

---

# Always Coca Cola

## Comentarios en torno a la reciente modificación del criterio utilizado por el Tribunal del Indecopi en publicidad comercial comparativa

### Diego Escalante Arrunátegui

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Civil Ius et Veritas.

### Ernesto Salazar Campos

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Civil Ius et Veritas.

#### 1. Haciendo un poco de *zapping*.

Encendemos la televisión. En un anuncio publicitario se muestra dentro de un camerino a dos modelos, que dan la impresión de ser amigas, retocando su vestido y maquillaje, haciendo las siguientes afirmaciones frente a la cámara:

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, pero ese plastiquito en los lados ¡uf! me irritaba la piel.

Modelo 1: Ahora para nosotras eso quedó atrás.

Modelo 2: Porque la cubierta de Nosotras es mucho más suave para esa parte tan delicada.

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

Modelo 2: ¿Y sabes que 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...

Modelos 1 y 2: Que nosotras<sup>(1)</sup>.

Años después, en el mismo canal y a la misma hora, somos testigos del siguiente anuncio publicitario:

La primera imagen es la de una persona que se acerca a una pareja de turistas que está pascando por el frontis de una iglesia y les invita una bebida de color negro a la vez que pregunta: “¿Adivinas qué sabor es?”; el caballero prueba la bebida y responde: “Uhm, es Coca Cola”, a la vez que en la pantalla aparece su nombre, número de pasaporte y su nacionalidad (Scott Mc Innes, 569267, USA). A continuación aparece un grupo de turistas en un restaurante en el cual se está tocando música andina, uno de los cuales levanta un vaso conteniendo una bebida de color negro y afirma: “Coca Cola es lo mejor”, mientras que, al igual que en el caso anterior, se incluye su nombre, número de pasaporte y nacionalidad (Katty Mc Cune, 301194495, USA). La siguiente imagen es la de una pareja de turistas que está en unas ruinas andinas, uno de ellos prueba una bebida de color negro y afirma: “*Yeah baby, it’s Coca Cola*”; al igual que en los casos anteriores, se indica el nombre, número de pasaporte y nacionalidad de esta persona (Robert Fleming, 112605092, USA). La siguiente imagen corresponde a un grupo de turistas que está en la selva, uno de los cuales sostiene un vaso conteniendo una bebida de color negro a la vez que dice: “Always Coca Cola”, a la vez que figura el nombre, número de pasaporte y nacionalidad de dicha persona (Bryan Griffin, 701459732, USA). Seguidamente, aparecen las imágenes de estas personas en los mismos

(1) Diálogo del anuncio de toallas higiénicas “Nosotras” tomado de la Resolución No. 168-97-TDC-INDECOPI.

lugares, todas sonriendo y sosteniendo un vaso de vidrio con una bebida de color negro, mientras la voz en *off* dice: “Todos ellos pensaban que el sabor de Coca Cola era inigualable hasta que conocieron el Perú”, luego de lo cual sale la imagen de tres botellas de la bebida Perú Cola mientras que la voz en *off* señala: “La nueva Perú Cola”. A continuación salen nuevamente las cuatro personas mencionadas anteriormente diciendo: “¿No era Coca Cola?”, a lo que la voz en *off* responde señalando: “Es Perú Cola, lo mejor de lo nuestro”, mientras aparece la imagen de cinco botellas del producto y de una mujer que está tomando un vaso del mismo, junto con la frase: “¡Pídela, cuesta menos!”, luego una figura circular que dice que es un producto del grupo JMP. Finalmente, aparece el nombre y el **logo** de la agencia de publicidad encargada de elaborar el anuncio, Panorama Internacional S.A.<sup>(2)</sup>.

Es muy probable que el lector recuerde estos dos anuncios publicitarios con relativa claridad, si encaja dentro de la media nacional de consumo de programación televisiva. Ambas publicidades fueron objetos centrales al interior de dos intensas campañas publicitarias llevadas a cabo en nuestro país<sup>(3)</sup> con una cuantiosa inversión en televisión, lo cual significa un alto grado de recordación entre el público.

La cita de los anuncios publicitarios efectuada al comienzo del presente trabajo, tiene por finalidad refrescar la memoria al lector e introducirlo rápidamente al tema materia del presente artículo. El 10 de diciembre de 2003, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), emitió la Resolución No. 0547-2003/TDC-INDECOPI dando así por concluido el procedimiento administrativo iniciado con la denuncia que interpusiera la empresa *The Coca Cola Company* (productora de Coca Cola) contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. (productora de la bebida Perú Cola) y en forma solidaria a la

agencia de publicidad Panorama Internacional S.A. por infracciones a las normas de la publicidad en defensa del consumidor. La novedad de esta última resolución es que contiene un precedente de observancia obligatoria sobre publicidad comparativa que modifica el criterio establecido en un anterior precedente emitido por la Sala antecesora en el año 1997 en el caso seguido por la empresa Procter & Gamble del Perú S.A. (productora de las toallas higiénicas Always<sup>(4)</sup>) contra Productos Sanitarios Sancela del Perú S.A. (productora de las toallas higiénicas Nosotras).

En las siguientes páginas repasaremos el contenido de los precedentes emitidos por el Tribunal en ambos casos, la argumentación que se utilizó para darles vida y su conveniencia como opción legislativa. Para una mayor comprensión, a continuación, analizaremos la experiencia europea, la cual ha logrado un sofisticado desarrollo<sup>(5)</sup> en los últimos años, tanto en el ámbito comunitario a través de normativa y jurisprudencia de la Unión Europea -en cuanto organismo- como en sus Estados Miembros, en donde veremos a modo de ejemplo el caso español.

## 2. Legislación y jurisprudencia comunitaria y de uno de los Estados miembros.

### 2.1. Regulación en la Unión Europea.

Al interior de la Unión Europea existe normativa comunitaria proveniente de antes de la propia Unión Europea (como las directivas), así como las que se originan al interior de sus Estados miembros (como las leyes nacionales).

Las directivas son, junto con los Reglamentos, los instrumentos más importantes de la actuación comunitaria. Las directivas intentan combinar la necesaria unidad del derecho comunitario con el mantenimiento de la variedad de las peculiaridades nacionales y su objetivo principal es la aproximación de las legislaciones. La directiva solo es obligatoria

- (2) Transcripción del anuncio publicitario de Perú Cola tomado de la Resolución No. 0547-2003/TDC-INDECOPI.
- (3) Para dar una idea más clara: la campaña de Perú Cola estuvo compuesta por 169 anuncios difundidos en cinco canales de televisión nacional (tanto de señal abierta como de televisión por cable) en versiones de hasta treinta segundos. Esta información ha sido tomada de la Resolución No. 0547-2003/TDC-INDECOPI.
- (4) A diferencia del caso central que ocupa nuestro estudio, en el anuncio publicitario “camerino” no se hace referencia expresa a las toallas higiénicas Always, producidas por Procter & Gamble del Perú S.A. Sin embargo, se entiende que la comparación es específica ya que un consumidor razonable utilizando una apreciación superficial puede determinar que en dicho anuncio se está confrontando el producto enunciado (toallas higiénicas Nosotras) con un género determinado de productos (toallas higiénicas con cubierta de malla).
- (5) Eso se explica, por ejemplo, viendo que la publicidad comparativa nace como concepto jurídico en Alemania como resultado del esfuerzo realizado por la doctrina alemana a comienzos del siglo pasado.

para los Estados miembros de la Unión respecto del objetivo que propone, dejando a su elección la forma y los medios para alcanzar los objetivos establecidos a escala comunitaria en el marco del ordenamiento jurídico nacional.

Dicho en pocas palabras, los Estados miembros tienen libertad para tomar en cuenta las peculiaridades nacionales a la hora de realizar los objetivos del Derecho comunitario. A este efecto, las disposiciones de una directiva no sustituyen automáticamente a las del Derecho nacional, sino que los Estados miembros están obligados a adecuar su legislación a la normativa comunitaria. Ello ocurre en un procedimiento normativo dividido en dos fases, la fase jurídico-comunitaria propiamente dicha y la de carácter nacional<sup>(6)</sup>.

La Directiva 84/450/CEE del Consejo, de fecha 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa establecía entre sus considerandos expresamente:

“Considerando que es en interés del público en general, de los consumidores, así como de las personas que compiten en el ejercicio de una

actividad comercial, industrial, artesanal o liberal en el seno del Mercado Común, armonizar, en una primera fase, las disposiciones nacionales en materia de publicidad engañosa, y, en una segunda fase, ocuparse de la publicidad desleal, así como, en caso necesario, de la publicidad comparativa, sobre la base de propuestas apropiadas de la Comisión (...) (se) ha adoptado la presente directiva”.

Así, en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Número L 290 de 23 de octubre de 1997 (páginas 18 a 23), se publicó la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997 por la que se modificó la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma a la publicidad comparativa. En la exposición de motivos de la misma se detallaba que pretendía conseguir que las disposiciones esenciales que determinen la forma y el contenido de la publicidad comparativa sean las mismas para todos los Estados miembros. El texto comunitario parte en admitir como lícitas las publicidades comparativas pero las sujeta a determinados requisitos. En el artículo 3 bis c) la directiva<sup>(7)</sup> plantea expresamente:

- (6) Para obtener mayor información relativa a la situación de la legislación de la Unión Europea revítese los siguientes libros editados por la Comisión Europea: BORCHARDT, Klaus-Dieter. *El ABC del derecho comunitario*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2000. p. 115; COMISIÓN EUROPEA (editor). *Europa de la A a la Z. Guía de la integración europea*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1997. p. 284; y también COMISIÓN EUROPEA (editor). *Europa: preguntas y respuestas*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1997. p.178. Puede consultarse información actualizada y en las lenguas oficiales de la Unión Europea a través del servidor Europa: <http://europa.eu.int>. Asimismo, véase el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, tratado que condensa el conocido como derecho primario de la Unión Europea, la misma que no debe ser entendida como una Constitución propiamente dicha en los términos en que lo desarrolla el Derecho Constitucional que conocemos.
- (7) El texto íntegro del referido artículo de la directiva comunitaria es el siguiente:
- “Artículo 3 bis
1. La publicidad comparativa, en lo que se refiere a la comparación, estará permitida cuando se cumplan las siguientes condiciones:
- a) que no sea engañosa según la definición del apartado 2 del artículo 2 y lo dispuesto en el artículo 3 y el apartado 1 del artículo 7;
  - b) que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad;
  - c) que compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio;
  - d) que no dé lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor;
  - e) que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor;
  - f) que se refiera en cada caso, en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación;
  - g) que no saque indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores;
  - h) que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos.
2. Las comparaciones que hagan referencia a una oferta especial deberán indicar de forma clara e inequívoca la fecha en que termina la oferta o, en su caso, el hecho de que la oferta especial está supeditada a la disponibilidad de los bienes o servicios de que se trate y, en caso de que la oferta especial no haya empezado aún, la fecha en la que se inicie el período durante el cual vaya a aplicarse el precio especial u otras condiciones específicas”.

“1. La publicidad comparativa, en lo que se refiere a la comparación, estará permitida cuando se cumplan las siguientes condiciones:

(...) c) que compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio (...)”.

Los ocho aspectos que debe de cumplir la publicidad comparativa de acuerdo a la directiva comunitaria se pueden resumir, de forma genérica y amplia, en tres claves: la publicidad comparativa debe de realizarse sobre productos análogos, sobre aspectos relevantes y tomando como base datos comprobables u objetivos.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha defendido los requisitos de licitud -y entre ellos como resulta evidente también a la objetividad- en la forma como está establecido en la legislación comunitaria revisada. Tal es el caso por ejemplo de lo resuelto en las cuestiones prejudiciales (procedimiento mediante el cual los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea consultan de considerarlo necesario al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la interpretación de normas de Derecho Comunitario<sup>(8)</sup>) del Asunto C-112/99 de 25 de octubre de 2001 (caso *Toshiba Europe GmbH* contra *Katun Germany GMBH*, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas con fecha 8 de diciembre de 2001) y del Asunto C-44/01 de 8 de abril de 2003 (caso *Pippig Augenoptik GMBH & Co. KG* contra *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH, Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer*, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 7 de junio de 2003).

Ambos afirman que los requisitos exigidos a la publicidad comparativa por la directiva deben interpretarse de la forma más favorable a la competencia, de modo que no puede aplicarse a la publicidad comparativa por lo que respecta a la forma y al contenido de la comparación las disposiciones nacionales más rigurosas en materia de protección contra la publicidad engañosa.

## 2.2. La experiencia de un Estado miembro de la Unión Europea: España.

A continuación, pasaremos a revisar el caso español como una pequeña muestra de cómo se ha acogido la legislación comunitaria en la normativa de los Estados miembros. La adecuación a la normativa española de la Directiva 97/55/CE se hizo a través de la Ley española 39/2002, de fecha 28 de octubre de 2002, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios. Con ella se modificó la Ley General de Publicidad española, Ley 34/1988 de 11 de noviembre de 1988<sup>(9)</sup>, norma que junto con la Ley de Competencia Desleal de 1991 regula la publicidad comparativa.

El artículo 3 c) de la Ley General de Publicidad española declara ilícita la publicidad desleal. Como se puede hablar de una tradición jurídico-publicitaria española y de unos antecedentes legislativos concretos en esta materia, la Ley General de Publicidad proyecta también su regulación al campo de la publicidad desleal, entre la que incluye la publicidad comparativa.

La fórmula adoptada en el texto original del artículo 6 de la Ley General de Publicidad (es decir, antes de ser transpuesto el contenido esencial de la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997 al ordenamiento jurídico español) era técnicamente más precisa y delimitada. De tal manera, de acuerdo a algunos tratadistas como Manuel Santaella se llegó a considerar que la legislación española se había anticipado al Derecho Comunitario europeo en esta materia<sup>(10)</sup>.

No obstante, es sencillo notar que ésta no fue una tradición del Estado español mantenida en el tiempo si vemos que en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de fecha 25 de enero de 2003 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el 28 de noviembre de 2002 declaró que España incumplió las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo al no haber adoptado, en el plazo señalado por dicha directiva, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la directiva.

(8) Una explicación sencilla acerca de diversos factores vinculados a este procedimiento se encuentra en BORCHARDT, Klaus-Dieter. Op. cit.; p. 89-91.

(9) Norma cuyo antecedente inmediato es el Estatuto de la Publicidad, Ley 61/1964 de 11 de junio de 1964.

(10) SANTAELLA, Manuel. *Derecho de la publicidad*. Madrid: Civitas, 2003. p. 159.

En todo caso, atendamos a lo que la Ley General de Publicidad española<sup>(11)</sup> dispuso en su texto original:

“Es publicidad desleal:

(...) c) La publicidad comparativa cuando no se apoye en las características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado”.

Ahora bien, tal como mencionamos, el artículo 6 de la Ley General de Publicidad fue modificado por la Ley 39/2002, la misma que hoy sostiene que se considera publicidad desleal<sup>(12)</sup>:

“(…) c) La publicidad comparativa cuando no se ajusta a lo dispuesto en el artículo siguiente”.

A su vez, la Ley 39/2002 española, agrega en la Ley General de Publicidad un artículo 6 bis, al que hace referencia en el artículo arriba mencionado. En él se desarrolla de manera amplia el contenido de la publicidad comparativa. El texto sobre el tema objeto de nuestro estudio en dicho dispositivo<sup>(13)</sup> es el siguiente:

“Artículo 6 bis.

2. **La comparación estará permitida si cumple los siguientes requisitos:**

(...) b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales,

(11) El artículo íntegro refería:

“Es publicidad desleal:

a) La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades.

b) La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, y, en general, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.

c) La publicidad comparativa cuando no se apoye en las características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado”.

(12) El texto completo del artículo referido sostiene que es publicidad desleal:

“La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona o empresa; de sus productos, servicios, actividades o circunstancias o de sus marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos.

b) La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, o de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de otros productos competidores y, en general, la que sea contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.

c) La publicidad comparativa cuando no se ajusta a lo dispuesto en el artículo siguiente”.

(13) El texto completo del artículo es el siguiente:

“Artículo 6 bis.

1. A los efectos de esta Ley, será publicidad comparativa la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él.

2. La comparación estará permitida si cumple los siguientes requisitos:

a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades.

b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre los cuales podrá incluirse el precio.

c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación.

d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.

e) Si la comparación hace referencia a una oferta especial se indicará su fecha de inicio, si no hubiera comenzado aún, y la de su terminación.

f) No podrá sacarse una ventaja indebida de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, ni de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas, denominaciones específicas o especialidades tradicionales garantizadas que amparen productos competidores. Tampoco podrá sacarse una ventaja indebida, en su caso, del método de producción ecológica de los productos competidores.

3. En aquellas profesiones colegiadas en las que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.1 de la presente Ley, resulte de aplicación una norma especial o un régimen de autorización administrativa previa en relación con su actividad publicitaria, la publicidad comparativa de sus servicios profesionales se ajustará a lo que se disponga en dicha norma o régimen.

Los requisitos que conforme a esta Ley ha de reunir la publicidad comparativa para ser considerada lícita deberán ser exigidos en todo caso, por la normativa especial a la que se refiere el párrafo anterior, la cual podrá establecer además otras limitaciones o prohibiciones del uso de la comparación en la publicidad.

4. El incumplimiento de los requisitos previstos en el apartado 2 del presente artículo y, en general, cualquier publicidad desleal que induzca a error a los consumidores, tendrá la consideración de infracción a los efectos previstos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”.

pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre los cuales podrá incluirse el precio (...).”

En todas las instancias judiciales españolas, al igual que en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tal como indicamos, se defiende la exigencia de los requisitos de licitud en la configuración de los supuestos de publicidad comparativa (entre ellos la objetividad, inclusive desde antes que entrara en vigor la directiva correspondiente a publicidad comparativa). Tal es el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 4 de setiembre de 1995, de la sentencia del Tribunal Supremo del 20 de marzo de 1996 y de la sentencia del juzgado de primera instancia del 30 de julio de 2002, entre otras<sup>(14)</sup>.

Acercas de la incidencia de casos de publicidad comparativa vistos en otros Estados miembros de la Unión Europea puede revisarse que, de acuerdo al Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre los reclamos de los consumidores

respecto de la venta a distancia y la publicidad comparativa de 2001 (en virtud del cumplimiento del artículo 17 de la directiva 97/7/CE sobre los contratos a distancia y artículo 2 de la directiva 97/55/CE sobre la publicidad comparativa), entre 1997 y 1999 en Finlandia las autoridades determinaron que se presentaron un número total de reclamaciones relacionadas con la publicidad comparativa de aproximadamente 17 en 1997, 24 en 1998 y 17 en 1999, en Italia fueron abordados por la autoridad nacional responsable de la competencia (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) tres casos (dos en 1998 y uno en 1999) y en Dinamarca también se presentaron casos (aunque no se especificó a la Unión Europea el número de los mismos)<sup>(15)</sup>.

Así comprobamos que tanto la legislación y jurisprudencia comunitaria europea, así como la de sus Estados miembros siguen la tendencia marcada por la absoluta unanimidad en la doctrina más avanzada al afirmar que entre todos los requisitos

(14) Revítese también en materia de publicidad comparativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de marzo de 1993 (confirmada por el Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1997) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de marzo de 1993 (confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1997). De igual manera, puede recurrirse a analizar los casos que en España se han resuelto a través de arbitraje en la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, organismo privado que agrupa empresas que operan en el mercado publicitario. Véase, en la Revista de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, la Resolución del Jurado de la Publicidad de 30 de julio de 1996, la Resolución del Jurado de la Publicidad de 9 de diciembre de 1996 y la Resolución del Jurado de la Publicidad de 23 de junio de 1999.

(15) “Dinamarca.

La información transmitida por las autoridades danesas muestra que el Defensor del Consumidor recibe muy pocas reclamaciones sobre publicidad comparativa procedentes de los consumidores, ya que predominan las reclamaciones presentadas por competidores. Sin embargo, las reclamaciones pueden afectar a aspectos importantes para los consumidores y, por lo tanto, en muchos casos el Defensor del Consumidor debe asumir la responsabilidad de tratar estos asuntos.

El Consejo de Reclamaciones de los Consumidores (*Forbrugerklagenævnet*) ha abordado a lo largo del tiempo diferentes acciones civiles en las que la información contenida en la publicidad comparativa tenía repercusiones en el marco del Derecho Civil.

Las reclamaciones de los competidores hacen referencia a la publicidad comparativa considerada engañosa o desleal. Las reclamaciones tienen por objeto comparaciones basadas en el precio o los niveles de precios. No obstante, son menos habituales las reclamaciones relativas a comparaciones en términos de calidad.

En los últimos años, el Defensor del Consumidor ha examinado diversos casos relativos a la publicidad comparativa de cadenas de venta al por menor que hacían referencia al precio o los niveles de precios.

Finlandia.

La Agencia Nacional de los Consumidores recibió 6 reclamaciones relacionadas con la publicidad comparativa en 1997, 13 en 1998 y 6 en 1999 (hasta el 30 de septiembre de 1999). El Defensor del Consumidor se hizo cargo de algunos de estos casos, que tenían por objeto la presentación inexacta de los precios y las comparaciones de precios engañosas en sectores tales como los servicios telefónicos, las lanchas motoras, las pruebas de accidentes de automóvil y las características respetuosas del medio ambiente. Ninguno de estos casos estaba relacionado con la venta transfronteriza.

La Asociación de Consumidores Finlandeses registró menos de diez reclamaciones sobre publicidad comparativa durante los años en cuestión.

Las autoridades finlandesas consideran que el número total de reclamaciones relacionadas con la publicidad comparativa fue de aproximadamente 17 en 1997, 24 en 1998 y 17 en 1999.

(...)

Italia.

Las autoridades italianas transmitieron el texto de tres casos (dos en 1998 y uno en 1999) de reclamaciones que tenían por objeto la publicidad comparativa, que fueron abordados por la autoridad nacional responsable de la competencia (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*). Ninguno de estos casos poseía una naturaleza transfronteriza”.

de licitud de la publicidad comparativa deben figurar necesariamente la veracidad y la objetividad<sup>(16)</sup>.

En virtud del primero de estos requisitos, la comparación en materia publicitaria ha de contener alegaciones relativas a la naturaleza, cualidades sustanciales o propiedades de los productos o servicios comparados y estas alegaciones deben ser exactas. Con ello, el grupo de consumidores debe poder encontrarse en la posibilidad de confiar en forma eficiente en las mismas al momento de tomar sus decisiones de consumo, para satisfacer sus necesidades infinitas con recursos escasos.

De acuerdo a lo desarrollado en doctrina, la comparación ha de poder ser también objetiva y, con el fin de alcanzar el grado eficiente de objetividad, el anuncio ha de apoyarse en datos concretos, esenciales e intrínsecamente comparables entre sí<sup>(17)</sup>.

### 3. Comparando precedentes.

#### 3.1. El precedente de observancia obligatoria de 1997.

Es bastante conocido el caluroso debate académico que generó en nuestro país el precedente contenido en la Resolución de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi de 1997, la cual confirmó la Resolución No. 012-97-CCD emitida de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, la misma que declaró infundada la denuncia interpuesta por Procter & Gamble del Perú S.A. en defensa de su producto Always. El debate, como suele suceder, se materializó en diversos artículos jurídicos publicados al respecto, que apoyaban tanto la posición del

Indecopi y de la empresa denunciada, así como la de la empresa denunciante<sup>(18)</sup>.

La reacción es lógica. La adopción de un criterio para calificar como ilícita a un tipo de publicidad comercial que hasta ese momento se consideraba como un supuesto de competencia desleal, puede causar ruido no sólo en el ámbito académico-jurídico, sino también en el sector empresarial y en el campo publicitario.

Para refrescar la memoria, en el año 1997, el Tribunal concluyó en el mismo sentido que la Comisión y emitió el siguiente precedente de observancia obligatorio:

“1. De acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo 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 691, engañando por implicancia y omisión; ni deben infringir el principio de lealtad contenido en el artículo 7 del Decreto Legislativo 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**

Es de interés recordar que la Unión Europea impulsa en forma permanente iniciativas en pos del desarrollo de la competencia al interior del mercado e inclusive con repercusiones específicas para la materia tratada en el presente trabajo. Ello lo vemos por ejemplo a través de la adopción del Libro Verde sobre la Protección de los Consumidores en la Unión Europea (así como políticas destinadas a analizar su seguimiento como el plan de acción sobre la protección de los consumidores) y de normas como la que sería la propuesta de directiva relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (o sobre las prácticas comerciales desleales) de fecha 18 de junio de 2003.

- (16) TATO PLAZA, Anxo. *Líneas básicas de la Directiva comunitaria sobre publicidad comparativa*. En: *Actas de Derecho Industrial*. Número 18. 1997. p. 991. FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos. *La publicidad comparativa*. En: *Estudios de Derecho de la Publicidad*. p. 231.
- (17) FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos. Op. cit.; p. 232.
- (18) Al respecto, véase entre otros CANALES MAYORGA, Claudia y Alfonso RIVERA SERRANO. *¿Cuál es la más cómoda? Comentarios acerca de los criterios adoptados por el INDECOPI en materia de publicidad comparativa*. En: *Ius et Veritas*. Número 16. pp. 300-316; DELMAR, José. *De la publicidad y otros demonios*. En: *Themis - Revista de Derecho*. Número 36. 1997. pp. 119-136; LUMBROSO, Ginnette. *Más protección sin irritación ¿será cierto? La objetividad en la publicidad comparativa*. En: *Themis - Revista de Derecho*. Número 36. 1997. pp. 339-350. También se hizo mención del presente caso en boletines de estudios de abogados nacionales como es el caso del *Informe del Estudio Benites, Mercado & Ugaz*. Número 32. En un sentido notoriamente distinto al enunciado en el texto revítese NODA YAMADA, Carlos Ramón. *Libertad de expresión, competencia y publicidad. Consideraciones acerca de las afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa*. En: *Ius et Veritas*. Número 27. pp. 307-317.

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 691” (el resaltado es nuestro).

¿Qué quiso decir, realmente, la Sala con la adopción de este criterio? Simplemente, que toda aquella publicidad comparativa que tuviera frases subjetivas no constituye publicidad comparativa. Por ende, un anuncio en el que se confrontan de manera subjetiva dos productos claramente identificados, constituye publicidad comercial común que será lícita siempre y cuando no infrinja los principios de veracidad y lealtad. Repasemos ahora el precedente del año 2003.

### 3.2. El precedente de observancia obligatoria de 2003.

Años después, en la Resolución No. 0547-2003/TDC-INDECOPI emitida el 10 de diciembre de 2003 el Tribunal falla a favor de The Coca Cola Company y sanciona a Embotelladora San Jorge S.A.C. El Tribunal concluye, en términos generales, que el sabor es un elemento subjetivo que no transmite ninguna información, por lo cual el consumidor no se verá beneficiado por las afirmaciones vertidas en dicho aviso publicitario. Comprende que en realidad el mismo sólo beneficiaría al producto Perú Cola y perjudicaría a Coca Cola.

El nuevo precedente de observancia obligatoria plantea expresamente lo siguiente:

“1. La publicidad comparativa tiene dos elementos característicos: (i) la referencia conjunta e inequívoca a la oferta propia y a aquella de uno o varios competidores determinados; y, (ii) la finalidad de dicha referencia conjunta es presentar las ventajas de la oferta propia frente a las desventajas de la oferta competidora.

2. El artículo 8 del Decreto Legislativo 691 permite el uso de la publicidad comparativa como instrumento de la acción de concurrencia, sin embargo, dicha modalidad publicitaria se encuentra sometida a los principios que rigen toda actividad publicitaria. En tal sentido, los anuncios comparativos que respeten dichos principios serán calificados como publicidad comparativa lícita, mientras que aquellos que los vulneren serán calificados como publicidad comparativa ilícita.

3. El daño sufrido por el competidor debido al uso de publicidad comparativa lícita constituye un daño concurrencial lícito, en aplicación del modelo social de represión de la competencia desleal, recogido en el artículo 5 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, el cual justifica dicho daño en razón del interés superior del consumidor que se ve beneficiado por la información transmitida por la publicidad.

4. La publicidad comparativa se convierte en ilícita al vulnerar el principio de lealtad, adquiriendo la calidad de acto de competencia desleal. Esto sucede cuando la publicidad comparativa pierde su carácter informativo -es decir, deja de transmitir información al consumidor- teniendo por objeto o efecto el aprovecharse indebidamente de la reputación del competidor a fin de resaltar supuestas ventajas de la oferta propia sobre supuestas desventajas de la oferta ajena.

5. La publicidad comparativa pierde su carácter informativo cuando el anunciante utiliza opiniones o afirmaciones no comprobables, es decir, de carácter subjetivo, ya que es imposible para el consumidor comprobar si las supuestas ventajas anunciadas existen en realidad. Esta falta de carácter informativo, es decir, de objetividad, provoca que el competidor aludido sufra un daño -materializado en la detracción potencial o real de clientela- sin que el consumidor se vea beneficiado por ello. El efecto neto de este tipo de publicidad comparativa es negativo y, por ello, inaceptable para el modelo social de represión de la competencia desleal al que responde el ordenamiento nacional en materia publicitaria.

6. La utilización de testimonios en un contexto comparativo es lícita, siempre y cuando el anunciante presente de manera objetiva el testimonio y para lo cual cuente previamente con las pruebas documentales suficientes que sustenten no sólo la existencia sino el contenido y el sentido de las afirmaciones publicitarias vertidas en el comercial”.

Como vemos, el precedente de 2003 restituye la prohibición de la subjetividad en las publicidades comparativas, la cual fuera desterrada con el precedente de 1997.

### 3.3. Aplicación práctica de ambos precedentes.

A continuación, veamos una aplicación práctica a los precedentes citados.

Si una empresa que comercializa el producto A, afirma en su publicidad “A es más rica que B”,

siendo B un producto de la competencia, este tipo de publicidad será considerada -hoy en día- ilícita por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal (primera instancia), dado que un producto puede ser rico para algunos pero para otros no (subjetividad), de forma tal que la comparación no puede ser demostrada.

Por otro lado, si la publicidad contuviera la afirmación “A nutre más que B”, dado que el aspecto nutricional puede ser perfectamente comprobable a través de los componentes del producto, ésta será una publicidad completamente lícita siempre y cuando la empresa que comercializa A cuente con el sustento de su afirmación (objetividad) y cumpla con los requisitos de lealtad y veracidad.

¿Pero, qué hubiera pasado desde el precedente de observancia obligatoria de 1997 hasta la dación del nuevo a fines de 2003? Analicemos la interpretación que se defendió en el pasado. En el primer caso (“A es más rica que B”), dado que ésta constituía una publicidad subjetiva no podía ser publicidad comparativa, ello porque según el precedente de 1997 una de las características constitutivas de la publicidad comparativa era la objetividad. En tal sentido, para verificar su licitud simplemente, se debía analizar que la publicidad en cuestión cumpliera con los principios de lealtad y veracidad, y punto.

En cuanto al segundo caso (“A nutre más que B”), ésta publicidad sí sería una de carácter comparativo dada su objetividad, y de cumplir con los principios de lealtad y veracidad, sería completamente lícita.

Como vemos, la regla anterior al precedente de observancia obligatoria de 1997 y vigente nuevamente desde el precedente de fines de 2003 prohíbe la existencia de cualquier tipo de publicidad comparativa subjetiva *per se*. Todo lo contrario, la regla que causó oposición en un sector<sup>(19)</sup>, creada en el 1997, y que rigió la práctica publicitaria hasta fines de 2003, otorgaba una libertad plena a los anunciantes para hacer comparaciones de todo tipo con las marcas de la competencia siempre y cuando no denigren ni viertan afirmaciones falsas. Y es que bajo este nuevo precedente de observancia

obligatoria se está reinstituyendo la prohibición de efectuar publicidades comparativas de carácter subjetivo, o dicho de otra manera, se está obligando a que todas las afirmaciones vertidas en las publicidades de cualquier producto que hagan mención a otro producto, deban ser comprobables.

#### 4. La razón del cambio.

La Resolución de 2003 ha explicado en su parte argumentativa que el cambio de criterio se debe a que el anterior precedente “no contribuye a la creación de una regla clara, por el contrario, ha generado una serie de dificultades en el mercado en cuanto a la interpretación respecto de cuáles son los requisitos que se deben satisfacer en la utilización de la publicidad comparativa como un instrumento de la competencia justa en el mercado”.

Luego, explica la Resolución que esta falta de claridad también se ha visto agravada por dos hechos posteriores a la emisión del precedente de 1997. Uno de ellos es la eliminación del segundo párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo No. 691, Ley de Publicidad Comercial, por el artículo 5 de la Ley No. 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor; y el otro hecho es la anulación en última instancia de la Resolución No. 168-97/TDC-INDECOPI por sentencia de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República del Perú. En nuestra opinión, también debe agregarse la modificación del artículo 12 del Decreto Ley No. 26122, Ley de Represión de la Competencia Desleal, por la Ley No. 27311.

En efecto, el 22 de mayo de 2001, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema en última y definitiva instancia confirmó la sentencia dictada por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema que declaró fundada la demanda contencioso administrativa presentada por Procter & Gamble del Perú S.A. solicitando la ineficacia de la Resolución de 1997.

De igual manera, tal como se ha anotado, poco antes de que la sentencia de la Corte Suprema saliera a la luz, se hicieron dos importantes modificaciones al artículo 8 de la Ley de Publicidad Comercial y a la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

(19) Prueba de la existencia de un amplio sector de anunciantes contrarios a permitir el uso de afirmaciones subjetivas en publicidad comparativa es la creación del Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONAR del Perú), el cual en su artículo 39 del Código de Ética Publicitaria señala que, “(...) la publicidad comparativa no podrá contener alegaciones subjetivas”. Esta institución se creó con la finalidad de autorregular la actividad publicitaria entre los mismos anunciantes los cuales se sometieron a las decisiones de una Comisión Permanente de Ética y de la Junta Directiva en segunda instancia.

Dichas modificaciones eliminaron toda mención en las normas a la objetividad o subjetividad de las publicidades comparativas, quedando como único sustento para adoptar un criterio específico el precedente que acompañó a la Resolución de 1997.

¿Por qué la importancia de estas modificaciones? A nuestro entender, dichas modificaciones legislativas deben ser analizadas a la luz de la interpretación que se efectuó en la Resolución de 1997 a dichas normas, las cuales desarrollaremos a continuación.

#### 4.1. Interpretación del artículo 8 del Decreto Legislativo No. 691.

El artículo 8 de la Ley de Publicidad Comercial, tenía al momento de emitirse la Resolución del año 1997 el siguiente enunciado:

“Artículo 8: 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.

**Toda comparación debe ser específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados**” (el resaltado es nuestro).

Como vemos, el artículo en cuestión tiene como función regular la licitud de las comparaciones publicitarias. Ello se puede observar claramente en el inicio del dispositivo: “es lícito hacer comparaciones (...)”. El segundo párrafo continúa con la descripción de los requisitos que debe tener toda publicidad comparativa para que sea lícita, entre los cuales se encuentra la objetividad. Un punto importante de mencionar es que en el segundo párrafo se señala: “toda comparación debe ser específica, veraz, objetiva (...)”, es decir, se está señalando cuáles son los requisitos de licitud de la comparación y no sus características. De otro caso hablaríamos si se hubiera señalado en la norma: “toda comparación es específica, veraz, objetiva (...)”. En este último supuesto queda claro que se estaría enumerando las características que tiene la publicidad comparativa.

Sin embargo, de acuerdo con la interpretación efectuada en la Resolución de 1997, el requisito de licitud es una característica de la publicidad comparativa, lo cual significaba que a partir de ese momento la publicidad comparativa subjetiva no era publicidad ilícita sino publicidad comercial común, que debía permitirse a cualquier costo. En pocas palabras, y aunque lo siguiente suene extraño, lo

ilícito era lícito pues la normativa no decía lo que decía sino lo que debió decir.

Precisamente, el día 18 de julio de 2000 fue publicada la Ley No. 27311, la cual intentó acabar con cualquier duda al respecto, eliminando el segundo párrafo del artículo 8 de la Ley de Publicidad Comercial e introduciendo un cambio importante a la Ley de Represión de Competencia Desleal, el cual veremos más adelante.

#### 4.2. Inaplicación del Decreto Ley No. 26122.

Por otro lado, es importante recordar que en la Resolución de 1997 se decidió no aplicar la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Esta norma en su artículo 12 señalaba lo siguiente:

“Artículo 12: Se considera desleal la comparación de la actividad, los productos, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquélla se sustente en afirmaciones falsas o **no comprobables**.

La comparación no deberá crear confusión, ser engañosa ni denigrante a tenor de lo dispuesto en los artículos 9,10 y 11 de la presente Ley” (el resaltado es nuestro).

Consideramos que inaplicar esta norma a un caso de publicidad comparativa tal como lo hizo el Tribunal del Indecopi es sumamente riesgoso. Una lectura conjunta del artículo 8 de la Ley de Publicidad Comercial, así como del artículo 12 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal hubiera sido contundente para concluir sobre la prohibición de las publicidades comparativas subjetivas. Decimos esto dado que el artículo 12 claramente señala en su primer párrafo que constituye competencia desleal la comparación que se sustente en afirmaciones no comprobables.

El problema es que la única forma de encontrar una aplicación práctica del artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal es en un caso de publicidad comercial. No nos imaginamos un caso de competencia desleal en el que se comparen dos productos (siguiendo el supuesto de hecho del artículo 12) y que estas afirmaciones no se hagan recurriendo a mecanismos de la publicidad comercial.

Sin embargo, tal como se precisó en un punto anterior, el artículo 12 fue modificado por el artículo 6 de la Ley No. 27311, publicada el 18 de julio de 2000, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 12: Se considera desleal la comparación de la actividad, los productos, las

prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquélla engañe a los consumidores o denigre a los competidores”.

Como vemos, se modificó el artículo 12 de forma tal que a partir de ese momento la comparación entre dos productos, no es considerada desleal siempre y cuando no engañe al consumidor ni denigre a los competidores. De acuerdo con ello, es claro que a partir de ese momento, la legislación nacional de publicidad comercial se flexibilizó y aceptó la legalidad de las afirmaciones subjetivas en publicidades comparativas. Ello, sin embargo, -tal como lo señaló el propio Tribunal del Indecopi en su Resolución de 2003- junto con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, motivó que se modificara el criterio, a nuestro parecer de manera adecuada, restituyendo la prohibición de toda subjetividad en las publicidades comparativas.

### 5. Opción Legislativa.

El legislador tiene en sus manos la posibilidad de guiar la práctica publicitaria, la cual debe desarrollarse con la mayor libertad posible, en beneficio del consumidor y de las empresas que participan en el mercado. Para ello puede crear normas que establezcan en caso fuere necesario algunas prohibiciones. Líneas atrás, hemos analizado la práctica europea en lo que a publicidad comercial comparativa se refiere, la cual está orientada a prohibir la publicidad comercial comparativa subjetiva. Sin embargo, ello no implica que todos los ordenamientos del planeta deban copiar dicha posición. En el caso peruano, tal como hemos visto, es claro que antes de la emisión de la Resolución de 1997, el legislador quiso dotar a nuestra regulación de normas que prohíban la subjetividad en publicidad comparativa, dando vida a los artículos 8 del Decreto Legislativo No. 691 y 12 del Decreto Ley No. 26122. Empero, otra hubiera sido la historia en el supuesto hipotético en

el que nuestra legislación hubiera permitido la subjetividad dentro de las comparaciones publicitarias.

Sin embargo, existe una diferente opción legislativa con relación a la subjetividad en comparaciones publicitarias que cuenta con algunos adherentes<sup>(20)</sup>, y está basada en un respeto irrestricto al derecho de las personas a la libertad de expresión<sup>(21)</sup> plasmada en el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, así como en el derecho de los consumidores a contar con información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, señalada en el artículo 65 de la Constitución. Es decir, según esta posición, una legislación que limite la posibilidad de expresarse a través de avisos publicitarios es inconstitucional<sup>(22)</sup>.

Sin embargo, en el Derecho Comunitario existe una opinión contraria a esta posición desarrollada en la Directiva 97/55/CE, la cual en uno de sus considerandos señala lo siguiente:

“(5) Considerando que la letra del punto 3 del anexo de la Resolución del Consejo, de 14 de abril de 1975, relativo a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores incluye el derecho a la información entre los derechos básicos de los consumidores; que este derecho queda confirmado en la Resolución de Consejo, de 19 de mayo de 1981, sobre un segundo programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores, cuyo anexo se ocupa específicamente, en el punto 40, de la información a los consumidores; **que la publicidad comparativa, cuando compara aspectos esenciales, pertinentes, verificables y representativos y no es engañosa, es una manera legítima de informar a los consumidores de las ventajas que pueden obtener**” (el resaltado es nuestro).

- (20) Un desarrollo de esta posición en la doctrina nacional puede verse en: CANALES MAYORGA, Claudia y Alfonso RIVERA SERRANO. Op. cit.: pp. 300-316.
- (21) Acerca de los límites que se otorgan a la libertad de expresión en materia de publicidad comercial en jurisprudencia norteamericana resulta de sumo interés revisar TATO PLAZA, Anxo. *Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana*. En: *Actas de Derecho Industrial*. Número 14. 1992. p. 169-196, así como TATO PLAZA, Anxo. *Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana. Nuevos desarrollos*. En: *Actas de Derecho Industrial*. Número 15. 1993. p. 843-848.
- (22) Sin embargo, queremos puntualizar que esta posición no hubiera podido ser utilizada como argumento válido por el Tribunal que emitió la Resolución en 1997. Decimos esto dado que constitucionalmente, los únicos órganos facultados para inaplicar o declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango legal son los jueces que conforman el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional respectivamente.

Como vemos, en la directiva en cuestión se hace referencia a las políticas de protección e información de los consumidores; sin embargo, en lo referido a publicidad comparativa se precisa que ésta debe ser verificable, es decir objetiva. Se entiende pues, en estos casos, que la libertad de expresión serviría para justificar la divulgación de mensajes manipulados utilizados en perjuicio del competidor, violentado como veremos en el punto siguiente su “esfera privada”.

## 6. Prohibir o no prohibir, he ahí el dilema.

### 6.1. Modelo social como etapa actual en la normativa de competencia desleal.

Es importante precisar que en la actualidad, nos encontramos en la etapa de la normativa sobre la competencia desleal conocida como modelo social<sup>(23)</sup>. En dicha etapa, el Estado se presenta como árbitro a fin de que la competencia se desarrolle bajo el principio de eficiencia, no de la interferencia<sup>(24)</sup>. Sin embargo, a pesar de lo precisado, puede comprobarse en el mercado que el verdadero árbitro, el principal por antonomasia en la relación principal-agente<sup>(25)</sup> formada por el binomio consumidor-empresario -es decir, quien tiene que lidiar principalmente con los costos de agencia generados- es el consumidor, pues tiene en sus manos la decisión de consumo, base del circuito económico. La disciplina de la competencia desleal se torna funcional en atención al logro de los objetivos de política económica<sup>(26)</sup>.

El tratadista Aurelio Menéndez clasifica la publicidad dentro del sector de actividad desleal donde se atenta contra la autonomía del consumidor. Ya que en una economía concurrencial el consumidor es el árbitro en la lucha económica, su arbitraje debe hacerse a través de decisiones libres

y no mediatizadas que tengan como punto de apoyo la eficiencia de cada competidor. Toca, por tanto, a la disciplina de la competencia desleal tutelar su autonomía de decisión dentro de la economía moderna. Esta área del derecho, que sólo puede haberse desarrollado en un modelo como el social, debe tratar de evitar que la publicidad se aproveche de la necesidad de información que siente el consumidor en el mercado proporcionándole datos falsos o irrelevantes para su elección. Que duda cabe que existe en publicidad comparativa un supuesto confrontacional donde se violenta la esfera privada del competidor, no obstante, la publicidad no por ello debe inmiscuirse en la esfera privada del competidor sin que se obtenga un beneficio para el mercado<sup>(27)</sup>.

Conforme a lo dicho anteriormente, debemos considerar que la publicidad comparativa es una excepción al derecho de exclusiva de la marca siempre que sea eficiente (en cuanto tienda a corregir la falla de mercado de la asimetría severa de información entre consumidor y empresario)<sup>(28)</sup>.

A diferencia de las etapas anteriores en la normativa de la competencia desleal -modelo paleoliberal y modelo profesional- en el modelo social incursiona con importancia central el consumidor como agente económico activo, es decir, este sujeto posee legitimación activa ampliada, la cual estuvo reservada anteriormente en forma exclusiva para empresarios. Además, en el marco de la economía social de mercado reconocida en las constituciones se busca proteger al sistema económico en su conjunto.

Sin embargo, las preferencias que se suelen dar a ciertos agentes en el mercado dentro de este modelo no obsta para que se busque priorizar la ayuda -a modo de prelación- a determinados sectores distintos a los aquí indicados en casos

(23) Como en todo, existen diversos matices en esta apreciación. El sistema existente en Estados Unidos, por ejemplo, conserva elementos del denominado modelo paleoliberal, más cercano a una economía pura de mercado. Sobre los modelos planteados puede revisarse el libro de MENÉNDEZ, Aurelio. Op. cit.

(24) Ibid.; pp. 100-104.

(25) Sobre relaciones principal-agente véase POSNER, Eric. *Modelos de agencia en el Análisis Económico del Derecho*. En: POSNER, Eric (compilador). *Law & Economics. El Análisis económico del derecho en la Escuela de Chicago. Lecturas en honor de Ronald Coase*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2002. pp. 309-330.

(26) MENÉNDEZ, Aurelio. Op. cit.; p. 98.

(27) Ibid.; pp. 128-129.

(28) Las otras dos excepciones las constituirían el caso de la comercialización de repuestos de productos en general (por ejemplo, el caso de un técnico que vende repuestos automotrices de la marca Ford) y el caso de productos que resultan compatibles (por ejemplo, el caso de un agente que vende cartuchos de tinta para impresora compatibles Hewlett Packard).



determinados, en cuanto ésta pueda generar mayor eficiencia. Recordemos que al mismo tiempo, se asume que por enmarcarse el Derecho de la publicidad en el Derecho de la represión de la competencia desleal busca tutelar directamente los intereses de los empresarios e indirectamente a los consumidores (a través del traslado de información intensificada) y al sistema económico en general (que se ve legitimado). Entendida de manera razonable, no genera externalidades negativas<sup>(29)</sup> llevar a cabo este ejercicio de delimitación de a quién preferiremos, tampoco resulta tan excesivamente costoso de manera que pueda tornar prohibitiva alguna actividad asumir qué interés debe prevalecer.

## 6.2. Objetivos de la publicidad.

Compartimos la opinión relativa a la existencia de dos objetivos en la publicidad: informar y persuadir<sup>(30)</sup>. El objetivo informativo va a permitir a los consumidores conocer acerca de la existencia

de un producto determinado, sus características, sus bondades, su precio, etcétera. Por otro lado, mediante la persuasión, el anunciante va a utilizar mecanismos que puedan convencer al consumidor para que se decida a adquirir un producto determinado. Para el desarrollo del segundo objetivo adquieren enorme importancia las estrategias de marketing y publicidad. Se incide en la parte psicológica, con la finalidad que el consumidor, además de escuchar información importante sobre el producto, la incluya dentro de sus preferencias de consumo por efectos de la creatividad propia del anunciante.

Es claro que la persuasión ha adquirido una evidente importancia en las decisiones de consumo. Las empresas desarrollan cada vez más, campañas publicitarias que inciden en este aspecto que incorpora el humor, exageraciones, utilización de artistas y deportistas famosos. Podemos entonces entender que estos mecanismos de persuasión se van a desarrollar en varios casos a través de la emisión de afirmaciones subjetivas. Sin embargo, como analizaremos en las siguientes líneas, en el caso de las afirmaciones subjetivas hechas en el marco de una comparación entre dos marcas, se impone una restricción que protege e incentiva el desarrollo del *goodwill* de la marca.

## 6.3. Los límites de la publicidad comparativa como generadora de competencia.

Así como la publicidad comercial comparativa tiene dos objetivos en cuanto a la información que difunde en el mercado, las normas que regulan dicha práctica también cumplen una función doble en cuanto a los participantes en dicho mercado. Dichas funciones son proteger tanto los intereses de los consumidores como los de los competidores<sup>(31)</sup>. Bajo esta lógica se presupone que el objetivo del Estado a través de la creación de normas y la actuación de sus entidades administrativas es dar las condiciones para que tanto los consumidores maximizadores de su utilidad como los empresarios maximizadores de sus beneficios conduzcan a un

(29) Costos no contratados, otra falla de mercado, a menos que sean positivas. Véase COOTER, Robert y Thomas ULEN. Op. cit.; pp. 62-64.

(30) Dichos objetivos son también señalados en, por citar dos ejemplos: DELMAR, José. Op. cit.; p. 121; y, HUNG VAILLANT, Francisco. *La Regulación de la actividad publicitaria*. 2da. Edición. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1982. p. 18.

(31) TATO PLAZA, Anxo. *La publicidad comparativa*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 88.

equilibrio en el mercado que resulte eficiente en términos de Kaldor y Hicks<sup>(32)</sup>.

Desde un punto de vista económico también, los derechos de publicidad atribuidos son similares a las marcas comerciales; ambos conllevan el uso de los derechos de propiedad con un valor determinado en la información para identificar o promover un producto o servicio<sup>(33)</sup>. La ley simplemente asignó la titularidad sobre el derecho de propiedad a la parte que lo valúa más (en este caso, los empresarios)<sup>(34)</sup>.

En concordancia con lo anterior, es claro que la publicidad comparativa es un mecanismo apropiado para que un nuevo productor difunda las bondades de su propio producto comparándolo con un producto ya existente en el mercado. En estricto, quien va a beneficiarse con ello es el consumidor y la competencia propiamente dicha entre las empresas del mercado. Las últimas van a iniciar una carrera de mejora del producto o servicio, incluyendo innovaciones tecnológicas, empleo de mayores recursos, etcétera. Empero, no debemos olvidar que estas eficiencias incentivadas por una adecuada legislación deben respetar la inversión y prestigio ganados por una determinada marca durante años de vigencia en el mercado. Este es también un aspecto que debe resguardar la legislación para que realmente se genere eficiencia dentro del esquema porque lograr posicionamiento en el mercado tiene un costo. El *goodwill* de una marca tiene un valor altísimo que se traduce en las restricciones impuestas para su mención en una publicidad competitiva. El tiempo en la televisión, radio, o los espacios en los diarios valen oro, implican una buena inversión. Utilizar ese tiempo o espacio valiosísimos para hablar de una marca de la competencia es materia que debe analizarse con

---

Esta área del Derecho, que sólo puede haberse desarrollado en un modelo como el social, debe tratar de evitar que la publicidad se aproveche de la necesidad de información que siente el consumidor en el mercado proporcionándole datos falsos o irrelevantes para su elección

---

especial cuidado. Decimos esto teniendo en cuenta que la mayoría de las marcas están posicionadas en diferentes segmentos o dirigidas a determinados públicos objetivos, como público joven, masculino, femenino, con ingresos altos o bajos, estudiantes, amas de casa, oficinistas, atletas, intelectuales, entre otros. De acuerdo con ello, este posicionamiento, que ha implicado una buena inversión de recursos y que ha traído resultados debido a una estrategia inteligente, puede verse afectado fácilmente con la comparación subjetiva de su propia marca en un aviso publicitario de la marca de la competencia o de una que recién ingresa al mercado. Esta afectación es más probable dado que el posicionamiento logrado se basa o se puede explicar debido a la utilización de mensajes subjetivos sobre una marca transmitidos al público durante un período importante, como parte de la técnica publicitaria de “persuasión”. Seguramente habrá, quienes alegando la importancia de persuadir al consumidor a través de la publicidad, intentan justificar el uso de las publicidades comparativas subjetivas. Sin embargo, la persuasión no puede ser ilimitada, siempre existirán límites para proteger como ya se ha dicho

- (32) Eficiencia en términos de Kaldor y Hicks significa que en una variación en un grupo hipotético quien mejora su situación al interior, obtiene un beneficio mayor que el costo que asume quien empeora la suya. No estamos ante un punto óptimo en la curva según Pareto, sino en un punto sub-óptimo. COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Derecho y economía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999. pp. 60-67. También puede aplicarse una lectura del problema a través del Teorema de Coase, para ello en el mismo libro puede revisarse el capítulo cuarto o POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000. pp. 15-19.
- (33) POSNER, Richard. Op. cit.; p. 48. En estricto, el sentido que le queremos otorgar a esta afirmación se desprende del mencionado en el texto de Posner, no es exactamente el mismo: el derecho de propiedad de los empresarios para publicitar sus productos. No nos vinculamos en la acepción estricta entendida como derecho de la privacidad de personajes una vez afectada.
- (34) COOTER, Robert y Thomas ULEN. Op. cit.; p. 129. Un interesante artículo sobre formas de asignaciones de titularidades se puede encontrar en COOTER, Robert. *Inventar la propiedad de mercado: las cortes agrarias de Papúa Nueva Guinea*. En: ROEMER, Andrés (compilador). *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2002. pp. 470-511.

anteriormente la esfera privada del competidor. En este caso se prefiere proteger al titular de una marca posicionada con creatividad y recursos -quizás a través de mensajes subjetivos- que a quien pretenda hacerlo utilizando el prestigio y recordación logrados por otros como plataforma para consolidar una marca propia. En tal sentido, se prohíbe la publicidad comparativa subjetiva para evitar que el posicionamiento logrado no se rompa con el uso en tu contra de una marca propia. Es un mensaje claro a los competidores que dice: publicita tu marca de la forma que gustes, y en un caso muy especial puedes compararte con la marca rival, siempre y cuando tengas las pruebas de que las ventajas que divulgas sean ciertas, de forma tal que se beneficie la competencia y el consumidor.

Siguiendo el análisis efectuado, creemos que la permisión de las comparaciones subjetivas puede ocasionar efectos negativos en la práctica publicitaria, dado que se podría generar una costumbre parasitaria de “colgarse” de una marca fuerte a través de mensajes publicitarios sin contenido relevante. De igual manera, el avance de la tecnología en lo relativo a medios de difusión de comunicaciones, hoy en día, permite que la información se distribuya rápidamente, por lo que el daño a un agente del mercado hecho por una publicidad que no cumpla con los principios aquí establecidos es alto. Debe actuarse rápido pues el daño concurrencial generado tiende a mostrar sus efectos de inmediato (concretándose en disminución de ventas o de disminución en la contratación del servicio prestado).

## 7. La última Coca Cola del desierto.

Como es evidente, el título del presente trabajo no intenta publicitar y menos desprestigiar a ninguna marca determinada. Simplemente la expresión reúne dos de las marcas que fueron materia de los casos analizados. De acuerdo con ello, es probable que le haya sido de mayor utilidad el subtítulo del presente artículo que el título para decidir si leerlo o no, ello porque es en el subtítulo en donde informamos de manera directa y precisa al lector acerca del contenido del mismo. En pocas palabras, en el subtítulo se cumple con el objetivo de “informar” sobre el tema, sin embargo es probable que con el título lo hayamos “persuadido” para que lea el artículo, con lo cual habremos cumplido con los dos objetivos de la publicidad haciendo uso de sus propias técnicas.

Consideramos que en un país como el nuestro en el que el Poder Judicial es cuestionado por sus decisiones poco predecibles y en algunos casos carentes de coherencia, la labor del Indecopi es dar el ejemplo tomando como premisa que el Derecho debe ser tan creativo como la actividad publicitaria, pero que al igual que ésta, debe respetar ciertos principios mínimos. De igual manera, como hemos visto a lo largo del presente trabajo, la publicidad puede ser una herramienta de mucha utilidad para el mercado, dado que con creatividad e inversión se puede desarrollar una marca, sin embargo es claro que para ello debe respetarse principios mínimos de leal competencia.

Apagamos la televisión. ☞