no les resultan aplicables las restricciones establecidas por el derecho de marcas.

Por otro lado, las apreciaciones subjetivas pueden utilizarse lícitamente en un anuncio comparativo, ya que son percibidas por el consumidor como una declaración de parte del proveedor que intenta persuadirlo de adquirir sus productos. Los consumidores toman una actitud prudente ante estas afirmaciones y no basan sus decisiones en una interpretación literal de las mismas. Tales apreciaciones subjetivas no determinan la opción que hace un consumidor al decidir si adquiere un producto u otro, sino que simplemente lo inducen a experimentar otras posibilidades, de modo que éste finalmente elegirá los bienes o servicios que considere que satisfacen mejor sus necesidades.

A su vez, el éxito de cada proveedor depende de su propia habilidad para mantener una calidad constante en sus productos y de su inversión para desarrollar y mantener una marca fuerte en un mercado competitivo. Por esta razón, es un error considerar que la publicidad comparativa constituye un supuesto de explotación indebida de la reputación ajena. ⁴⁴