

# Funciones de las marcas y su relación con la figura del consumidor

**Mauricio Olaya Nohra**

Alumno del 9no. ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC. Jefe de prácticas del curso de Derecho de las Obligaciones.

El presente estudio no tiene mayor ambición (y no podría ser de otra manera) que la de transmitir al lector algunos aspectos básicos en torno a las funciones que desempeñan las marcas dentro de aquello que constituye una sociedad de mercado y a los efectos directos o indirectos que dichas funciones generan en la figura del consumidor. El por qué de la referida falta de ambición encuentra su razón de ser en algo que va más allá de las limitaciones de quien escribe estas líneas. La escasa (y no digo nula, con ánimo de no ser injusto con quienes aunque pocos, han realizado meritorios esfuerzos) literatura con que se puede contar en el medio, hace necesario que se empiece realizando la labor del albañil, que con la colocación de las primeras vigas y ladrillos, tratará de sentar las bases del edificio so pretexto del cual otros, qué duda cabe más entendidos, les comentarán sobre la regulación de la propiedad horizontal.

Las marcas, como la gran mayoría de las instituciones jurídicas, presentan dificultades para ser definidas. Esto es una realidad doctrinaria, no obstante que el término sea utilizado muy frecuentemente por todos nosotros, siéndonos con seguridad bastante familiares frases como éstas: ¿qué marca es tu reloj?, ¿esa marca de automóvil es malísima!, ¿has visto la nueva marca de jean que se está publicitando?, etc.

Sin embargo, y aún reconociéndose lo expuesto, generalmente se entiende que una marca es "un signo visible que permite distinguir los bienes y servicios de una empresa de los bienes o servicios de otras empresas". Se añade, además, que "es un bien

incorporal cuyo principal valor reside en el prestigio y la reputación que determinada marca representa"<sup>1</sup>. Así concebida la marca, como un bien intangible, es preciso que éste adquiera una forma sensible: "que se materialice en un envase o en el propio producto, o bien en las correspondientes expresiones publicitarias"<sup>2</sup>. En este sentido podríamos señalar, a manera de ejemplo, que la palabra LAIVE no pudo desde su mera creación haber sido considerada una marca, sino, en tanto ella fue aplicada a algo tangible como lo son los productos lácteos y sus derivados. Fue pues en aquel momento (el de la vinculación de la palabra al producto) que LAIVE dejó de ser una simple palabra (con o sin significado) para pasar a ser considerada una marca.

Si bien es cierto, que, tal como se señala en la definición precitada, las marcas permiten a su titular diferenciar los productos y/o servicios que él ofrece al mercado de todos aquellos similares que pudiesen ofrecer otros agentes económicos; observado el mismo instituto desde la perspectiva de los consumidores, éste "aparece como un instrumento que hace posible la elección de los productos o servicios que, a juicio del consumidor, satisfacen más cumplidamente sus necesidades y exigencias"<sup>3</sup>

Adicionalmente, se destaca un tercer enfoque diverso al del productor y el consumidor y que está dado por la economía, entendida en un sentido general, para la cual el instituto de la marca ayuda a "racionalizar la comercialización de los bienes y servicios"<sup>4</sup>, vale decir, que evita que los consumidores

1. "El papel de la propiedad industrial en la protección de los consumidores" documento de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 1983. Pág. 13.
2. Fernández Novoa, "Fundamentos del Derecho de Marcas", Madrid, 1984, pág 22.
3. Manuel Arean Lalín, "El Cambio de Forma de La Marca", España, 1985, pág XLIX.
4. Documento OMPI, Op Cit, pág 13.

realicen elecciones sobre la base de elementos absolutamente azarosos.

A efectos de resaltar la importancia de las marcas dentro de una economía de mercado, me permitiré efectuar con ustedes un sencillo juego intelectual, comenzando a escribir desde este instante un poco con los ojos cerrados. Imaginemos por un segundo, una sociedad intentando tener una economía de mercado y en la cual no existiesen las marcas. La situación (siguiendo con el caso de LAIVE y refiriéndolo a distinguir mantequilla) sería, se me ocurre, algo como lo que a continuación les paso a comentar.

Nuestro productor (sí, el de la mantequilla LAIVE) acostumbrado a ofrecer su producto a través de cuantiosas campañas publicitarias, se sentiría, tengo la convicción, absolutamente trastornado, puesto que no sabría como encontrar un mecanismo a través del cual pueda publicitar que de las diversas mantequillas que existen en el mercado, la suya es la que reúne las mejores condiciones. ¿Cómo podrían los consumidores reconocerla entre todas las otras mantequillas si ninguna tiene algún signo distintivo que las diferencie?

Quizás la única fórmula que idearía, a efectos de seguir incentivando en los consumidores la adquisición de mantequilla, sería la de publicitar al consumo del producto en general a través de réclames que induzcan simplemente a consumir mantequilla. Esto, como es fácil advertir, beneficiaría a todos sus competidores (productores de CREMA DE ORO, DORINA, LA DANESA, SELLO DE ORO, etc.) los cuales llegarían a la lógica conclusión de que no tienen por qué pensar en gastos de publicidad, por cuanto existe un sujeto que se está encargando de aquello (y es que mantequilla es lo que todos producimos y no hay forma de diferenciarlos).

Obviamente, nuestro productor de LAIVE tendría que dejar de hacer publicidad ya que de otra manera sus costos se incrementarían (puesto que la publicidad no la regalan) y su precio de venta, en consecuencia, probablemente tendría que ser mayor que el de sus competidores que no incorporarían a su estructura de costos los gastos de publicidad.

Así pues, a nuestro ansioso amigo no le quedaría otra cosa que abrir una tienda y, parado fuera de ella, a voz en cuello, invitar al público a que pase y compre SU mantequilla (al estilo de los mercaderes de plazas en la Edad Media), ya que, sería ésta la única manera de decirle a la gente que compre mantequilla, pero no cualquiera, sino aquella que él tiene en su local y que posee determinadas cualidades (calidad) de las cuales carecen las demás mantequillas que se ofrecen en el mercado.

Observamos, pues, sin necesidad que tengamos que ser entendidos en la materia, que no po-

driamos estar hablando en serio, puesto que, sería imposible tener una sociedad de mercado manejándose en dichos términos. Un mercado estático sin el menor dinamismo. Sería la antítesis misma del mercado modernamente concebido.

Pero, olvidemos un momento a nuestro atormentado productor y veamos qué sucedería con el consumidor. Aquel consumidor que requiere distinguir entre las diversas mantequillas con la finalidad de realizar su mejor elección. ¡Claro! con las marcas era sencillo (asumiendo una información perfecta y una publicidad correcta) ya que publicitada la mantequilla LAIVE y señalada verazmente su calidad, nuestro consumidor realizaría la comparación respectiva con las demás marcas y procedería luego a efectuar su elección. Este acto no requeriría repetirlo continuamente, salvo que, las circunstancias sufran alguna modificación. Mas, si no existiesen las marcas, el consumidor no podría efectuar elección alguna, quedando al azar cuando vaya al supermercado, la posibilidad de reconocer cuál de todas las mantequillas que se le ofrecen sería la que tuvo oportunidad de consumir el día anterior y que le había agradado. Así, quizás tenga que probarlas una por una hasta dar con aquella que busca si es que tiene la suerte que la vendan allí. Caso contrario, tendría que comprar cualquiera, o, de ser persistente, seguir probablemente caminando de tienda en tienda, y quién sabe algún día pase por el local de nuestro productor de mantequilla (el de nuestra historia) quien a voz en cuello lo invite a adquirir su producto, cosa que quizás acepte nuestro algo ya cansado pero siempre positivo consumidor, quien al degustar la mercadería ofrecida, casi con lágrimas en los ojos, abraza al productor y exclame: ¡por fin!

Vemos pues, como algo que aparentemente es muy cotidiano y se presenta ante nosotros de una manera sumamente natural, tiene una importancia neurálgica por cuanto constituye el medio más adecuado (al menos hasta hoy) para que dentro de una sociedad de mercado, los diversos agentes económicos puedan ofrecer sus productos y/o servicios en diversos lugares y grandes cantidades, de manera que se distingan de aquellos productos y/o servicios similares que ofrezcan sus competidores, siendo posible entonces, que en base a dicha distinción, y de acuerdo a su propio criterio, el consumidor opte por aquel producto y/o servicio que se acomode mejor a sus expectativas. Aquí pues, surgirá la publicidad, que no estará destinada a incentivar el consumo del producto en general sino de tal o cual marca de producto y/o servicio en base a tales y cuales consideraciones que el titular de la marca se encargará de resaltar, debiendo hacerlo con veracidad, ya que caso contrario, y de dar una información imprecisa, incorrecta o falsa, podría originar toma de decisiones ineficientes por parte del consumidor.

Doctrinariamente<sup>5</sup> existe un relativo consenso en señalar como funciones esenciales de las marcas, las siguientes:

- a) función distintiva o diferenciadora;
- b) función indicadora de origen o de procedencia;
- c) función indicadora de calidad o de garantía; y
- d) función de publicidad o de propaganda.

A continuación pasaremos a desarrollar cada una de estas funciones.

a) Función distintiva o diferenciadora: siguiendo a Bertone y Cabanellas<sup>6</sup> podemos señalar el reconocimiento que la doctrina y la jurisprudencia hacen de esta función. Así, Baumbach y Hefermehl sostienen que "es la función básica que cada marca debe cumplir como medio para identificar una mercadería o servicio". Alvarez Soberanis indica que "la función principal de la marca es la de identificar el producto o servicio con la finalidad concreta de instrumentar su comercialización en el mercado". Para Franceschelli, "la función distintiva se ha convertido en la condición central de la marca en sí misma".

En tal sentido, y al establecer la referida función, quedará entendido que las marcas que se apliquen a determinados productos y/o servicios, no deberán ser iguales ni asemejarse de una manera tal que pudiesen inducir a confusión, con respecto a las marcas utilizadas por otra empresa para distinguir productos y/o servicios similares. Siguiendo con el ejemplo que venimos trabajando, de existir previamente la marca LAIVE para distinguir productos lácteos, no podríamos considerar luego como marca de mantequilla, las palabras LAIWE, LAYVE, LLAIVE, etc., por cuanto como bien señala Jorge Otamendi<sup>7</sup> "si el signo en cuestión no es apto para distinguir un producto o un servicio de otros, entonces no podrá ser marca".

En los casos señalados (en otros podría ser menos evidente) es claro que los términos referidos no cumplirían con la función de distinguir mantequilla con respecto a LAIVE, pudiendo en consecuencia confundir al consumidor. Es así como esta primera y esencial función de las marcas tiene un efecto casi directo en la protección del público ya que "al distinguir determinados artículos o productos, constituye a

la vez un instrumento de protección, no sólo para sus dueños sino también para los compradores"<sup>8</sup>.

b) Función indicadora de origen: esta función está íntimamente relacionada con la función diferenciadora. Tradicionalmente se entendió que la marca identificaba el origen del producto. Asimismo "servía para que el público supiera quiénes eran los fabricantes de cada producto"<sup>9</sup>. Hoy en día este concepto ha quedado superado. Ya no significa que, al indicar la procedencia, la marca deba identificar necesariamente el nombre o domicilio del titular. No obstante y es allí donde apunta esta función, el consumidor ha de poder confiar que los productos o servicios distinguidos con determinada marca tienen la misma procedencia que han tenido los demás similares distinguidos con la misma marca. Debemos aclarar sin embargo, que la procedencia deberá comprenderse bien sea porque "son originarias de la misma empresa o porque existe una estrecha relación entre las respectivas empresas en que tienen su origen (por ejemplo, una relación de licenciente y licenciario)"<sup>10</sup>.

En tal sentido el consumidor de mantequilla LAIVE confiará que si en el mercado se ofrecen quesos LAIVE, estos tendrán la misma procedencia que la mantequilla. Cabe destacar, sin embargo, que en sistemas como el derecho argentino en que se permite la libertad de cesión de la marca, esta función se ve mediatizada, ya que se elimina el requisito de que quien la utilice sea el titular original de la misma, o alguna persona directamente vinculada con él.

c) Función indicadora de calidad: esta función se refiere a "una constancia respecto del nivel acostumbrado de calidad de los productos o servicios ofrecidos con la marca....Se da por supuesto que se espera cierto grado razonable de constancia de la calidad de los productos o servicios vendidos con una marca determinada, basado principalmente en el prestigio y reputación de la marca"<sup>11</sup>.

En este sentido debemos señalar que el prestigio da al consumidor un elemento de juicio importante a efectos de realizar la elección entre productos o servicios competidores, esencialmente en el caso de

5. Jorge Otamendi, "Derecho de Marcas", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989.

- OMPI, Op. Cit.

- David Rangel Medina, Tratado de Derecho Marcario, México D.F., 1960.

6. Jorge Otamendi, Op. Cit. Pág 9.

- Buena Ventura Pellise, "Marca", Editorial Francisco Seix S.A., Barcelona, 1974, pág 5-6.

7. Jorge Otamendi, Op. Cit. pág 10

8. Luis Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas de las Cuevas, "Derecho de Marcas", tomo I, Editorial Eliasta S.R.L, Argentina, 1989.

9. Jorge Otamendi, Op. Cit, pág 8.

10. OMPI, Op. Cit., pág 14.

11. OMPI, Op. Cit., pág 14.

los bienes de consumo cuya calidad no puede ser evaluada sino hasta después de su uso.

Así tendremos que nuestro consumidor de mantequilla LAIVE confiará al momento de ir al supermercado, en la calidad del producto que adquirirá, que de no mantenerse, podría llevar a nuestro consumidor a realizar una elección no racional y eventualmente ineficiente.

d) Función de publicidad: en relación con esta función debemos volver a destacar que la marca es el "único nexo que existe entre el consumidor del producto o el servicio y su titular"<sup>12</sup>.

Es así que las marcas sirven de ayuda a estos últimos, a efectos de "estimular y conservar la demanda de los consumidores y, simultáneamente, sirve para informar al consumidor sobre los productos o servicios de que dispone en el mercado"<sup>13</sup>. Siendo ésta la situación, demás está indicar la no posibilidad de realización de una publicidad falsa o engañosa.

Continuando con el ejemplo inicial, el consumidor estará en facultad de conocer que dentro del mercado existen diversas marcas y que cada una de éstas, le ofrece tales y cuales beneficios obteniendo con ello la información necesaria con la cual pueda realizar la elección más adecuada.

**SEVENSA SA**

LAS CAMELIAS 780  
SAN ISIDRO  
☎ 40-2120 FAX 40-2331

REPRESENTANTE EXCLUSIVO  
EN EL PERU DE:  
AMERICAN NATURAL SODA ASH CORP. (USA)

**ANSAC**

PROVEEDORES DE CARBONATO DE SODIO

12. Jorge Otamendi, Op. Cit. pág 10.

13. OMPI, Op. Cit., pág 16.