
Libertad de expresión, competencia y publicidad

Consideraciones acerca de las afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa

Carlos Ramón Noda Yamada

Abogado. Profesor adjunto de Derecho de la Competencia y Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. Introducción.

El triunfo de la libertad de expresión y la intensa competencia en el mercado habría sido, al parecer, el resultado de la controversia sobre la legalidad de la utilización de afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa. Un largo debate pareció llegar a su fin con la supresión del listado de requisitos de licitud de la publicidad comparativa del texto del artículo 8 del Decreto Legislativo No. 691, aparentemente una sanción legal a la licitud de la denominada publicidad comparativa subjetiva. ¿Ello es realmente así?

El propósito del presente estudio es demostrar que no existió jamás dicho triunfo de la libertad de expresión y de la competencia; más aún, demostraremos que, aún hoy en día, luego de la modificación legislativa, no existe realmente una sanción legal a la licitud del uso de comparaciones subjetivas en publicidad.

2. El debate sobre la licitud del uso de afirmaciones subjetivas en publicidad comparativa.

El día 15 de noviembre de 1996, la empresa Procter & Gamble presentó una denuncia contra Productos Sancela, por presuntas infracciones a las normas en materia de publicidad vigentes en aquella época, en particular, por infracciones a las normas en materia de publicidad comparativa⁽¹⁾. Este hecho marcó el inicio del largo debate sobre la licitud del uso de afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa.

El problema hizo crisis cuando, el 18 de marzo de 1997, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi, emitió la resolución No. 012-97-CCD, la cual -gruesos errores de lógica elemental de por medio- declaró infundada la denuncia. El razonamiento de la Comisión fue bastante descuidado,

(1) El anuncio materia de denuncia tenía el siguiente guión:

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 uf! 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.

por decir lo menos, tal como veremos a continuación.

La Comisión, en primer lugar, concluyó acertadamente que el anuncio materia de denuncia constituía publicidad comparativa⁽²⁾. Acto seguido, en la sección correspondiente a la evaluación de la legalidad del anuncio, reconoció expresamente la existencia de ciertos límites y requisitos especiales de la publicidad comparativa: “(s)in embargo, la publicidad comparativa, en cualesquiera 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”⁽³⁾. Como puede notarse, la Comisión reconoció que uno de los requisitos de licitud de la publicidad comparativa recogidos por el artículo 8 del Decreto Legislativo No. 691 era, sin duda, la objetividad. Luego de haber efectuado este reconocimiento, la Comisión concluyó -acertadamente, a nuestro entender- que la frase “más protección sin irritación” era una afirmación subjetiva⁽⁴⁾.

Las conclusiones a las que había arribado la Comisión hasta este punto no merecen objeción alguna, ¿qué sucedió entonces?, ¿cómo pudieron concluir algo -la licitud del anuncio- diametralmente opuesto a lo que debieron concluir -su ilicitud? La razón está en el puro y simple desprecio -porque no era desconocimiento- de la ley. La siguiente frase, que venía a continuación del reconocimiento de la existencia de requisitos de licitud especiales para la publicidad comparativa, es reveladora: “(n)o obstante ello (es decir, no obstante la existencia de los requisitos de licitud), 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”⁽⁵⁾. Es decir, la existencia de los requisitos de licitud de la publicidad comparativa simplemente no le interesó a la Comisión, de ahí que

fallara que el uso de afirmaciones subjetivas no estaba prohibido *per se* en la publicidad comparativa⁽⁶⁾.

El razonamiento de la Comisión era evidentemente insostenible y carente de la más elemental lógica ya que todas sus premisas la llevaban a concluir la ilicitud del anuncio y terminó fallando lo contrario. La apelación, por supuesto, no se hizo esperar.

El problema se agravó con la emisión del fallo de última instancia administrativa, la Resolución No. 168-97-TDC⁽⁷⁾, que confirmó la resolución apelada. Lo grave del caso es que no se trató de una simple confirmación sino de algo con efectos mucho más profundos, duraderos y, sobre todo, perversos. La resolución de la Sala de Defensa de la Competencia no fue producto simplemente de un error o de ligereza en el razonamiento -como en el caso del fallo de la Comisión- sino un sofisma hábilmente construido y presentado, con la única finalidad de hacer decir a la norma lo que no decía. Analicemos rápidamente la resolución de la Sala.

El primer error de la Sala es un error conceptual en la definición del término “publicidad comparativa”. Así, según el criterio de la Sala, “(l)a 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”⁽⁸⁾. En caso fuera cierto que la publicidad comparativa apuntara a poner de manifiesto las semejanzas entre las ofertas mencionadas, ¿cuál sería la diferencia entre la publicidad comparativa y la publicidad adhesiva? La respuesta, según este criterio, sería “ninguna”.

No debemos perder de vista que, si bien es cierto que ambas, la publicidad comparativa y la publicidad adhesiva, contienen una referencia conjunta al producto anunciado y al producto competidor, también es cierto que en la publicidad comparativa, la finalidad de dicha referencia conjunta es la diferenciación de ambas ofertas a fin de resaltar las ventajas propias frente a las desventajas del competidor; mientras que, en la

(2) Resolución No. 012-97-CCD. En: Diario Oficial *El Peruano*. Lima: Normas Legales, 29 de julio de 1997. p. 151449.

(3) *Ibid.*

(4) *Ibid.*; pp. 151449-151450.

(5) *Ibid.*; p. 151449.

(6) *Ibid.*; p. 151450.

(7) La Resolución No. 168-97-TDC fue declarada nula por la Sala Civil de la Corte Suprema de la República mediante Resolución No. 43 recaída en el Expediente A.V. 289-97 del 9 de julio de 1999, la cual fue confirmada en última y definitiva instancia por sentencia del 22 de mayo de 2001 expedida por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República.

(8) Resolución No. 168-97-TDC. En: Diario oficial *El Peruano*. Lima: Normas Legales, 29 de julio de 1997. p. 151452.

publicidad adhesiva, la finalidad de la referencia conjunta es la equiparación de ambas ofertas, es decir, resaltar las semejanzas y negar las diferencias⁽⁹⁾. Este fue un error conceptual de la Sala, sin embargo, no tuvo efectos nocivos en el caso, ya que el anuncio, efectivamente, constituía publicidad comparativa.

El segundo problema es la inaplicación de la Ley sobre represión de la competencia desleal al caso materia de análisis. Al respecto, la resolución de la Sala indica que “(...) en relación a la aplicación en el presente caso de lo establecido por el Decreto Ley 26122 -Ley de Represión de la Competencia Desleal-, esta Sala considera importante señalar que la materia publicitaria se encuentra regulada de manera específica por el Decreto Legislativo No. 691 y, en tal sentido, sólo dicha norma es aplicable a los casos referidos a publicidad”⁽¹⁰⁾. ¿Por qué sostuvo esto la Sala? La respuesta pasa por analizar el texto vigente en aquel momento del artículo 8 del Decreto Legislativo No. 691 y del artículo 12 del Decreto Ley No. 26122.

El texto vigente del artículo 8 del Decreto Legislativo No. 691 era el siguiente:

“Artículo 8. (E) s 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”.

Por su parte, el texto del artículo 12 del Decreto Ley No. 26122 señalaba lo siguiente:

“Artículo 12. (S) e 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”.

Luego de la lectura del viejo texto del artículo 12 de la Ley sobre represión de la competencia desleal, el tema es claro: la Sala inaplicó esta norma debido a que su redacción no dejaba ninguna duda en cuanto a la deslealtad de las comparaciones subjetivas -es decir, comparaciones basadas en afirmaciones no comprobables. La idea detrás de esta actuación fue dejar el camino listo para la manipulación del artículo 8 del Decreto Legislativo No. 691 y la “sacralización” de esta distorsión en un precedente de observancia obligatoria⁽¹¹⁾.

El precedente de observancia obligatoria fue el siguiente:

“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”⁽¹²⁾.

Como puede observarse, el precedente “transformó” los requisitos de licitud de la publicidad

(9) Ver: FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos. *Estudios de Derecho de la Publicidad*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 1989. p. 206; TATO PLAZA, Anxo. *La Publicidad Comparativa*. Madrid: Marcial Pons, 1996. pp. 46-47.

(10) Resolución No. 168-97-TDC. En: Diario oficial *El Peruano*. Lima: Normas Legales, 29 de julio de 1997. p. 151455.

(11) Cabe señalar, además, que dicha interpretación era ilegal, pues el artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal considera acto de competencia desleal y, por tanto, reprimible y sancionable de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1 de la misma Ley, a toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas. La norma no excluye de ninguna manera a la actividad publicitaria que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas de la calificación como actos de competencia desleal.

(12) Resolución No. 168-97-TDC. En: Diario oficial *El Peruano*. Lima: Normas Legales, 29 de julio de 1997. p. 151455.

comparativa en meras “características”, bajo el pretexto que el “deber ser” del segundo párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo No. 691 se refería a simples características constitutivas del “ser” de la publicidad comparativa. Este razonamiento es insostenible desde el punto de vista de una interpretación literal: el verbo “deber” transmite la idea de obligación, no de composición. De este modo, el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, señala que, deber es “estar obligado a algo por la ley divina, natural o positiva”⁽¹³⁾.

Dado lo absurdo de lo establecido en el precedente, utilizaremos un ejemplo absurdo para demostrar su falta de lógica. Asumamos la existencia de la siguiente norma: “(a)rtículo 1. Todo gato debe ser limpio, llevar identificación y dormir en la cocina”. En cierto lugar existe un animal que tiene cuatro patas, cola y bigotes, maúlla, persigue a los ratones, bebe leche, detesta el agua, sus ojos brillan en la oscuridad, tiene garras poderosas, camina por los techos, cae siempre de pie y no se lleva bien con los perros. Sin embargo, aquel animal es sucio, no lleva identificación y duerme en la calle. Bajo el criterio del precedente, el animal referido anteriormente, no sería un gato al no cumplir con las “características” de todo gato. Esta conclusión desafía todo razonamiento coherente.

¿Cuál es la naturaleza real de los elementos mencionados con un imperativo de deber-ser en la norma gatuna? La respuesta es obvia: son requisitos que deben ser cumplidos por todo gato. El hecho que un gato no cumpla con los requisitos significa que está violando la norma, no que deje de ser gato. Lo contrario es un absurdo. Del mismo modo, un anuncio que confronta dos productos a fin de resaltar las ventajas de uno sobre otro, pero que lo hace sobre la base de un elemento subjetivo como, por ejemplo, la belleza, constituye publicidad comparativa ilícita. La falta del requisito de licitud de objetividad no le quita la naturaleza de publicidad comparativa, simplemente lo hace ilegal.

3. Del precedente de observancia obligatoria a la modificación legislativa.

Luego de la publicación de la Resolución No. 168-97-TDC y conocido el precedente de observancia obligatoria contenido en ella, se desató una suerte de guerra de guerrillas de declaraciones y avisos en los

un anuncio que confronta dos productos a fin de resaltar las ventajas de uno sobre otro, pero que lo hace sobre la base de un elemento subjetivo como, por ejemplo, la belleza, constituye publicidad comparativa ilícita. La falta del requisito de licitud de objetividad no le quita la naturaleza de publicidad comparativa, simplemente lo hace ilegal.

diarios sobre el tema. Quienes estaban contra el precedente, sacaron a relucir los argumentos esgrimidos hace ya mucho tiempo por la doctrina. En tal sentido, se llamó la atención sobre el hecho que los requisitos de licitud -y principalmente, la objetividad- tienen una doble finalidad protectora: por un lado, protegen al consumidor al hacer posible el contenido informativo de las comparaciones publicitarias y, de otro lado, protegen a los competidores al impedir las comparaciones que les perjudican sin proporcionar al consumidor ninguna información⁽¹⁴⁾.

Quienes defendían el precedente, recurrieron nuevamente a los procedimientos típicos del sofista, planteando que la Resolución No. 168-97-TDC había simplemente reconocido la así denominada “libertad de expresión comercial” -es decir, la aplicación del derecho fundamental de la libertad de expresión a la actividad publicitaria-, fundamentando todo el paquete con argumentos económicos -básicamente, la mayor transparencia del mercado como resultado del uso de afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa.

Finalmente, para imponer su posición ya sea “por la razón o la fuerza”, impulsaron la modificación del texto de los artículos 8 del Decreto Legislativo No. 691 y 12 del Decreto Ley No. 26122, quedando redactados de la siguiente manera:

“Artículo 8 del Decreto Legislativo No. 691: (e)s lícito hacer comparaciones expresas de productos, siempre y cuando no se engañe a los consumidores ni se denigre a los competidores”.

(13) Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. 22da.edición. Tomo 4. p. 493.

(14) TATO PLAZA, Anxo. Op. cit.; p. 88.

“Artículo 12 del Decreto Ley No. 26122: (s) 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”.

Lo que estaba en el fondo de la modificación de ambas normas no era otra cosa que darle mayor poder de convencimiento a los argumentos basados en las ya mencionadas “libertad de expresión comercial” y “función económica de la publicidad comparativa”.

La función económica de la libertad de expresión: ¿califica la publicidad dentro de su ámbito de protección?⁽¹⁵⁾.

Los abogados generalmente suelen venerar los derechos fundamentales por lo que, a su vez, tienden a perder de vista la función económica que cumplen y que justifica su protección especial y determina su cobertura, de ello se aprovecha el sofista para invocar la “libertad de expresión comercial” y la “función económica de la publicidad comparativa subjetiva” como medios para justificar el uso de afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa.

En la presente sección analizaremos la libertad de expresión enfocando nuestra atención no en su indudable existencia, rango y protección constitucional sino en el fundamento económico que justifica dicha existencia y protección. Asimismo, estableceremos las razones que justifican la inclusión de la publicidad dentro del ámbito de protección de la libertad de expresión; todo ello como paso previo para desvirtuar los argumentos del sofista a favor del uso de afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa, basados en la mal entendida “libertad de expresión comercial” y su supuesta “función económica”, consistente esta última, supuestamente, en una mayor transparencia del mercado.

Básicamente existen dos mecanismos de crecimiento de la economía: el aumento de los recursos y el aumento de la productividad. Si echamos un vistazo a la historia económica, podemos observar que durante la mayor parte de la historia humana, el progreso tecnológico fue muy bajo debido a la baja tasa de crecimiento del conocimiento científico -el desarrollo tecnológico depende del stock de conocimientos básicos-, situación que cambió a partir de la revolución industrial⁽¹⁶⁾. ¿Cómo explicar este fenómeno?

Una explicación es que el cambio tecnológico es resultado de la inversión en investigación tecnológica en la que el beneficio de las innovaciones es apropiado por los descubridores. De no existir la apropiación de aquel beneficio, no existirían incentivos para emprender investigaciones costosas y que implican un alto riesgo de no ser exitosas. Esta explicación satisface la realidad puesto que, a partir de la revolución industrial, la ciencia se colocó al servicio de la tecnología, con lo cual se produjo una demanda derivada de conocimiento científico⁽¹⁷⁾. Esto nos lleva al tema del conocimiento.

El conocimiento se ve afectado por el problema de la imposibilidad de la apropiación, es decir, el conocimiento -al estar compuesto por ideas- es fácilmente transmisible aún cuando es costoso desarrollarlo. El conocimiento, entonces, es no-excluyente, su valor social no puede ser apropiado por su creador. Este problema provoca una oferta de conocimiento inferior a la óptima pues el incentivo es inexistente⁽¹⁸⁾. Sin embargo, al momento de convertirse en tecnología, gran parte de los beneficios podrán ser apropiados por el creador -en forma de patentes, por ejemplo- aún cuando existirán siempre beneficios sociales que no podrán ser apropiados de ningún modo -por ejemplo, es el caso de nuevos procedimientos o maneras de hacer las cosas⁽¹⁹⁾.

(15) Esta pregunta es ociosa desde el punto de vista de la doctrina y la jurisprudencia universal, pues la respuesta es claramente afirmativa -la publicidad se encuentra dentro del ámbito de protección de la libertad de expresión- según la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y según la Comisión Europea de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos. Sobre este tema, ver: TATO PLAZA, Anxo. Op. cit.; pp. 97-120. Sin embargo, la única manera de destruir los argumentos falaces de la “libertad de expresión comercial” y la “función económica de la publicidad comparativa subjetiva” es entrar a analizar el tema desde una óptica económica.

(16) Realmente, el cambio se produjo luego de la Segunda Revolución Económica, por cuestiones de simplicidad y claridad expositiva asimilamos el término más familiar de Revolución Industrial al de Segunda Revolución Económica, aunque no significan lo mismo. Ver: NORTH, Douglas C. *Estructura y cambio en la historia económica*. Madrid: Alianza Editorial, 1984. p. 20.

(17) Ver: NORTH, Douglas C. Op. cit.; p. 31.

(18) COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Derecho y Economía*. Primera reimpression. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 165.

(19) Existen considerables beneficios externos del capital, sin embargo, gran parte de los rendimientos del capital pueden ser convertidos en rendimientos privados mediante derechos de propiedad. Esto explica la generación de nuevas tecnologías y el que esto no lleve a la monopolización de la economía.

Como podemos observar, estamos ante un mercado de ideas -el conocimiento es una serie de ideas- sumamente importante para el progreso de la humanidad pero a la vez sumamente frágil debido al problema de la imposibilidad de la apropiación. Si imponemos un costo adicional a la producción de ideas -obstaculizándola con censura, por ejemplo-, detendremos el progreso económico al detener la innovación tecnológica que es responsable del incremento de la productividad. En el caso de las ideas que transmiten conocimiento no sólo es necesario garantizarles el derecho a la libertad de expresión sino incentivarlas mediante la asignación de derechos de propiedad intelectual.

¿Qué sucede en el caso de las ideas políticas? En primer término, las ideas políticas también tienen un costo elevado de producción y sufren del problema de la imposibilidad de apropiación. En segundo término, las ideas políticas son un mecanismo de defensa contra la monopolización del poder político⁽²⁰⁾.

Las ideologías cumplen un papel importante en el proceso de decisión política, por lo cual constituyen un buen ejemplo para demostrar la funcionalidad económica de las ideas políticas. Las ideologías, aún cuando están basadas en experiencia y conocimiento, también están estrechamente ligadas con juicios de valor sobre el mundo, así que son una amalgama de ideas objetivas y subjetivas. Desde el momento en que la información es costosa, toda toma de decisiones tendrá lagunas de información -falta de información o información incompleta- en un grado mayor según disminuya la importancia de la decisión, sin que esto implique un comportamiento irracional. La información incompleta se ve "completada" o influida -como quiera verse- en un proceso de decisión por la ideología, la cual actúa como "(...) un mecanismo economizador por el que los individuos se enfrentan a su entorno y se proveen de una 'visión del mundo' que les simplifica el proceso de toma de decisiones"⁽²¹⁾. Adicionalmente, la ideología es un factor de estabilidad y cambio, a la misma vez, de las estructuras políticas y económicas a largo de la historia⁽²²⁾.

Hasta este punto, podemos notar la justificación económica para la existencia y protección a la libertad de expresión en general: el crecimiento económico sostenido de la humanidad y el impedir la monopolización del poder político en una sociedad.

¿Qué podría distinguir a las ideas que transmiten conocimiento y las ideas políticas de las expresiones publicitarias? La motivación comercial no constituye un factor diferenciador que justifique un tratamiento distinto a estos tipos de ideas dado que también en el caso de las ideas políticas podemos hablar de ideologías rivales que compiten entre sí y de candidatos rivales que luchan por el poder. En el caso del conocimiento también estamos ante un mercado de ideas altamente competitivo, compuesto por distintas interpretaciones de la realidad que compiten entre sí para ser las más aceptadas y desplazar a las demás⁽²³⁾.

Podría argumentarse que, al ser las ideas políticas una garantía contra la monopolización del poder político, merecen una protección especial que no requieren las ideas transmitidas en la publicidad. Sin embargo, este argumento no aclara la razón de la protección de la expresión artística, por ejemplo y, además, podría contra-argumentarse que el disenso político requiere recursos financieros que han de llegar de la iniciativa económica privada⁽²⁴⁾. Al parecer no habría una diferencia radical entre la expresión política y la publicidad, en consecuencia, en nuestra opinión, la publicidad se beneficia de la protección brindada por la libertad de expresión. ¿Quiere ello decir que no debería existir ningún tipo de regulación de la publicidad? La siguiente sección tratará de dar una respuesta a esta pregunta.

4. Los límites a la libertad de expresión y la legislación sobre publicidad.

Si tomamos como punto de partida para la existencia de la libertad de expresión a la función económica que ésta cumple como garante del funcionamiento del mercado de ideas, debemos también reconocer el peligro que representa la perversión de la libertad de expresión,

(20) POSNER, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 620. Sobre la peligrosidad de este tipo de monopolio, ver: POSNER, Richard A. Op. cit.; p. 580-581.

(21) NORTH, Douglas C. Op. cit.; p. 65.

(22) Ibid.; pp. 61-75.

(23) Ver: POSNER, Richard A. Op. cit.; p. 629. Sobre la rivalidad y el cambio en la ideología, ver: NORTH, Douglas C. Op. cit.; pp. 65-66. Sobre el conocimiento y su evolución vista como un proceso de lucha entre ideas (teorías) rivales, ver: KUHN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. Primera reimpresión. Madrid: Ediciones Fondo de Cultura Económica España, 1975.

es decir, el abuso de dicho derecho fundamental. Una de las caras de esta perversión de la libertad de expresión la da la denominada “libertad de expresión comercial” como elemento justificador del uso de afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa.

Podemos empezar reconociendo que “las palabras tienen muchas funciones además de la comunicación de ideas”⁽²⁵⁾. En tal sentido, podríamos estar únicamente ante una declaración de intenciones positivas, neutras, negativas e incluso delictivas. Aún en el caso de estar ante ideas, éstas -ya sean verdaderas o falsas- pueden causar daños que justifiquen la intervención estatal⁽²⁶⁾. De no ser así, no existirían tipos penales como la calumnia, la difamación o la apología del terrorismo.

El propalar ideas a favor de la lucha armada, la destrucción del gobierno y la anarquía, el favorecer el genocidio o dirigir una campaña de odio contra los miembros de una nacionalidad determinada, constituyen llamados a cometer actos considerados típicos por el derecho penal. Aún cuando podría alegarse que el propio mercado de ideas podría equilibrar el efecto producido por la difusión de tales ideas, el tiempo necesario para que realmente se produzca dicho efecto correctivo podría ser muy largo, permitiendo que el daño se realice -en este caso, las acciones típicas a cuya realización invita la apología-; peor aún, es posible que efectivamente se lograra demostrar la falsedad y nocividad de las ideas propaladas y que, sin embargo, ello no bastara para impedir su ejecución debido a su atractivo.

No existe justificación para que la libertad de expresión sea absoluta, de hecho, no lo es. Por supuesto que es un derecho preferente, pero aún así tiene sus limitaciones, y si esto es así para la libertad de expresión en general, si aceptamos la extensión de su ámbito de protección al campo de la publicidad, también tenemos que aceptar la existencia de limitaciones para su ejercicio dentro de este nuevo campo. ¿Cuáles serían estos límites para el ejercicio legítimo de la libertad de expresión en publicidad? Básicamente ellos giran en torno al respeto a la Constitución y las leyes⁽²⁷⁾ y al respeto a la libre y leal competencia mercantil⁽²⁸⁾.

La primera de las limitaciones mencionadas en el párrafo anterior guarda estrecha relación con los límites generales a la libertad de expresión -la mención a la prohibición de la promoción de ofensas o formas de discriminación así como de la incitación a actividades ilegales o antisociales, es consistente con las ideas discutidas al comienzo de esta sección: ante ideas que pueden causar daños, se justifica la intervención estatal. Los casos de la apología del terrorismo y de la incitación al odio son ejemplares para ilustrar este punto. La segunda de las limitaciones se deriva de la anterior y constituye una especialización de ésta en el plano de la competencia económica. El cabal entendimiento de esta última afirmación requiere que utilicemos el término “posicionamiento”.

La manera más simple de definir lo que es el posicionamiento es mediante esta frase: “(l)a imagen de la marca en la mente del consumidor”. A partir de esta idea-fuerza, tenemos el siguiente desarrollo: “(l)a posición del producto es la forma en la cual los consumidores definen el producto en lo que concierne a sus atributos importantes, el lugar que ocupa el producto en la mente de los consumidores en relación con los productos de la competencia”⁽²⁹⁾.

El posicionamiento está relacionado con el tema de la función económica de las marcas, la cual es “(...) economizar los costos de búsqueda del consumidor”⁽³⁰⁾. Esto último es así porque la marca da información al consumidor acerca de la calidad y garantiza también uniformidad en la repetición. Y, ¿por qué da la marca dicha información? La respuesta tiene que ver con el posicionamiento. Es un elemento identificador, diferenciador del producto. La marca permite el posicionamiento pero, a la vez, el posicionamiento le da en cierto modo valor a esa marca que, sin el respaldo de un buen producto -en la mente del consumidor- no sería más que una combinación de letras e imágenes sin sentido alguno.

El posicionamiento es un elemento que cumple un papel similar al de la ideología en el plano político; es una suerte de “salto de fe”, un mecanismo economizador por el que los consumidores se enfrentan a la oferta existente en el mercado. Al igual o

(24) POSNER, Richard A. Op. cit.; p. 630.

(25) Ibid.; p. 621.

(26) Ibid.

(27) Artículo 3 del Decreto Legislativo No. 691.

(28) Artículo 7 del Decreto Legislativo No. 691.

(29) KOTLER, Philip y Gary ARMSTRONG. *Fundamentos de Mercadotecnia*. 4ta.edición. México: Prentice-Hall Hispanoamericana, 1998. pp. 223-224.

(30) POSNER, Richard A. Op. cit.; p. 48.

con mayor intensidad que en el plano político, los individuos no pueden reevaluar los productos cada vez que se enfrentan a una decisión de compra; para ello organizan los productos en categorías, es decir, los posicionan en su mente⁽³¹⁾. En tal sentido, el posicionamiento no sólo tiene un valor para el productor sino también para el consumidor. Pero el posicionamiento no sólo es un elemento importante para los actores del mercado y para el buen desenvolvimiento de éste sino que es un elemento muy delicado: “(e)l establecimiento o el cambio de una posición por lo común se lleva mucho tiempo. En contraste, las posiciones cuya creación tomó años, se pueden perder rápidamente. Una vez que una compañía ha creado la posición deseada, debe tener cuidado para conservar esa posición mediante un desempeño y una comunicación uniformes”⁽³²⁾.

Existen empresas que no siguen la regla de oro indicada al final de la cita anterior: muchas empresas tienen una comunicación errática que confunde al consumidor y no permite lograr un posicionamiento adecuado. Otras empresas entran en un terreno peligroso al no ofrecer un desempeño uniforme y no proporcionar lo que promete la posición comunicada; no todos los casos ameritarán una sanción legal pero definitivamente sí una sanción comercial determinada por el rechazo de los consumidores. Algunas disposiciones del Decreto Legislativo No. 691 referidas a veracidad, autenticidad y uso de testimoniales regulan las condiciones del uso de la publicidad para lograr un posicionamiento adecuado legítimamente. Es posible que una empresa siga tanto las reglas de la mercadotecnia como las disposiciones legales sobre la materia y logre un posicionamiento efectivo; ¿qué sucedería si otra empresa entorpeciera de algún modo esa comunicación uniforme, es decir, la “desposicionara” o posicionara negativamente? Para este caso existe la limitación referida a la leal competencia mercantil.

El artículo 7 del Decreto Legislativo No. 691 menciona expresamente los casos de la publicidad denigratoria -una agresión directa contra la posición del competidor- y la publicidad adhesiva -en la modalidad de una imitación sistemática de la forma de los anuncios con la finalidad de debilitar la posición

del competidor vía confusión o de aprovecharse de dicha posición. En su listado enunciativo de actos de competencia desleal, la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal menciona el supuesto de la explotación de la reputación ajena⁽³³⁾, una medida dirigida también a proteger la posición de la empresa y el valor de la marca. Todo el espíritu del primer párrafo del artículo 7 del Decreto Legislativo No. 691 así como de la cláusula general de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal⁽³⁴⁾ consiste en encarrilar a los competidores hacia la construcción leal de sus posiciones en el mercado y hacia el respeto a las posiciones de los demás -ello, por supuesto, dentro de los alcances de la licitud del daño concurrencial.

Una conclusión parcial en este punto es que la libertad de expresión en general tiene límites necesarios dentro de una sociedad democrática como la nuestra y, la publicidad -que se encuentra amparada por la libertad de expresión- no puede escapar a dichos límites. Los requisitos de licitud de la publicidad comparativa forman parte de estos límites al ejercicio de la libertad de expresión en materia publicitaria; límites justificados por razones económicas -evitar un daño inútil a los competidores y a los consumidores, sin ninguna contrapartida de beneficios- y, a la vez, límites recogidos en la ley bajo la forma del principio de lealtad, como veremos a continuación.

Las afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa como afectaciones del posicionamiento de los competidores.

Una vez establecida la importancia del posicionamiento y el carácter protector a este elemento de la limitación a la libertad de expresión en publicidad derivada de la libre y leal competencia mercantil, vamos a afirmar a priori que el uso de afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa transgrede la limitación antes referida al ser un instrumento especialmente útil para impedir la consolidación de la posición de los competidores o para explotar la posición lograda por dichos competidores.

Podemos identificar tres falacias que intentan justificar el uso de afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa. Enumerémoslas. La primera consiste en sostener que el anunciante tiene la libertad de afirmar todo tipo de cosas puesto que el consumidor

(31) KOTLER, Philip y Gary ARMSTRONG. Op. cit.: p. 224-225.

(32) Ibid.: p. 233.

(33) Artículo 14 del Decreto Ley No. 26122.

(34) Artículo 6 del Decreto Ley No. 26122.

siempre se dará cuenta de la verdad cuando pruebe el producto. Si bien la afirmación anterior se deriva de las características de una buena estrategia de comunicación de mercadotecnia, es decir, del hecho que toda buena comunicación de mercadotecnia requiere “hechos positivos, seguidos de palabras positivas”⁽³⁵⁾, su uso para justificar la publicidad comparativa subjetiva es falaz. Con la misma facilidad dicho argumento podría servir para justificar la publicidad engañosa: si el consumidor se dará cuenta de la verdad cuando pruebe el producto, ¿por qué no permitir que el anunciante mienta?⁽³⁶⁾

La respuesta a la pregunta anterior -y que comprende también a la publicidad comparativa subjetiva- tiene que ver con la dificultad práctica del proceso de corrección de las impresiones engañosas por el mercado. Lo cierto es que, si finalmente se llega a producir el proceso correctivo, éste tomará por lo menos algún tiempo, tiempo durante el cual los daños seguirán produciéndose: “(e)l proceso por el que los competidores corrigen las impresiones engañosas creadas por uno de ellos no es instantáneo y puede ocurrir que los beneficios obtenibles en el interín para el vendedor fraudulento superen cualesquiera costos de la pérdida de reputación a largo plazo, sobre todo si el vendedor puede abandonar el mercado a bajo costo. Además, si un vendedor fraudulento desvía sólo una pequeña cantidad de ventas de cada uno de sus rivales, ninguno de ellos tendrá un incentivo para tomar medidas costosas a fin de corregir sus engaños, aunque el total de las ventas desviadas por el vendedor fraudulento pueda ser muy grande”⁽³⁷⁾.

El uso de afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa no sólo llena de ruido la comunicación de mercadotecnia, devaluándola y haciendo más difícil el cumplimiento de sus objetivos sino que atenta contra el posicionamiento de los competidores. Para entender cabalmente esto, pasemos a la discusión de la segunda falacia.

El segundo argumento a favor de la licitud del uso de afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa sostiene que el anuncio comparativo subjetivo solamente invita a probar, a comparar, es decir, su finalidad es persuasiva⁽³⁸⁾. Una verdadera invitación publicitaria a comparar, contendría información acerca de la propia marca ofertada y no más información ya que su finalidad sería persuasiva. Sin embargo, la publicidad comparativa -y no podría ser de otro modo-, también contiene información relativa a los competidores.

En el caso que la información relativa a los competidores fuera positiva, estaríamos ante un intento de colgarse de la reputación ajena -de la imagen de la marca del competidor en la mente de los consumidores- sin fundamento alguno. La empresa anunciante estaría aprovechando -sin pagar nada a cambio- algo que le costó mucho tiempo, esfuerzo y dinero al competidor y ello desincentiva la inversión al diluir la protección de los derechos de propiedad intelectual. En el caso que la comparación fuera en términos negativos, estaríamos ante un intento de destrucción de la posición del competidor.

En resumen, sea enfocada positiva o negativamente, la comparación subjetiva no aporta nada al consumidor -pues la información sobre la existencia de la propia marca y la correspondiente persuasión hacia su uso podrían darse sin utilizar al competidor- y, en cambio, perjudica al competidor al afectar su posicionamiento ya sea vía una explotación de la inversión ajena en la construcción de la posición o vía la destrucción directa de aquella posición. ¿Existe alguna justificación para esto último? La respuesta es claramente negativa. En este caso no aplica la licitud del daño concurrencial, es un daño innecesario que no otorga ningún beneficio al consumidor y que puede ser evitado. Sólo costos, cero beneficios.

Distinto es el caso de la comparación objetiva en la que el interés del consumidor se ve servido por un aporte de información pertinente para el proceso de decisión. En este caso, no estamos ante un

(35) KOTLER, Philip y Gary ARMSTRONG. Op. cit.; p. 430.

(36) La Resolución No. 168-97-TDC parece sugerir que se permitiera la publicidad engañosa, al señalar lo siguiente: “En todo caso, esta Sala considera pertinente señalar que incluso en el negado supuesto que el anuncio material de denuncia hubiera inducido a error a las consumidoras, la mala interpretación hubiera podido ser corregida fácilmente por las propias consumidoras a quienes va dirigido dicho anuncio, toda vez que son consumidoras que pueden experimentar su uso en este mercado y, en tal sentido, pueden determinar por cuenta propia las ventajas y desventajas que les brindarían los materiales que componen cada toalla higiénica.” Resolución No. 168-97-TDC. En: Diario oficial *El Peruano*. Lima: Normas Legales, 29 de julio de 1997. p. 151455.

(37) POSNER, Richard A. Op. cit.; p. 110.

(38) Aquí se nota una confusión conceptual entre publicidad comparativa e invitación publicitaria a comparar. Esta última modalidad publicitaria, efectivamente, únicamente incita al público a que compare sus productos con los de los competidores; el anunciante no hace él mismo la comparación, es decir, no hay una confrontación de la propia oferta con aquellas de los competidores. Ver: TATO PLAZA, Anxo. Op. cit.; p. 55.

aprovechamiento indebido de la reputación ajena ni de una destrucción pura y simple de la posición del competidor sino ante una excepción justificada por el beneficio en información relevante para el consumidor, que se obtiene por este medio. Es cierto que habrá daño al competidor, pero será un daño concurrencial lícito, ya que es la consecuencia directa de los mejores atributos del producto anunciado sobre aquellos de sus competidores -atributos que solamente se han puesto en relieve con las afirmaciones comparativas objetivas. Diferente es el caso de las afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa que únicamente provocan un daño gratuito y malintencionado -sin posibilidad de ningún tipo de contrastación en la realidad- sin ofrecer ningún beneficio al consumidor a cambio -al contrario, perjudican al consumidor al introducir ruido en la comunicación de mercadotecnia y diluir el poder de la posición de los competidores, introduciendo incertidumbre y devaluando a la publicidad como mecanismo de información.

Finalmente, la tercera falacia consiste en suponer que el producto anunciado mediante publicidad comparativa subjetiva realmente es mejor que el competidor bien posicionado. Si entendemos las posibilidades de calidad del producto anunciado frente al competidor -es decir, “mejor que el competidor” o “peor que el competidor”, asumiremos que no existe “igual que el competidor”- como dos series de naipes -rojos y negros-, tenemos una posibilidad de 50 por ciento que sea rojo y otro 50 por ciento de que sea negro al sacar los naipes en forma aleatoria. Esto equivale a un riesgo de un 50 por ciento de oportunidades de estar frente a un producto peor que aquel del competidor.

Más allá de esto, si el producto es verdaderamente superior al competidor, ¿le afecta en algo la ilegalidad del uso de comparaciones subjetivas? No. La vía de las comparaciones objetivas está abierta. El argumentar que no puede hacerlo, no quiere hacerlo o, tal vez, que no sirve de nada hacerlo, implica que es necesario destruir el posicionamiento del competidor para vencerlo; ello quiere decir que el producto no es realmente superior al del competidor desde el punto de vista de la mercadotecnia.

Lo que sucede es que no todo es blanco o negro en el mundo de la mercadotecnia. Podemos estar ante un

producto superior en sus atributos físicos, por ejemplo, un vodka químicamente más puro que otro, con un canal de distribución muy eficiente y con un precio menor que el vodka de la competencia. Este nuevo vodka ingresa al mercado con una campaña promocional que apunta a su precio más bajo y a su calidad más elevada que la del competidor; sin embargo, el competidor reacciona subiendo su precio y con una campaña publicitaria alusiva a la tradición y los valores “añejados” con este vodka. El resultado: el vodka competidor (el tradicional) mantiene su participación de mercado y refuerza su posición como el vodka tradicional. Una determinación psicológica de precios combinada con una promoción basada en la posición ya ganada por la marca permiten desbaratar la campaña original del producto supuestamente de mejor calidad. La lección es que la calidad no la define únicamente la pureza química de un producto o la mejor función de producción que permite un precio más bajo sino que incluye otros atributos “espirituales” tales como el estatus que proyecta el producto y, ese estatus fluye de la posición de la marca⁽³⁹⁾.

Descartar como prescindible el posicionamiento logrado por una marca implica darle paso libre al uso de afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa con la consiguiente destrucción de posiciones o su explotación indebida por extraños. Esto significa destruir esta suerte de ideología del mercado de bienes y servicios que permite llenar los vacíos de información y tomar decisiones a los consumidores. En consecuencia, tratando de perfeccionar el funcionamiento del mercado al supuestamente liberalizarlo, estamos logrando perturbar su funcionamiento al permitir que el propio mercado genere elementos perniciosos para la toma de decisiones: en un afán de alimentar de información al mercado, lo ahogamos con desechos que impiden la existencia de posiciones sólidas y provocan un mayor gasto de recursos al consumidor al momento de tomar una decisión.

5. Conclusión: la ilicitud *per se* del uso de afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa.

Considerando las siguientes tres condiciones: la existencia de la exigencia del respeto a la libre y leal competencia mercantil contenida en el Decreto

(39) Hemos tomado el caso -con algunas modificaciones introducidas por nuestra cuenta- de: KOTLER, Philip y Gary ARMSTRONG. Op. cit.; pp. 336-337.

Legislativo No. 691, el carácter protector del posicionamiento como elemento fundamental para el desenvolvimiento del mercado -dado lo costoso de lograrlo y su utilidad en la toma de decisiones- de dicha exigencia, y el carácter agresivo del uso de afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa contra el posicionamiento del competidor; podemos concluir que la eliminación del párrafo correspondiente a los requisitos de licitud de la publicidad comparativa no legaliza el uso de afirmaciones subjetivas en aquel tipo de publicidad. Sostener lo contrario sería aceptar prácticas desleales dirigidas a aprovecharse de la reputación ajena o a destruirla; en ambos casos, destruyendo el posicionamiento del competidor y eliminando este elemento facilitador de la toma de decisiones en el mercado de bienes y servicios.

Un caso similar sería la eliminación del artículo correspondiente a la publicidad engañosa del texto del Decreto Legislativo No. 691⁽⁴⁰⁾. Esto no eliminaría el carácter ilegal de la publicidad engañosa, la cual está reñida con la leal competencia mercantil. Del mismo modo, el uso de afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa sigue siendo ilícito porque constituye *per se* un acto de competencia desleal. Lo único que ha logrado la modificación legislativa del artículo 8 del

Decreto Legislativo No. 691 es hacer más largo y complicado el camino hacia la condena del uso de las afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa, obligando al juzgador a recurrir sistemáticamente a otros artículos de la misma norma y de su similar sobre represión de la competencia desleal, a fin de lograr el mismo resultado condenatorio al que se llegaba con la redacción anterior.

Si el objetivo era legalizar la publicidad comparativa subjetiva, no lo lograron, al tratarse de un tipo de publicidad que por su propia naturaleza atenta contra la leal competencia mercantil. Es muy difícil, por no decir imposible, cambiar la naturaleza de las cosas, no existe una piedra filosofal que transforme algo que por naturaleza es ilegal en legal; la vieja redacción del artículo 8 del Decreto Legislativo No. 691 tomaba en cuenta, precisamente, la naturaleza de las cosas y por ello condenaba inexorablemente el uso de afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa, no por capricho sino para evitar al juzgador un consumo de tiempo y esfuerzo inútil, dando rodeos para llegar inevitablemente al mismo lugar: la deslealtad, dañosidad y, por consiguiente, ilicitud del uso de las afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa. ^{AE}

(40) Artículo 4 del Decreto Legislativo No. 691.