

# DE LA PUBLICIDAD Y OTROS DEMONIOS\*

Jose A. Delmar  
Abogado.  
Pontificia Universidad  
Católica del Perú.

*"Los investigadores no han encontrado todavía una manera de cuantificar la eficacia de la emoción, pero yo he llegado a creer que los anuncios publicitarios con gran contenido de nostalgia, encanto, y hasta sentimentalismo, pueden ser enormemente eficaces... y me apresuro a agregar que los consumidores necesitan una excusa racional para justificar sus decisiones emocionales"*

David Ogilvy\*\*

*En una economía de libre mercado, en que las empresas muchas veces ofrecen productos similares - cuando no idénticos-, el uso de la publicidad para captar un mayor número de clientes, diferenciándose de la competencia se vuelve cada vez más importante. Sin embargo la publicidad muchas veces es utilizada no sólo para cumplir con sus clásicos fines de informar y persuadir, sino para desprestigiar a la competencia o aprovecharse de su reputación. Así, un marco legal que regule la publicidad comparativa y el uso de marcas parece ser un tema susceptible de ponerse cuanto antes sobre el tapete.*

*El autor, tras darnos una visión más amplia que la tradicionalmente aceptada sobre la publicidad, analiza las cuotas, normas y conceptos de la misma, buscando presentar al lector una nueva interpretación que le permita obtener una visión menos limitada del fenómeno.*

El presente artículo trata sobre la publicidad, centrándose en particular sobre la publicidad comparativa, el aprovechamiento de la reputación ajena y el uso indebido de marcas, entre otros temas. Al redactar este artículo pretendo que el lector advierta la necesidad, casi urgencia, de tender hacia una lectura diferente del Derecho. En este sentido, intento bosquejar una manera (la mía) de escapar a la sequedad proveniente de contemplar reiteradamente la interpretación que se viene efectuando de ciertas normas jurídicas. Trágicamente, pareciera que esa sensación, que sigilosamente se va empozando, no nos preocupa; y esto ocurre, según creo, por la comodidad y contento que nos produce conocer o intuir el contenido y los límites de un sistema que, entonces, pareciera haberse creado sólo con tal fin.

Si el presente artículo genera suficiente inquietud en el lector como para lograr que se aleje, siquiera por un instante, de la lectura y ejercicio usuales del Derecho, entonces habrá cumplido su objetivo.

\* Naturalmente, a los buenos amigos.

\*\* OGILVY, David, *Ogilvy on Advertising*, Nueva York; Crown, 1983, página 109. Citado por John Philip Jones, *Cuando la publicidad funciona. Nuevas pruebas de que anunciar dispara las ventas*, Grupo Editorial Norma, 1997, 101.

Desde la perspectiva del Derecho, el tema de la publicidad ha sido abordado ya por un importante número de autores.<sup>1</sup> No obstante, parecen ser pocos los que han logrado escapar del marco de lo jurídico al momento de analizar las normas que se relacionan con esta materia. Tal es el reto que me he impuesto en el presente artículo.

Teniendo presente lo anterior, sin embargo, me encuentro con una primera dificultad derivada del hecho de que la publicidad, es una disciplina cuyos múltiples linderos son difíciles de abarcar en un solo golpe de vista. Por ello, me he visto forzado, en este primer ejercicio, a limitar el campo de mi análisis al tema de la publicidad comparativa.

De todas formas, confío en que el lector encontrará interesante esta primera aproximación, por cuanto, como verá luego, el investigar el tema de la publicidad comparativa no sólo nos conduce casi de la mano hacia temas de otras disciplinas vinculadas, tales como la competencia desleal o el derecho de marcas, sino que nos fuerza además a desarrollar un análisis, del cual aquí sólo se efectuará un esbozo, respecto de la forma en la cual los consumidores perciben los anuncios y la persuasión que éstos pueden (y de hecho logran) ejercer sobre ellos. Creo que ser conscientes de esto, al margen de si decidimos o podemos adoptar alguna medida tendiente a cambiar la situación, resultará sumamente provechoso.

### Primera reflexión sobre la publicidad

Sánchez Guzmán nos proporciona una visión interesante de la publicidad al explicarnos que ésta “es un proceso complejo de comunicaciones a través del cual se emiten mensajes motivantes a un receptor mediante unos canales de difusión seleccionados.”<sup>2,3</sup>

La definición anterior me sugiere una serie de preguntas. ¿Qué significa aquello de emitir mensajes “motivantes”? ¿Acaso la publicidad puede fomentar el consumo de un determinado producto? ¿Qué importancia tienen, en este proceso de motivación, los canales de difusión (aparentemente tendrían una muy grande toda vez que el autor citado los incorpora en su definición)? Finalmente, ¿cómo influyen en este proceso las especiales características o el grado de sofisticación de los consumidores (receptores del mensaje publicitario)? En las líneas que siguen trataremos, muy brevemente, de dar respuesta a éstas y otras interrogantes.

### La publicidad como actividad interdisciplinaria

Estimo que para cualquier lector es claro que la publicidad ha evolucionado significativamente en los últimos años. Al margen de la cada vez mayor importancia económica que tiene esta actividad (saque el lector sus propias conclusiones respecto

<sup>1</sup> Creo que es conveniente, por el hecho de haber sido consultados para la elaboración del presente artículo, mencionar a algunos. Así, PASQUAU LIANO, Miguel, El Control Jurídico de la Actividad Publicitaria. Comentario al artículo 8° de la Ley 26/1984. En: Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios Española, BERCOVITZ, Rodrigo y SALAS, Javier, Coordinadores, Civitas, 1992; ARACAMA ZORRAQUÍN, Ernesto, Medios Disuntivos y Publicidad Comparativa en el Derecho Argentino, En: Actas de Derecho Industrial, Instituto de Derecho Industrial de la Universidad Santiago de Compostela, Tomo 13, Año 1989-1990; HARTMAN, Steven H. *Subliminal Confusion: The Misappropriation of Advertising Value*. En: *The Trademark Reporter*, Volumen 78, Número 4, julio-agosto 1988; FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos, La Interpretación Jurídica de las Expresiones Publicitarias. Introducción al estudio de los principios generales de la publicidad, En: Estudios de Derecho de la Publicidad, Homenaje a la Facultad de Derecho ó autor Dr. Carlos Fernández-Novoa, Universidad Santiago de Compostela, 1989; DÍAZ RUIZ, Emilio, Competencia Desleal a través de la Publicidad Comparativa, En: Revista de Derecho Mercantil, Número 215, Enero-Marzo 1995; PÉREZ, Rafael A., El Concepto Jurídico de la Publicidad, Ponencia efectuada en las Jornadas de Derecho de la Publicidad y publicada por el Instituto Nacional de la Publicidad, Madrid, 1980; TATO PLAZA, Anxo, Publicidad Comparativa y movimiento de defensa de los consumidores en el derecho comparado, En: Revista de Derecho Mercantil, Número 206, Año 1992; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Publicidad y Consumidores, En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, número 5, enero-abril 1994; GARRIGUES, Joaquín, Publicidad y Competencia Ilícita, Temas de Derecho Vivo, Editorial Tecnos, Madrid, 1978; entre otros.

<sup>2</sup> SANCHEZ GUZMAN, José Ramón, Teoría de la Publicidad, Editorial Tecnos S.A., 1993, página 79. Esta definición, que se estructura sobre la base de entender a la publicidad como un fenómeno comunicativo, no es, sin embargo, la única que hace alusión a la función netamente motivadora de la publicidad. Así, SEYFERT define a la publicidad como aquella “forma de influir que pretende sugerir la aceptación, el cumplimiento, la divulgación del fin ofrecido en ella misma”. Por su parte, STARCH sostiene que la publicidad es un “ofrecimiento de una propuesta pagada por personas o empresas que se dan a conocer, destinada a influir en la opinión o en la actitud de aquellos a quienes se dirige el mensaje”. Para LALOIRE, la publicidad es el “conjunto de medios adecuados para impresionar al público con vistas a la venta de un producto o la utilización de un servicio” mientras que, para DURÁN, la publicidad es el “fenómeno a través del cual alguien intenta comunicar algo a un conjunto de personas, que llamaremos población objetiva, con objeto de persuadirles a actuar en un sentido determinado”. Estas y otras definiciones acerca de la publicidad pueden ser consultadas en el trabajo de DÍEZ DE CASTRO, Enrique Carlos y ARMARIO, Enrique Martín, Planificación Publicitaria, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1993.

<sup>3</sup> En nuestra legislación no existe, a diferencia de lo que ocurre en la legislación española, por ejemplo, una definición de “publicidad”. En efecto, el Decreto Legislativo 691 utiliza la palabra “publicidad” sin definirla y dándole, en cada caso, connotaciones diversas. Por el contrario, el artículo 2 de la Ley 34/1988, Ley General de Publicidad Española señala que, a los efectos de la Ley, se entiende por

del monto que ciertas empresas invierten en publicidad apreciando cuántos anuncios de una determinada empresa ha visto en el día), es particularmente interesante advertir la tan sorprendente como inusitada variedad de formas a través de las cuales los mensajes publicitarios nos alcanzan a diario.<sup>4</sup>

En el mismo sentido, recuérdese la cada vez mayor importancia que, dentro de los mensajes publicitarios, vienen ocupando factores ajenos a aquello que se connota. En efecto, tan o más importante que las especiales características del producto que se anuncia resulta siendo la manera particular en que dicho producto es anunciado.

La evolución de la publicidad a la cual aludimos, y de la cual somos testigos todos los días (para nuestro desconcierto, enfado o deleite, según nuestro humor de turno y las especiales características del anuncio) se apoya, sin lugar a dudas, en las relaciones que mantiene esta disciplina con otras de las cuales extrae los elementos y métodos de investigación más importantes, a fin de construir, sobre ellos, sus propios elementos y métodos.

Así, ha sido un factor fundamental para el desarrollo de la publicidad, y para su caracterización por algunos como disciplina científica, su interrelación con la Psicología, la Sociología, la Lingüística y la Economía. Además, cabe considerar, como resalta Sánchez Guzmán, que "al desarrollar la publicidad sus propios procedimientos tras su intromisión en las disciplinas científicas que le interesan, establece con ellas una relación dialéctica de enriquecimiento mutuo".<sup>5</sup>

La convergencia de tantas disciplinas alrededor de un solo tema no encontraría justificación alguna si asumiésemos que la publicidad tiene como propósito único o fundamental reducir los costos de búsqueda de los consumidores. Si bien no puedo dejar de reconocer que éste es un efecto importante del mensaje publicitario, no me atrevería a desligarlo del efecto persuasivo que dicho mensaje también posee y, menos aún, a incidir en dicho aspecto de tal modo que parezca que es la principal función de la publicidad en general.<sup>6</sup>

En mi opinión, la publicidad tiene, persigue, en grados diferentes y según el caso concreto, dos funciones o propósitos fundamentales: informar y persuadir a los consumidores.<sup>7</sup>

La función informativa de la publicidad se pone claramente de manifiesto, por ejemplo, cuando un determinado productor pretende colocar en el mercado un producto nuevo. En tal supuesto, la publicidad constituye, efectivamente, el mecanismo más eficiente para informar a los consumidores de la existencia de una alternativa diferente de consumo.

Sin embargo, es claro que la segunda de las funciones de la publicidad es la más importante, siendo, además la que, ha gestado el acercamiento de la publicidad a otras disciplinas. Y es que convencer, persuadir, encauzar al consumidor hacia la adquisición del producto objeto del anuncio constituye, en mi opinión, la quintaesencia de la publicidad, tanto así que el desarrollo alcanzado por esta disciplina no se explica sin la necesidad vehemente de alcanzar dicha finalidad.

publicidad "Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones". Algunos comentarios interesantes respecto de la Ley, y en especial respecto de este artículo, pueden ubicarse en CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto, Comentarios a la Ley de Publicidad, Bosch Casa Editorial, S.A., 1993, páginas 25 a 34. Otras definiciones que, en legislación comparada se ha dado al término publicidad, pueden ser consultadas en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Ob. Cit., páginas 71 a 74.

<sup>4</sup> AAKER y MYERS hacen referencia a dos estudios sumamente interesantes respecto a la cantidad de anuncios que recibimos en un día. El primero de tales estudios arrojó como resultado que nos encontramos expuestos a 560 anuncios al día mientras que el segundo indicó que este número era, en realidad, de 300. Como sea, el número es considerable. Sin embargo, como podrá intuir el lector, sólo una pequeña porción de tales anuncios penetran en nuestra mente ya que la "atención" (palabra que alude a una etapa dentro del proceso cognitivo humano) actúa como filtro que controla la cantidad y la naturaleza de la información que recibimos. Como señala DURÁN, "la atención consiste fundamentalmente en una fijación, es decir, en preparar la mente para responder a los estímulos que se le presenten." DURÁN, A., Psicología de la publicidad y de la venta, Barcelona, CBAC, 1982, páginas 72-73; citado por DÍEZ DE CASTRO, Enrique C. y ARMARIO, Enrique M., Ob. Cit., página 398.

<sup>5</sup> SÁNCHEZ GUZMÁN, José Ramón, Ob. Cit., página 42.

<sup>6</sup> En este sentido, afirmaciones como: "La publicidad es el medio principal mediante el cual el productor informa al consumidor sobre las cualidades de su producto, proporcionándoles los datos requeridos para efectuar decisiones de mercado", de Alberto Rebaza, pueden sonar demasiado sesgadas o inexactas. Véase, REBAZA TORRES, Alberto, ¡No me defiendas compadre! Los efectos económicos de la intervención del Estado en materia de publicidad y protección al consumidor. En: Themis, Número 32, año 1995, página 30.

<sup>7</sup> En esta primera parte efectuamos un primer acercamiento al tema. La discusión acerca de la doble naturaleza de la publicidad será retomada en la segunda parte del presente artículo cuando hablemos de la publicidad comparativa.

Quizá resulte interesante citar a Vanzetti quien, al respecto, sostiene apasionadamente que "el Derecho del Consumidor a recibir una información adecuada que le permita hacer elecciones bien fundadas se vulnera sistemáticamente mediante las distintas técnicas de comunicación (difusión, divulgación) y en especial las publicitarias, llenas de sugestión pero escasas de información, encaminadas a la persuasión, como mecanismos motivantes e incentivadores del consumo, incluso más allá de la satisfacción de necesidades. La publicidad se ha convertido, lisa y llanamente, en la industria de la persuasión."<sup>8</sup>

La publicidad es, sin lugar a dudas, uno de los instrumentos o mecanismos de persuasión (o de manipulación, visto desde otra perspectiva) más eficaces que conozco. En contra de la anterior afirmación alguien podría alegar que la capacidad del ser humano para asociar ideas es infinita y, por lo tanto, la sugestión del anuncio, o la intención de conducir a los consumidores hacia determinada asociación (producto-atributo), no necesariamente se concretará. Podrá indicarse, asimismo, que no debe subestimarse la capacidad del consumidor para reconocer y, consecuentemente, protegerse de la pretendida manipulación. Finalmente, podría sugerirse que el consumidor, mientras más sofisticado sea, menos expuesto se encontrará a la persuasión producida por la publicidad<sup>9</sup> y, en todo caso, si no es lo suficientemente diligente como para adoptar una decisión de consumo basada estrictamente en consideraciones racionales, no merece ser tutelado por el Derecho.

En mi opinión, tales argumentos son errados. Y estimo que ello es así, porque tales argumentos no han reparado que la manipulación que efectúa la

publicidad no actúa sobre la esfera racional del consumidor. Debido a ello, la asociación que en la mente del consumidor se produce entre un determinado producto y una particular característica o atributo no es algo sobre lo cual éste pueda ejercer alguna clase de control.<sup>10</sup>

Particularmente ilustrativas son las palabras de Sánchez Guzmán, quien nos recuerda que si bien no existen leyes que expliquen cuál va a ser la reacción del consumidor ante un mensaje publicitario sí existe, por el contrario, la probabilidad de que, dada la tendencia del individuo a seguir la pauta que marque el grupo y dada la estabilidad de la conducta de éstos, el mensaje provoque una reacción determinada en el grupo y, por derivación, en el consumidor individual. Esta reacción, por supuesto, es ajena a la voluntad del consumidor.

El mismo autor, en un esfuerzo por justificar la naturaleza de disciplina científica de la publicidad, señala que "la concepción puramente artística de la publicidad (que la convierte en técnica) o su carácter imaginativo (que la hace depender de la personalidad creadora del individuo) resultan rebasados cuando son objeto de planteamientos científicos apoyados en el cálculo de probabilidades para poder pronosticar el resultado de su actividad con el mínimo error posible."<sup>11</sup>

La publicidad, al relacionarse con otras disciplinas, ha encontrado mecanismos a través de los cuales alcanzar al consumidor, motivarlo, inducirlo a efectuar asociaciones deseadas, entre otras cosas. En definitiva, la publicidad puede influir en el consumidor de modo tal que, al momento de adoptar su decisión de consumo, tome en consideración atribu-

<sup>8</sup> VANZETTI, Adriano, *La repressione della pubblicità "menzognera"*, En: *Rivista di Diritto Civile*, anno X, Cedam, Padova, 1964-1-589, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Ob. Cit., página 67. Puede cotejarse, adicionalmente, lo señalado por DURANDIN, Guy: "El papel de la propaganda y la publicidad es ejercer una influencia sobre los individuos y grupos a los que se dirigen: por ejemplo, en materia de propaganda, conseguir que se apoye a un candidato, lograr adhesión a un partido, despertar ardor para el combate; en publicidad, hacer comprar un producto, obtener una suscripción, etcétera." DURANDIN, Guy, *La mentira en la propaganda política y en la publicidad*, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Barcelona, 1995, página 21. Existen autores como FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, Ob. Cit., página 58, quienes no comparten tal afirmación y, por el contrario, se pronuncian a favor de una comunión equilibrada de ambas funciones.

<sup>9</sup> Esto es sostenido, ciertamente con tal amplitud, por GHIDINI, Gustavo, *La réclame menzognera come atto di concorrenza sleale*, En: *Rivista di Diritto Civile*, anno XIII, Cedam, Padova, 1967-1-406, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Ob. Cit., página 67. Al respecto, el indicado autor sostiene que la eficacia persuasiva de la publicidad es, como regla, directamente proporcional a la escasez de información.

<sup>10</sup> Habrá que aclarar, por cierto, que para que la publicidad pueda alcanzar este efecto persuasivo, primero ha de poder captar la atención del consumidor que, según hemos visto en una nota precedente, actúa como un filtro a los múltiples estímulos que, por el hecho de vivir en sociedad, recibimos a diario. En este sentido, DIEZ DE CASTRO, Enrique Carlos y ARMARIO, Enrique Martín, Ob. Cit., página 398.

<sup>11</sup> SÁNCHEZ GUZMÁN, José Ramón, Ob. Cit., página 41.



tos que no necesariamente se desprenden de las características objetivas del producto.<sup>12,13</sup>

Lo dicho hasta ahora no tiene connotación alguna (ni positiva ni negativa). Y es que, en principio, no encuentro nada de malo en el hecho de que un productor desee que los consumidores asocien su producto con algún atributo que haga del mismo algo deseable (y por lo tanto vendible). De hecho, no me imagino a nadie comprando algo porque le parece feo o desagradable. Se trata, pues, de generar en los consumidores la idea de que aquello que van a comprar les generará determinada clase de satisfacción, cualquiera que ésta sea (esto resulta de fundamental importancia para aquellos supuestos en los cuales el consumidor no hubiese probado antes el producto).

Sin embargo, como veremos adelante, existen algunos casos en los cuales la comentada intención del productor no se materializa o traduce en un esfuerzo creativo sino en un intento por apropiarse de atributos positivos ya asociados (sobre la base de una importante inversión publicitaria, por ejemplo) con un producto determinado (como ocurre en ciertos supuestos de publicidad comparativa).

Dichos casos serán analizados en la segunda parte del presente artículo. Por el momento, me parece oportuno dedicar unas cuantas líneas más a desarrollar el tema de la estrecha vinculación que existe entre la publicidad y la psicología, a fin de que pueda percibirse con claridad cómo la primera hace uso de la segunda a fin de alcanzar el objetivo de persuasión anotado.

## El carácter persuasivo del mensaje publicitario

En el punto precedente he hablado acerca de la función persuasiva de la publicidad y, al hacerlo, he anotado algunas ideas acerca de la vinculación que dicha disciplina tiene con otra de la cual, a todas luces, se alimenta. Me refiero a la Psicología.

Siguiendo esta línea, creo que el hecho de apreciar que la publicidad procura persuadir al consumidor pone de manifiesto, de modo inmediato e irrefutable, la existencia de una íntima vinculación entre tal disciplina y la Psicología. Redactar un texto publicitario, por poner un ejemplo, requiere el conocimiento de los principios psicológicos involucrados en el proceso de persuasión comercial.<sup>14</sup>

Y claro, como bien afirma Sánchez Guzmán, la publicidad, de modo genérico, ha de tener siempre en cuenta los procesos mentales de la atención, la percepción, la memoria, el recuerdo, la imaginación y la sugestión, así como el origen y formas de modificación de la conducta y la actitud del ser humano para lograr que sus mensajes produzcan el efecto deseado.

El citado autor señala que "La Psicología y, en particular, el psicoanálisis, han permitido a la publicidad avanzar en el terreno científico creando las bases de su más genuina parcela del conocimiento -la investigación motivacional- y de la característica contemporánea más acusada del mensaje publicitario -la sugestión-"<sup>15</sup>.

Encontrándose la psicología y la publicidad tan relacionadas, no es coincidencia que, dentro del

<sup>12</sup> Dichas características pueden ser incorporadas en análisis como los que efectúa la escuela de Análisis Económico del Derecho (aunque no estoy seguro de la precisión que puedan alcanzar los mismos). Véase, por ejemplo, LANDES, William M. y POSNER, Richard A., *El Contenido Económico del Derecho de Marcas*, En: *Ius et Veritas* N° 13, año VII, páginas 71 y siguientes. En este sentido, creo que resulta sumamente gráfico el reproducir un párrafo del referido texto en el cual, reflexionando acerca de la protección de las marcas, LANDES y POSNER terminan hablando de la motivación de los consumidores. Así, señalan que: "La última razón económica para la protección de las marcas, sobre la base de la dilución, se relaciona con las copias baratas y es sugerida por Higgins y Rubbin, quienes notan que "muchas personas compran productos de marca para demostrar a otras personas que son consumidores de dichos productos en particular" -en otras palabras, para impresionar al resto. Higgins y Rubbin tratan esto como una pura preferencia de consumo, pero nosotros preferimos verla como una inversión en capital de reputación. Así como las personas esconden sus indeseables características a fin de crear o proteger su capital, ostentan sus características deseables a fin de desarrollarlo. Las personas se publicitan a sí mismas (tanto como los vendedores publicitan sus productos) usando ropas, joyas o accesorios que dicen al mundo que son personas de gusto refinado (o rimbombante) o de altos ingresos. Si otros pueden comprar y vestir copias baratas, la "señal" que emiten los compradores de los originales se verá empañada". Cita de la página 98.

<sup>13</sup> Algo más sobre el carácter persuasivo de la publicidad. Numerosos estudios han demostrado cómo la publicidad difundida a través de medios de comunicación masivos no sólo sirve para reforzar las ideas o actitudes iniciales de los receptores (esta hipótesis, denominada "del refuerzo", fue desarrollada a mediados de la década del '40) sino que puede llegar a producir incluso un cambio de los mismos. Véase al respecto el excelente trabajo de CLEMENTE, Miguel y SANTALLA, Zuleyma, *El documento persuasivo. Análisis de contenido de la publicidad*, Ediciones Deusto, S.A., Bilbao, 1991.

<sup>14</sup> Véase SÁNCHEZ GUZMÁN, José Ramón, *Ob. Cit.*, página 42.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

ámbito de la primera, haya surgido una rama de especialización a la cual se ha denominado "psicología social publicitaria" mientras que, en el terreno de la segunda, ante la necesidad de que los anuncios tengan cada vez un mayor efecto persuasivo, se haya iniciado (hace algún tiempo ya) el reclutamiento de profesionales especializados precisamente en esta materia y, como es obvio, los psicólogos son los que mejor preparados se encuentran para tal fin. Creo que ésta es una valiosa prueba de cómo la interacción de diferentes disciplinas puede constituir una eficaz manera de resolver necesidades comunes.

Son pues los psicólogos quienes han efectuado importantes contribuciones a la publicidad al proporcionar importantes explicaciones acerca del comportamiento humano. El entendimiento de los procesos cognitivos ha resultado de vital importancia para la adecuada construcción de los estímulos que han de servir al propósito fundamental de la publicidad: la persuasión.

#### **Algo más sobre la psicología publicitaria: A propósito del mensaje publicitario, el receptor y las motivaciones psicológicas de su comportamiento**

Se ha dicho ya que la publicidad es un proceso complejo de comunicación a través del cual se emiten mensajes motivantes a un receptor mediante unos canales de difusión seleccionados.<sup>16</sup> No obstante existir el riesgo de distraer al lector, considero que puede resultar valioso efectuar un breve (y ciertamente incompleto) análisis de algunas de las etapas del proceso de comunicación publicitario.

Dos aspectos sobre el mensaje publicitario merecen ser destacados ahora. El primero es la dualidad de su función. El segundo, la importancia que tiene en el proceso de comunicación publicitaria la utiliza-

ción selectiva de los medios a través de los cuales habrá de difundirse el mensaje.

Respecto del primero de los aspectos anotados, y en la imposibilidad de añadir algo a lo expuesto por Sánchez Guzmán, me limito a citar una reflexión adicional que éste practica acerca de la doble función del mensaje publicitario. Al respecto, el citado autor señala que "Un mensaje sólo informativo, aún cumpliendo una interesante función en los mercados sobresaturados de productos similares, no garantiza el resultado que se espera de él. Y precisamente el componente persuasivo que ha de llevar el mensaje publicitario es el que pone en marcha (...) toda suerte de recursos humanos y tecnológicos para lograr que el mensaje semántico tenga una sobrecarga estética, que la información denotada incorpore una connotación, que en definitiva, la entropía probable de la información tome un valor negativo para transformarse en improbable y, por ello, tenga un grado de originalidad suficiente como para motivar al receptor."<sup>17</sup>

En relación con el segundo aspecto, creo que resulta interesante precisar que la utilización selectiva de los medios constituye una tarea fundamental dentro del proceso de comunicación del mensaje publicitario. La anterior afirmación encuentra sustento fundamentalmente en consideraciones económicas. En efecto, toda vez que la difusión de un mensaje publicitario importa para la empresa un costo, y reconociendo que la empresa tiene un presupuesto limitado, el escoger los medios a través de los cuales el mensaje habrá de ser difundido resulta sumamente importante.<sup>18</sup> Se trata de evaluar dónde invertir los recursos escasos con los que se cuenta a fin de alcanzar la mayor difusión del mensaje. Dentro del "lenguaje publicitario", al análisis anterior (ciertamente más complejo de lo que este pequeño párrafo ha logrado describir) se le denomina "Planificación de Medios".<sup>19</sup>

<sup>16</sup> SÁNCHEZ GUZMÁN, José Ramón, Op. Cit., página 79.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> No comparto la opinión de aquellos que piensan que un aumento de la inversión en publicidad importará, necesariamente, un aumento en el precio del bien, con el consecuente perjuicio para los consumidores. Una primera y sencilla observación que puede hacerse a tal lógica es que en un mercado competitivo la posibilidad de trasladar costos a los consumidores disminuye. De ello que no todo lo que se invierte en publicidad habrá de ser asumido por los consumidores. Además, recuérdese el siguiente argumento planteado por LANDES y POSNER: "En tanto que el precio total de un bien es la suma de su precio en dinero y los costos de búsqueda en los que incurren los consumidores, que son menores mientras más fuerte es la marca del vendedor, éste tendrá más incentivos para fortalecer su marca ya que dicho gasto, al reducir los costos de búsqueda de los consumidores, le permitirá elevar el precio en dinero de su producto." LANDES, William y POSNER, Richard A., Op. Cit., página 79.

<sup>19</sup> Un completo estudio acerca del análisis o planificación de medios puede ser consultado en DÍEZ DE CASTRO, Enrique C. y ARMARIO, Enrique M., Op. Cit., páginas 253 a 394. El tema de la planificación de medios es interesante y a la vez complejo. Numerosas fórmulas matemáticas son utilizadas a fin de adoptar una decisión respecto del medio a utilizar, del número de veces que el anuncio deberá ser difundido a fin de que mantenga su fuerza persuasiva (luego de un número alto de repeticiones, necesarias para captar la atención del consumidor, el anuncio pierde eficacia de modo significativo), entre otras consideraciones.

Ahora bien, una vez difundido el mensaje publicitario es el mercado, resultará de fundamental importancia medir el impacto que el mismo pueda tener en el consumidor.

A fin de entender cómo afecta el mensaje publicitario al receptor del mismo, la publicidad ha recurrido nuevamente a la Psicología. Y es que, si bien es cierto que el comportamiento del consumidor debe también ser estudiado desde una perspectiva económica, no debe desconocerse que existen otras variables que influyen en la decisión de consumo del receptor del mensaje publicitario.

Así, en algunas ocasiones puede influir decisivamente en la decisión de consumo el significado íntimo y personal que el objeto por adquirir tiene para el consumidor. En otras ocasiones, habrá que tenerse presente que las personas adquieren productos siguiendo las pautas de comportamiento del grupo o clase social a la que pertenecen o aspiran a pertenecer. Finalmente, no debe desconocerse el hecho que, en muchas ocasiones, los consumidores se ven influenciados por otros consumidores, sean éstos reales o imaginarios.<sup>20</sup>

Para explicar el comportamiento del receptor del mensaje publicitario, la Psicología ha recurrido a diversas teorías. Así, la Teoría del Aprendizaje nos conduce a una explicación del comportamiento en función a condicionamientos (sean estos “clásicos” u “operantes”). La Teoría Cognitiva y el estudio de la percepción nos llevan hacia los determinantes externos (intensidad, repetición, movimiento, etc.) y los factores psíquicos que condicionan nuestra reacción ante determinados mensajes (por ejemplo, la sección económica de un diario será leída más por personas vinculadas al ámbito empresarial que por personas dedicadas al arte), entre otras.

Éstas y otras teorías permiten explicar cómo percibimos y reaccionamos ante un mensaje publicitario. Para comprender por qué decido comprar un determinado producto y no otro, la Psicología efectúa un análisis adicional respecto de las variables motivacionales de los individuos. Así, y de modo muy simple, lo que se hace es elaborar una suerte de tabla en la cual se recogen todas aquellas variables que pueden motivar un determinado comportamiento en el ser humano (las cuales deben relacio-

narse con extremo cuidado a palabras que, por efecto del uso, las evoquen rápidamente). Luego, ha de contrastarse dicha tabla con el producto a promocionar y ver si el anuncio elaborado efectivamente apela a las motivaciones de los individuos a los cuales se dirige.

Lamentablemente, incidir con mayor detenimiento sobre el presente tema distraería seguramente al lector respecto del contenido del presente artículo. Baste con reconocer que son múltiples las necesidades del ser humano y, consecuentemente, múltiples también las motivaciones. Conocerlas y entender cómo unas y otras se relacionan permite que la publicidad cumpla eficazmente con la función de persuasión a la que hemos venido refiriéndonos.

## SEGUNDA PARTE

### **Acerca de la publicidad comparativa, el aprovechamiento de la reputación ajena y el uso indebido de marcas. Consideraciones preliminares**

Todo lo expuesto hasta el momento sólo tiene una finalidad: mostrar al lector la importancia que debe darse, a fin de interpretar adecuadamente las normas que regulan la publicidad, al estudio interdisciplinario y, en especial, a las contribuciones que a este campo ha efectuado la Psicología.

Tratemos ahora de aplicar algo de lo visto al análisis del artículo 8 del Decreto Legislativo 691. El referido artículo señala que es lícito hacer comparaciones expresas de productos, incluyendo lo relativo a precios, si la comparación no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores. A continuación, el mismo artículo preceptúa que toda comparación debe ser específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados.

Dicho artículo, a todas luces, consagra la licitud de la publicidad comparativa. Sin embargo, como veremos en un instante, la publicidad comparativa puede tener diferentes manifestaciones. Una primera pregunta que cabría formularse entonces es: ¿Consagra el artículo 8 del Decreto Legislativo 691 la licitud de toda clase de publicidad comparativa? Sobre éste y otros temas se discute en lo que sigue de esta segunda parte.

<sup>20</sup> Respecto de efectuar un análisis preciso acerca de esta clase de variables, desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, me remito a la nota 12 precedente. De cualquier forma, el lector debería consultar, para una excelente explicación acerca de aquello que puede motivar al consumidor a adoptar determinados comportamientos, a textos como los citados de SÁNCHEZ GUZMÁN, José R., y DÍEZ DE CASTRO, Enrique C. y ARMARIO, Enrique M., Ob. Cit.

## Publicidad comparativa: un primer vistazo

La publicidad comparativa es, a no dudarlo, uno de los temas sobre los cuales se ha discutido más en materia del Derecho de Publicidad. Argumentos a favor y en contra existen muchos. Quizá valga la pena recordar algunos:

### a. Principales argumentos a favor de la publicidad comparativa:

- Fomenta la transparencia del mercado en beneficio de los consumidores, quienes, de esta manera, podrán acceder a mayor información acerca de las diferencias no observables de los diversos productos comercializados (reducción de los costos de búsqueda).
- La publicidad comparativa tiene un efecto retroalimentador de la competencia ya que, si bien ésta es presupuesto para que aquélla se desarrolle, al hacerlo, la publicidad comparativa forzará a que los competidores mejoren sus productos para el beneficio de los consumidores.
- Favorece el ingreso al mercado de nuevos competidores (generalmente pequeños) o que desarrollan productos alternativos o sucedáneos.

### b. Principales argumentos en contra de la publicidad comparativa:

- La información que puede ser transmitida a través de la publicidad comparativa nunca será suficiente a fin de que el consumidor adopte una decisión de consumo racional. La transparencia del mercado es una utopía por cuanto no se puede esperar que el mensaje publicitario de un comerciante informe a los consumidores acerca de las desventajas de su producto (la información es, en el mejor de los casos, siempre parcial).
- “La multiplicidad de las formas posibles de comparación—entre elementos que a menudo no son verdaderamente comparables— corre el riesgo de provocar una efervescencia de respuestas y de

litigios que desorientarán al consumidor y no sanearán las prácticas del comercio.”<sup>21</sup>

Existen muchos argumentos más tanto a favor y en contra de la publicidad comparativa. Sin embargo, y en mi opinión, la mayoría de ellos no inciden sobre el problema de fondo y, por lo tanto, bien puede calificárseles de ligeros o superficiales. En esta línea, estimo que los temas que deben discutirse al momento de analizar la publicidad comparativa y plantear argumentos a favor o en contra de su licitud son fundamentalmente dos: la compatibilidad de esta forma de expresión publicitaria con las normas que prohíben el aprovechamiento de la reputación ajena y el uso indebido de marcas; y el impacto que la determinación de su licitud pueda tener en el acceso al mercado de determinados productos.

No obstante, antes de iniciar un análisis desde dicha perspectiva, me parece importante desvirtuar la tesis que propugna la licitud de la publicidad comparativa sobre la base de la transparencia del mercado y la información a los consumidores ya que, como he podido comprobar, es la que más difundida se encuentra. A ello me dedico en el siguiente punto.

### Publicidad comparativa y defensa de los consumidores

Desde hace algún tiempo el argumento de Fredericq en contra de la licitud de la publicidad comparativa, por configurar ésta una afectación al competidor, ha sido dejado de lado.<sup>22</sup> En este sentido es fácil apreciar cómo, en los últimos años, los argumentos que apoyaban la licitud de la publicidad comparativa sobre la base de consideraciones marcadamente individualistas han ido cediendo terreno ante el influjo de posiciones de tipo “macro” vinculadas con la defensa de los consumidores. Los argumentos expuestos por el movimiento de consumidores han tenido un gran impacto en la evolución del Derecho de Publicidad en numerosos países europeos<sup>23</sup> y son los que actualmente se utilizan a fin de justificar la licitud de la publicidad comparativa.

<sup>21</sup> ARACAMA ZORRAQUÍN, Ernesto, Op. Cit., página 121. El profesor ARACAMA ZORRAQUÍN sigue, al resumir los argumentos a favor y en contra de la publicidad a FRANCQ, Bernard, *La Publicité Comparative*, *Rev. Revue Internationale de la Concurrence*, Número 142-3, 1981, páginas 135 y siguientes.

<sup>22</sup> FREDERICQ decía que “El competidor tiene derecho a que no se hable de él, ni siquiera para decir la verdad”. Frase citada por FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, *La Publicidad Comparativa*, *Rev. Estudios de Derecho de la Publicidad*, Homenaje da Faculdade de Direito ó Autor Dr. Carlos Fernández-Novoa, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, página 215.

<sup>23</sup> Al respecto, consúltese a TATO PLAZA, Anxo, Op. Cit., páginas 864 y siguientes.



Según relata Fernández Novoa, sería Matter quien en 1951 habría formulado, por primera vez, una argumentación favorable a la licitud de la publicidad comparativa basada en la función informativa que ésta desarrolla en beneficio de los consumidores. MATTER señalaba que, "por ser a menudo escasos los conocimientos de los consumidores sobre el mercado y la calidad de las mercancías, es deseable todo aquello que les permita formarse un juicio más completo. En este punto —concluye—, el interés de los consumidores debe prevalecer sobre la pretensión del empresario (...)".<sup>24</sup>

Es la doctrina alemana la que con mayor detalle ha trabajado este tema. Siguiendo en esto a Fernández Novoa, quien efectúa un excelente resumen de las posturas que adoptan los diversos autores de esta corriente, podemos señalar que las principales razones por las cuales la publicidad comparativa ha de ser considerada lícita, desde la perspectiva de la protección a los consumidores, son:

- La existencia de una infinidad de productos diversos y el constante progreso de las diferentes ramas de la técnica, determinan que el consumidor medio se sienta confundido y corra el riesgo de equivocarse. La publicidad comparativa ayuda a paliar esto facilitando que los consumidores emitan juicios objetivos.
- El consumidor requiere contar con la mayor información posible sobre todas las ofertas existentes en el mercado, a fin de poder elegir el producto o servicio que satisfaga sus exigencias o necesidades. La publicidad comparativa permite que el consumidor obtenga rápidamente información sobre las diversas ofertas concurrentes y, mediante el cotejo de éstas, que decida cuál de ellas es la mejor. La publicidad comparativa ayudaría a que, a través de la comparación, la verdad se imponga en el mercado.<sup>25</sup>

Lamentablemente, los argumentos expuestos, como habrá advertido el lector, sólo permiten justificar una clase o manifestación particular de la publicidad comparativa: aquella que se limita o que fundamentalmente se encuentra dirigida a brindar información a los consumidores. Sin embargo, como se ha visto en la primera parte del presente artículo, la publicidad no tiene, en ningún caso, la exclusiva finalidad de informar a los consumidores<sup>26</sup> y, de entre las diferentes posibles formas de publicidad, quizá sea la comparativa la que en menor grado persigue tal propósito. En consecuencia, considero que los anteriores argumentos podrían ser válidamente dejados de lado, evitando así que sean utilizados para justificar la licitud de la publicidad comparativa en general.

Y es que, como veremos enseguida, la publicidad comparativa puede tener más de una forma de materializarse. En este sentido, resulta pertinente y a precisar qué ha de entenderse por publicidad comparativa. Para ello, preguntémonos primero qué significa comparar. De acuerdo a la definición que proporciona el Diccionario, comparar significa fijar la atención en dos o más objetos para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias o semejanzas.<sup>27</sup> Atendiendo a la definición transcrita, cualquier supuesto en el cual dos productos o servicios sean utilizados en un anuncio a fin de decir algo sobre las relaciones existentes o no entre ellos sería considerado como un caso de publicidad comparativa.

Esta visión amplia de la publicidad comparativa es compartida, sin embargo, por la unanimidad de la Doctrina y Jurisprudencia que he consultado. De manera expresa, Kemelmajer De Carlucci sostiene que la publicidad comparativa puede ser, en función a la referencia que se hace del competidor, implícita o explícita y, en función al contenido del mensaje, objetiva o subjetiva<sup>28</sup>. Publicidad comparativa explícita sería aquella que hace referencia a la

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, *La publicidad Comparativa*, página 218. La cita de MATTER la extrae FERNÁNDEZ NOVOA de SCHOENHERR, Grur (sobre el cual no da mayores referencias).

<sup>25</sup> SCHWAMBERGER, NJW, citado por FERNÁNDEZ NOVOA, *Op. Cit.*, página 220.

<sup>26</sup> En este sentido, de manera tajante sostienen DÍEZ DE CASTRO, Enrique C. y ARMARIO, Enrique M., *Op. Cit.*, página 49 que "no existe una publicidad que pueda ser considerada únicamente competitiva o informativa" (por publicidad competitiva o combativa, los citados autores aluden a aquella que tiene por objetivo atraer, crear preferencias, fidelidad de compra, etc., hacia una marca en particular). Normalmente, concluyen, "toda publicidad puede ser considerada mixta, es decir, con parte informativa y parte combativa."

<sup>27</sup> Diccionario de la Lengua Española, elaborado por la Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, año 1992. Es particularmente interesante el comprobar que la Resolución del Tribunal a la cual aludimos en el siguiente punto del presente artículo utiliza la misma definición y la misma fuente (salvo que una edición anterior) pero, al citar, elimina curiosamente la referencia a la frase "descubrir sus relaciones".

<sup>28</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Op. Cit.*, página 104. Por citar a otro destacado autor, aunque éste no realice un comentario explícito, consúltese a FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, *La publicidad comparativa*, página 207 y 231.

marca de un competidor (sea la de uno de sus productos o servicios) mientras que publicidad comparativa implícita sería aquella en la cual se hace alusión a un competidor (y en especial a uno de sus productos o servicios) pero sin identificarlo. Por su parte, publicidad comparativa objetiva sería aquella cuyo mensaje hace alusión a características verificables de ambos productos comparados (sea que el producto competidor sea explícitamente citado o simplemente referido).

Si procurásemos valorar la licitud de la publicidad comparativa en función de una interpretación estricta de la intención perseguida por el movimiento de defensa de los consumidores, llegaríamos a la conclusión de que esta expresión publicitaria habría de ser, en todos los casos, proscrita ya que, en realidad, las únicas comparaciones químicamente puras, y en consecuencia lícitas, son las efectuadas por asociaciones de consumidores o entidades con intereses distintos a los de las empresas involucradas.

Y, al respecto, no es que comparta a ciegas la posición sostenida por Kohler y luego por Leo de que en las comparaciones publicitarias el anunciante asume el papel de ser juez en sus propios asuntos o, lo que es lo mismo, el papel de juez y parte. Lo que ocurre es que, como he señalado, considerar que un empresario va a incurrir en un gasto que no le va a generar un beneficio (lo cual ocurriría en el supuesto que elabore un anuncio tan objetivo que incluso informe de las ventajas que el producto competidor tiene sobre el suyo) es francamente rozar el lindero de lo utópico. Si consideramos que alguna publicidad comparativa es "objetiva", no es porque asumamos que tal anuncio tiene como función informar a los consumidores. La función de la publicidad es siempre persuadir. Lo particular en estos casos, y en base a ello que se califique a la publicidad de tal modo, es que la persuasión se logra mediante la difusión de información verificable (la que, en tales casos, generalmente procuraría establecer diferencias).

Por ello, considero que los argumentos que pretenden radicar la licitud de la publicidad comparativa en general en la necesidad de una transparencia del mercado no son correctos, y, si se quiere ser realmente coherentes, habría que utilizarlos, con ciertas consideraciones adicionales, sólo para justificar la publicidad comparativa objetiva.

### **La publicidad comparativa en el Perú**

Uno de los temas que me suscita mayor interés es descubrir si los flujos y reflujos interpretativos que sobre el tema viene mostrando el Instituto Nacio-

nal de Defensa de la Competencia y de la Protección de los Consumidores (INDECOPI) obedece a una sesuda reflexión o si, por el contrario, son la manifestación de un radicalismo ideológico francamente inaceptable.

A pesar de que no me atrevo a especular sobre tal tema, no puedo evitar señalar que la interpretación que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, el "Tribunal") ha efectuado del artículo 8 del Decreto Legislativo 691 es, cuando menos, insólita.

En efecto, mediante Resolución 163-97-TDC, del 2 de julio de 1997, el Tribunal ha determinado que el segundo párrafo del artículo 8, el cual expresamente señala que toda comparación debe ser específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados, no constituye un listado de los requisitos que debe cumplir la publicidad comparativa a fin de ser considerada lícita (interpretación que es considerada adecuada por gran parte de la jurisprudencia y de la doctrina internacional) sino que, por el contrario, dicho párrafo sólo recogería las características de una clase particular de anuncios a los cuales (y sólo a ellos) reconoce como comparativos.

En este sentido, cabe recordar la interpretación planteada por el Tribunal. Según indican, "La característica singular de la publicidad comparativa o de las comparaciones expresas (no entiendo por qué hacen esta alusión aquí, salvo que pretendan inducirnos a una conclusión predeterminada), (...) es que en aquella los anuncios son deliberadamente estructurados para confrontar dos o más bienes o servicios a fin de poner en manifiesto sus diferencias o semejanzas.". Más adelante señalan que "esto implica (no queda claro cómo), que el consumidor debe percibir que el anuncio contiene una comparación expresa cuyos datos son apreciados como objetivamente verificables. Así, el primer párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo 691 establece el principio general, siendo el segundo párrafo una precisión de las características que hacen que una publicidad deba ser analizada como comparativa.". En tal sentido, concluyen, "constituyen comparaciones expresas aquéllos (sic) anuncios que den a entender a un consumidor razonable, mediante una apreciación superficial, que se están confrontando de manera objetiva características de dos o más productos identificables."

Así pues, según la interpretación del Tribunal, sólo constituiría publicidad comparativa la que cumpla

con los requisitos de especificidad y objetividad. De ello que si un anuncio fija la atención de los consumidores sobre dos productos o servicios, pero no cumple con los requisitos indicados ya que, por ejemplo, alude a aspectos no verificables tales como "mejor sabor", debemos aceptar que el mismo no es publicidad comparativa (¿qué es entonces?) y, por lo tanto no podría ser considerado *per se* como ilícito. En tal supuesto, la única apreciación que *a priori* podría formularse es que, al no encontrarnos ante un caso de publicidad comparativa el anuncio se encontrará sometido y obligado a cumplir con los requisitos exigidos a la publicidad común (veracidad, no denigración, etc).

Esta interpretación, que se apoya en una lógica confusa, ha sido considerada errada por otros autores<sup>29</sup>, de manera acertada, según creo.

En mi opinión, la publicidad comparativa sólo podría considerarse lícita en nuestro país (y creo firmemente que es adecuado que así sea) siempre que cumpla con los requisitos que permitan considerarla como objetiva. Tales principios, como sabemos, han sido recogidos de manera expresa en el segundo párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo 691. Paradójicamente, la interpretación del Tribunal no sirve al propósito perseguido (flexibilizar y fomentar la utilización de esta forma de publicidad) pues, al entrar en conflicto con otras normas y transgredir muchos de los principios sobre los cuales se asienta el Derecho de la Competencia en el Perú, puede bien considerarse como ilegal. Veamos porqué.

La licitud de la publicidad comparativa constituye una suerte de excepción dentro de nuestra legislación. En este sentido, cabe recordar que existen reglas y principios consagrados en regulaciones complementarias que se encuentran en franca oposición a la existencia de una publicidad comparativa que no sea objetiva. Me refiero específicamente a la Ley sobre represión de la competencia desleal (Decreto Ley 26166 y, en particular, a los artículos 12 y 14 que regulan los actos de comparación y aprovechamiento de la reputación ajena, respectivamente) y a las normas que protegen los derechos de propiedad industrial (Decreto Legislativo 823). En las siguientes líneas veremos cómo la lectura de las cita-

das normas llevan a concluir de que la interpretación propuesta por el Tribunal es inaceptable.

### Ley sobre represión de la competencia desleal

El artículo 12 del Decreto Ley 26122 señala que se considera desleal la comparación de la actividad, los productos, las prestaciones o el establecimiento propio o ajeno con los de un tercero cuando dicha comparación se sustente en afirmaciones falsas o **no comprobables**. Acto seguido, el mismo artículo indica que la comparación no deberá crear confusión, ser engañosa ni denigrante.

Por su parte, el artículo 14 señala que se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquiridas por otro en el mercado. En particular, añade, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero.

Como puede apreciarse fácilmente, el artículo 12 del Decreto Ley 26122 entraría en clara oposición con la interpretación efectuada por el Tribunal al aceptar éste que la publicidad comparativa no se restringe a la confrontación de datos específicos y verificables (como, por ejemplo, a la comparación entre dos precios de venta). Recordemos, por lo demás, que el artículo 12 del Decreto Ley 26122, según señala Kresalja<sup>30</sup>, "(...) está referido en su manifestación mayoritaria, si es que no única, a la publicidad comparativa". Debido a ello, entiendo, la interpretación que se haga de la regulación de una debería guardar coherencia con lo regulado por la otra. Lamentablemente, ello no se ha logrado.

La historia del artículo 14 es, tristemente, más dramática. Hasta donde sé, este artículo se ha venido interpretando, y no sólo en nuestro país<sup>31</sup>, como una suerte de cláusula general toda vez que, según se sostiene, a todo supuesto de confusión subyace un interés de aprovecharse indebidamente de la reputación ajena mientras que, visto al revés, siempre que se procure aprovecharse de la reputación ajena, se incurrirá en un acto de imitación o confusión.

<sup>29</sup> En este sentido, consúltense el Informe del Estudio Benites, Mercado & Ugaz, Número 32, año 1997.

<sup>30</sup> KRESALJA R. Baldo, Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre represión de la competencia desleal, En: Derecho N° 47, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre 1993, página 42.

<sup>31</sup> DE LA CUESTA, José María, Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena, En: La regulación contra la competencia desleal en la ley de 10 de enero de 1991, Coordinador Alberto Bercovitz, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992.





Porsche<sup>32</sup>) e incrementará, de paso, el valor de su marca. Todo ello, gracias a que Subaru se ha colgado del prestigio ganado por Porsche (seguramente con mucho esfuerzo e inversión)<sup>33</sup> mediante el uso de la publicidad comparativa.

Otro caso en el cual se produce el aprovechamiento de la reputación ajena sin necesidad de encontrarnos con el elemento de la confusión es el de los medicamentos genéricos. Los laboratorios que venden medicamentos genéricos han venido utilizando la marca del medicamento conocido a fin de vender su producto (el cual, ciertamente, es mucho más barato). La marca conocida suele utilizarse al momento de efectuar cotizaciones. Así, el laboratorio que fabrica el medicamento genérico envía (a la farmacia u hospital) una cotización semejante a la que, a modo de ejemplo, plateamos:

**a) Medicamento: Ciclosporina (Sandimun).**  
**Precio por unidad: S/. 10.00<sup>34</sup>**

En casos como estos, al ser los consumidores sumamente especializados, la posibilidad de confusión no existe. Sin embargo, la reiteración del estímulo y la especial característica del mismo (proximidad de ambas denominaciones), determinará que incluso tales consumidores trasladen, de modo involuntario, los atributos positivos que han venido asociando con el producto de marca (Sandimun) al producto genérico (Ciclosporina) y, gracias a ello, adopten una decisión de consumo sobre la base de consideraciones tales como el precio (razón nada desdeñable, por cierto).

Si la asociación no se produce, el alto riesgo derivado del cambio a un medicamento desconocido (máxime cuando el adquirente del mismo es un hospital de prestigio), determinaría probablemente su rechazo, a pesar de que éste contenga el mismo componente activo que el producto conocido (de marca). Por lo demás, tal es el efecto deseado por el laboratorio que trata de colocar en el mercado un medicamento genérico-, sino, cómo explicar esa forma de cotizar.

Pues bien, si aceptamos que el aprovechamiento de la reputación ajena puede producirse incluso en el supuesto de que no se genere una confusión entre los productos o servicios anunciados (ni siquiera indirecta), la pregunta que deberíamos de responder es: ¿debe permitirse la publicidad comparativa? La respuesta es compleja. En principio, como se ha visto, la publicidad comparativa puede tener múltiples manifestaciones: objetiva, subjetiva, implícita o explícita. Sin embargo, cuando se analiza con algo más de detalle estos supuestos, puede verse que no todas estas manifestaciones de la publicidad comparativa pretenden aprovecharse de la reputación ajena. Es más, ello casi nunca ocurre cuando los anuncios efectúan comparaciones específicas y objetivas. Adicionalmente ha de considerarse el interés por formentar el desarrollo e introducción de nuevos productos al mercado (como en el caso de los medicamentos genéricos).

Atendiendo a esto, creo que puede afirmarse con sustento que, desde la perspectiva del artículo 14 del Decreto Ley 26122, la publicidad comparativa objetiva no sería considerada ilícita mientras que la publicidad comparativa subjetiva sí. A manera de ejemplo, cabe afirmar que el anuncio de Subaru sería considerado ilícito en nuestro país ya que procura aprovecharse de la reputación de Porsche (el anuncio tiene una apariencia objetiva aunque, si se aprecia bien, se advertirá que no lo es).

En suma, creo que la publicidad comparativa sólo podría ser aceptada en la medida que la misma no tenga por finalidad "colgarse" de la buena reputación del producto de un competidor. De aceptar otra interpretación, estaríamos desconociendo el costo que significa desarrollar una imagen para un producto, haber adquirido el reconocimiento de los consumidores, reforzar la marca, entre otros aspectos que, ciertamente, han de ser protegidos. Desconocer la necesidad de tal protección es equivalente a decir que todos tienen derecho a apropiarse del esfuerzo ajeno. El famoso "nadie sabe para quién trabaja" sería la regla y, al final, la competencia, lejos de fortalecerse, se debilitaría ante el desincentivo

<sup>32</sup> Nótese que el objetivo del anuncio no es que el público opte entre comprar un Porsche o un Subaru. Por el contrario, como se sabe, Subaru compete con otros fabricantes japoneses en esa categoría de precios, tales como Toyota o Nissan. Claramente, lo que pretende Subaru es escapar a la imagen que tradicionalmente tienen los americanos respecto a los carros japoneses (económicos) para vender una imagen que, por el contrario, siempre han tenido los carros europeos (deportivos). De este modo, Subaru se diferenciaría de Toyota o Nissan adquiriendo más posibilidades de venta en el segmento del mercado donde intenta posicionarse.

<sup>33</sup> En este sentido, las leyes de la *Gestalt*, tales como la de la proximidad, la de semejanza o igualdad, entre otras, definitivamente apoyan la posibilidad de que este traslado se produzca.

<sup>34</sup> La Ciclosporina es el componente utilizado para la elaboración del medicamento de marca "Sandimun". La Ciclosporina es vendida como medicamento genérico por Laboratorios Indufarma mientras que "Sandimun" es vendido como producto de marca por Sandoz Perú S.A.

derivado de la imposibilidad de internalizar, en exclusiva, los beneficios de tu esfuerzo. Por ello, desde la perspectiva de las normas que prohíben la competencia desleal en nuestro país, la interpretación (vinculante) del Tribunal es incomprensible.

### La publicidad comparativa y el derecho de marcas.

Tradicionalmente, el Derecho de Marcas ha sido una de las ramas que mayor oposición ha formulado a la publicidad comparativa. En este sentido, se ha dicho que la utilización en la publicidad comparativa de una marca que no es la propia constituye una infracción grave e inaceptable al Derecho de Marcas y a todos los principios que lo inspiran.

No creo que las críticas más severas a la publicidad comparativa, inspiradas en el Derecho de Marcas, provengan de esa lógica. Y es que en mi opinión, el titular de una marca no tiene un derecho ilimitado respecto de la misma. Me explico.

El artículo 162 del Decreto Legislativo 823, Ley de Propiedad Industrial, establece que el derecho al uso exclusivo de una marca se adquiere por el registro de la misma ante la Oficina de Signos Distintivos del INDECOPI. Sin embargo, salvo el artículo 164, ningún artículo de dicho cuerpo normativo explica qué ha de entenderse por uso exclusivo. Recordemos que el artículo 164 preceptúa que el titular de una marca registrada podrá impedir que los comerciantes supriman del producto o envase, la referencia a la marca.

Partiendo de las normas citadas, creo que resulta válido sostener que el derecho exclusivo al cual se refiere el artículo 162 debe entenderse limitado por el objeto de la inscripción; este es, distinguir determinados productos o servicios en el mercado. De ello puede colegirse que, en el caso que yo utilice un signo distintivo registrado a favor de un tercero para distinguir productos o servicios diferentes, tal uso no podría ser considerado ilegal o, lo que es lo mismo sólo que dicho de otro modo, en tanto el uso que yo le dé a un signo distintivo registrado a favor de un tercero no genere confusión (directa o indirecta) entre nuestros productos o servicios, tal uso no podría ser considerado ilegal.

Como advertirá el lector, el Derecho de Marcas no concede al titular de una marca la facultad de prohibir a terceros la utilización de la misma si tal utilización no puede confundir a los consumidores. Si ello

es así, la publicidad comparativa no podría ser objetada por el Derecho de Marcas por cuanto, como hemos visto, ésta no genera, en principio, confusión entre los consumidores.

He dicho "en principio" de manera intencional ya que, dependiendo del sentido o amplitud que otorguemos al término "confusión", nuestra conclusión respecto a la validez de la objeción podría cambiar. En efecto, resulta sumamente interesante citar, a fin de profundizar sobre este punto, lo que alguna Jurisprudencia americana viene interpretando por "confusión subliminal".

La "confusión subliminal" es un concepto desarrollado por la Jurisprudencia americana para solucionar el vacío de no contar con norma alguna que recoja un supuesto semejante al contemplado en el artículo 14 del Decreto Ley 26122. Toda vez que ello es así, y siendo conscientes de la necesidad de proteger a los empresarios de la conducta desleal (*unfair*) de sus competidores, las Cortes han recurrido al Derecho de Marcas (ciertamente de una manera muy creativa) para establecer que tal esfuerzo por apropiarse de los atributos positivos asociados a una marca constituye una afectación o perjuicio para la misma y un engaño a los consumidores. Paso a explicar esto con mayor detenimiento.

Como explica Hartman, la teoría de la confusión subliminal presupone que una marca que termina siendo asociada con un producto o servicio muy difundido funciona como un símbolo que representa, en la mente de los consumidores, un nivel alto de calidad y satisfacción. Debido a ello, si un nuevo empresario se cuelga de las asociaciones positivas que tal marca genera podrá obtener una ventaja económica injustificada en la forma de un rápido acceso a un nivel de competitividad con la marca conocida. Sin la necesidad de generar una confusión por el origen, el nuevo competidor podrá beneficiarse de la inversión hecha por el titular de la marca para desarrollar una identidad o personalidad especial frente a los consumidores. El mismo autor indica que prohibir la confusión subliminal no tiene como objeto proteger la función distintiva del origen que poseen las marcas sino su valor publicitario entendido éste como su poder para vender o, dicho de otro modo, para atraer a los consumidores y vender los productos marcados. La confusión subliminal aludiría, pues, al mecanismo a través del cual se produce una apropiación indebida del valor publicitario de una marca sin que exista confusión sobre el origen.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> HARTMAN, Steven H., Ob. Cit., página 508.

Como podrá advertir el lector, la función publicitaria de la marca es protegida en nuestra legislación mediante el artículo 14 del Decreto Ley 26122 de manera expresa.<sup>36</sup> Quizá por ello no se ha interpretado nunca el término “confusión” de la manera en que lo hace la Jurisprudencia americana. De cualquier forma, en el caso que aceptáramos tal interpretación, tendríamos que concluir necesariamente que la publicidad comparativa subjetiva, a la luz del Derecho de Marcas, sería considerada ilícita.

Un argumento adicional que apoya la idea de que la publicidad comparativa subjetiva debería ser considerada ilícita en todos los casos (con lo que la finalidad de tan extraña interpretación del Tribunal quedaría totalmente desvirtuada), proviene también del ámbito del Derecho de Marcas. Me refiero a la protección que este Derecho reconoce al titular de una marca para actuar en contra de aquéllos que, mediante su actuación, generen una dilución de la misma.

La protección contra la dilución de la marca se encuentra consagrada en el literal c) del artículo 187 del Decreto Legislativo 823. Dicha norma, recordemos, preceptúa que el titular de una marca notoriamente conocida tendrá la facultad de impedir que terceros utilicen su marca en cualquier caso en que dicho uso pueda causar la dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario del signo notoriamente conocido o pueda causar un descrédito o desprestigio de dicho signo.

Este artículo es de extrema importancia y de directa aplicación al tema de la publicidad comparativa, por cuanto, como resultará obvio para la mayoría de los lectores, la publicidad comparativa que venimos censurando hasta el momento (aquella de naturaleza “parasitaria”, que pretende “colgarse” del prestigio de otro producto o servicio) generalmente involucrará una marca notoriamente conocida (como el ejemplo de Ciclosporina con Sandimun).

Me pregunto: ¿Si el Decreto Legislativo 823 protege al titular de una marca notoria contra los actos de terceros que puedan reducir el valor publicitario de la misma (lo cual ocurriría si los atributos normalmente asociados con dicha marca comienzan a ser inconcientemente trasladados –gracias a una publicidad bien elaborada– hacia una marca menos famosa,<sup>37</sup> sea cual fuese ésta), cómo aceptar una interpretación del Decreto Legislativo 691 en la cual ello se permita?

## EPÍLOGO

### Sobre el título y otras consideraciones no necesariamente finales

Humberto Eco<sup>38</sup> señala, al comentar acerca de los títulos de las novelas, que el narrador no debe facilitar interpretaciones de su obra. Sin embargo, agrega, “uno de los principales obstáculos para respetar ese sano principio reside en el hecho mismo de que toda novela debe llevar un título.”<sup>39</sup> En este sentido, afirma además que un título constituye ya una clave interpretativa. Por ello, en el esfuerzo por confundir al lector con el título de la obra, concluye, habría que ser honestamente deshonestos, como Dumas, “porque es evidente que **Los Tres Mosqueteros** es, de hecho, la historia del cuarto.”<sup>40</sup>

La anterior reflexión me inspiró a utilizar “De la publicidad y otros demonios” como título para el presente artículo. Ello, con un doble propósito. El primero ha sido, de alguna manera, expuesto en la primera parte del presente artículo y en la última. El segundo es el que ahora paso a explicar.

Me parece particularmente notorio, e interesante por cierto, el que a partir de unos años atrás, los títulos de los artículos que se publican en las revistas de derecho sean cada vez más sugerentes y creativos. La intención que inspiró a cada autor a utilizar títulos como los que recuerdo (y confío que el lector

<sup>36</sup> Como veremos enseguida, la función publicitaria de la marca se encuentra también protegida de manera expresa en el Decreto Legislativo 823, Ley General de Propiedad Industrial, aunque sólo para aquellos casos de marcas notoriamente conocidas. Como el razonamiento expuesto no procuraba, por el momento, incidir sobre esta posibilidad, he preferido simplificar la lectura agrupando todo lo relacionado con la notoriedad de la marca para un momento posterior.

<sup>37</sup> No interesará que la marca menos famosa pertenezca a un competidor. Por lo demás, en el ejemplo de Subaru, vimos que ambos fabricantes no competían directamente y, sin embargo, ello no alteraba el hecho de la afectación al valor publicitario de la marca Porsche. El aprovechamiento indebido que se sanciona aquí tiene por objeto recompensar la creatividad y el esfuerzo de un empresario e impedir el enriquecimiento indebido del otro.

<sup>38</sup> ECO, Humberto, *Apostillas al Nombre de la Rosa*, Editorial Lumen, 1987.

<sup>39</sup> ECO, Humberto, *Ob. Cit.* Página 10.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

también pues no creo pertinente citar ninguno de ellos aquí), naturalmente, es algo sobre lo cual no puedo especular. No obstante, y esto sí es relevante para efecto de lo que quiero explicar, es claro que dichos títulos tienen, cuando menos, un efecto evidente: captar la atención del lector.

Contrariamente, mi intención al elegir el título para el presente artículo no era captar la atención del lector. En realidad, lo que me propuse fue invitar al lector a participar de un juego que, probablemente, jugó de manera más o menos consciente aunque, seguramente, sin control alguno.

Pregúntese: ¿Qué fue lo primero en lo que “pensó” cuando leyó el título del presente artículo? Sé que las respuestas han de ser variadas y es claro que, en mucho, ellas dependerán de las especiales características de cada uno de los lectores. No obstante, mientras escribía el presente artículo asumí (y después he comprobado que así ha ocurrido en muchos casos), que de entre las múltiples asociaciones posibles, una podía resultar la más común.

En efecto, como algunos lectores habrán podido advertir, el título del presente artículo recuerda rápidamente a la novela de García Márquez titulada “Del amor y otros demonios”. Reconozco que el juego era simple y el resultado, en apariencia, absolutamente previsible. Sin embargo, no pretendo discutir el rigor metodológico de mi experimento o de mis conclusiones; simplemente ansío mostrar cómo, no obstante ser la capacidad de asociación del ser humano ilimitada e involuntaria, puede ser objeto de previsión y, consecuentemente, de manipulación.

Y es que las asociaciones que efectúa el ser humano, al igual que su percepción, siguen patrones más o menos semejantes y se encuentran condicionadas por una serie de variables que pueden ser (y de hecho lo son) conocidas y, consecuentemente, estimuladas por aquella persona que quiera obtener un determinado efecto (como yo en el presente caso al utilizar un título casi idéntico al de la obra de García Márquez).

Es curioso que dicha asociación haya podido producirse a pesar de encontrarse el presente artículo incluido dentro de una revista de derecho y a pesar

de que el lector, por obvias razones, no tenía porqué esperar que en un artículo como éste se cite a García Márquez o se utilice alguno de sus libros como referencia. Pareciera que, no obstante el grado de sofisticación del lector, esta clase de asociaciones pueden producirse. ¿Por qué? Creo que al margen de la utilización de casi las mismas palabras, las respuestas pueden ser diversas: el lector acababa de leer el libro; el libro le pareció excelente y por lo tanto lo recuerdan vivamente; etc.

Tal y no otro es el efecto que persigue y genera la publicidad. La asociación que en el inconsciente del consumidor se produce como consecuencia de la reiteración del mensaje publicitario determina que éste vincule, al igual que el lector de este artículo, el producto anunciado con la calidad, atributo o ventaja que el mensaje destaca.

La publicidad comparativa subjetiva persigue y logra, gracias a lo descrito, trasladar atributos positivos de un producto a otro, determinando que el consumidor, al equipararlos, adopte una decisión de consumo en función a consideraciones que, entonces, resultarán fundamentales (como el precio, en el caso de los medicamentos genéricos).

Como se ha indicado, esto es lo que han venido haciendo durante muchos años, con cierto éxito además, numerosas agencias de publicidad y empresas pequeñas a fin de introducir productos nuevos o sucedáneos al mercado. Por ello, no creo que resulte exagerado afirmar que inclusive el más frío, diligente o sofisticado de los consumidores racionales podría ser víctima de esta clase de manipulación.<sup>41</sup>

Teniendo esto claro, y luego de haber efectuado este primer análisis del tema, cabe preguntarse: ¿Queremos prohibir esta clase de publicidad? ¿Es conveniente que sea considerada ilícita?

Creo que la publicidad comparativa debería ser considerada lícita siempre y cuando sea objetiva. Según considero, el resto de manifestaciones de la publicidad comparativa atentarían contra la norma contenida en el artículo 12 y 14 del Decreto Ley 26122 y contra algunos principios del Derecho de Marcas como la dilución del valor publicitario de la misma. Por todo ello, al no encontrar justificación alguna para que tal perjuicio se consume (ya hemos visto que lo de la transparencia del mercado no sería

<sup>41</sup> REBAZA TORRES afirma que “... a mayor sofisticación del consumidor, es aconsejable una mayor libertad en la actividad publicitaria puesto que la posibilidad de engaño o defraudación se reduce de manera directamente proporcional.” Si bien es cierto que el texto citado parece aludir a supuestos distintos a los tratados en el presente artículo, una lectura amplia del mismo, y sobre todo de la palabra engaño, podría llevarnos a concluir que un consumidor especializado no podría ser víctima de una manipulación como la que se deriva de ciertas clases de publicidad comparativa. Por lo expuesto en el presente artículo nos permitimos discrepar de tal interpretación, en el caso que ella hubiese sido la que el autor ha querido reflejar. REBAZA TORRES, Alberto, Ob. Cit., página 32.



aplicable para este caso), no veo porqué habría que tolerarse.

### **Acerca de algunos otros demonios y el Derecho. Una segunda lectura del título**

Thomas Mann,<sup>42</sup> cuestionándose acerca de la pasión en Nietzsche, concluye que ésta sólo puede presentarse, en dicho autor, asociada con la duda.

El presente artículo ha sido para mi una perfecta excusa para, utilizando temas extrajurídicos, cuestionarme acerca de temas jurídicos. Creo que el no dudar respecto de interpretaciones concedidas a

figuras como las analizadas seguramente extinguiría cualquier pasión que, en algún momento, pudo haberme suscitado el ejercicio del Derecho.

Quizá sea justo concederse unos minutos para reflexionar acerca del Derecho, para qué sirve, y, como consecuencia de ello, sobre cómo debemos ejercerlo. Tal vez sea hora ya de que dudemos acerca de lo que nos han dicho que el Derecho es y sobre cómo debe practicarse. Quizá sea ya hora de que procuremos plantear nuevas interpretaciones o lecturas a temas interpretados o leídos siempre de la misma forma. La regurgitación de tales demonios nos concedería, creo, una gran satisfacción.

<sup>42</sup> MANN, Thomas, *Shopenhauer, Nietzsche, Freud*, Editorial Bruguera, S.A., Barcelona, 1984, página 105.