

Señora: Nuestro detergente lava más blanco

La publicidad comparativa

Luis José Díez Canseco Núñez.

Abogado, Master of Comparative Law, The National Law Center, The George Washington University. Consultor de la Junta del Acuerdo de Cartagena.

INTRODUCCION

Con la promulgación del Decreto Supremo 034-90-ICTI-IND del 11 de setiembre de 1990¹, en el Perú ha quedado resuelta la polémica sobre la licitud de la publicidad comparativa. En efecto, a partir de esa fecha es posible hacer publicidad en la que expresamente se comparen los productos del anunciante con los de sus competidores. Por ello, nuestro país se alinea de manera concluyente con la tendencia internacional, marcada por cierto, que considera la publicidad comparativa como un instrumento válido de mercadotecnia, que no sólo es leal, sino que debe ser impulsado con el objeto de beneficiar al público de los consumidores.

El Decreto en referencia, sustituye el inciso g) del artículo 111 del Decreto Supremo 001-71-IC-DS² que enunciaba como acto de competencia desleal y, por lo tanto, prohibía hacer comparaciones con los productos o servicios de los competidores. Del mismo modo, resuelve la polémica suscitada en torno a si la normativa contenida en el Decreto Supremo 002-81-OCI-OAJ³ derogaba tácitamente la disposición conte-

nida en el 001, o si ésta había adquirido vigencia nuevamente debido a la promulgación de dos normas que en 1985 y en un lapso de 7 días, habían modificado y puesto en suspenso la prohibición original⁴.

A pesar de los errores en cuanto a técnica legislativa -que no es el caso desarrollar en esta oportunidad-, el hecho es que en la actualidad es posible hacer publicidad comparativa; razón por la cual, bien merece la pena vertir algunas consideraciones en torno a dicha figura.

LAS COMPARACIONES EN LA PUBLICIDAD

La publicidad comercial se ha tornado más compleja desde los lejanos días en que el boticario anunciaba a nuestras abuelas la venta del jarabe milagroso que curaba todas las dolencias. Sin embargo, hoy como ayer, su finalidad consiste en acelerar la contratación de los bienes y los servicios. Así, expresiones tales como "su cabello quedará suave y esponjoso", "lava más blanco", "el banco amigo", pretenden resaltar la oferta propia y atraer la atención del cliente potencial. Del mismo modo, poseen una doble connotación.

1. El texto es el siguiente: "Las empresas que oferten bienes y servicios, podrán realizar las campañas publicitarias, comparando productos similares en calidad, precio y beneficios de los mismos. La publicación que con dicho criterio se exhiba, deberá ser verificable por el consumidor".
2. 25 de enero de 1971. Vigente por mandato del quinto párrafo del artículo 142 de la Ley 23407, Ley General de Industrias. El texto prohíbe llanamente hacer comparaciones con los productos o servicios de los competidores. Debido a que no distingue entre comparaciones directas o indirectas, se da el absurdo de prohibir casi toda forma de publicidad, si bien en la práctica se ha entendido que la prohibición se limita a los casos en que expresamente se muestran las marcas del competidor junto a las del anunciante.
3. 21 de abril de 1981. Numeral 9 de las Normas de Contenidos del artículo 1. "La publicidad no podrá referirse a los bienes y servicios de otras empresas para denigrarlos". De conformidad con este precepto, en la medida que no se denigre, es factible hacer comparaciones.
4. Mediante Decreto Supremo 047-85-ICTI-IND de 23 de mayo de 1985 se sustituyó el inciso g), mediante la adición al precepto original de la siguiente fórmula: "No será considerado como acto de competencia desleal, la inclusión en la publicidad de marcas u otros símbolos identificatorios de los competidores, para efectos de hacer comparación, salvo que tal inclusión induzca al consumidor a error respecto a la procedencia, naturaleza o características de los productos del competidor". El Decreto en cuestión fue declarado en suspenso mediante Decreto Supremo 055-85-ICTI-IND del 31 de mayo de 1985.

De un lado, son informativas en la medida que brindan datos sobre las bondades del producto anunciado. De otro, son sugestivas puesto que el anunciante tratará de convencer que su producto y no otro sea el adquirido. A pesar de ello, cabe resaltar que la publicidad ni es enteramente informativa ni enteramente sugestiva, sino que posee elementos de ambas⁵. Por ello a pesar de que las alegaciones, indicaciones o representaciones publicitarias asumen rasgos mixtos, son principalmente persuasivas debido a que la intención de todo empresario consiste en obtener la adhesión de nuevos clientes y⁶, por lo tanto, generar en sus competidores lo que se conoce como "daño concurrencial"⁷.

En el ejemplo del detergente, el anunciante no sólo está informando sobre las circunstancias que concurren en su oferta, que sugestionan para generar simpatía o necesidad y que persuaden con el objeto de acelerar la contratación; sino que, además está haciendo (dependiendo de la estructura del anuncio) una alegación susceptible de ser enfrentada desde diversas perspectivas.

Así, aparece la publicidad encubierta por oposición de aquélla que se identifica fácilmente como tal, dependiendo de si tiene visos de una nota periodística o si se incluye en las páginas de anuncios comerciales⁸; la publicidad engañosa, frente a aquélla que es veraz, dependiendo de si manifiesta o no la verdad⁹; la publicidad que se difunde en los márgenes de las carreteras y vías públicas, a diferencia de la que emplea como soporte a la radio, la televisión o la prensa¹⁰; la publicidad que se percibe conscientemente por los sentidos, en contraposición con aquélla que recurre a técnicas psicológicas¹¹.

Como se puede apreciar, son diversas las maneras como se puede clasificar un anuncio, y una de ellas es la que apunta a la comparación entre los productos o servicios ofertados. Por ello, cuando se afirma que el detergente "lava más blanco", no sólo se informa sobre lo que ocurrirá si se usa el producto del anunciante, sino que se manifiesta que el resulta-

do será diferente si se emplean productos de otras marcas. Igualmente, cuando se señala que "el cabello quedará más suave y esponjoso", si se usa un champú determinado, se está sugiriendo que los otros no hacen lo mismo. En sentido idéntico, cuando se pone de relieve que un banco es "amigo", incluso se deja entrever que los otros bancos son enemigos.

Obviamente se debe manejar con cautela cualquiera de las interpretaciones vertidas anteriormente. Depende del análisis de la integridad del anuncio a la luz de los principios informadores del Derecho de la publicidad¹². Empero, en todo anuncio subyace la vocación comparativa. Esto es, una confrontación con los bienes o servicios de los competidores. El abanico de posibilidades es bastante amplio. En un extremo están los anuncios claramente no comparativos pero que, según se ha señalado, poseen esa connotación de manera subyacente. En el otro, se sitúan los anuncios manifiestamente comparativos. Debido a ello, la determinación del carácter comparativo de un anuncio tiende a ser problemático si no se delimita la figura que nos ocupa; razón por la que si se adolece de parámetros definidos, se llegará al absurdo de considerar toda manifestación publicitaria como "comparativa".

Por lo expuesto, es necesario deslindar la publicidad comparativa de otras manifestaciones publicitarias en las que se descubre una comparación pero que, en rigor, no pertenecen a dicha categoría. Este ejercicio parte de clasificar a la publicidad en dos grandes grupos, las "comparaciones indirectas" y las "comparaciones directas".

LAS COMPARACIONES INDIRECTAS

En estos casos, la comparación subyace al mensaje o, dicho de otra forma, la confrontación se verifica indirectamente. El contenido del mensaje no pretende confrontar la oferta del anunciante con la de su competidor. La intención primordial del empresario consiste en resaltar las características que concurren en su oferta o destacar una posición preeminente

5. Maurizio Fusi, **La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici**, Milán, Giuffrè Editore, 1970 pp. 8-9.
6. Con el objeto de precisar el alcance de los términos alegaciones, indicaciones y representaciones ver: Carlos Lema Devesa, **En torno a la publicidad engañosa**, 4 ADI 293, 301-4 (1977).
7. A propósito de la juricidad del daño producido por un acto de competencia ver: Hermenegildo Baylos Corroza, **Tratado de Derecho Industrial**, Madrid, Civitas, 1978, pp. 228-30. Juan Ignacio Font Galán, **Constitución Económica y Derecho de la Competencia**, Madrid, Editorial Tecnos, 1987, pp. 186-91.
8. Alvaro Echeandía Bustamante, **La publicidad encubierta**, Tesis para optar el Grado de Bachiller en Derecho, Universidad de Lima, 1987.
9. Carlos Fernández Novoa, **La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad**, 2 ADI 371 (1975).
10. Manuel Santaella López, **El concepto de publicidad exterior en el Derecho español**, Madrid, Instituto Nacional de Publicidad, 1981.
11. Harry Schiller, **First Amendment dialogue and subliminal messages**, 11 NYU Review of Law & Social Change, p. 331 (1982).
12. Carlos Fernández Novoa, **La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias**, 107 RDM 13 (1968). José María de la Cuesta Rute, **Lecciones de Derecho de la publicidad**, Madrid, Editorial Tecnos, 1974, pp. 164-234.

para que el receptor infiera que tales características son superiores a las de otros bienes o servicios similares. En otras palabras, el consumidor realiza la comparación, la misma que será más o menos acertada dependiendo de su conocimiento sobre los bienes que se ofertan en el mercado. En el ejemplo del detergente, el anunciante pretende afirmar lo que ocurrirá con la ropa. Por su parte, el consumidor asimilará la expresión para luego formular un juicio en torno a la veracidad de la afirmación, el cual será producto de su experiencia, esto es, la comparación con los resultados obtenidos por el uso de otros detergentes.

Como modalidades de las comparaciones indirectas se hace referencia al juicio estimativo o valorativo como sería el caso de un anuncio que diga, "El Detergente Elegante"¹³; a la exageración publicitaria en el supuesto del "Mejor detergente del Mundo"¹⁴; la equiparación publicitaria que señalaría, "Nuestro detergente es tan bueno como el importado"¹⁵ y la publicidad de tono excluyente que diría llanamente, "El Detergente"¹⁶.

LAS COMPARACIONES DIRECTAS

En esta clase de comparaciones el tono del mensaje apunta primordialmente a la confrontación. En otras palabras, el anuncio se estructura de tal manera que el receptor se percata de la comparación antes que cualquier otro contenido. Del mismo modo, la

intención del anunciante consiste en contraponer la oferta propia con la de la empresa rival, esto es, mostrar las diferencias entre sus productos y los ajenos. Para ello, positivamente, trata de mostrar la superioridad de su mercancía y, negativamente, poner de manifiesto los defectos de las prestaciones del competidor. En la línea del ejemplo, aparecerá una comparación directa cuando, además de señalar que debido al empleo del detergente la ropa quedará más limpia, se acompaña, por ejemplo, una encuesta en la que se describe el comportamiento de los consumidores en lo que respecta a la aceptación de dicha marca frente a las restantes.

En este orden de ideas y dependiendo de la dificultad para identificar los bienes o servicios del empresario competidor dado que se vierte una afirmación impersonal, o que, contrariamente, se aluda explícitamente a los mismos, las comparaciones directas podrán clasificarse en "tácitas" o "expresas" respectivamente.

En el primero de los casos se menciona a las alegaciones competitivas como sería el caso de "Muchos detergentes sirven para lavar, pero el nuestro lava mejor"¹⁷; la comparación publicitaria de géneros de mercancía en la que se compara el jabón con el detergente¹⁸ y el denominado "recurso de la marca X" como es el caso de los conocidos anuncios de señoras que lavan ropa y confrontan los resultados del

13. Expresiones que se limitan a manifestar una opinión del anunciante, la cual no es susceptible de comprobación puesto que no se menciona ningún hecho o circunstancia concreta. En ellos se vierte una opinión puramente personal que no puede ser objeto de verificación. Carlos Lema Devesa, **La publicidad de tono excluyente**, Madrid, Editorial Montecorvo, 1980, pp. 82-96 y 366-376.
14. Se la conoce como "charlatanería", "reklamehafte ubertreibung" o "puffing". Se sustenta en el deseo de una empresa por superar la mercancía o servicios de su competidor pero, a su vez, no manifiesta con exactitud cuáles son las ventajas de la prestación que ofrece en el mercado. Consiste en toda alabanza de tono altisonante, concreta y comprobable que posee un núcleo verdadero y que no es tomada en serio por el público. Carlos Lema Devesa, **Op. Cit.**, pp. 109-112 y 387-388.
15. En esta modalidad publicitaria el anunciante no manifiesta una posición de superioridad con respecto a sus competidores. Tan sólo señala que pertenece a un grupo privilegiado dentro del círculo empresarial. Carlos Lema Devesa, **Op. Cit.**, pp. 138-149 y 407-414.
16. Conocida como "alleinstellungswerbung" o "advertising of an exclusionary tone". Es toda alegación con un contenido informativo y comprobable que es tomada en serio por el público al que se dirige o alcanza y a través de la cual se manifiesta que la empresa, producto o servicio anunciados ocupan una posición preeminente en el mercado, posición que no es alcanzada por ningún competidor o, en su caso, por un círculo limitado de competidores. Carlos Lema Devesa, **Op. Cit.**, pp. 186-206 y 474-489.
17. Son aquellas expresiones en las que se manifiesta directamente la existencia de un competidor innominado y se invita a comparar los bienes y servicios del anunciante con los del competidor. J.J. Boddewyn & Katherin Marton, **Comparison Advertising - A worldwide Study**, New York, Hasting House Publishers, 1978, p. 5.
18. Es una figura muy similar a la comparación publicitaria de sistemas económicos, con la diferencia que en lugar de contraponer los sistemas, se confrontan géneros de productos; esto es, aquellos casos en los que se enfrentan publicitariamente dos tipos o clases de mercancías. En la comparación de sistemas se contraponen mediante formulaciones generales diversos sistemas o posibilidades abstractas de índole técnico o económico, mostrándose las ventajas o inconvenientes de los sistemas o posibilidades confrontados. De otro lado, se caracteriza porque en la misma no se hace alusión ni a un competidor o grupo de competidores, ni a las mercancías o servicios de los mismos. Luis José Díez Canseco Núñez, **La publicidad comparativa**, Tesis para optar el Grado de Bachiller en Derecho, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985, p. 63. Carlos Fernández Novoa, **La Comparación publicitaria de sistemas económicos**, 1 ADI 7 (1974).

producto con la marca anunciada en relación con una marca innominada¹⁹.

En el segundo, se hace referencia a la publicidad comparativa en sentido estricto, la cual puede definirse como toda alegación publicitaria en la que de manera veraz y objetiva se confronta expresamente características específicas de los productos o servicios del anunciante con los de sus competidores. En ese caso las marcas de los detergentes aparecerían en el anuncio.

LA ADMISIBILIDAD DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

La admisibilidad de la publicidad comparativa es uno de los temas más polémicos dentro del Derecho de la publicidad y la disciplina jurídica que tiene por objeto reprimir la competencia desleal. Al tiempo que un autor esgrime un argumento, aparece otro para rebatirlo. El tema es, tal como se ha manifestado, uno de aquellos que posee una misteriosa fascinación²⁰. Y esto es evidente puesto que la publicidad comparativa es el caso límite en lo que respecta a las alegaciones publicitarias dado que pone a prueba nociones tan importantes como la libertad de expresión, el derecho de exclusividad sobre una marca, el derecho que tienen los consumidores a ser informados y, particularmente, la misma noción de libertad de competencia. La diversidad de argumentos guardan relación con los antitéticos pero a la vez complementarios intereses que se pretenden tutelar²¹ y ellos pueden agruparse con base en los elementos o sujetos que integran el sistema de mercado; esto es el sistema económico como abstracción, el empresario y el público de los consumidores.

ARGUMENTOS VINCULADOS CON EL SISTEMA ECONOMICO

En lo que respecta al sistema económico como abstracción, los argumentos inciden prioritariamente en la actividad económica entendida como una generalidad. Por ello se debe reconocer que la publicidad está en aptitud de falsear las reglas de la competencia (que se debe sustentar en la calidad y el precio) a la vez que la exarceba en la medida que incrementa la lucha por el mercado.

En un sistema competitivo y de producción industrial en masa, la competencia se encona unilateralmente entre los empresarios. El propio sistema impone inevitablemente una doble necesidad y consecuencia. En primer lugar, se requiere crear en el ánimo del consumidor un deseo ilimitado de consumir aún más allá de sus propias necesidades reales. En segundo lugar, la misma saturación de bienes o mercancías, impulsa a los empresarios a una lucha cada vez más agresiva. Por ello, además de los métodos publicitarios tradicionales que apuntan a expresar las bondades del producto, se apela a diversos mecanismos de mercadotecnia tales como las ventas con prima o regalo; las ofertas, descuentos o rebajas; las ventas en pirámide o en cadena; y los concursos por citar algunos ejemplos. En ellos la decisión de compra no se origina en la evaluación que hace el consumidor de la oferta, sino en el elemento aleatorio aparejado a la venta. No es la calidad ni el precio lo que adquiere primacía, sino el regalo, la posibilidad de obtener un bien de mayor valor, la certeza de un descuento, lo que influirá decisivamente en el consumidor. Debido a ello, estas prácticas de mercadotecnia no sólo pueden constituir actos de competencia desleal, sino que violan la libertad de ejercicio económico de los consumidores e, incluso, manifiestan un elemento perturbador en la formación de la voluntad de éstos, al verse presionados o sujetos a una coerción psicológica de compra²².

La publicidad comparativa, en cambio, elimina todos aquellos elementos aleatorios a la calidad y el precio. En la medida que pretende contraponer una ventaja con otra, un efecto con otro, la competencia retorna a su cauce normal y la lucha por el mercado adquiere nuevamente su teórica pureza. Empero, también puede significar la rápida eliminación de un producto del mercado dado que al resaltar sus inconvenientes puede perder el favor del público. En este sentido, la publicidad comparativa puede contribuir, más que ninguna otra modalidad promocional, a la eliminación de la competencia y a la instauración de empresas con posiciones dominantes.

Por todo ello la publicidad comparativa promueve el incremento en la calidad y la innovación de los productos, además de la reducción en los precios de los mismos, con lo cual se impulsa el desarrollo económico.

19. Mediante la comparación que recurre a la "marca X", el anunciante contrapone la propia oferta con la del competidor; esforzándose en este proceso por demostrar las diferencias que existen con las mercancías o servicios del competidor, aunque dicho competidor o competidores no son identificados expresamente. *Ibidem*, pp. 62-8.

20. Carlos Fernández Novoa, *La publicidad comparativa*, 4 ADI 25, 37 (1977).

21. Antitéticos en la medida que los consumidores, los empresarios y el sistema económico (expresado en el Estado), asumen una identidad propia y tratan de apuntalar sus propios intereses. Son complementarios en la medida que ninguno de ellos existe sin el otro. Sobre el tema de los intereses que tutela la disciplina jurídica de la represión de la competencia desleal, ver: Aurelio Menéndez, *La competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1988. Dicho autor describe, a propósito de la evolución de la disciplina, la manera cómo han ido variando los intereses que la tutelan.

22. Gerhard Schricker, *Unfair Competition and Consumer Protection - New Developments*, 8 IIC 185, 200-1 (1977).

co y, en general, a la competencia²³. Del mismo modo permite que las pequeñas o nuevas empresas que comparan sus productos con los de las más antiguas o conocidas, perforen el monopolio que poseen estas últimas, lo que a su vez impulsa un mayor acceso al mercado²⁴. También se afirma que es un modo de proteger a la pequeña empresa frente a las campañas publicitarias de gran envergadura que puedan destruirlas²⁵. Por último, se ha señalado que la publicidad comparativa estimula una adecuada inversión de los recursos económicos de la sociedad dado que elimina el gasto que se hace en publicidad sugestiva y en promociones de venta²⁶.

Desde otro punto de vista se ha afirmado que esta clase de publicidad permite que el anunciante llame la atención sobre las cualidades que ya no poseen los productos comparados, lo cual inhibe la mejora de los productos²⁷. Es también uno de los tantos medios de venta que se sustentan en los deméritos ajenos por oposición de los méritos propios, lo cual impulsa a una competencia en sentido negativo²⁸. Adicionalmente, se ha afirmado que la publicidad comparativa tiende a disminuir la competencia dado que las empresas más pequeñas no tienen un presupuesto lo suficientemente grande como para responder a los ataques de las más grandes²⁹.

ARGUMENTOS VINCULADOS CON LA EMPRESA

En cuanto a los argumentos que se sustentan en el interés del empresario, la discusión gira alrededor

de los intereses que subyacen a su actuación en el mercado. A diferencia de los argumentos vinculados con la actividad económica, en este caso están ligados con las particulares inquietudes de la empresa. Por ello la preocupación debe responder a cómo la publicidad comparativa genera perjuicios a la empresa y, particularmente, a los elementos sobre los que es titular. El primero de los casos se vincula con la reputación de la empresa. El segundo con la marca u otros símbolos de identificación.

En cuanto a la reputación de la empresa se ha dicho que la publicidad comparativa interfiere con el honor, la reputación comercial, el crédito o la subsistencia de la empresa en el mercado³⁰. Del mismo modo que el empresario tiene derecho a que su nombre o el de sus productos no sean mencionados por su rival -incluso cuando se dice la verdad-, lo que se traduce en el derecho al anonimato y a que no se agreda su esfera privada³¹. También se ha manifestado que una empresa de menor prestigio podría equipararse con otra de mayor jerarquía puesto que al comparar siempre se aprovecha de la reputación de ésta para resaltar los méritos de aquélla³². Igualmente se ha señalado que detrás de esta clase de anuncios existe la intención de predisponer al competidor y que, por más que se establezcan reglas muy severas sobre lo que se pueda o no manifestar, siempre subyace la denigración y dudas sobre la veracidad y lealtad de los mismos³³. Por último, se ha resaltado que la publicidad comparativa, aunque pueda ser literalmente cierta, realmente no lo es en lo

23. Jerome G. Lee, **Comparative Advertising, Commercial Disparagement and False Advertising**, 71 TMR 620, 621 (1981). **Federal Trade Commission Policy Statement** (en publicidad comparativa), August 13, 1979, 48 USLW 2136. Boddewyn & Marton, **Op. Cit.**, pp. 71-2. Ulf Bernitz & John Draper, **Consumer Protection in Sweden. Legislation, Institutions and Practice**, 2da. Ed., Stockholm, Institutet for Imaterialratt och Marknadsratt, 1981, p. 151. **British Code of Advertising Practice**, Sexta Edición, Abril 1979, Gran Bretaña, Sección 11, pp. 21-2. **Independent Broadcasting Authority**, Gran Bretaña, Mayo de 1981, Sección 20, p. 5. Maurizio Fusi, **Sul Problema della Pubblicità Comparativa**, XXIX RDI 105, 129 (1980).
24. Boddewyn & Marton, **Op. Cit.**, p. 103.
25. Introducción al número dedicado a la publicidad comparativa. 67 TMR 351, 352 (1977).
26. Nancy Griewe, **Antidilution Statutes: A new attack on Comparative advertising**, 72 TMR 178, 198 (1982).
27. Albert Robin & Howard Barnaby, **Comparative Advertising: A Skeptical View**, 67 TMR 358, 365 (1977).
28. Jerome G. Lee, **Op. Cit.**, p. 621.
29. Robin & Barnaby, **Op. Cit.**, p. 364.
30. Gerhard Schricker, **Offentliche Kritik an Gewerblichen Erzeugnissen und Beruflichen Leistungen**, Sonderdruck aus Archiv fur di Civilistische Praxis, 172, Band 2-3, pp. 2-3, Tubingen, Junio de 1972. Werner Janssen, **Recent Legal Developments Abroad in Comparative Advertising**, 69 TMR 397, 429 (1979). Stephen Nye, **In Defense of truthful comparative advertising**, 67 TMR 353, 354 (1977). (Robin & Barnaby, **Op. Cit.**, p. 361. Stewart E. Sterk, **The Law of Comparative Advertising: How much worse is better than great**, 76 Columbia Law Review 80, 82-90 (1976).
31. Gerhard Schricker, **Offentliche Kritik...**, p. 203. Louis Frédéricq, **Traite de Droit Commercial Belge**, T.II, P. 163. Carlos Fernández Novoa, **La publicidad...**, p. 38.
32. J. Joseph, **La publicidad comparativa**, Ponencia en la Conferencia sobre Marcas en la Comunidad Económica Europea, Londres, 8-9 de marzo de 1979. Presentación al número dedicado a la publicidad comparativa, 67 TMR 651, 652 (1977). David I.C. Thomson, **Problems of proof in false comparative product advertising: How gullible is the consumer**, 72 TMR 385, 387 nota 11 (1982).
33. Werner Janssen, **Op. Cit.**, p. 469. Report from the Canadian Bar Association. Special Committee on Comparative Advertising. Marzo 20, 1974, pp. 86-87.

que respecta a su contenido, debido a que ha sido ideada por una persona que sólo tiene interés por enfatizar las fallas del competidor. Por ello, la figura puede ser encuadrada dentro de la denominada "competencia obstruccionista", que es aquélla en la que se formulan juicios negativos sobre la oferta de uno o varios competidores³⁴.

En sentido contrario, se argumenta que en el ámbito de la competencia, una empresa no ocupa una posición inatacable puesto que debe someterse a la crítica dado que ello es parte de las reglas normales de la lucha por el mercado³⁵. Del mismo modo se ha señalado que debido a que la actividad económica no se desarrolla en secreto, las empresas no buscan el anonimato. Por el contrario pretenden la popularidad, lo cual hace que la competencia no sea un asunto privado, sino que afecta a los intereses de la comunidad. En este sentido, el derecho al anonimato desaparece cuando el empresario hace acto de presencia en la lucha concurrencial³⁶. Adicionalmente se afirma que las comparaciones no significan denigración puesto que tan sólo ponen de relieve el derecho de crítica³⁷. Por último se ha puesto de relieve que mediante la publicidad comparativa los empresarios están en situación de difundir más claramente las características de sus productos, lo cual permite que los mismos ingresen rápidamente al mercado³⁸.

En lo que concierne a los argumentos vinculados con el derecho de exclusiva sobre una marca, el debate gira en torno a los alcances del mismo. En otras palabras, consiste en determinar si el derecho de exclusiva confiere al titular de la marca la facultad de prohibir que terceros la utilicen en sus propios anuncios. Sobre el particular se ha argumentado que el propietario de una marca está expuesto a un "riesgo sin garantía" si es que sus competidores tienen la posibilidad de utilizarla en el momento y en la forma que deseen³⁹. Del mismo modo se ha dicho

que una empresa no tiene por qué tolerar que las marcas de sus productos sean mencionadas en la publicidad de sus competidores con el propósito de ensalzar o enaltecer los propios⁴⁰. Del mismo modo que puede generar un deterioro en el "goodwill" del competidor puesto que constituye una apropiación de los frutos de la empresa que se ha esforzado en mejorar la imagen de su marca⁴¹. También que entre otras funciones, la marca sirve para identificar el origen del producto y no la calidad del mismo; por lo que, de variar esta última, puede ocurrir que los consumidores sigan asociando la marca con una calidad anterior⁴². Finalmente se ha dicho que debido al proceso de asociación de imágenes, la publicidad comparativa diluye el poder de venta que posee la marca comparada, dado que encumbra la imagen de la marca que se anuncia⁴³.

Contrariamente se ha afirmado que la publicidad comparativa puede romper el "hipnotismo" de una marca difundida constantemente mediante la publicidad y que el público asocia con un producto que cree que es de mejor calidad⁴⁴. También permite un rápido conocimiento de la marca⁴⁵, además de que no genera confusión puesto que no se enfrentan marcas sino productos. En este sentido quien realiza la publicidad comparativa no le interesa en absoluto promover la confusión. Por el contrario, su intención consiste en distinguir un producto de otro para luego manifestar que uno es mejor o tan bueno como el otro; por ello se afirma que de existir confusión, la comparación sería imposible⁴⁶.

ARGUMENTOS VINCULADOS CON EL CONSUMIDOR

Un tercer grupo de argumentos se vincula con los intereses del consumidor. Parten de la hipótesis de que los consumidores tienen escasos conocimientos del mercado, de allí que, al impulsar las comparaciones se estaría brindando más información sobre las

34. Carlos Fernández Novoa, **La publicidad...**, p. 40.

35. **Ibidem**, p. 39.

36. **Loc. Cit.**

37. Maurizio Fusi, **Op. Cit.**, pp. 111 y ss.

38. David I.C. Thomson, **Op. Cit.**, p. 401.

39. Report from the Canadian Bar Association, p. 86.

40. Argumento conocido como "Hellogoldmotiv". La doctrina se inicia con la sentencia del Tribunal Supremo del Reich de 6 de octubre de 1931. Reichsgericht, 6-10-1931, Hellogold, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1931, 1299 (1311). *Juristische Wochenschrift*, 1931, pp. 339 y ss.

41. Robin & Barnaby, **Op. Cit.**, p. 361.

42. **Ibidem**, p. 365.

43. Nancy Griewe. **Op. Cit.**, pp. 187-9.

44. Stephen Nye, **Op. Cit.**, pp. 356-7.

45. David Thomson, **Op. Cit.**, p. 401.

46. Stephen Nye, **Op. Cit.**, pp. 353-4.

opciones que ellos tienen. En otras palabras, generar una mayor transparencia en el mercado⁴⁷.

Como argumentos a favor se ha señalado que los consumidores están en una mejor situación para juzgar los méritos de los productos y, por lo tanto, hacer una adecuada decisión de compra⁴⁸. Está ligado al derecho a desarrollar la personalidad, obtener una mejor educación y a la libertad de opinión⁴⁹. Es la mejor manera de evitar la publicidad engañosa que se manifiesta a través de comparaciones encubiertas o prohibidas⁵⁰. Existe interés público por la disseminación de información indispensable para lograr inteligentes y bien formadas decisiones de compra⁵¹. Permite una adecuada distribución de los ingresos de la sociedad⁵². Argumento adicional es el que destaca que el consumidor se ve favorecido en la medida que permite el ingreso al mercado de productos de mejor calidad o a menor costo⁵³, además de que expande las posibilidades para escoger⁵⁴. Por último, se ha puesto de relieve que al introducir un nuevo producto al mercado, el consumidor debe pagar el precio de tal publicidad, motivo por el cual no sería justo que pague un mayor precio por un producto igual al que ya existe⁵⁵.

En cuanto a los argumentos en contra se ha dicho que el consumidor debe hacer sus propios juicios⁵⁶. Por más que la publicidad comparativa sea veraz, nunca cumplirá con el mentado propósito de servir a los intereses de los consumidores puesto que siempre brindará un cuadro comparativo incompleto. Así, invariablemente los anunciantes señalan las ventajas del producto anunciado y ninguna de las bondades

del competidor. En definitiva, como la publicidad comparativa no es neutra, serían renuentes a mencionar aspectos desfavorables de sus propios productos⁵⁷. Crea el riesgo de generar más confusión puesto que los datos de unos productos se aplican a otros, de tal forma que los consumidores asocian las afirmaciones vertidas respecto de unos con los del otro⁵⁸. El público puede recordar la publicidad pero a la vez olvida cuál fue el producto anunciado y cuál el comparado⁵⁹, además de que pueden devenir escépticos en relación con los resultados de la comparación⁶⁰. Si el público adquiere un producto con base en la afirmación de que es bueno o mejor que el comparado y, luego, al probarlo, se ve defraudado, puede descargar tal impresión en ambos productos⁶¹. Por último, no es ni menor ni más informativa que la publicidad no comparativa. En todo caso, las encuestas podrían cumplir dicha función⁶².

EVALUACION DE LOS ARGUMENTOS

Una evaluación general de los argumentos ratifica lo expresado al inicio del presente acápite en el sentido de que son antitéticos. Empero, y a manera de resumen se puede afirmar que la publicidad comparativa redundante en favor de la actividad económica, del empresariado y del consumidor respectivamente. En lo que respecta a lo primero, impulsa la competencia y a sus subproductos. Esto es, el avance tecnológico, el incremento en la calidad de los bienes y servicios, la reducción o permanencia de los precios, etc. En relación con lo segundo, los empresarios tienen posibilidades adicionales de difundir más claramente su oferta y generar una rápida entrada de los

47. Carlos Santagata, **Concorrenza Sleale e Trasparenza del Mercato**, Padova, CEDAM, 1979.

48. Memorando explicativo remitido al Consejo de las Comunidades Europeas en torno al Proyecto de Directrices sobre Publicidad Engañosa y Desleal, 1 de mayo de 1978. Antoine Pirovano, **Publicité comparative et Protection des Consommateurs**, Paris, Recueil Dalloz-Sirey, 1974 (Chronique), pp. 279-86. Board of Directors of the American Association of Advertising Agencies, **Policy Statement and Guidelines for Comparative Advertising**, Abril 1974. Ulf Bernitz & John Draper, **Op. Cit.**, pp. 150-1.

49. Werner Janssen, **Op. Cit.**, p. 492.

50. **Loc. Cit.**

51. Nancy Griewe, **Op. Cit.**, pp. 190-1.

52. **Loc. Cit.**

53. **Ibidem.**, p. 112.

54. **Ibidem.**, p. 122.

55. Stephen Nye, **Op. Cit.**, p. 356.

56. Werner Janssen, **Op. Cit.**, pp. 492-3, con cita en 246.

57. **Ibidem.**, pp. 493-4. con Notas 67 y 251 en el mismo.

58. Robin & Barnaby, **Op. Cit.**, p. 362.

59. **Loc. Cit.**

60. Werner Janssen, **Op. Cit.**, p. 427.

61. Robin & Barnaby, **Op. Cit.**, p. 365.

62. William M. Pride, Charles Lamb & Barbara Pletcher, **The Informativeness of Comparative Advertisements: An Empirical Investigation**, 8 Journal of Advertising 29, 35 (1979). Werner Janssen, **Op. Cit.**, p. 429 con nota 193.

productos o servicios en el mercado. Si bien cabe destacar que aparecen problemas en lo que respecta a la noción de exclusividad de una marca, no se estará atentando contra sus principios ordenadores, en la medida que la publicidad se lleve a cabo con base en los requisitos que se analizarán a continuación. En tercer lugar, se destaca el hecho de que los consumidores podrán efectuar decisiones de compra más racionales y verán que se instrumenta su derecho a la información.

Ahora bien, si a pesar de lo expuesto aún se persiste en una posición contraria a la admisibilidad de la publicidad comparativa, se puede afirmar que frente a una situación en la que el interés privado entra en conflicto con el de la colectividad, el interés de la segunda es el que debe primar. En todo caso, el debate queda abierto.

PRESUPUESTO DE LICITUD

A pesar de que los argumentos anteriores se manifiestan en favor de la comparación, ello no basta para que la figura sea lícita en toda la extensión del concepto. Si no se establecieran límites en la forma de presupuestos, todos aquellos razonamientos a favor quedarían diluidos y, contrariamente, los que están en su contra se verían plenamente justificados. En este sentido, si en el ejemplo del detergente se dieran a conocer características inexistentes o no se mencionaran las otras marcas, se estaría desvirtuando la mentada transparencia del mercado, el consumidor no sería informado y el empresario vería reducida su clientela. Por ello, la ausencia de límites haría que la publicidad comparativa violente los intereses por los que precisamente es admitida.

Los referidos requisitos pueden agruparse en dos categorías que, a su vez, contienen dos subcatego-

rías respectivamente. Así, se puede hacer referencia a los requisitos generales, dentro de los que se nota la lealtad y la veracidad. También se habla de los requisitos específicos, dentro de los que se señala que la publicidad comparativa debe versar sobre datos específicos y comprobables⁶³.

En relación con los requisitos generales, la lealtad es una de los más difíciles de determinar. Lo que era desleal hace unos años, hoy puede ser lo contrario. Lo que en una comunidad aparece como contrario a las buenas costumbres comerciales, puede que en otra no ocurra lo mismo. En la disciplina de la represión de la competencia desleal es sumamente difícil sino imposible determinar taxativamente los supuestos de deslealtad, de allí que ella se sustente en una cláusula general prohibitiva que apela a enunciados genéricos tales como las buenas costumbres, los usos honestos o la buena fe o cualquier otra formulación genérica que permita adecuar el caso concreto al tiempo y al espacio⁶⁴. Conceptualmente es muy cercana a la disciplina del abuso del derecho y se expresa también en el ilícito extracontractual. En todo caso, la doctrina y la legislación comparada han consagrado universalmente algunos supuestos típicos de deslealtad. Uno de ellos apunta a que la configuración del anuncio comparativo no debe contener una denigración⁶⁵ o que su tono sea apto para degradar el producto o servicio de la competencia. Por ello se considerará desleal si es que aparecen comentarios de naturaleza personal que no estén vinculados con el negocio⁶⁶; si son exageradamente críticos⁶⁷; si se mencionan exclusivamente las desventajas y especialmente los riesgos del producto del competidor⁶⁸; si se formulan imputaciones o si se difama⁶⁹; si se apela a las emociones⁷⁰ o; si se hacen evaluaciones subjetivas⁷¹.

En lo que respecta al engaño, la publicidad com-

63. El razonamiento se inspira en el artículo 5 del Proyecto de Directrices de la Comunidad Económica Europea sobre Publicidad Engañosa y Desleal, el que reúne magistralmente los presupuestos que deben converger para que un anuncio comparativo pueda considerarse lícito. El texto, en su versión de 1979, es el siguiente: "Sin perjuicio de las leyes... que regulan el uso de marcas, la publicidad comparativa es lícita cuando compara datos esenciales y comprobables y no es engañosa ni desleal". *Journal Officiel* C194/3. 1 de agosto de 1979. **Memorandum to a Concept-directive concerning Misleading an Unfair Advertising**, March 1, 1978. O.J C70/4, March 3, 1978. El tema de la publicidad comparativa no fué incorporado explícitamente en el texto de la Directiva de la CEE. Se dejó a la discreción de cada uno de los Estados Miembros la regulación sobre la materia. Directiva del Consejo 85/450/CEE. D.O. 1984. L250/17 de 10 de setiembre de 1984.
64. Juan Ignacio Font Galán, **Constitución Económica y Derecho de la Competencia**, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 186 y ss. Eduardo Bonasí Benucci, **Atto Illecito e Concorrenza Sleale**, *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, pp. 563-601. Neil W. Aweritt, **The meaning of Unfair Methods of Competition in Section 5 of the Federal Trade Commission Act**, 21 *Boston College Law Review* 227 (1980).
65. Carlos Santagata, **Op. Cit.**, pp. 25-76. Donde se desarrolla extensamente el tema de la represión de la denigración.
66. Anuario de la AIPPI, 1969/III, p. 337.8.
67. Werner Janssen, **Some Foreign...**, p. 496.
68. Ley de Protección al Consumidor de Venezuela de 1974. Artículo 5.
69. México. Reglamento de Publicidad para Bebidas, Alimentos y Medicamentos de 17 de diciembre de 1974. Artículo 24.
70. Bernard Franq, **Rapport International on Question N° 1, Publicité Comparativ**, 25 Congreso de la LICCD, P. 110.
71. **Loc. Cit.**

parativa no debe contener alegación falsa o, expresado en sentido positivo, debe ser veraz. Esta noción está vinculada con el principio de veracidad publicitaria, el mismo que ha cobrado gran importancia dentro de la esfera de la protección al consumidor, máxime si es que uno de los argumentos principales en favor de esta modalidad publicitaria es precisamente que sea informativa⁷². Ahora bien, la determinación del engaño o falsedad de un anuncio es sumamente complejo y esto se debe a que al lado de manifestaciones publicitarias que son concreta e inequívocamente falsas, tales como las que atribuyen a una empresa, mercancías o servicios características o cualidades que no poseen, aparece un cúmulo de anuncios que son contrarios a la verdad en la medida del caso particular. Así por ejemplo, se dan casos en que la probanza se logra únicamente mediante criterios subjetivos (El detergente con el mejor aroma residual). Lo mismo ocurriría con las afirmaciones con hechos objetivamente comprobables pero de difícil probanza (La limpieza de Roma). Por último, aquellas alegaciones que se sustentan en creencias o en opiniones de terceros y que favorecen al anunciante (Nueve de cada diez estrellas de cine prefieren el detergente X).

Como se puede apreciar, la noción de engaño es tan genérica como la de la deslealtad. Sin embargo, se puede afirmar que el engaño estribaría en que los datos que se presenten en el anuncio induzcan a error debido a que son parcialmente ciertos. Del mismo modo, no se debe silenciar datos o brindar información parcialmente exacta. Por último, la totalidad del anuncio debe estructurarse de forma tal que no se deformen los hechos, como sería el caso de una manipulación de estadísticas.

En lo que respecta a los requisitos específicos, se tiene que destacar dos de ellos. De un lado, que la publicidad comparativa debe versar sobre datos esenciales. De otro lado, que tales datos sean comprobables.

En relación con los datos esenciales, este requisito se inspira en el argumento de información al consumidor. En otras palabras, se destaca que la publicidad comparativa debe ser esencialmente informativa

y que, por lo tanto, sería contraproducente que el anunciante haga formulaciones genéricas sin ningún sustento, como sería el caso de un anuncio que diga: "El Detergente X es mejor que el Y". Si bien el detergente X puede ser superior al Y, con lo cual se cumple con el requisito de veracidad; si bien puede que la conformación del anuncio no denigre, con lo que se cumple con el requisito de lealtad; en este caso concreto no se ha brindado ninguna información esencial que permita al consumidor realizar una elección de compra más racional.

Según lo expuesto, lo esencial significa que los datos o información que brinda el anuncio comparativo deben versar sobre datos concretos y nos accidentales⁷³; deben ser relevantes a efectos de la determinación de las características y circunscrito a especificaciones sobre la calidad y componentes de los productos⁷⁴. Además, debe ser significativa en términos del valor y utilidad del producto⁷⁵. Por último, deben ser mensurables⁷⁶. Contrariamente, las comparaciones no pueden sustentarse en ambigüedades ni en insinuaciones puesto que deformarían el propósito para la que se destina⁷⁷. Ella debe hacerse de la manera más sencilla posible, además de ser lo más exacta que se pueda, esto es característica frente a característica, dimensión frente a dimensión o, en líneas generales, una demostración lado a lado⁷⁸.

En cuanto a los datos comprobables, este requisito se vincula con el de veracidad. Debido a ello la comprobación apunta a que, por ejemplo, cuando se habla de la eficacia del detergente, la afirmación se sustente en una evaluación científica de primerísima calidad, la misma que debe ser efectuada con antelación. Esto es, que la comparación no se base en la creencia del anunciante, sino en la certeza de la ocurrencia. Del mismo modo, la evaluación debe ser llevada a cabo por una organización científica imparcial o, en todo caso, siguiendo un método objetivo que permita descubrir las diferencias que se pretende resaltar⁷⁹. En esta hipótesis no se trata de prejuzgar o forzar una conclusión. Por el contrario, la metodología debe ser lo suficientemente clara e inequívoca como para que un tercero llegue a una conclusión similar a la de quien hizo el análisis original.

72. En torno a la noción de engaño ver: Carlos Lema Devesa, **La Regulación de la publicidad engañosa y desleal en el marco de la CEE**, 4 ADI 601, 606 (1977). Del mismo autor, **En torno a la publicidad engañosa**, 4 ADI 293, 298 (1977). Milton Handler, **False and Misleading Advertising**, 39 Yale Law Journal 22 (1929).

73. Carlos Fernández Novoa, **La Publicidad...**, p. 57.

74. Werner Janssen, **Op. Cit.**, p. 496.

75. Jerome G. Lee, **Comparative Advertising, Commercial Disparagement and False Advertising**, 71 TMR 620, 638 (1981).

76. **Loc. Cit.**

77. Werner Janssen, **Recent Legal Developments Abroad in Comparative Advertising**, 69 TMR 397 (1979).

78. **NBC Guidelines on Comparative Advertising**. Enero 16, 1974. Sección 5.

79. Werner Janssen, **Some foreign...**, p. 496. **Guidelines of the American Association of Advertising Agencies (4A)**, Section 6. Igualmente: Federal Trade Commission, **Staff Report on Comparative Performance Information**, HF 5415.2. U5F4.C2, September 1981.