

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

**LA LICITUD DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN EL
DERECHO COMPARADO Y EN ECUADOR**

ANDREA CARRERA

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogacía

Quito, Enero 2008

© Derechos e Autor
Andrea Carrera Flores
2008

Dedico este logro a todos los que creyeron y creen en mí, y que me han apoyado a lo largo de toda mi vida y carrera profesional

Agradezco a todos quienes colaboraron para la realización de esta tesina; a mis profesores, Decano y Subdecana, por darme los conocimientos necesarios y encaminarme bajo el camino del Derecho, a mis padres y familia quienes me apoyaron y ayudaron siempre a lo largo de esta gran travesía; a mi novio y a todos mis amigos por estar constantemente a mi lado dándome aliento y fuerza para continuar y alcanzar mis sueños....

Resumen

En la actualidad la publicidad se ha convertido en la herramienta principal de los empresarios para promocionar sus productos o servicios y captar clientela, para poder ostentar una posición en el mercado. La publicidad comparativa se presenta cuando en el anuncio publicitario difundido existe una comparación, que tiene como objeto el contraponer los productos o servicios ofertados por el anunciante frente a los ofrecidos por la competencia. El contenido del mensaje tiene una comparación que resalta las ventajas o bondades que presenta la oferta del anunciante, frente a las prestaciones de los competidores. La licitud de este tipo publicitario depende del cumplimiento y observancia de ciertos requisitos y principios de derecho, que como tales resguardan las garantías e intereses de los consumidores, competidores y de la sociedad. Entre estos elementos de licitud se encuentran la similitud y compatibilidad del objeto de comparación, la veracidad del contenido y los parámetros comparativos y las normas jurídicas particulares de cada Estado que acepte o no esta modalidad publicitaria como lícita. En el Ecuador la publicidad comparativa no está específicamente normada, pero la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor y la de Propiedad Intelectual hacen referencia a la publicidad engañosa y falsa que constituye competencia desleal, determinando de forma negativa las condiciones que debe cumplir la publicidad para ser considerada como lícita.

Abstract

In the present days, advertising has become the principal tool used by the business men, to promote their products or services in the market. Comparative advertising can be defined, as the advertising announcement that contains a comparison, that outstands the own products or services among of the others that are offered. The comparison's content outstand the advantages and virtues of the proper offer. The lawfulness of this publicity type depends on the correct observance and compliment of certain requirements and law principles; that guarantee the rights and interests of the consumers, the competitors and the society. The elements that determine the publicity's lawfulness are: the similarity of the compared objects, the truthfulness of the contents and the comparison parameters and the particular laws that each State has to qualify the publicity's legality. In Ecuador, comparative advertisement has not been specifically regulated. The Organic Law of the Consumer's Defense and the Intellectual Property Law, have rules about false and misleading advertising that can be considered as unfaithful competence. These laws determine in a negative way, the conditions that advertising must fulfill, in order to be considered legal.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción	10
Capítulo I._ La Publicidad en General y de la Publicidad Comparativa	
1.1. La titularidad y derechos sobre un anuncio publicitario	14
1.2. La Publicidad Comparativa	17
1.3. Elementos de la Publicidad Comparativa	18
1.3.1. Referencia a los productos o servicios competidores	19
1.3.2. Referencia a los productos o servicios propios	21
1.3.3. Referencia a ambas ofertas	22
1.3.4. Veracidad de las afirmaciones publicitarias	22
Capítulo II._ Principios Legales de la Publicidad Comparativa	
2.1. Enunciación	24
2.1.1. Principio de legalidad	24
2.1.2. Principio de veracidad	25
2.1.3. Principio de autenticidad	26
2.1.4. Principio de lealtad o de leal competencia	26
2.2. Derechos que engloban los Principios de la Publicidad Comparativa	27
Capítulo III._ Requisitos de Licitud de la Publicidad Comparativa	
3.1. Requisitos relativos al Objeto de Comparación	32
3.1.1. Objetos similares o comparables	33
3.1.2. Objetos conocidos en el mercado	35
3.1.3. Uso descriptivo de la marca ajena como objeto de la comparación publicitaria	36
3.2. Requisitos relativos al parámetro de comparación	40
3.3. Requisitos relativos al contenido de la comparación publicitaria	42
Capítulo IV._ Tipos de Publicidad que Involucran Publicidad Comparativa	
4.1. Enunciación	46
4.2. Explotación publicitaria de los resultados de tests de mercaderías	49
Capítulo V._ Las Distintas Posiciones en Torno a la Licitud de la Publicidad Comparativa	
5.1. Teoría Individualista y argumentos contra la Publicidad Comparativa	53
5.2. Modelo Social y argumentos a favor de la Publicidad Comparativa	55
5.3. Régimen Jurídico de la Publicidad Comparativa en Argentina	59
5.4. Evolución del Régimen Jurídico de la Publicidad Comparativa en Francia	62

Capítulo VI._ La Posición del Ecuador frente a la Publicidad Comparativa	65
Conclusiones	72
Bibliografía	76
Jurisprudencia Empleada	78

INTRODUCCIÓN

En la actualidad la sociedad se desenvuelve en un mundo globalizado, que demanda de ella una participación más amplia en todas aquellas actividades relacionadas con la interacción jurídica, social, política y económica entre sus miembros, de los individuos con los bienes tanto físicos y abstractos que les rodean, de los individuos con las entidades morales y autoridades, y de los individuos como apéndices autónomos de una comunidad a la que pertenecen; gracias a los vínculos que ha establecido en la misma.

La evolución de la tecnología, la ciencia, las telecomunicaciones, el comercio y el mercado, constituye un factor primordial en el rol dinámico actual que desempeñan las personas en su diario vivir. Todos estos avances que se han suscitado en el transcurso del tiempo, han generado un sinnúmero de nuevas prácticas que deben ser reguladas, para su desarrollo en la sociedad. El derecho es un instrumento fundamental que a través de sus normas y principios, determinan el funcionamiento y los parámetros que se deben tener presentes al momento de desempeñar cualquier tipo de actividad, que pueda de alguna manera afectar al interés y equilibrio sociales.

Haciendo énfasis en el mercado; la tendencia y meta a alcanzar vigente, es la completa liberalización y capitalización de las prácticas mercantiles. Donde su finalidad es la intensificación de la competencia, que permita ofertar al público la mayor cantidad de productos y servicios posible, para que cada consumidor se

constituya como juez al momento de decidir el tipo de mercancía que adquirirá para poder satisfacer sus distintas necesidades. Es fundamental para los consumidores el poder contar con diversas ofertas de productos o servicios, que están a disposición para satisfacer sus necesidades, ya que de esta forma cada persona podrá elegir de todas las ofertas disponibles aquella que le de mayor satisfacción. Por lo tanto los productos y servicios que tengan la capacidad de satisfacer de mejor manera a los consumidores, serán los que tengan mayor demanda en el mercado y ostenten una posición dominante en el mismo.

El primordial objetivo de todos los oferentes, es el poder ostentar una posición privilegiada en el mercado. Para cumplir con esta finalidad, los empresarios disponen de instrumentos que les permiten llegar a la mentalidad y al interés del público consumidor; para de esta forma influir en su criterio acerca de las ventajas de sus ofertas, para que éste decida en última instancia adquirir sus productos o servicios. No es importante el medio que sea utilizado para lograr el cometido, simplemente se debe cumplir con los requisitos legales establecidos, para no ser considerado como atentatorio al interés del público.

La principal herramienta es la publicidad mercantil que realizan los empresarios a través de los medios de comunicación y difusión. FERNÁNDEZ NOVOA la ha definido como “las manifestaciones y comunicaciones que a través de los medios técnicos de difusión se hacen al público de los consumidores, con el fin de encaminar su atención hacia los servicios y productos de la empresa para de este modo fomentar la contratación de tales servicios y productos”¹.

De acuerdo al contenido del mensaje publicitario, la publicidad puede clasificarse en comparativa, subliminal, engañosa, entre otras, y conforme al tipo de publicidad que se trate ésta es considerada lícita o ilícita por el ordenamiento jurídico. Así el Derecho se ha preocupado de regular la publicidad, para que sus contenidos no sean atentatorios para el resto de competidores o los consumidores. Al analizar la Publicidad Comparativa en particular, los criterios jurisprudenciales son variados y se han ido modificando de forma continua.

¹ C. FERNÁNDEZ NOVOA, “La Interpretación Jurídica de las Expresiones Publicitarias”, en *Revista de Derecho Mercantil*, No 14, 1968, p. 57

Por lo tanto, la licitud de la Publicidad Comparativa dependerá de distintos factores y requisitos que determina la ley, para que el contenido de la comparación pueda considerarse legal y aceptable en el mercado y la sociedad. Entre dichos elementos de licitud se encuentran los principios rectores, el objeto de comparación, el contenido y los parámetros de la comparación y las normas jurídicas particulares de cada Estado que acepte o no esta modalidad publicitaria como lícita.

CAPÍTULO I

LA PUBLICIDAD EN GENERAL Y DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

Para poder tener una presencia importante en el mercado, los empresarios buscan la producción y venta masiva de sus productos o servicios. La publicidad juega un papel muy importante al momento de cumplir con esta meta en una economía de mercado, pues sin ella el consumidor no podría elegir el producto que desea, ni hacer una comparación entre la mercancía ofertada por los distintos competidores para adoptar una decisión de consumo adecuada².

La publicidad cumple con la función de servir como canal de información entre el público consumidor y los anunciantes, ya que estos últimos la utilizarán como mecanismo para desplazar a su favor la demanda al tratar de captar mayor clientela. Ante esto DIEZ PICAZO ha afirmado: “...la publicidad es un instrumento decisivo en este sistema de producción y contratación como incitación a la adquisición de bienes y servicios”³.

El mensaje publicitario tiene una intención de sugestión en público, a través de la exaltación de las ventajas del objeto que está publicitando. Por lo que su

² CALLE CASUSOL, J. *Responsabilidad Civil por Publicidad Falsa o Engañosa*. ARA Editores, Lima, 2002. P. 133.

³ DIEZ PICAZO, L. *Masificación y Contrato en: Daños*. Depalma, Buenos Aires, 1991. P. 8.

contenido necesariamente debe comunicar bondades y cualidades del objeto al que se le está haciendo publicidad.

1.1. La titularidad y derechos sobre un anuncio publicitario

La publicidad comercial no se diferencia de las demás obras artísticas e intelectuales en su carácter o naturaleza; se distinguen por el hecho de que su objeto es la difusión de artículos o servicios a los consumidores. A pesar de tener esta finalidad, la publicidad comercial también requiere de originalidad, creatividad y vocación profesional. Esto es lo que se valora en una obra intelectual y lo que da prestigio a su autor, por lo tanto es menester considerar a este tipo de obras como intelectuales y por ende como intereses que deben tener protección. “Las obras publicitarias gozan de la protección como cualquier otra obra cuando ellas son originales”⁴.

Un comercial publicitario es la herramienta más eficaz que poseen los empresarios para buscar su predominio en el mercado, razón por la cual se los puede considerar como bienes que son propiedad de un titular. Así, posee sobre él, los mismos derechos y obligaciones que son fuente de la responsabilidad civil, que se genera en caso de que el anuncio publicitario pueda afectar a otro competidor, consumidor o al interés social en general. De este punto se deduce la importancia de determinar quién es el titular de anuncio publicitario, si su creador o el empresario, ya que el considerado como titular será el sujeto que responda por los daños o afectaciones y la incidencia que dicha publicidad comercial pueda tener en el mercado y la sociedad.

Una de las características presentes en la mayoría de los casos de obras publicitarias, es que son hechas por encargo y la agencia publicitaria es la que entrega la idea y el contenido objetivo de las mismas. En la mayoría de los casos son obras colectivas, donde muchas personas aportan con ideas y conocimientos para la creación completa de la obra publicitaria; lo cual da como resultado un derecho conjunto sobre la obra realizada sin poderles atribuir el crédito separadamente a

⁴ MANSO, *The legal status of the publicity phonogram under the copyright law*, Copyright OMPI, jul-ago. 1979. P. 204.

alguna de ellas⁵. El personal de la agencia, es quien aplica su aptitud creativa al momento de crear los elementos que conforman e identifican un anuncio publicitario comercial. Sin embargo el empresario o proveedor de los productos o servicios objeto del anuncio, es quien encomienda y paga por la realización y difusión del mismo, lo cuál podría por lo tanto darle la titularidad y responsabilidad del anuncio publicitario.

Está muy claro, el hecho de que las ideas y obras publicitarias requieren protección legal. Sin embargo la rama del derecho intelectual que debería ocuparse de esto es aquella que trata acerca de la competencia desleal, la cual a pesar de estar presente en el ordenamiento jurídico de muchos países, incluido el Ecuador se encuentra todavía en plena evolución. Por lo tanto este ámbito legal debe desarrollarse, para poder evitar y reprimir las conductas de apropiación dolosas sin autorización de ideas publicitarias generadas por otros; o en su caso para identificar civilmente a los responsables de las afectaciones que el anuncio comercial pudo generar a los demás.

Dependiendo del tipo de obra publicitaria que se trate, se deberán aplicar las normas legales particulares para el tipo. El conflicto se encuentra en el hecho de que existen normas contradictorias que determinan la titularidad. Generalmente la agencia crea las obras publicitarias a pedido del anunciante por lo que deben armonizarse la locación de la obra y los derechos de autor, para establecer quién es el legítimo titular de los derechos de propiedad intelectual sobre el anuncio.

Conforme a la legislación sobre derechos de autor, la obra y sus derechos inherentes pertenecen al creador físico (es decir la agencia). Sin embargo, cuando se trata de obras colectivas o de encargo, la titularidad es del comitente (el proveedor o anunciante cuyos productos son objeto de la propaganda).

La doctrina tiene criterios contrapuestos; la posición mayoritaria de los autores dice que a falta de disposición que prohíba utilizar al anunciante dicho anuncio publicitario, aunque ya se haya dado por terminada la relación laboral con la agencia publicitaria, se presume que los derechos les fueron cedidos y con ellos la titularidad del mismo. Otra parte de autores sostiene que si se da el mismo caso anteriormente

⁵ EMERY, MIGUEL ANGEL. "La Propiedad Intelectual y la Publicidad". *Derechos Intelectuales*. Astrea, Buenos Aires, 1996, pp. 44 y siguientes.

expuesto, por los principios de enriquecimiento sin causa, se aplicarían las disposiciones contractuales preexistentes y la agencia tendría derecho a cobrar una remuneración⁶. Con lo que se estaría hablando de una titularidad del anuncio comercial conjunta, a raíz del contrato que se celebró entre el anunciante que subsidió su elaboración y la agencia que fue quien lo elaboró.

En el derecho comparado los criterios han sido uniformes; en España, la Ley General sobre Publicidad determina que las creaciones publicitarias son protegidas por los derechos intelectuales, y salvo estipulación contraria se entiende que el contrato de creación publicitaria presume cedidos los derechos al anunciante.

En Francia, el artículo L. 131-3 del Código de Propiedad Intelectual francés es uno de los fundamentos principales para oponerse a la sesión automática de los derechos intelectuales de la agencia.

Sin embargo la Unión de Anunciantes Francesa y la jurisprudencia, han reiterado que mientras que una creación publicitaria presentada por la agencia no haya sido explotada o facturada al cliente, los derechos de producción de la obra son de la agencia salvo que exista pacto en contrario. La explotación por cuenta del anunciante implica para la cesión automática a su favor de todos los derechos restantes, así es necesario que al menos una vez se haya difundido el anuncio publicitario, para que la titularidad y derechos sobre el mismo sean legalmente del anunciante. De esta manera y apoyando el criterio jurisprudencial, la difusión del anuncio comercial es un hecho constitutivo de un derecho. Ya que la titularidad del anuncio será del empresario desde el momento que la publicidad salga al aire, caso contrario puede decirse que el contrato no se ha hecho efectivo. A raíz de que no ha surtido efecto, no se han generado los derechos y obligaciones correspondientes por lo que la agencia conserva la titularidad del anuncio.

En Ecuador de acuerdo al Código de Ética y Autorregulación Publicitaria, la titularidad de la publicidad creada será del anunciante, que subvencione su creación y difusión. A pesar de esto la responsabilidad jurídica, en caso de que dicha publicidad sea ilícita y genere afectaciones al interés de los demás será solidaria. Donde la estación que se encarga de realizar la difusión del mensaje publicitario, debe tomar las precauciones necesarias para determinar si es que esta es desleal o

⁶ *Ibidem*, pp. 45 y 46.

engañoso. Comprobando que el contenido del mensaje publicitario sea real, verídico y no tenga información que pueda desacreditar o afectar de forma negativa e innecesaria a los competidores. Si es que a pesar de tener en cuenta estas condiciones y teniendo conocimiento de que la publicidad podría ser perjudicial, la estación difunde el anuncio en el público, la estación podrá ser responsable jurídicamente igual que el anunciante.....

Debido a que el ámbito mercantil es muy dinámico y competitivo, los consumidores y competidores pueden verse afectados en sus intereses, gracias a ciertas prácticas mercantiles como lo es la publicidad. Al tener definido claramente quienes son los titulares de cada anuncio comercial, habrá mayor seguridad jurídica, al determinar legalmente al sujeto que deberá responder, si es que se suscitarán daños o afectaciones a otros como consecuencia de su difusión.

1.2. La Publicidad Comparativa

La publicidad comparativa opera cuando el anunciante, proveedor o el empresario señala en la difusión características de su servicio o producto que provee al mercado; comparándolo con los de sus competidores, sugiriendo o afirmando en el anuncio, que sus productos o servicios son de mejor calidad con relación a los de la confrontación, que aparecen por tal motivo como inferiores, en cuanto a su valoración⁷.

La finalidad de la publicidad comparativa es promover directa o indirectamente la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos u obligaciones. Se hace alusión a los productos o servicios de un competidor con la finalidad de entablar una comparación que presente las ventajas de los productos propios, frente a las desventajas de los productos competidores.

Al hacer este tipo de referencias a los productos que se están ofertando en el mercado, se está cumpliendo con el derecho a la información que ostentan los consumidores, consagrado constitucionalmente en el artículo 81 y en algunos

⁷ CEVALLOS, VICTOR. *Libre Competencia Derecho de Consumo y Contratos*. Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2001. P. 242.

tratados internacionales con la Convención Interamericana de Derechos Humanos que lo consagra en su artículo 13.

De esta manera es derecho del consumidor el que se le informe correcta y adecuadamente acerca del producto o servicio ofertado, antes de su adquisición. Por lo que el proveedor a su vez asume como contraprestación a esta garantía, la obligación de suministrar al consumidor información veraz, pues si la información no tiene esta calidad es un indicio claro de competencia desleal. El objetivo de principal de este derecho es el poder formar un consentimiento contractual más claro y reflexivo en el consumidor, para que pueda elegir de forma racional entre todas las ofertas, basándose en fundamentos informativos claros y precisos.

En el proceso de elaboración de la publicidad comparativa se dan dos momentos, en los cuales en el principio el anunciante tiene el rol de juez ya que es quien decide el contenido de su anuncio publicitario, determinando que calidades del producto serán las anunciadas, para que posteriormente el público de acuerdo a la información presentada y su propio criterio, actúe de juez definitivo en la decisión de adquirir el producto.

La información contenida en la publicidad puede considerarse como relativa, ya que es aquella que el anunciante considera como pertinente y esencial, pero puede no considerarse como tal, si es que se atiende a otro tipo de parámetros. A pesar de la relatividad del contenido que tiene un anuncio de publicidad comparativa, su contenido y difusión no puede considerarse como ilícito, ya que finalmente quién tomará la decisión de adquirir o no la mercancía ofertada será el consumidor.

1.3. Elementos de la Publicidad Comparativa

Con el objetivo de poder distinguir si es que un anuncio publicitario puede ser catalogado como publicidad comparativa, se ha determinado ciertos elementos particulares que otorguen a la propaganda dicha calidad. De esto se deduce que la ausencia de uno de estos, implica que el anuncio pertenezca a una publicidad de otro tipo.

1.3.1. Referencia a los productos o servicios competidores

El primer elemento que debe estar presente en la publicidad comparativa, es la referencia a los productos o servicios competidores, ya sea explícita o implícitamente. Debe ser una referencia inequívoca, que permita al público identificar la presencia de las ofertas de al menos un competidor y el anunciante.

Los competidores afectados por la comparación deben ser identificados o identificables para el público destinatario del mensaje o para un sector significativo de éste. Es decir, el mensaje publicitario debe hacer referencias a las ofertas de los sujetos publicitarios, de tal manera que al menos los destinatarios de nivel medio⁸ puedan hacer la correspondiente distinción. De esta manera, a excepción de que el mensaje tenga como objetivo publicitario un sector particular del público (especializado o técnico), si es que un destinatario de nivel medio no puede distinguir una comparación entre los competidores, el mensaje estaría deprovisto de información comparativa, impidiendo que se trate del tipo de publicidad en cuestión. De esta forma la información contenida en el anuncio publicitario es el que define el carácter comparativo del mismo, pues será la información la que tiene que ser procesada por los destinatarios y sus contenidos definirán el mensaje que deberá ser percibido.

En el anuncio publicitario pueden concurrir determinadas circunstancias que aumenten en el público la identificación del competidor:

a) *La agresividad del mensaje publicitario*: se puede distinguir un tono agresivo en el mensaje, a través de la utilización de un superlativo o del comparativo en forma negativa y la unión de una crítica con una advertencia.

Así, cuando el superlativo es utilizado forma positiva, se limita a indicar la preeminencia en el mercado o predominio del anunciante sobre su competidor. Cuando se lo utiliza forma negativa, el tono es agresivo, y puede llevar al público a creer que los competidores ocupan una posición peor que la del anunciante. Si es que el tono usado por este último tiene un nivel demasiado alto de agresividad, de tal modo que el mensaje contenga alusiones que puedan desprestigiar o tengan un impacto tan agresivo en el consumidor que permita percibir al competidor como

inferior. Lo que podría afectar la reputación y prestigio que el competidor posea, ocasionándole perjuicios importantes y superiores a los aceptables legalmente con lo que el anuncio publicitario sería considerado ilícito.

Es posible incluir una advertencia en el anuncio publicitario haciendo distinción y alusión de la propia oferta. Por este medio se intenta evitar un riesgo de confusión, ya que aunque hay un tono fuerte al momento de resaltar las ventajas de los productos o servicios del anunciante, no existe referencia al competidor. Pero cuando a esta advertencia se une la crítica a los competidores, ya hace referencia a éstos y el público ya está en condición de distinguir la comparación realizada, de forma que el caso sería de publicidad comparativa.

Así, para que los destinatarios puedan distinguir a los competidores en un anuncio publicitario comparativo, la comparación realizada debe hacer referencia a los mismos de manera inequívoca. Sin embargo pueden darse casos en los que no es necesario que en la distinción deba haber referencias directas. Al menos deben ser identificables los competidores para que la publicidad pueda catalogarse como comparativa.

Una excepción a este elemento se discutió en la jurisprudencia alemana donde se anotó, que aunque no se decía explícitamente el nombre de competidores, el anuncio se dirigió a un público especializado que conocía la estructura del mercado y por lo tanto sabía cuáles eran las empresas competidoras. La identificación era posible en el público especializado que era el objetivo al que se destinaba el anuncio. Por lo que sí hay un mensaje inequívoco formado por una advertencia y una crítica indirecta haciendo referencia a los competidores, en la expresión: “podemos asegurarle que hoy en día no existe en el mundo un material mejor para la confección de cortinas”. Aunque no se nombra a los competidores, estos son identificables para los destinatarios, por lo que el anuncio es comparativo.

b) *Introducción de matizaciones*: a través de este tipo de referencias puede hacerse alusión de varios competidores, facilitando al público por medio del anuncio la distinción de quiénes operan en el ámbito espacial. Mientras más precisa sea esta matización hay más posibilidades de distinguir y hacer referencia inequívoca a los

⁸ Como destinatario de nivel medio debe entenderse, al consumidor con un nivel promedio de conocimiento acerca de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. Y que por lo tanto,

competidores. Para que una matización pueda afectar a un competidor tiene que ser lo suficientemente específica, como para poder a partir de ella, determinar claramente a los competidores.

c) *Utilización de la terminología que en competidor usa en su publicidad, en la publicidad propia:* Utilizando los eslóganes o imágenes que distinguen a los competidores en los propios anuncios publicitarios, en anunciante está haciendo referencia al competidor cuya publicidad invoca.

Incluso en los casos donde el público destinatario es especializado, debe tenerse presente que conoce el mercado y puede por ello distinguir a los competidores. Así cualquier referencia por genérica que sea, puede provocar que el público los identifique como afectados de la publicidad comparativa.

También en el caso de un duopolio, cualquier referencia, por más genérica que sea, será entendida como una comparación inequívoca con su competidor único. Los competidores ya son identificables, con lo que concurriría el primero de los elementos constitutivos de este tipo de publicidad.

d) *El humor:* El factor humorístico en la publicidad comparativa, generalmente es un elemento inocuo en la misma, ya que el consumidor no toma las aseveraciones seriamente. Sin embargo esta situación cambia cuando con el humor se hace una referencia al competidor o hay una referencia evidente a este; sus efectos son más intensos y el público puede notar más la comparación gracias a la ironía empleada en el mensaje⁹.

1.3.2. Referencia a los productos o servicios propios

El segundo elemento que debe estar presente en la publicidad comparativa, es la referencia a los productos del anunciante, es decir a los propios, para poder efectuarse una comparación. Aquellos supuestos en donde solo se haga referencia a los del competidor emitiendo juicios críticos se califica como publicidad denigratoria, la cual es ilícita a raíz de que se está atacando a otro empresario sin ningún fundamento, causándole perjuicios.

pueda ser capaz de distinguir las ofertas de los diversos competidores.

1.3.3. Referencia conjunta a ambas ofertas

El tercer elemento de este tipo publicitario, es que el anunciante debe hacer una referencia conjunta a los productos propios y a los del competidor, para poder establecer la comparación entre ambas. Y de esta forma afirmar, que el anuncio publicitario tiene valor informativo, al facilitar al público destinatario el poder distinguir ciertas calidades de las ofertas a través de la comparación. Esta última debe tener por efecto el resaltar las ventajas del producto propio, frente a las ofertas competidoras a las que se hace referencia.

1.3.4. Veracidad en las afirmaciones publicitarias

Finalmente como cuarto elemento está la veracidad de las afirmaciones contenidas y en su comparación. Este factor además es un requisito de su licitud. Las aseveraciones que se anuncien deben ser reales y verdaderas, con lo cual se estaría completando al primer y tercer elemento de la publicidad comparativa al realizar una comparación refiriéndose a los competidores. Así, si la publicidad se apoya en datos falsos seguirá siendo publicidad comparativa, pero ilícita por su carácter engañoso.

Por otro lado también es posible distinguir a los elementos que constituyen la competencia y publicidad comparativa desleal¹⁰. La licitud del anuncio publicitario se verá afectada, si al menos uno de estos supuestos está presente en el mensaje publicitario difundido:

a) Medios de confusión: son aquellos que consisten en hacer creer al público que el producto que se vende es fabricado por otro, que generalmente tiene mayor difusión (*passing off*)¹¹.

b) Medios de denigración.

⁹ PLAZA, ANXO TATO. *La Publicidad Comparativa*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1996. P. 94.

¹⁰ AZÉMA, JACQUES, *Le droit français de la concurrence*, París, 1981, pp. 94 y siguientes, en PLAZA, ANXO TATO. *La Publicidad Comparativa*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1996.

¹¹ En USA se caracterizó a un nuevo acto de competencia desleal; la missappropriation o apropiación indebida que consiste en explotación no autorizada del esfuerzo del competidor, su trabajo, inversión, destreza o cualidad que se pueda considerar como valiosa. A partir de la sentencia del caso International New Service VS. Associated Press 248 U.S. 215, 39 S. Ct. 68/1918. Se usan los productos ajenos como propios, mientras que en la confusión hacen pasar como ajenos los productos propios.

- c) Medios de desorganización general del mercado.
- d) Medios de la empresa rival.
- e) Utilización de procedimientos comerciales ilegítimos.
- f) Utilización ilegítima de la reputación de otro.

El estudio de la publicidad comparativa es importante por dos razones: primeramente porque es el instrumento por medio del cual los comerciantes buscan captar clientela, promoviendo la adquisición de bienes y servicios ofertados en el mercado y segundo porque si es que es uso indebido de la publicidad al desviar ilegítimamente la clientela del competidor en beneficio propio a través de comparaciones falsas, dicho hecho genera daños a los consumidores y a la competencia y puede ser fuente de responsabilidad administrativa, civil y penal¹². El identificar los cuatro elementos esenciales de la publicidad comparativa, permite determinar que tipo de anuncios pueden ser comparativos, para a su vez establecer el régimen jurídico pertinente.

¹² CALLE CASUSOL, J, op. cit, p. 131.

CAPITULO II

PRINCIPIOS LEGALES DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

El derecho se ha preocupado por regular específicamente la mayor cantidad de situaciones jurídicas posibles, entre las cuales se encuentran los parámetros y principios de licitud que deben cumplirse en los anuncios publicitarios. Estos preceptos legales deben ser tomados en cuenta por los anunciantes, siempre que elaboren publicidad comparativa. Ya que en base a estos criterios se puede evaluar la conducta de los agente publicitarios o anunciantes, ya que son el camino o cauce ético por el cual debe realizarse la publicidad, para dictaminar su licitud¹³.

2.1. Enunciación

2.1.1. Principio de legalidad

Conforme a este precepto, los anuncios publicitarios deben ajustarse a los parámetros legales. No deben contrariar las normas que imponen los límites legales a cumplirse en razón de ciertos valores que se busca proteger. Entre estos últimos se incluyen los valores sociales legalmente establecidos, ya que su omisión puede

¹³ DE LA CUESTA, J. *Régimen Jurídico de la Publicidad*. Tecnos, Madrid, 1998. P. 164.

causar daños al interés general, que se ve afectado por una práctica contraria a sus lineamientos.

Por ejemplo, en una publicidad donde se comparan dos marcas de cigarrillos, debe mencionarse los daños que consumirlos pueden causar a la salud de los sujetos. Caso contrario habría una infracción que convierte al anuncio publicitario en ilegal, sin embargo hay compañías que prefieren pagar la multa por esta omisión que incluir referencias negativas en su publicidad. En este punto las normas sancionadoras de las prácticas publicitarias engañosas o desleales deberían tener una mayor coerción, ya que el bienestar general del público está en juego, debido a sus aseveraciones.

2.1.2. Principio de Veracidad

De acuerdo a este principio, la información que el empresario debe impartir en su anuncio publicitario a los consumidores o destinatarios, debe ser correcta y completa acerca del producto o servicio. Este precepto se vulnera con la publicidad engañosa, capaz de inducir a error al público de manera directa, indirecta, por ambigüedad, omisión o exageración¹⁴.

Este principio cumple con la función de protección del consumidor frente a ésta asimetría de la información, pues dictamina que los anunciantes deben proveer de información veraz al público destinatario acerca de las características de sus productos o servicios, para evitar la deformación publicitaria. Permite a su vez reforzar la confiabilidad de los anuncios publicitarios, como fuente informativa y mecanismo de competencia leal.

La publicidad comparativa tiene en su contenido expresiones objetivas, concretas y comprobables; por esta razón es de primordial importancia que este tipo de publicidad se sujete a este principio. El anunciante no tiene la obligación de probar la veracidad de todas sus afirmaciones, esto dependerá de la forma en que dichas expresiones sean percibidas por un consumidor razonable. Por ejemplo afirmaciones como “Recomendado por el Colegio Odontológico”, en un anuncio

¹⁴ Este criterio está contenido en el artículo 32 de la Ley Federal de Protección al Consumidor de México, al igual que en el artículo 4 del TUO de la Ley de Publicidad Peruana.

publicitario comparativo de dos dentífricos pueden estar sujetas a comprobación. En caso de controversia el empresario debe probar lo que afirma en sus anuncios.

La verificación del principio de veracidad está condicionada a la prueba que el anunciante realice sobre las afirmaciones que difunda. A este hecho la doctrina denomina substanciación previa; lo cual constituye en la obligación del anunciante de acreditar la veracidad de las expresiones vertidas en sus anuncios publicitarios¹⁵.

2.1.3. Principio de Autenticidad:

La autenticidad para los términos de publicidad comparativa se define como la correcta estructuración del mensaje publicitario, para que los destinatarios puedan ser capaces de distinguir el carácter o naturaleza del anuncio difundido. Se puede afirmar que este precepto es un complemento al principio de veracidad, pues su objetivo es evitar el engaño al consumidor a través de la estructura del anuncio. Es decir que en virtud a la autenticidad del anuncio publicitario, los consumidores deben estar en la capacidad de diferenciar cuando estén frente a una publicidad o ante una noticia o comentario periodístico.

Una noticia busca informar al público acerca de hechos y sucesos que se suscitan en el mundo; la publicidad y en especial la publicidad comparativa que tiene la finalidad de atraer a los destinatarios y a la demanda del mercado hacia las ofertas del anunciante. “Es por ello que está prohibida la publicidad encubierta, que enmascara anuncios bajo una apariencia periodística, así como la publicidad subliminal”¹⁶.

2.1.4. Principio de lealtad o de leal competencia:

La publicidad y específicamente aquella de tipo comparativo, debe ceñirse a los principios de la buena fe. Se pretende que la actividad publicitaria no provoque confusión entre los productos y servicios ofertados, que no tienda a crear descrédito

¹⁵ CALLE CASUSOL, J, op. cit, p. 164.

¹⁶ RAVENTOS, F. *Régimen Jurídico del Mercado y la Publicidad*. Lima, 1991. P. 6.

de los competidores o de las respectivas ofertas y de manera general que no sea contraria a los buenos usos mercantiles y a las normas de corrección.

Se busca que la competencia sea limpia y correcta, evitando prácticas desleales que menoscaben y ocasionen afectaciones a los competidores. Así lo ha establecido la Ley General de Publicidad de España en su artículo 6 donde establece lo que se entiende como publicidad desleal: aquella que por su contenido o forma de presentación provoca descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos o servicios. La que es capaz de inducir a confusión con las empresas o actividades y que haga uso injustificado de la denominación. Y específicamente en el caso de la publicidad comparativa, será desleal cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos o de limitada participación en el mercado.

En Ecuador la libre competencia y el buen comportamiento publicitario se encuentran normados implícitamente, en la Ley de Propiedad Intelectual, La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y la Decisión Comunitaria 486.

2.2. Derechos que engloban los principios de la Publicidad Comparativa

El respeto y la aplicación efectiva de los principios de derecho que norman la buena conducta publicitaria, constituyen la garantía de cumplimiento de los derechos de los consumidores y de los competidores. Al proteger actividades o prácticas publicitarias que engañen o sean falsas, que afecten a los primeros en su criterio de decisión y en sus intereses al adquirir productos o servicios de mala calidad o distintos a los anunciados. Y al evitar que se denigre innecesariamente o se desacredite a los segundos en el mercado.

En razón de lo expuesto, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en Ecuador hace énfasis en estos principios al consagrar a lo largo de su contenido derechos y garantías para los consumidores, y a su vez obligaciones a cumplirse por

parte de los anunciantes o proveedores, para garantizar el buen funcionamiento del mercado y la prácticas mercantiles y publicitarias leales.

Primeramente el artículo 4 de dicho cuerpo legal consagra el derecho a la información adecuada y veraz. En referencia a esta norma, los anunciantes debe hacer referencia de todos los aspectos relevantes que deben saberse acerca del producto o los servicios ofertados. Como lo dice GARRIGUES: "... la veracidad es una norma relativa a la lealtad en materia comercial". Es decir a través del suministro de información verdadera acerca de la oferta el consumidor puede basar su decisión apoyándose en fundamentos reales que le han llevado a inclinar su decisión hacia un determinado producto o servicio, gracias a sus cualidades y ventajas expuestas a comparación de los otros.

De esta manera, tanto los productores como los proveedores están obligados a cumplir con este deber de proveer de información verdadera al ofertar y promover sus productos, para así garantizar el derecho a la información adecuada y veraz de los consumidores. Como consecuencia de esto es obligatorio que las afirmaciones contenidas en las especificaciones o etiquetas correspondientes guarden relación con lo que se expresa en la publicidad.

Es primordial que siempre se mantenga la realidad objetiva de las mercancías o servicios materia de la oferta, para de esta forma evitar perjudicar o defraudar la buena fe del consumidor. El fundamento de este derecho radica en que con la exposición de la debida información acerca de lo que se va a adquirir, los consumidores tendrán muy en claro lo que están comprando, el cómo y para qué lo compran.

La doctrina discute si la publicidad de un producto o servicio es la oferta de los mismos. Los autores que aceptan la tesis establecen que como tal la consecuencia jurídica suficiente, sería que el consumidor acepte el contenido publicitario para que el contrato sea perfecto. Caso contrario se asume a la publicidad como un *invitatio ad offerendum*, donde para que se considere oferta se necesitará otra manifestación de voluntad del anunciante. VÍCTOR CEVALLOS se inclina por la primera tesis, y adicionalmente afirma, que para que la publicidad sea aceptada como oferta debe

especificar en el anuncio todos los elementos del contrato¹⁷. Haciendo alusión entonces que la oferta publicitaria debe siempre contener la información adecuada y pertinente para que el consumidor pueda tomarla como oferta y adquirir los productos o servicios ofertados.

Sería posible afirmar que la oferta supone ante todo la disponibilidad efectiva de determinados bienes y servicios. Conforme a esta corriente la publicidad constituiría un complemento a la misma, donde sería el medio por el cual se informa a los consumidores de la existencia y disposición de los productos o servicios en cuestión. De esta manera la oferta no puede ser considerada ni como contrato ni como una invitación, la oferta es la declaración de disponibilidad de ciertas mercancías y servicios, que no necesariamente surge de la publicidad sino de la afirmación misma.

“La acción de ofertar bienes y servicios se contrae a la fase precontractual en el mercado de los mismos, en donde los proveedores en su primer momento ponen todo su empeño en la promoción de sus productos por medio de la publicidad”¹⁸. Es importante resaltar el hecho de que los anuncios publicitarios siempre se realizan antes de la celebración del contrato entre el anunciante y el destinatario para la adquisición de la oferta. Con lo que constituye el antecedente directo de la decisión que el público realizará.

En nuestro país esta fase precontractual no está expresamente reglada, la Ley de Defensa del Consumidor en su art. 4 protege al consumidor consagrando en derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes o servicios que se ofrecen. Con esta norma, de manera indirecta se está limitando la potestad de los oferentes de publicitar sus productos o servicios de forma falsa, exagerada o comparando con productos abusivamente que puede resultar en competencia desleal. Se puede afirmar que esta ley regula la fase precontractual que impone los parámetros a la publicidad. Se refiere adicional y complementariamente a la mencionada garantía, al derecho de que los proveedores oferten sus productos o servicios y a los consumidores a elegirlos con libertad.

¹⁷ CEVALLOS, V, op. cit, p. 233.

¹⁸ *Ibíd*em, p. 136.

Como complemento a los derechos anteriormente expuestos, la misma ley ha consagrado a lo largo de su articulado, el derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva. De acuerdo a esta norma jurídica, la infracción se comete cuando por medio de la publicidad engañosa se ha inducido a error al consumidor. Si el caso es de comparación, el engaño se manifestará al momento de comparar la oferta del anunciante con el producto o servicio competidor, expresando una información que no es cierta, y abusando de la credulidad del destinatario o consumidor, para que adquiriera el producto a raíz de creer que es mejor que el de su competencia por las características falsas que se han relatado.

El artículo 7 de la misma ley dispone los supuestos en los cuáles se puede inducir a error al público. Y determina que se estará induciendo a error al consumidor, al anunciar y comparar publicitariamente información falsa acerca de los beneficios, consecuencias de uso, características básicas del propio producto o servicio, o en su defecto de la oferta del competidor.

Como contrapartida a dichas garantías, la mencionada ley determina cuáles son los elementos que debe incluir la información básica comercial y de ello se deduce los aspectos de la oferta que pueden ser objeto de comparación publicitaria. La publicidad entonces debe considerar expresamente el precio, peso, medidas y montos adicionales por impuestos y otros recargos. Esto facilita a que el consumidor conozca el valor final del producto o servicio y pueda hacer su elección libremente, basándose en características relevantes de las ofertas.

CAPITULO III

REQUISITOS DE LICITUD DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

La licitud de la publicidad comparativa está principalmente condicionada por los requisitos que se han establecido en el ordenamiento jurídico en que se la difunda. Los límites que separan a este tipo de publicidad con aquella de carácter engañoso o desleal son muy delgados y fácilmente vulnerables por parte del anunciante que busca influir en el público consumidor a través de la exposición de las ventajas de su mercancía en comparación con la de sus competidores.

Un anuncio publicitario está conformado por el objeto al cual se promociona u oferta acompañado de una comparación con otro objeto similar. Por su parte esta comparación se fundamenta en determinados parámetros descriptivos y calificativos de las calidades del objeto, los cuales a su vez establecerán el contenido de la comparación. De esta manera es pertinente resaltar que el objeto, los parámetros y el contenido de la comparación publicitaria, son los componentes que tienen que estar presentes en un anuncio publicitario comparativo, los cuales a su vez deben cumplir con ciertas condiciones dispuestas por ley, para que su resultado pueda catalogarse como publicidad comparativa lícita.

Es menester esclarecer los requisitos de licitud, que cada componente de la publicidad comparativa debe cumplir en cada caso para considerarse como

publicidad aceptable, de valor informativo y protectora del interés del consumidor, la competencia y el interés social general.

3.1. Requisitos relativos al objeto de comparación

Los objetos de comparación del anuncio publicitario, de manera general, son los productos o servicios del anunciante y de sus competidores, sobre los cuales se plantea la comparación. De acuerdo a la doctrina más aceptada y a la ley de Competencia Desleal de España¹⁹, también es admisible que se comparen como objeto del anuncio publicitario los establecimientos comerciales y actividades que se realizan.

Previo a la realización al anuncio publicitario es necesario seleccionar mercancías competidoras como objetos de comparación. El riesgo de una incorrecta selección podría inducir a error a los consumidores, ya que si los objetos escogidos no están acordes con las calidades expuestas en el anuncio, o no se prestan para fundar una descripción racional, dejarían sin valor a la publicidad, pues las referencias realizadas no tendrían una base de sustento.

Por ello se requiere como requisito de licitud, exhaustividad en la descripción de los objetos de comparación. Es decir comparar objetos que pueden ser los más similares posible en la totalidad de sus características. Sin embargo esto sería utópico, debido a que no es posible describir y comparar a los objetos publicitarios en su totalidad. Por lo que resulta suficiente que la comparación se haga sobre una media representativa, capaz de incluir los aspectos y calidades más significativas, que puedan catalogar como similares a los objetos en cuestión.

Existe un mayor riesgo de inducir a error al consumidor, si es que la publicidad comparativa se apoya sobre falsas representaciones de similitud, debido a que las descripciones objetivas son incompletas. A pesar de esto, el consumidor deberá ser consciente de que el mensaje publicitario pasó por un filtro basado en el criterio subjetivo del anunciante, por lo que resalta solo ciertos aspectos del producto o

¹⁹ El criterio de la ley española es aceptado y expuesto por otras legislaciones como la de Ecuador, Estados Unidos, Perú; que sostienen que el objeto de comparación en un anuncio publicitario comparativo, puede ser además de los productos o servicios, los establecimientos comerciales, las actividades, realizadas e incluso la marca distintiva de los empresarios.

servicio promocionado. Dependiendo de la percepción que resulte en el público, se derivará su confianza en las afirmaciones realizadas acerca de la superioridad del producto o servicio sobre los otros.

3.1.1. Objetos Similares o Comparables

Para considerarse como objetos lícitos de comparación, estos deben ser similares o comparables; lo cual significa que aquello que se esté comparando debe pertenecer al mismo género o tener una naturaleza compatible o similar. Sin embargo, podría resultar subjetiva la calificación de las características que constituirían como similares a determinados objetos. Para establecer la similitud de los objetos publicitarios se ha tomado como punto de partida la sentencia del OLG²⁰ de Munich de 17 de agosto de 1989, donde en el anuncio publicitario, se comparaba un periódico de anuncios gratuito y un diario normal. El Tribunal los tomó como no comparables, debido a que las características distintivas de los diarios eran muy divergentes, por lo tanto incomparables. De esta manera el fallo dictaminó como ilícito al anuncio.

Por otra parte existe el criterio de que podrían ser comparables aquellos productos que pertenecen a una misma categoría genérica y son destinados a satisfacer idénticas necesidades. Este razonamiento fue el que entendió el OLG de Dusseldorf en su sentencia de 29 de enero de 1981, frente al anuncio de los diarios. El Tribunal fundamentó su decisión en el hecho que tanto el diario normal como el gratuito, servían para publicar anuncios; con lo cual podían compartir la misma función. Pudiendo de esta forma ser objeto válido de comparación publicitaria.

El derecho español corrobora esta posición, pues en sus normas no exige que los objetos de comparación publicitaria sean idénticos, simplemente que sean similares. Cuando al pertenecer a una misma categoría genérica sirven para satisfacer idénticas necesidades (art. 6.c Ley General de Publicidad), lo que los califica como comparables. Por su parte el artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal, dictamina que se considera como comparación desleal; cuando la comparación hecha entre los bienes, servicios o establecimientos con los de un tercero, se refiere a extremos que no sean análogos, relevantes y comprobables.

Esto quiere decir que aquello que se está comparando debe ser similar, para que de a lugar a una comparación lícita debido a la naturaleza similar de los bienes o servicios. Caso contrario se estaría comparando objetos que no tienen relación, con lo cual se estaría atentando contra el competidor sin fundamentación alguna. Los elementos comparados deben ser esenciales y demostrables, por ejemplo no procede la comparación entre una marca o producto de otro país, que no esté en el mercado ecuatoriano con una marca o bien del mismo.

Podría darse la situación de que dos objetos sirvan para lo mismo, pero sean de distintos géneros. En este caso no es aceptable su comparación, ya que en principio si estos son de distinto género, satisfacen diferentes necesidades. Un ejemplo excepcional de este tipo sería el comprar flores o chocolates para un regalo. Ambos objetos sirven para satisfacer la misma necesidad, pero ésta no es la finalidad normal de aquellos productos. Por lo que de acuerdo a los principios de Derecho es necesario que al apreciar la similitud de los productos, debe atenderse a la finalidad habitual de estos²¹.

A través de la publicidad comparativa se pueden promocionar objetos que comprendan a otros como obsequios. Tal práctica es lícita siempre y cuando se empleen actuaciones y maniobras que no lesionen la competencia por eficiencia y se presione al consumidor a celebrar el contrato para adquirir una actividad principal. Es permitido por la ley ecuatoriana que se den obsequios a más de la prestación principal que se contrata. El factor ilícito está en el hecho de constituir al obsequio en eje para la celebración del contrato, induciendo al consumidor a adquirir otro producto a raíz del obsequio, atentando así contra la libre competencia²². Pues al comparar productos similares se escoge el del obsequio, por la gran diferencia que representa éste en el consumidor en comparación con el resto. El aspecto desleal reside en el hecho de que al comparar el consumidor escoge el otro producto porque el obsequio es muy grande y representa mucho más que el producto principal.

²⁰ OLG u Oberlandesgericht es el nombre alemán para los Tribunales Supremos de Justicia.

²¹ PLAZA, A, op. cit, p. 227.

3.1.2 Objetos conocidos en el mercado

Como otro requisito de licitud y de validez de la publicidad comparativa, el anunciante deberá evitar hacer comparaciones de mercancías desconocidas o de limitada participación en el mercado. De esta forma se evitan actuaciones abusivas por parte de las empresas dominantes, pues con esta prohibición las empresas más pequeñas no se pueden excluir del mercado a través de la denigración y evidencia de inferioridad de sus productos o servicios frente a los dominantes.

Aunque esto no es muy posible que suceda, ya que las empresas grandes cuentan con otros medios o tácticas de marketing para excluir del mercado a dichas competidoras. Además, el comparar su mercancía con este tipo de empresas sería publicidad gratuita para las mismas, que se dan a conocer en el mercado gracias a la comparación con los productos o servicios líderes.

La publicidad comparativa realizada entre productos líderes con desconocidos o limitados no tendría mayor utilidad, pues adicionalmente debido a los recelos y desconfianza de los consumidores, ni siquiera la comparación entre objetos conocidos, es tomada como completamente fehaciente. Menos confianza tendrán sobre comparaciones con productos desconocidos, por lo que el anuncio tendría un escaso valor informativo.

Al constituir una comparación útil para los consumidores, es decir informativa, la publicidad comparativa es lícita ya que vela por los intereses de los mismos. Sin embargo si en la comparación publicitaria no hay valor informativo, no están tutelando los intereses de los consumidores ni el interés general, por lo que el mensaje no tendría para ellos ninguna relevancia. De manera que los empresarios aludidos con la comparación recuperan su protagonismo y su interés se vuelve prioritario. La afectación a su interés y derecho de anonimato, provoca la ilicitud de esta publicidad comparativa²³.

En lo referente al objeto materia de la comparación publicitaria, la jurisprudencia española ha emitido fallos en los cuales se ha definido lo que es la publicidad desleal. La ha determinado como aquella publicidad comparativa que no cumpla con lo que establece la norma, es decir que los datos que se utilicen en la

²² CEVALLOS, V, op. cit, pp. 54 y 55.

²³ *Ibíd*em, p. 231.

comparación de la actividad, las prestaciones o el establecimiento de un tercero no sean análogos relevantes, ni comprobables²⁴.

En la sentencia del SAP de Madrid del 8 de marzo de 1993 (Actualidad Civil, 1029/1993) se falló a favor de la licitud de la publicidad comparativa, en un anuncio donde un cantante bebía un refresco durante su concierto, pero éste no se anima hasta que cambia al refresco de la marca del anunciante. El competidor aludido fundamentó su demanda en que el anunciante utilizó publicidad ilícita por su carácter comparativo, denigrante y engañoso respecto a la bebida refrescante elaborada por la actora. El actor contraponen en el anuncio publicitario comparativo la propia oferta a la del competidor, con la finalidad de demostrar la inferioridad de los productos adversarios frente a los propios.

El Tribunal apoyó su resolución en el hecho de que el mencionado género de publicidad no está en principio prohibido. Es ilegal sólo cuando es engañosa, caso contrario es un mecanismo válido para que nuevas marcas se abran paso frente a las que están más consolidadas y acaparan cuotas de mercado muy superiores. Se impulsa la transparencia en el mercado porque existe una mayor información sobre los productos, con mejores facultades y garantía de elección para el consumidor. Adicionalmente el comercial cumplía con los presupuestos de las normas ya que la comparación se apoya en características esenciales, afines y objetivamente comerciales. No existe una referencia expresa del anunciante, por lo que no realiza una comparación, confrontación o equiparación real y efectiva con ninguna otra marca.

El STS del 24 de febrero de 1997 (La Ley, 1997, 3906) concordó con el mismo criterio del anterior Tribunal. Por lo que el falló que emitió declaró la licitud del anuncio publicitario comparativo.

3.1.3. Uso descriptivo de la marca ajena como objeto de la comparación publicitaria

La marca tiene como finalidad el condensar la buena fama de los productos o servicios a los que distingue, la calidad, para incrementar poder de venta de la marca,

²⁴ LLOBREGAT HURTADO, M. *Temas de Propiedad Industrial*, La Ley, Madrid, 2002, pp. 421 y 422.

lo cual define su reputación en el mercado. En principio la marca debe dar toda la información que el consumidor necesita, aprovechando su capacidad sugestiva para reforzar su función comunicativa. Ya que a través de esta los oferentes transmiten mensajes al mercado, para copar la demanda.

El fin primordial de la protección conferida por la marca registrada, es garantizar la función de origen de la marca, por lo que su objetivo esencial no es indicar su procedencia sino identificar o diferenciar los productos o servicios per se.

La publicidad debe realizarse respetando los principios de la competencia leal y publicidad lícita; porque en caso contrario se estaría atacando a la esencia misma de la marca que distingue a productos y servicios garantizando su calidad. Al haber publicidad comparativa engañosa, se vulnera esta garantía y los consumidores pueden confundirse acerca de la procedencia de los productos que determinen su calidad, afectando a su interés al adquirir bienes o servicios equivocadamente, y atentando contra la marca objeto de comparación al afectar su distintividad y garantía de calidad de los productos o servicios a los que distingue.

El uso descriptivo de la marca puede definirse como la utilización de un tercero de un signo igual o semejante al de otro, no con la finalidad de distinguir sus propios productos, sino con el objeto de describir las realidades o características de sus bienes o servicios a base de éstos²⁵.

El uso descriptivo en sentido estricto, usa propiamente el signo ajeno, pues éste último es utilizado para realizar una descripción para referirse a la realidad que distingue a los bienes o servicios y difundir para qué sirven éstos. Por ejemplo para promocionar llantas (producto), se nombra a la marca ajena como referencia de uso, para "FIAT". De forma, de que si se trata de señalar la compatibilidad entre las ofertas presentadas, el uso de la marca ajena es inofensivo y perfectamente lícito. Por otro lado en el uso descriptivo en sentido amplio, se utiliza un signo igual o semejante al ajeno pero no se menciona la realidad distinguida con la marca ajena. Bajo este supuesto podría realizarse un anuncio de publicidad comparativa, donde se comparen las marcas del anunciante y el competidor, pues es una comparación de características y no referencias de uso o funcionamiento. Donde la oferta no se

²⁵ GARCÍA VIDAL, A. *El Uso Descriptivo de la Marca Ajena*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Barcelona, 2000. P. 147.

identifica con la marca ajena, sino que hay comparaciones entre las cualidades de las marcas.

Conforme al artículo 33 de la Ley de Marcas de España, se establece que puede haber uso descriptivo de la marca cuando:

- Se haga buena fe y no constituya uso a título de la marca.
- El titular de una marca no podrá prohibir que los terceros la usen cuando sea necesario para indicar el destino de un producto o servicio, como en el caso de accesorios y piezas, y que el uso se realice bajo las prácticas leales.

Los actos permitidos del primer apartado, son de uso descriptivo en sentido amplio, mientras que los del segundo son en sentido estricto.

La marca es el signo distintivo que identifica a productos o servicios de un empresario o proveedor, diferenciándolos en el mercado. Como la ha definido ISAY: “... la marca sirve como indicador de origen, de garantía y función publicitaria”²⁶. Respecto a esta última cualidad este autor ha expuesto sobre la marca, pretende resaltar la importancia de contar con una marca constituida por un signo con fuerza publicitaria, lo que permite que el consumidor valore la marca por sí misma y con independencia sobre el producto que se aplica, constituyendo un estímulo para la compra del producto.

A razón del hecho de que la marca confiere a su titular un derecho de exclusividad sobre la misma, la tendencia legislativa del Ecuador y del derecho comparado era que el derecho de marca se extiende, hasta impedir a terceros cualquier uso del signo en la vida comercial ya sea o no en función distintiva. Pero en la actualidad gracias al fenómeno de producción y distribución en masa, el papel de la marca ha sido modificado por las modernas técnicas publicitarias.

Conforme a las normas actuales responsables de regular la publicidad, se desprende que el titular de la marca puede prohibir el uso de sus signos por terceros, siempre y cuando concurren ciertos supuestos.

Primeramente si el uso de la marca del competidor hace alusión a la hipótesis de doble identidad. En la cual existe identidad entre el signo utilizado por el tercero y la marca competidora, y entre productos y servicios a los que se refiere el

²⁶ ISAY, H, *Die Selbständigkeit des Rechts an der Marke*. GRUR, 1929. P. 23, en PLAZA, ANXO TATO. *La Publicidad Comparativa*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1996.

anunciante. Es decir cuando el anunciante identifica sus productos bajo la marca ajena, en cuyo supuesto su prohibición es automática y puede darse sin ningún requisito más. La lesión a la marca ajena implica un riesgo de confusión y ésta se presume, en caso de que se use signos idénticos para bienes o servicios.

Siempre en una competencia económica hay al menos dos competidores y el consumidor es el factor decisivo. BAYLOS CORROZA define que la situación anómala se produce al alterarse estos términos, provocando una elección falsa, cuando los comerciantes en vez de confiar la captación de clientes a su propia actividad y esfuerzo utilizan el prestigio o notoriedad lograda por otro²⁷.

Como segundo supuesto de prohibición se encuentra el hecho de que la utilización de la marca ajena es de renombre y con el uso de este signo, sin justa causa, el anunciante pretende tener una ventaja desleal o busque perjudicar al titular de la marca competidora a la que se hace referencia, pudiendo desprestigiar la marca al aplicarla para distinguir productos inferiores o destinados a empleos que puedan suscitar repulsa, u otorgando a quien la utiliza una ventaja indebida, que le permita la entrada más fácil y económica al mercado, porque aprovecha sin costo el prestigio de otra marca notoria²⁸.

De manera que la función publicitaria de la marca se protege solo cuando la marca es de renombre, pues respecto a las demás marcas sin esta cualidad, su tutela se da por la existencia de un riesgo de confusión sobre el origen de los productos o servicios, que comprende el riesgo de asociación. En caso de marcas de renombre el uso de signos iguales o similares se prohíbe aunque no exista riesgo de confusión²⁹, ya que lo que se protege es el prestigio.

Generalmente cuando se trata de publicidad comparativa, el signo distintivo comparado es de gran prestigio o notorio, pues esto es lo que determina la elección del consumidor, ya que ejercen en él una atracción notable y eso es una cualidad especial, que no está presente en todas las marcas del mercado. En razón de esto, podría calificarse a este tipo publicitario como desleal, pues ataca ilegítimamente a este tipo de marcas prestigiadas, ya que por definición hace alusión a los signos

²⁷ BAYLOS CORROZA, H, *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, 1978. P. 322.

²⁸ ARACAMA ZORRAQUÍN, E. *Medios Distintivos y Publicidad Comparativa*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989. P. 75.

²⁹ GARCÍA VIDAL, A, op. cit, pp. 59 y siguientes.

líderes. Sin embargo, el uso que lleva la publicidad comparativa de la marca ajena es a título distintivo, por lo que se trata de un uso descriptivo de ésta³⁰. Es decir la utilización del signo distintivo ajeno se realiza con la finalidad de describir calidades o ventajas distintivas de los productos o servicios en cuestión al compararlos, no busca en principio identificarlos con la marca competidora prestigiosa.

Debido a que el uso de la marca competidora es distintivo, el titular de dicho signo, no podrá prohibir su uso en este tipo de anuncios, en los cuales se busca resaltar objetivamente las diferencias entre marcas, no identificarlas. Existiría competencia desleal e ilicitud, cuando no se cumplan con los requisitos legales en la publicidad comparativa, que conlleven a una lesión en la marca ajena ya sea en su prestigio o al desviar ilícitamente su clientela.

3.2. Requisitos relativos al parámetro de comparación

En lo referente a los parámetros de comparación, la licitud radica en las características o cualidades de las ofertas a las que se haga referencia en el mensaje publicitario comparativo. Por lo que el problema se presenta al determinar cuáles de estos caracteres deben ser fundamento de la comparación. El cuestionamiento se presenta al determinar si es que se cumple con el requisito al comparar de modo exhaustivo todas las características de la mercancía, o si es que es suficiente simplemente referirse a aquellas esenciales de esta.

Así, en orden a poder afirmar que los parámetros que se utilizan en un anuncio publicitario son suficientes como para considerarlo lícito, se han establecido ciertas condiciones que deben estar presentes en la comparación, las cuales, al cumplirse, serán fundamento de cumplimiento del presente requisito de licitud.

Para empezar, es fundamental que las comparaciones sean lo más completas posible, ya que transmiten información, y ésta siempre es valiosa para el público que basa sobre decisión sobre el mensaje informativo. Por eso no hay necesidad de que la información y la comparación sea totalmente completa, pues es utópico. Con el hecho de que se describan cualidades que tengan valor informativo para el consumidor ya es suficiente. Debido a que la publicidad comparativa es de carácter

³⁰ *Ibidem*, pp. 180 y 181.

informativo, debe estar sujeta a los mismos parámetros de licitud que cualquier otra forma de publicidad. Pues el riesgo de engaño en el destinatario, a raíz de descripciones falsas o incompletas es el mismo que en los restantes tipos publicitarios.

De lo expuesto se deduce que el anunciante podrá limitarse a comparar solamente algunas de las características de los productos o servicios, objeto del mensaje publicitario. La omisión de las restantes calidades sólo provocará ilicitud en la publicidad comparativa, cuando esta omisión sea apta para inducir a error al público. Así deben tomarse por parte del anunciante, las precauciones necesarias para que la comparación no genere una imagen que en conjunto puede ser incorrecta.

De este modo el anunciante debe hacer referencia a todas las características esenciales y que resulten desconocidas para el consumidor medio, pues aquellas que el público puede saber o asumir no tienen necesidad de ser expuestas. Por ejemplo, en el supuesto de un anuncio publicitario en que se compare automóviles, no hay necesidad de ratificar que el auto ofertado es más rápido pero que consume más combustible. El público medio sabe o puede deducir que como resultado de un mayor consumo de combustible, la máquina tendrá más rapidez.

Segundamente la comparación de los productos o servicios, debe realizarse bajo un mismo parámetro, o conforme a parámetros que por su paralelismo sean comprables entre sí. Por lo tanto, el anuncio publicitario debe comparar los bienes o servicios del anunciante y del competidor, sobre la misma característica, o características complementarias. Pues se pretende mantener la equidad entre las ofertas a través de la competencia, lo que se logra realizando una comparación que involucre un mismo estándar que describa de igual manera una calidad que esté presente en ambos objetos o servicios comparados.

Finalmente, la publicidad comparativa siempre debe referirse a caracteres esenciales de los productos o servicios. Entonces los parámetros utilizados deben basarse en calidades importantes y particulares de los objetos de comparación. Si es que se compararan calidades accesorias o irrelevantes, la publicidad comparativa carecería de efecto informativo, desapareciendo el fundamento de licitud³¹.

³¹ PLAZA, A, op. cit, p. 236.

Hay dos criterios para determinar cuando la característica de un producto es esencial. Uno de ellos fundamenta que existe esta cualidad, cuando pueden influir en la decisión de compra del consumidor. De acuerdo a la otra hipótesis, resulta suficiente que la característica seleccionada tenga relevancia para la decisión de compra del consumidor. Es decir si bien puede ser tomada en consideración a la hora de adoptar una decisión, no es un elemento determinante de ésta³².

La segunda tesis tiene el mayor apoyo doctrinario y ha sido recogida por la Ley de Competencia Desleal española y en la Ley de Propiedad Intelectual (en lo referente a la Competencia Desleal) ecuatoriana, ya que su criterio fundamenta que con este requisito de licitud se busca asegurar el efecto informativo, lo cual se cumple y se adecua más a los argumentos legales que hablan de extremos relevantes. Es decir extremos que de algún modo puedan incidir en la compra.

El principal fundamento de esta hipótesis es que todas las características esenciales de los productos en comparación, pueden ser demasiado similares por lo que no hay qué comparar. Por ello se acuden a extremos que no son tan substanciales, pero pueden influir al final a pesar de no ser esenciales. Como el abre-fácil de una lata, que no es esencial pero puede ser un aliciente final para el consumidor al momento de comprar, ya que podría preferir el producto con esta calidad sobre que no la tiene.

3.3. Requisitos relativos al contenido de la comparación publicitaria

Las afirmaciones realizadas en la comparación del anuncio publicitario, son un componente muy importante al momento de establecer su licitud. Por lo tanto es menester que cada expresión se realice con determinados límites, para que la información contenida en la publicidad comparativa tenga valor informativo y salvaguarde los intereses de los consumidores, competidores y de la sociedad en general.

De esta manera para que el contenido de la comparación publicitaria sea lícita, esta debe ser verídica. “Las alegaciones contenidas en la comparación publicitaria deben ser exactas, de tal suerte que los consumidores puedan confiar en las mismas

³² *Ibíd.*

a la hora de adoptar sus decisiones”³³. Por lo que se entiende, que las alegaciones deben tener contenido real y certero que se refiera a cualidades que efectivamente estén presentes en los objetos del mensaje publicitario.

La veracidad también exige que la publicidad comparativa tenga una cierta actualidad en los datos que en ella se afirman. Es posible que la información acerca de las bondades de un producto o servicio haya cambiado al momento del anuncio; si tal contenido es discontinuado la publicidad será incorrecta. El público estaría basando su decisión en motivos errados, adquiriendo el objeto del anuncio, equivocadamente.

La comparación también debe referirse a extremos o caracteres comprobables de los objetos comparados. Las referencias deben aludir a hechos susceptibles de prueba, de los cuales se pueda evidentemente comprobar su veracidad. Se da la afirmación de un hecho comprobable, cuando se transmite una determinada circunstancia de la realidad sobre la cual existe un consenso generalizado³⁴. Se admite la publicidad comparativa basándose en su efecto normativo, por lo que solo los hechos comprobables fomentan la transparencia y competencia leal del mercado.

Los juicios de valor, en principio no son aceptables en la publicidad comparativa porque no son susceptibles de prueba alguna, al ser opiniones generalizadas. Sin embargo pueden admitirse en este tipo publicitario, porque están basados en hechos objetivos de los que existe un consenso generalizado. Deben cumplir dos requisitos para su aceptación; primeramente tienen que ser consecuencias lógicas de los datos objetivos sobre los que se apoya; y, segundo, el anunciante necesariamente debe comunicar los datos objetivos en los que basa su mensaje publicitario³⁵.

Una comparación publicitaria inexacta apoyada sobre datos falsos será considerada como engañosa. Aunque también será ilícita la publicidad comparativa que basada en datos verídicos, actuales y comprobables, sea apta para inducir al público a error. Es decir que sea apta para suscitar falsas expectativas en los consumidores. Puede haber engaño desleal por medio del ofrecimiento de ventajas

³³ FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la Publicidad*. Madrid, Montecorvo, 1984. P. 231.

³⁴ METTANG, *Die Kritische werbliche Bezugnahme auf fremde Waren und wettbewerbsrechtlichen Generalklausen des UWG*. Copy Druck Ziegler, Stuttgart, 1989. P. 143, en PLAZA, ANXO TATO. *La Publicidad Comparativa*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1996.

³⁵ PLAZA, A, op. cit, p. 250.

que no son verdaderas, ya sea acerca del aspecto económico, a la cantidad o calidad de los productos, a previsiones o estimaciones del futuro.

Como requisito final, la comparación publicitaria debe estar ausente de carácter denigratorio, por lo que aquellas manifestaciones que sean aptas para menoscabar el crédito de un tercero o fomenten su desprestigio en el mercado son ilícitas y legalmente prohibidas, a no ser que sean ciertas.

Es de consideración entender el criterio de algunos autores al defender que toda comparación en sí misma, lleva un cierto grado de descrédito para el competidor, ya que se busca que la oferta del anunciante sea considerada más ventajosa que la competidora. Así no es posible prohibir cualquier descrédito, lo único que se prohíbe es la denigración innecesaria de aquel competidor, es decir el que va más allá del ya implícito en la comparación. Sin embargo, una comparación no necesariamente implica desacreditar, sino por el contrario pretende afirmar ventajas que la oferta adversaria no tiene, resaltando la buena posición propia, y no denigrando al adversario.

La comparación será innecesariamente denigratoria cuando se haga alusiones a características personales del competidor, que no guarden relación con los productos comparados. Ya que se manifiestan o difunden actividades mercantiles y prestaciones del competidor, de tal manera que se menoscaba su crédito. Esto está incluido en el art. 9 de la Ley de Competencia Desleal de España, que dictamina que las manifestaciones deben ser exactas, verdaderas y pertinentes. Respecto a esta última calidad, quiere decir que son inaceptables las afirmaciones que contengan circunstancias personales del afectado como ideología, creencias, etc.

La publicidad comparativa también tendrá esta consideración, cuando a pesar de estar dirigidas formalmente a los productos o servicios, su contenido pueda considerarse extremadamente agresivo o innecesariamente ofensivo. La denigración como un acto de competencia desleal, solo podrá determinarse atendiendo al caso concreto, haciendo referencia al particular contenido de la comparación.

La publicidad comparativa será considerada como lícita si es que los objetos fundamento de la comparación son similares y comparables, para que ésta tenga sustento. Los parámetros y el contenido de la comparación deben estar basados en calidades efectivas de los productos o servicios a los cuales hacen referencia. De

forma que el contenido del mensaje publicitario tenga información verdadera, exacta, actual y comprobable; sobre la cual el público pueda basar su decisión y no se denigre o se desacredite innecesariamente a los competidores.

CAPÍTULO IV

TIPOS DE PUBLICIDAD QUE INVOLUCRAN PUBLICIDAD COMPARATIVA

4.1. Enunciación

El elemento que distingue a la publicidad comparativa con respecto a los distintos tipos publicitarios, es la presencia de una comparación fundamentada entre la oferta del anunciante con la de sus competidores. Cada tipo de publicidad presenta elementos particulares que la distinguen entre las demás, sin embargo estos componentes peculiares pueden formar parte de una comparación, involucrándose en un tipo publicitario comparativo.

Ciertos tipos de publicidad que en principio son considerados como lícitos pueden presentarse conjuntamente con la publicidad comparativa, este hecho podría ser fuente de ilicitud, pues las características peculiares de ciertos tipos de publicidad al estar presentes en la comparación convierten al anuncio publicitario comparativo en ilícito. Al presentarse estas condiciones en un mensaje publicitario, se atenta contra el competidor que se resulta afectado en su imagen y clientela, de acuerdo al caso, con tales aseveraciones.

a) *Publicidad de tono personal*: es aquella publicidad en la cual el anunciante hace referencia a las características personales del competidor como su raza, nacionalidad, ideología, etc. Cotejada con la publicidad comparativa, se puede decir que los dos tipos tienen la misma finalidad y usan los mismos medios. A través del descrédito del competidor se busca el ensalzamiento de la propia oferta.

Su objeto de ataque es lo que difiere: en la primera son las características y relaciones personales las que la convierten en ilícita; mientras en la publicidad comparativa son los productos o servicios.

Existen casos en los que la distinción entre ambos tipos no es tan clara, pues se dan circunstancias donde las cualidades o relaciones personales del empresario inciden en la calidad de los productos que ofrece, o su imagen ante los destinatarios. Según tales características anunciadas el público puede valorar negativamente los productos del competidor, beneficiando al anunciante.

El anuncio publicitario será comparativo cuando el público entienda el mensaje como una comparación entre sus productos y los de la competencia. Será de tono personal cuando entienda al anuncio como referencia de las características personales del competidor.

b) *La publicidad adhesiva*: en este tipo publicitario el anunciante equipara su oferta con la de uno o varios competidores, con el fin de aprovecharse de la reputación de estos en el mercado. Busca resaltar por diferentes medios las características comunes de los productos o servicios comparados. Se puede afirmar que este tipo publicitario es una especie de publicidad comparativa. En la publicidad comparativa crítica se comparan los productos propios y ajenos para mostrar las características de la una y la otra, y el público es invitado a reflexionar sobre las ventajas y desventajas de ambas ofertas presentadas. Por otro lado en la publicidad comparativa adhesiva, el anunciante no resalta las diferencias entre la mercancía propia y la competidora, sino sus similitudes.

Si el efecto de estos anuncios considerados como publicidad adhesiva es el resaltar la superioridad de la oferta anunciante a partir de una comparación con el

competidor, son supuestos de publicidad comparativa³⁶. Debido a que se realiza una comparación objetiva en la que se resalta la posición predominante del anunciante, la publicidad es lícita. La publicidad adhesiva se torna ilegal en el momento en que a través de enfatizar en las similitudes de las ofertas comparadas, el anunciante busca obtener una ventaja en el mercado y ante el público valiéndose del prestigio o notoriedad del competidor.

c) *La publicidad de tono excluyente*: es en la que se manifiesta que la empresa anunciante tiene posición preeminente en el mercado. Dicha dominación no puede alcanzarse por ningún otro competidor o su ámbito es muy limitado, y no se hace referencia directa a los competidores. Es por ello que todas las afirmaciones de este tipo conllevan referencias comparativas implícitas e indirectas de los competidores. Aunque no se exprese o identifique directamente en el anuncio a los competidores, el hecho de resaltar la superioridad del anunciante en el mercado crea la suposición de que las competidoras son más pequeñas o peores.

La doctrina mayoritaria afirma que estas referencias comparativas indirectas, son solo efecto secundario de la afirmación principal de tener la preponderancia en el mercado. El efecto primordial no es la comparación, sino el hacer entender el predominio mercantil de la empresa. El anuncio publicitario de tono excluyente se vuelve comparativo cuando hay referencia inequívoca a uno o varios competidores. Sin embargo tal comparación puede considerarse como lícita, mientras no constituya fuente de descrédito o denigración para los competidores.

d) *La autocomparación*: se define como la publicidad que pone en relieve la superioridad de un producto o servicio propio que sea reciente, frente a otro que con anterioridad proveía el anunciante. Se la puede considerar como un supuesto de publicidad comparativa, cuando el público entienda esta comparación como medio para comparar su oferta actual con la oferta de los competidores determinados. Quienes al momento de difundir el anuncio publicitario pueden ser relacionados con el producto o servicio previo que ha sido superado por el actual. Incluso podría constituir una crítica para aquellos competidores que aún comercializan, ofertas comparables a la antigua.

³⁶ PLAZA, A, op. cit, p. 48.

e) *La invitación a comparar*: en este tipo publicitario se invita al público a que haga la comparación. En tal circunstancia no se presenta el segundo elemento de la publicidad comparativa, ya que el anunciante no está comparando sus productos con los de los competidores. Puede sin embargo considerarse de tipo comparativo cuando el anunciante da un paso más, al anticipar cuál es el resultado de la comparación que harán los destinatarios. En este punto ya se está haciendo una comparación con la oferta de la competencia con lo que concurriría el segundo elemento.

4.2. Explotación publicitaria de los resultados de tests de mercaderías

Los tests de mercaderías son análisis que se realizan con el objetivo de comparar diversas características de determinados productos o servicios ofertados en el mercado, para calificarlos conforme a distintos parámetros. Los tests pueden ser realizados por parte de los empresarios, organizaciones, o instituciones neutrales. Dependiendo de quién sea el autor del análisis y del tipo contenido que se utilice de los tests, se desprenderá su calificación como publicidad comparativa.

Si es el empresario es quien realiza un test comparativo y lo difunde en su publicidad, es un caso de publicidad comparativa. Ya que el anunciante compara sus productos con los de los competidores para resaltar su superioridad. Su uso es lícito ya que el autor y anunciante busca demostrar su predominancia en el mercado, apoyándose en datos objetivos comprobables.

Cuando el test comparativo lo elaboró una organización o institución neutral y lo difunde, el hecho ni siquiera puede calificarse como publicidad. La entidad simplemente está difundiendo información al público, sin hacer referencias específicas a ninguna de las partes o contenido del análisis por lo que no está difundiendo publicidad a favor de alguien.

Es común realizar explotaciones publicitarias por parte de los tests realizados por organizaciones o instituciones neutrales, cuando un competidor ha obtenido resultados favorables en los mismos, pues esto inspirará mayor confianza en el público acerca de la oferta de los empresarios que obtuvieron las mejores

calificaciones. La forma en que se utilice el contenido de los tests en sus afirmaciones, constituirá el determinante de licitud de aquella publicidad.

Así, si es que solo se menciona en el anuncio publicitario la existencia del test; no es publicidad comparativa porque no se está haciendo referencia a los competidores. Si el público se interesa en el contenido y lee el test, la comparación ya no viene del anunciante, sino del criterio de ellos. No existe por lo tanto ilicitud en esta forma de hacer publicidad.

El anunciante tiene la potestad de mencionar la calificación global obtenida por sus propios productos en el test comparativo. Puede hacerlo por medio de una simple mención de la calificación obtenida por su producto o servicio, o difundiendo que su mercancía obtuvo la mejor calificación de todos los bienes o servicios probados. Ningún supuesto es un ejemplo de publicidad comparativa. El segundo precepto es un claro caso de publicidad de tono excluyente, pues a partir de esta afirmación el público entiende que el anunciante está afirmando su preeminencia en el mercado.

A través de la publicidad con extracto del test, el anunciante puede hacer referencia a los resultados obtenidos por su producto o servicio y los de los competidores, en lo referente a uno o varios parámetros de comparación. Esto constituiría un ejemplo de la llamada publicidad con citación horizontal. Tal hecho es un supuesto de publicidad comparativa, porque existe una comparación directa con los contrincantes. Por el contrario, los casos de publicidad con citación vertical, no son publicidad comparativa porque no existe una comparación, ya que solo se hace referencia a los propios resultados.

Si el anunciante utiliza el test comparativo en su integridad, ya sea reproduciéndolo por anuncios, enviándolo a sus clientes o exponiéndolo en el escaparate, son supuestos de publicidad comparativa, porque se compara la oferta propia con la de los competidores. Se realiza una referencia explícita del test, que se utiliza como núcleo del mensaje publicitario y el empresario hace suyas las informaciones que en aquél se contengan.

La utilización de los tests comparativos será considerada como publicidad comparativa, si es que en la exposición o difusión de sus resultados se hace referencia implícita o directa de los competidores. Mientras la comparación se

fundamente en los datos objetivos del análisis y el mensaje publicitario, no desacredite o denigre innecesariamente al resto de competidores, tal publicidad es lícita.

CAPITULO V

LAS DISTINTAS POSICIONES EN TORNO A LA LICITUD DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

A causa del auge que ha tenido la publicidad, especialmente aquella de tipo comparativo, el ordenamiento jurídico se ha visto forzado a crear y modificar su contenido legislativo para regularla de manera más completa y eficaz. Las percepciones acerca de este tipo publicitario son variadas de acuerdo a la ley del país que se haga referencia. Sin embargo la tendencia actual, es el aceptar a la publicidad comparativa como una herramienta de mercado poderosa y eficaz. Su licitud por lo general dependerá de los límites y requisitos legales, que deban ser respetado para su correcta difusión.

Países como Francia y Ecuador han sido centros de evolución de publicidad comparativa. Pues no fue hasta la década de los noventa, que sus respectivas legislaciones aceptaron su legalidad y práctica en el medio. A principios de siglo la concepción predominante era la individualista, en la cuál la publicidad comparativa hacía énfasis en la protección del empresario, que podría resultar aludido a través de los parámetros de la comparación. La evolución al modelo social puso énfasis en los intereses del consumidor y el interés general, en el mantenimiento de un orden

no falseado³⁷. Aunque el mencionado tipo publicitario ya es aceptado siguiendo al modelo social, su difusión está restringida por ciertos requisitos o condiciones que deben cumplirse, en orden de mantener la debida tutela de los intereses del público y el bienestar general.

5.1. Teoría Individualista y argumentos contra la Publicidad Comparativa

Conforme a los preceptos de la teoría individualista, la esfera privada debía ser protegida frente a cualquier tipo de intromisión o ataque, y se mantenía el derecho a anonimato como garantía del empresario³⁸. De acuerdo con este criterio la publicidad comparativa estaba prohibida y era considerada ilícita, ya que esencialmente implica que en el contenido de la comparación se haga referencia a los competidores, que podían ser tomadas negativamente como atacantes.

Adicionalmente la publicidad comparativa tampoco es legítima debido a que existe apropiación o uso desautorizado de bienes, ideas, esfuerzo y prestigio de otro. Esta forma de publicidad tiene dos aspectos; el informativo, que pretende informar al público que hay un nuevo producto que es parecido al de la comparación pero que es distinto debido a que es mejor o más barato; y el persuasivo, que trata de persuadir al consumidor para que cambie sus gustos. La comparación busca persuadir, irrespetando el esfuerzo y prestigio del competidor aludido, el objetivo que se busca es ejercer una influencia sugestiva sobre las decisiones del consumidor³⁹.

En publicidad comparativa, la finalidad de la comparación es asociar al nuevo producto con uno ya existente y prestigioso y su impacto psicológico sobre el consumidor puede llevarlo a error. Según ROBIN Y BARNABY JR.⁴⁰ este tipo publicitario podría provocar en el público la creencia de que existe una relación entre los orígenes de ambos objetos publicitarios. Por lo que se dan una de las

³⁷ PLAZA, A, op. cit, p. 72.

³⁸ Ibídem. P. 74.

³⁹ PORTELLANO DIEZ, P. *La imitación en el Derecho de la Competencia Desleal*. 1era edición, Civitas, Madrid, 1995. P. 534.

posibilidades de confusión que reprime la ley; la confusión indirecta en cuanto al origen y la confusión en cuanto al patrocinio. De esta manera se produce lo que los tribunales americanos han denominado confusión subliminal, ya que el consumidor es llevado a identificar las propiedades y la reputación de un producto con los de otro aún cuando pueda identificar al fabricante particular de cada uno.

Con la comparación se pretende provocar una asociación subliminal a través de la cual un potencial cliente o consumidor del comparado, es engañado en su interés respecto a ventajas y afirmaciones anunciadas por el anunciante. Por lo que puede llegar a preferir el producto desconocido; por ello la publicidad comparativa es inmoral. Se oculta la homogeneidad de los productos sustitutivos, y se ven diferencias inexistentes entre los mismos.

El objetivo del competidor que actúa deslealmente es atraer y captar clientela, lo cual podría ser aceptable porque es la base del mercado, lo que la teoría de la competencia desleal sanciona es que se haga esto por medios desleales. Por lo tanto, la publicidad comparativa es inadmisibles porque se hace uso de una marca ajena sin autorización, ya que la marca puede considerarse como propiedad. “Si un comerciante toma los productos tangibles de su rival sin pagar por ello, es un caso de hurto simple”⁴¹. Es posible decir que en la publicidad comparativa hay un apoderamiento de base, del magnetismo comercial de la otra marca, que es un activo intangible de la empresa.

Se parte de la premisa de que el derecho de la competencia además de tener metas de eficacia económica también se apoya fuertemente en sus concepciones morales. A raíz de la ausencia de moral, la publicidad comparativa es un acto de competencia desleal. Así lo ha tomado Italia, fundándose en que el nuevo producto se atribuye a su favor el prestigio que el otro había logrado. Este criterio es acogido en países como Bélgica, Alemania y Luxemburgo.

⁴⁰ ROBIN, A. Y BARNABY JR, H. “Comparative Advertising. A Skeptical View”. *The Trademark Reporter*. Nota 15, P. 362.

⁴¹ SCHETCHTER, R. *Unfair Trade Practices and Intellectual Property*. St. Paul, Minnesota, 1986. P. 99.

5.2. Modelo Social y Argumentos a favor de la Publicidad Comparativa

Con la evolución del mercado y del Derecho, surgió el modelo social, el cual cambió la disciplina en su objeto de protección, enfocándose en la tutela del interés de los consumidores como protección del orden económico del mercado, de los competidores y del Estado.

La competencia deja de ser un asunto privado para convertirse en un asunto público, de manera que quien participa en la competencia económica, abandona el ámbito de la esfera privada⁴². Así, al adquirir la calidad de pública, es vital que la competencia y la publicidad comparativa que la fomenta, tengan como primordial interés la tutela de los intereses y bienestar del público. Los intereses del empresario entran en un segundo plano, por lo que deberá aceptar las críticas y comparaciones que se le hagan, aunque estas vengan de sus competidores.

Bajo los criterios de esta tendencia revolucionaria, se considera que esta protección individualista a los competidores no es justificada. Ya que no fomenta la competencia leal y transparencia del mercado, pues impulsa a que los empresarios ofrezcan mercancía de la mejor calidad posible, para evitar afirmaciones negativas por parte de sus competidores que puedan ser certeras. De esta forma se evita que el empresario pueda ofrecer prestaciones o productos deficientes en el mercado, sin reparo de que la mala calidad sea conocida por el público.

El consumidor tiene presente una gran cantidad de ofertas que pueden satisfacer una misma necesidad, por lo que debe valorar racionalmente ventajas y desventajas de cada una de ellas para poder inclinarse por la mejor. De esto se deduce que el consumidor necesita información verdadera sobre las distintas prestaciones o bienes que se ofrecen, pues solo así podrá optar por una decisión de compra racional. A través de la publicidad no comparativa, los criterios expuestos son limitados a los de la propia oferta, por lo que los criterios expuestos no resultan suficientemente informativos. El consumidor requiere información exacta de todas las ofertas

⁴² Bergmann, R. *Vergleichende Werbung durch wahrheitsgemasse Kritik*. Diss, Berlín, 1966. P. 12, en PLAZA, ANXO TATO. *La Publicidad Comparativa*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1996.

competidoras posibles, para compararlas entre sí y ver cuál de ellas es la más ventajosa. La publicidad de tipo comparativo cumple de mejor manera con este cometido.

Es importante resaltar que la publicidad comparativa fomenta la transparencia del mercado, pues el anunciante no se limita a informar sobre la propia oferta. Por medio de la comparación también informa al público sobre prestaciones de los competidores. Lo que permite que el consumidor diferencie y compare con mayor nitidez los productos o servicios ofrecidos en el mercado, y conozca más claramente cuál es la situación real y actual del mismo.

Ante este fundamento la doctrina contraria afirma que no es función del anunciante hacer esta comparación y valoración, sino de los destinatarios. Adicionalmente, en una presentación objetiva completa, se necesitaría que también se comparen las desventajas que presenta la propia oferta frente a la de los competidores. Referencias de este tipo no se dan, porque los anunciantes como jueces, en general tienden a resaltar las ventajas de su mercancía, omitiendo los aspectos negativos. Entonces la publicidad comparativa tiene carácter incompleto que genera desorientación del mercado, al no proveer de todos los datos objetivos de la oferta de un empresario.

Sin embargo el anunciante no es juez, porque solo es responsable de dar información, el juez último es el consumidor quien conforme a su criterio tomará una decisión. Al público consumidor le es útil todo tipo de información para formar su criterio, mientras ésta sea verídica podrá servir como fundamento válido para la decisión definitiva. “El carácter mismo de la publicidad comparativa hace que se resalten aspectos negativos del producto ajeno, pero mientras estos sean verídicos la publicidad habrá ofrecido una contribución informativa”⁴³.

El anunciante al realizar la comparación utiliza datos técnicos y exactos, lo cual cubre a la publicidad comparativa con una apariencia de objetividad. Como consecuencia de esta imagen proyectada a los destinatarios, su desconfianza respecto al contenido publicitario, va gradualmente desapareciendo. De esta manera tales

⁴³ GHIDINI, G. *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*. Milán, Giuffrè, 1968. P. 132, en PLAZA, ANXO TATO. *La Publicidad Comparativa*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1996.

afirmaciones se constituyen como criterios válidos, en los cuáles los consumidores pueden basar su propio criterio.

La publicidad comparativa no puede considerarse como publicidad encubierta, porque el público tiene plena conciencia de que los datos del mensaje publicitario pasaron por el criterio selectivo del anunciante. Y como su percepción frente a la publicidad en general, de no asumir como verídicas todas las afirmaciones que se realizan, no tomará al pie de la letra el contenido publicitario comparativo. Además, en concordancia con los resultados de algunas encuestas, se evidenció que generalmente los destinatarios muestran actitudes más críticas y escépticas frente a las comparaciones⁴⁴. Así, el riesgo de engaño en la publicidad comparativa dependerá del caso concreto, y de la forma que tengan y se hagan las declaraciones publicitarias.

Por otra parte, el interés general también se decanta a favor del correcto funcionamiento del mercado, donde los competidores pueden libremente ofrecer sus prestaciones en el mercado, y los consumidores escoger. Esta es otra de las razones por la cual la publicidad comparativa es aceptada y lícita, pues fomenta la libre competencia que permitirá a la sociedad satisfacer sus necesidades de mejor manera.

Hay criterios que afirman que este tipo de publicidad, es un ejemplo de competencia obstruccionista, porque el anunciante emitirá juicios negativos sobre las ofertas de su competidor. Los que a su vez pueden ser valorados negativamente por el público, logrando desviar la clientela del competidor hacia otro u otros proveedores. Se busca reclutar clientes a través de obstaculizar al competidor y no a través del ofrecimiento de mejores prestaciones.

Como contraposición a este criterio se puede afirmar que la publicidad comparativa sería obstruccionista, solo si es que se dieran juicios críticos sobre los competidores, sin mencionar las propias prestaciones. Pero para que este tipo de publicidad pueda catalogarse como comparativa, necesariamente debe existir alusión a la propia oferta.

⁴⁴ Estos fueron los datos generalizado encuestas norteamericanas citadas en Meyer, Die kritisierende vergleichende Werbung. P. 74, en PLAZA, ANXO TATO. *La Publicidad Comparativa*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1996.

El gran temor que ha rodeado la legalización y uso de la publicidad comparativa, es que podría implicar la expulsión mercantil de las pequeñas empresas por parte de la gran industria, fomentando la concentración en el mercado de estas últimas e implantando barreras para el ingreso de nuevas empresas. La doctrina favorable a este tipo publicitario ataca esto, con el fundamento de que las empresas dominantes no necesitan utilizar este medio para la exclusión de sus competidoras, sino que lo harían por otros medios de marketing. Además una comparación de este tipo implicaría una publicidad gratuita para las empresas pequeñas, que tendrían impacto en el público por simple hecho de haber sido comparadas con las empresas líderes.

Contrariamente a estas acepciones, la publicidad comparativa es un medio comunicativo barato que puede servir a las empresas pequeñas y principiantes, como instrumento de participación en el mercado. A través de un mensaje publicitario comparativo es fácil atraer la atención de los consumidores, logrando de esta manera que el anunciante pueda darse a conocer ante los consumidores. Por ésta razón tal tipo de publicidad no impulsa la concentración del mercado, sino que lucha contra ésta.

La publicidad comparativa fomenta la libre competencia, que desemboca en un beneficio para los consumidores. El anunciante da a conocer al público consumidor acerca de la mayor calidad o mejores precios que presenta su oferta frente a la de los competidores. A razón de esto los competidores que se vean afectados, sentirán la obligación de mejorar la calidad de sus productos y rebajar sus precios; para poder participar activamente en el mercado. Con lo que se intensifica la competencia leal.

El interés del consumidor es un apoyo implícito a la publicidad comparativa, ya que permite a los destinatarios escoger entre la gran diversidad de ofertas de acuerdo a la información que se ha proporcionado de cada una. Los competidores buscarán acaparar la clientela a través de la elaboración de prestaciones de mejor calidad y precio, par poder compararse con sus adversarios comerciales lícitamente. De esta forma el mensaje publicitario comparativo será legal, siempre y cuando se fijen y respeten ciertos requisitos de licitud que aseguren que esta técnica no será utilizada por los anunciantes para engañar al público.

5.3. Régimen Jurídico de la Publicidad Comparativa en Argentina

El criterio doctrinal argentino toma a la publicidad comparativa como “La colocación de un producto a lado de otro, de manera ostentiva, parcialmente obscura o subliminal (producto éste que, normalmente, obtuvo éxito), para que, no obstante, puedan ser relevadas sus calidades, aprovecharse de estas para la divulgación de otro producto que está surgiendo, o que a pesar de que ya existe en el mercado, todavía no conquistó la preferencia”⁴⁵. De esta manera por medio de la publicidad comparativa se logran ocultar los defectos o desventajas de la oferta del anunciante, y engañar acerca de sus ventajas. Con lo que se consigue que los consumidores asocien los productos o servicios del anunciante, con ofertas de calidad. Se va creando una reputación en el mercado, basándose en concepciones equivocadas.

Argentina no tiene una legislación específica que regule la publicidad comparativa, su regulación se limita a artículos del Código Penal que reprime en su contenido la propaganda desleal⁴⁶ y también existen sanciones administrativas contra actos denigratorios, que puedan afectar al interés de la comunidad. Se puede invocar la aplicación de la Ley 22.802, que versa sobre la lealtad comercial, la cual reprime la utilización de frases, descripciones, marcas o cualquier medio por el cual se pueda inducir a error al consumidor.

También se ha usado como fundamento fuerte de ilegalidad de este tipo de publicidad, el artículo 10 de la Convención de París, que dictamina que un acto de competencia desleal, es un acto contrario a los usos honestos en materia industrial y comercial. Este criterio ha sido acogido y desarrollado por Soler que define a la propaganda desleal como: “Aquella acción psicológica ejercida sobre el público general o, en particular, sobre los clientes de un producto o de una casa, tendiente a convencerlos injustamente de la necesidad de dejar un producto o de una casa, tendiente a convencerlos injustamente de la necesidad de dejar un producto o una

⁴⁵ TINOCO SOARES, J. “La Competencia Desleal en América Latina y otros países”, *Derechos Intelectuales*. Volumen 4. Astrea, Buenos Aires, 1989. P. 143.

⁴⁶ El artículo 159 del Código Penal, reprime a quien por medio de la realización de propaganda desleal, trate de desviar clientela a su provecho.

casa y substituirlos por la casa o producto del sujeto activo”⁴⁷. En general se hace gran énfasis en la mala fe de la propaganda, más que injusticia y falsedad.

La publicidad comparativa es también contraria de acuerdo a la jurisprudencia, debido a que promueve el enriquecimiento sin causa, viola la buena fe comercial, la defensa de los derechos adquiridos y el valor comercial de las marcas. La marca es un signo distintivo que cumple con tres funciones: la de indicación de origen que tiene por finalidad identificar la fuente de los productos o servicios que la llevan, la de garantía de calidad que es entender que los productos a lo largo del tiempo mantienen una determinada cualidad y la función de atracción conocida como la función publicitaria ya que sin marcas no sería posible hacer publicidad sobre productos o servicios.

“La marca tiene carácter personal, por lo que su uso solo puede darse por su legítimo titular y por quienes él ha autorizado para hacerlo. Es la garantía moral del fabricante y nadie puede revestir con ella los productos por éste elaborados mientras su empleo se halla librado a su exclusiva voluntad”⁴⁸. Esto es lo que sucede con cualquier tipo de bien, ya sea tangible o intangible, se considera como propiedad de otro y el hacer uso de esto sin autorización previa es un delito.

La referencia o afirmaciones hechas en el anuncio publicitario, pueden ser tomadas como uso como lo ha dicho la Corte de Casación Argentina en sus fallos. Ya que por referencia a la marca se toma necesariamente lo que ella indica y garantiza. La propiedad es un derecho constitucional que es supremo y no puede ser allanado por otros que impliquen de alguna forma su afectación o violación a algún interés del particular.

Hay un ataque a la función de atracción de la marca con la publicidad comparativa, ya que se está viciando su distintividad, que en principio es lo que le da éxito y buen desenvolvimiento de los productos o servicios en el mercado⁴⁹. Esta teoría da protección a las marcas fuertes, opera con la lógica que la disminución gradual del valor de una marca resultante por el uso de otro, constituye una invasión

⁴⁷ SOLER S. *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1951, t. IV. P.163.

⁴⁸ DI GUGLIELMO P. *Tratado de Derecho Industrial*, Buenos Aires, 1951. P. 376.

⁴⁹ Esto se identifica por la teoría de la dilución a partir del artículo de FRANK SCHECHTER publicado en 1927, en La Harvard Law Review.

a la propiedad y la usurpación de la clientela del dueño más antiguo tiene sobre la marca que además da lugar a un agravio independiente⁵⁰.

La virtud de la marca o magnetismo comercial es atacada por la publicidad comparativa de dos maneras⁵¹. Primero se desvían imágenes de la marca hacia los productos del competidor, el poder de imagen de la marca comparada ya no son únicas para ella y así con la comparación se disminuye el poder marcario. Segundo, el poder de venta de la marca se desvanece al ser dañada su imagen, con la comparación. Los consumidores no asocian más las imágenes deseables, exclusivamente con la marca ni perciben a ésta como única y exclusiva.

SAINT GAL denominó a esta práctica como competencia y maniobras parasitarias, que buscan la sanción de aquellas actividades de un tercero que vive como parásito en la estela de otro, aprovechando los esfuerzos que ha realizado y de la reputación de su nombre, de sus actividades, de sus productos o servicios⁵². La aproximación o comparación, sirve al parásito (anunciante) para poner al producto o servicio de éste, en el mismo plano de excelencia en el que se encuentran los de la marca ajena.

Logrando como resultado lo que la jurisprudencia estadounidense denomina *Upgrading by association*, que se refiere a elevar la propia oferta por su asociación con otra, esta es la finalidad de la publicidad comparativa, por lo que implica un enriquecimiento sin causa. Hay usurpación del prestigio ajeno, descrédito del competidor y debilidad de la imagen de la marca ante el público, pudiendo caer en el parasitado.

La ley argentina sanciona en su código civil, los actos que perjudiquen los derechos de un tercero, y consagra la obligación de reparar el daño causado a otro por culpa o negligencia. A pesar de estas restricciones, Argentina está trabajando en un proyecto de ley que acepte a la publicidad comparativa. Apoyándose en que tal publicidad si es que es bien utilizada, puede aportar información útil y válida para el

⁵⁰ ARACAMA ZORRAQUÍN, E, op. cit, p. 66.

⁵¹ PATTISHALL, BEVERLY W., "Trademark-Trade Identity Protection, its Progress and Prospects". N. New U.L. Rev., 1976, P. 618.

⁵² SAINT GAL, YVES, "Concurrence déloyale et concurrence parasitaire ou agissements parasitaires", *Revue Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique* (R.I.P.I.A., 1956, nros. 25, 26, pág.19), en PLAZA, ANXO TATO. *La Publicidad Comparativa*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1996.

consumidor sobre las ofertas y prestaciones en el mercado. También influye el hecho, que la publicidad comparativa tiene amplia aceptación en la mayoría de países desarrollados.

5.4. Evolución del Régimen Jurídico de la Publicidad Comparativa en Francia

Antes de la década de los noventa, Francia era uno de los países que sostenía en su ordenamiento jurídico la teoría individualista, respecto la cual se prohibía la publicidad comparativa. Como fundamento principal de esta postura, estaba la protección al interés y derecho de los empresarios a ser anónimos. Y no ser referidos publicitariamente (o sus productos y servicios) por parte de sus competidores, porque dichas afirmaciones podrían afectar su prestigio y posición en el mercado.

Por incidencia directa del movimiento de defensa de los consumidores, se dan ciertos indicios evolutivos en el régimen de publicidad comparativa⁵³. La idea de priorizar el bienestar e interés social y de los consumidores en el mercado tomó campo, y la tendencia a aceptar este tipo de publicidad era cada vez más fuerte. Los poderes públicos demostraban cierta predisposición para su autorización y regulación normativa⁵⁴, pero crearon conciencia de la necesidad de legalizar la publicidad comparativa como instrumento mercantil.

A pesar de que la evolución jurisprudencial se dio lentamente, se puede decir que fue la antesala de la liberalización de la publicidad comparativa. El punto de partida fue la sentencia del Tribunal de Casación francés de 22 de junio de 1986, la cual dirimió el conflicto que se generó entre Carrefour y sus competidores, porque este publicó en periódicos regionales la tabla de precios exigidos en sus establecimientos por determinados productos y los exigidos por sus competidores. El fallo declaró como no ilícita la comparación, por versar sobre precios y de productos idénticos,

⁵³ BONET, M. “L’usage de la marque d’autrui dans la publicité”, en *Le nouveau Droit des marques en France*. Libraires Techniques, París, 1991. P. 864, en PLAZA, ANXO TATO. *La Publicidad Comparativa*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1996.

⁵⁴ CAS, G. “Definition Juridique de la publicité”, en *L’avenir de la publicité et le droit*. Libraires Techniques, Montpellier, 1976. P. 600, en PLAZA, ANXO TATO. *La Publicidad Comparativa*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1996.

vendidos bajo las mismas condiciones. Sostuvo que si la publicidad comparativa cumplía con estos requisitos, se aseguraba la transparencia del mercado sometido a un régimen de competencia.

Esta autorización para la publicidad comparativa ya tenía el sustento judicial, y se dio el 15 de enero de 1992 con la publicación de la *“Loi renforçant la protection des consommateurs”*. Este cuerpo legal en su artículo 10 autoriza expresamente la publicidad comparativa ya sea por medio de la comparación de bienes o servicios, la utilización, bien la citación, o la representación de la marca de fábrica del nombre comercial de otro competidor. Esta es autorizada si cumple con ciertos términos de licitud.

Primeramente la comparación será lícita, siempre y cuando sea leal, verídica y no permita inducir a error al consumidor. Necesariamente debe ser una comparación objetiva que no puede versar más que sobre características esenciales, pertinentes y verificables de los objetos publicitarios.

En caso de que la comparación verse sobre precios, debe hacerse sobre productos idénticos, vendidos bajo las mismas condiciones es menester indicar la vigencia que tendrán dichos precios. La publicidad comparativa no podrá apoyarse sobre opiniones individuales o colectivas ya que estos criterios no son susceptibles de verificación, y finalmente ninguna comparación puede aprovecharse de la notoriedad vinculada a alguna marca.

Como requisito adicional, el anunciante debe poder probar la exactitud de sus alegaciones antes de la difusión, y debe comunicar el anuncio a los competidores afectados. Es así una garantía de transparencia entre competidores y a su vez precautela los intereses de la competencia, que si se ve severamente afectada puede pedir la anulación de la orden de publicidad⁵⁵.

En principio la autorización legal a la publicidad comparativa no tuvo mayor acogida y los operadores económicos ya que según su opinión, esta suponía un ataque directo a sus derechos de marca⁵⁶. Por lo que interpusieron un recurso de

⁵⁵ La orden de publicidad es la autorización que debe tener un anuncio publicitario, para poder ser difundido al público.

⁵⁶ SELINSKY. “Synthésé”, *Cahiers de Droit de l'entreprise*, Suplemento 3/1992, pp. 46 y 47, en PLAZA, ANXO TATO. *La Publicidad Comparativa*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1996.

inconstitucionalidad de la ley, fundamentándolo en que constituía una vulneración al derecho de propiedad. El Tribunal Constitucional lo rechazó, ya que no concibe a este derecho como absoluto sino como sujeto a limitaciones, como el interés público, el cual es favorecido por la publicidad comparativa, al fomentar la información al consumidor e intensificar la competencia. Así, aunque el artículo si representa una restricción al derecho de la propiedad, está justificado por razones de interés público.

A pesar de que la aceptación de la ley por parte de los empresarios fue lenta y forzada, es importante que las autoridades francesas hayan aceptado la licitud de la publicidad comparativa, como garantía del interés colectivo y de los consumidores y como fomento a la transparencia y libre competencia del mercado. Aunque las normas que regulan a este tipo de publicidad tienen un alto carácter restrictivo, su práctica y difusión se ha ido incrementando al punto de convertirse en una herramienta útil para interactuar y ganar una posición privilegiada en el mercado.

CAPITULO VI

LA POSICIÓN DEL ECUADOR FRENTE A LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

En Ecuador no existe un cuerpo legal que regule específicamente la publicidad comparativa. A pesar de esto existen normas incluidas en diversas leyes nacionales y comunitarias que la regulan de forma indirecta y referencial. Sin embargo, conforme al contenido normativo, la publicidad comparativa es una práctica aceptable, siempre y cuando respete los parámetros de legalidad, impuestos para proteger los intereses colectivos y sociales.

Se toma como fundamento importante de aceptar la publicidad comparativa, el hecho que el anunciante puede utilizarla como arma eficaz para luchar en el mercado. Actualmente, donde la competencia en el libre mercado es tan complicada por la cantidad de productos y servicios que se promocionan por los innumerables empresarios, este tipo publicitario es un medio económico para dar a conocer la propia oferta. También es una forma de poder conseguir clientela de una manera lícita siempre y cuando se mantenga la buena fe y los márgenes de la competencia justa.

La publicidad comparativa se convertirá en publicidad desleal, cuando atente contra la libre oferta, y competencia de bienes. Pues estas son la esencia de la economía de mercado, siendo el consumidor el juez final cuya decisión será

definitiva porque nadie más que él podrá realizarla de acuerdo a la mejor adecuación de sus necesidades.

La Constitución Política en su artículo 244 sanciona la información fraudulenta y la publicidad engañosa. Con este precepto se está protegiendo la competencia y el libre mercado además de los derechos de los consumidores y competidores. Garantiza a su vez el requisito de proporcionar información verídica, exacta y comprobable. No tiene en su normativa expresamente lo que es la publicidad comparativa, pero prohíbe indirectamente la publicidad engañosa o abusiva, que puedan inducir a error al destinatario en la elección del bien o servicio.

La Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 284 define lo que se entiende por desleal, actividades económicas y usos honestos. Las definiciones son amplias y dejan un margen grande para interpretación. Por desleal comprende a todo aquello contrario a los usos honestos, que por su parte están definidos por el comercio internacional y a todo cuanto esté destinado a desviar la clientela en provecho propio. El artículo 285 complementa esta norma al especificar aquellos actos que se consideran como desleales. Donde en términos generales serán aquellas acciones capaces de crear confusión e inducir a error al consumidor, las referencias falsas, los actos que puedan desacreditar o dañar a la empresa y los capaces de desvanecer la distintividad y valor publicitario de la marca.

El objeto de referencia podrán ser los productos o servicios en sí, la marca, o cualquier otro elemento que constituya un identificador comercial. Se incluye la frase “independientemente del medio utilizado”, por lo cual se puede deducir que la publicidad comparativa será un medio de difusión lícito, a menos que sea utilizada como medio para cometer actos desleales.

Su artículo 292 consagra que las redes de comunicación utilizadas como canal difundir las afirmaciones u actos desleales, serán solidariamente responsables con el anunciante, ya que han sido facilitadoras para que se reproduzca el acto violatorio, que podría consistir en difundir un anuncio publicitario comparativo.

La Ley Orgánica de Defensa al Consumidor por su parte se ha responsabilizado de regular de forma más específica la publicidad. Empieza definiendo en su artículo 2 a los sujetos publicitarios, lo que se debe entender por publicidad y define la publicidad engañosa. Haciendo énfasis en que la información

que directa o indirectamente induzca a error, confusión o error a los destinatarios tendrá dicha catalogación.

Las leyes locales que norman la publicidad y la competencia desleal, lo hacen desde un punto de vista negativo. Donde no establece los requerimientos que debe tener la publicidad comparativa para considerarse como lícita, al contrario enumera aquellas prácticas o afirmaciones que deben evitarse para que el anuncio publicitario sea aceptable legalmente. No obstante se entiende implícitamente que mientras la publicidad comparativa no se convierta en publicidad falsa o engañosa, su contenido será completamente lícito a pesar de hacer referencia a productos, servicios o la marca registrada de la competencia.

El artículo 6 de la misma ley prohíbe expresamente este tipo de publicidad, por ser atentatoria en contra de los derechos e intereses del consumidor. La normativa ecuatoriana al interponer como interés jurídico primordial los derechos y bienestar de los consumidores y de la sociedad, se adhiere al modelo social anteriormente descrito, el cual acepta a la publicidad comparativa como medio para asegurar la transparencia del mercado y los intereses del público consumidor. Al ser herramienta eficaz para la difusión de información valiosa acerca de las ofertas presentes en el mercado, para que los consumidores puedan tomar una decisión fundamentada acerca de cuál de ellas satisficará de mejor manera sus necesidades.

El artículo 7 por su parte hace alusión al requisito de licitud que dictamina que la información difundida ser verídica, exacta y comprobable. Adicionalmente establece aquello que se puede constituir como objeto de la publicidad, asegurando que las especificaciones a las que se hace referencia en el mensaje publicitario sean certeras. Para que de esta forma el consumidor no tenga concepciones erradas de lo que se esté comparando o haciendo alusión.

El artículo 8 constituye la garantía por la cual se asegura que la información que se difunda en la publicidad, sea comprobable. Pues manda que los proveedores o anunciantes deben tener el soporte objetivo o técnico sobre el que han basado el contenido del mensaje publicitario. Para que en caso de que existan competidores que se vean afectados, le sea posible al anunciante el demostrar la veracidad de sus aseveraciones y no incurrir en un acto de competencia desleal o publicidad ilícita. Los consumidores también tienen protegidos sus intereses a través de esta norma, ya

que al saber que el anunciante tiene sustento fáctico de sus afirmaciones habrá seguridad de certeza en su decisión.

El artículo 17 garantiza este requisito de licitud expresamente, al establecer que es obligación de los proveedores “... entregar al consumidor información veraz, suficiente, clara, completa y oportuna de los bienes o servicios, de tal modo que éste pueda realizar una elección adecuada y razonable”.

Los artículos 9 y 10 son medios de asegurar que la información que se imparta en la publicidad sea lo más completa posible, para que el consumidor tenga los datos suficientes para realizar una decisión correcta. Implícitamente los preceptos referidos, corroboran el requisito de licitud que dictamina que las aseveraciones deben realizarse sobre elementos esenciales o importantes del objeto de comparación. Adicionalmente, las referencias deben ser lo más completas posible, para que puedan transmitir al público la sustancialidad de aquello que se compara y a su vez el fundamento de la comparación.

Las infracciones están reguladas en el artículo 79 y 80. El primero sanciona a quien se niegue a proveer información requerida por la autoridad o que de información falsa. También sanciona a quien impida a la autoridad o se oponga por cualquier medio, a la verificación de la información proporcionada. El segundo dice que la reincidencia por culpa o dolo tendrá como sanción el doble de la multa que se interpone inicialmente, además de la clausura o exclusión del mercado temporal o definitiva. Hay una limitación del legislador al determinar que la reincidencia sólo se toma si es que la infracción se da dentro del mismo año.

De acuerdo a las disposiciones reglamentarias, si se incurre en publicidad engañosa o abusiva habrá una multa de mil a cuatro mil dólares americanos. Para demandar la ilicitud de un caso de publicidad comparativa, la demanda debe interponerse en la Defensoría del Pueblo, órgano que deberá pronunciarse motivadamente siguiendo el procedimiento normado en la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

Conforme a las disposiciones del Capítulo II del mismo cuerpo legal el trámite debe realizarse por parte de quienes poseen un interés legítimo afectado, la demanda deberá entregarse por escrito y dirigida hacia el Defensor del Pueblo. Una vez recibida la queja se procede a evaluar su trámite o rechazo que deberá ser motivado

y por escrito, si la queja se admite se iniciará la debida investigación sumaria, admitiéndose cualquier tipo de prueba que este acorde con el Derecho. Los presuntos responsables deberán ser notificados para que realizar su contestación durante los 8 días siguientes (que pueden ser prorrogables hasta 8 más). En caso de comprobarse los argumentos de la queja, el Defensor del Pueblo promoverá los recursos y acciones pertinentes ante las autoridades competentes, con la finalidad de evitar la concurrencia de situaciones de daño y afectación.

Si no se ha llegado a un acuerdo en el reclamo, la entidad deberá hacer un informe que evaluará el juez competente con su sana crítica, la autoridad competente es el juez de contravenciones de 1era instancia de la respectiva jurisdicción. Por ejemplo si es que la controversia se ha suscitado en la ciudad de Quito, el juez competente sería el Juez de Contravenciones de Pichincha, por ser la jurisdicción donde se dio origen la cuestión, y por ende en la cual debe radicarse la competencia. La demanda será encomendada al juez, siempre que la intervención de defensor del pueblo no haya sido suficiente. Hasta que estos jueces entren a servicio activo, los reclamos deben interponerse ante los intendentes, subintendentes y comisarios.

El Código Ecuatoriano de Etica y Autorregulación Publicitaria dispone que toda la publicidad considerada como oficial, debe ser aceptada para difundirla en similares condiciones y sin discrimen por parte de todas las estaciones. Con esta medida se pretende evitar que se pueda emitir publicidad ilícita en una estación y en otra no, beneficiando a quienes acepten estas prácticas y perjudicando a las otras estaciones que actúan de buena fe.

En lo referente a los ilícitos publicitarios este código se remite a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, y sus artículos 30 del reglamento y 55, disponen las sanciones que pueden ser impuestas en estos casos, las cuales serían amonestación, suspensión o una multa que entraría en el patrimonio de ACTVE⁵⁷, dependiendo de las circunstancias particulares del caso.

La Asociación de Canales de TV, de agencias de publicidad, de radiodifusión y de anunciantes, responsables de la elaboración de este código, plantea como principios generales de la publicidad el respeto a la dignidad, interés social e

intimidad de las personas, la honestidad, moralidad y veracidad. Sus reglas institucionales norman que todas las comparaciones deben ser comprobables, enfatizando en el requisito de licitud que manda que la información contenida en la comparación debe además de tener esta calidad, ser verdadera y exacta.

El artículo 11 acepta la publicidad comparativa siempre y cuando tenga por principio básico la objetividad de la comparación. El contenido informativo de esta última debe ser comprobable, en caso de bienes de consumo la comparación debe ser hecha con productos fabricados en el mismo período, que no denigre la imagen del producto o marca de otros y que no establezca confusión entre el producto y las marcas competidoras.

La legislación comunitaria también es de consideración, pues el Ecuador al ser parte de la Comunidad Andina de Naciones ha aceptado obedecer sus reglas y principios. De esta manera la normativa de la CAN es de directa aplicación en el territorio ecuatoriano, por lo cual a consecuencia de su supremacía es obligatorio acatar sus preceptos.

La Decisión Comunitaria 486, regula los derechos que confieren las marcas a sus titulares. En estas mismas reglas indirectamente norman y aceptan a la publicidad comparativa. Su artículo 157 consagra el uso de una marca, y autoriza la difusión de indicaciones respecto a las características de los productos o servicios; por parte de terceros. Sin embargo al mismo tiempo impone ciertos requerimientos que deben cumplir estas afirmaciones, para ser lícitas. Con lo que se norma que el uso sea realizado de buena fe con fines de información o identificación, asegurándose que los consumidores no puedan ser inducidos a error a raíz de tales referencias.

El artículo 158 corrobora y complementa esta disposición, al afirmar que el registro de una marca, no restringe a un tercero su utilización pues norma que su titular no tiene la potestad de prohibir su uso.

Normas de carácter internacional como la Resolución No 39/248 de la Asamblea General de la ONU del 16 de abril de 1985, también se han preocupado de regular los buenos usos y la licitud de las prácticas publicitarias y mercantiles.

El artículo 1 garantiza que quienes ofertan y producen se atengan a la ética a la hora de promocionar sus prestaciones. A su vez, artículo 3 consagra que los

⁵⁷ ACTIVE es la Asociación de Canales de Televisión del Ecuador

consumidores tienen derecho a acceder a información adecuada que les permita elegir con fundamento, conforme a sus deseos y necesidades. A través de este tipo de disposiciones se hace alusión al respeto de los requisitos ya expuestos, para que prácticas como la publicidad pueda ser lícita.

En el artículo 14, el gobierno debe impedir las prácticas que perjudiquen los intereses de los consumidores y que estos últimos deben vigilar que no se den afirmaciones falsas o capciosas en la publicidad. El artículo 17 a su vez alienta a los gobiernos a fomentar la competencia leal y efectiva, para que los consumidores puedan elegir dentro de un mayor surtido de prestaciones con precios más bajos. Ambas normas claramente salvaguardan los intereses y bienestar general de los consumidores, al imponer al gobierno la obligación de impulsar la transparencia y competencia leal.

La finalidad de la publicidad comparativa es comparar la propia oferta con la de los competidores, resaltando las ventajas o bondades que presentan los primeros frente a los del adversario y de esta manera influir decisivamente en la decisión final de los consumidores. Sus límites en el ejercicio del comercio deben respetar valores aceptados por la conciencia social como no utilizar con mala fe el prestigio y la propiedad ajena y evitar la explotación indebida de trabajos y esfuerzos de otro.

CONCLUSIONES

Se puede concluir que la publicidad comparativa es una práctica que va ganando espacio importante en el desenvolvimiento del mercado. En la actualidad cada vez un número mayor de países la acepta en sus respectivos ordenamientos jurídicos, conforme a los preceptos y requisitos de licitud que cada uno le imponga conforme a sus principios y normas jurídicas.

La publicidad comparativa se presenta cuando en el anuncio publicitario difundido existe una comparación, que tiene como objeto el contraponer los productos o servicios ofertados por el anunciante frente a los ofrecidos por la competencia. El contenido del mensaje tiene una comparación que resalta las ventajas o bondades que presenta la oferta del anunciante, frente a las prestaciones de los competidores. La finalidad que se persigue es el poder influir en el criterio del consumidor y de esta forma atraer la mayor clientela en el mercado.

Así, la publicidad comparativa presenta dos categorías o momentos al ser difundida: la informativa, que busca dar información verdadera y exacta al público consumidor acerca de los productos o servicios objeto de comparación. Y la sugestiva, por medio de la cual se busca atraer consumidores para que adquieran la oferta, resaltando las ventajas de la propia mercancía, sugiriéndole al destinatario que las prestaciones que ofrece el anunciante son las mejores del mercado.

La primera cuestión a resolverse acerca de la publicidad comparativa, es a quién le corresponde su titularidad, para que en caso de que exista algún tipo de afectación o ilicitud se pueda reconocer al responsable. Tanto los preceptos legales como los doctrinarios atribuyen la titularidad de la publicidad al anunciante que

subvenciona el anuncio comparativo. De esta manera si la publicidad resulta lesiva al interés de los consumidores, competidores o la sociedad, es el anunciante o proveedor quien responderá por las afectaciones causadas, y el responsable de dirimir las y rectificarlas.

La publicidad tiene una amplia clasificación, por lo que para que un anuncio publicitario pueda ser calificado como publicidad comparativa, debe contar con elementos específicos. Por esta razón para que el anuncio pueda ser catalogado como comparativo, debe existir una referencia conjunta que claramente haga alusión a los productos o servicios del anunciante como a los de los competidores. La veracidad de las afirmaciones realizadas es un elemento y requisito crucial para la existencia y licitud de la publicidad comparativa.

Los principios de Derecho siempre deben ser tomados en cuenta, para poder reproducir publicidad legal y lícita. El contenido de estos preceptos son los que determinan las cualidades específicas que debe presentar un anuncio publicitario. Entre estos es menester resaltar los principios de legalidad, veracidad, autenticidad, y lealtad.

La observancia de estos principios, es la garantía de los derechos de los consumidores, que además están consagrados en las normas jurídicas. Los derechos protegidos más incidentes son el derecho del consumidor a recibir información verídica, exacta y comprobable de las prestaciones ofrecidas; que tiene como contrapartida la obligación de los proveedores de proporcionar datos adecuados acerca de su oferta. Como complemento a esto está el derecho de protección contra la publicidad engañosa y desleal, que salvaguarda el interés y bienestar de los consumidores y de la sociedad en general. Finalmente el público también tiene derecho a que se mantenga la realidad objetiva de la mercancía que se oferta, con lo que se garantiza la buena fe de los competidores y la decisión fundamentada de los consumidores.

Los requisitos de licitud que debe cumplir la publicidad comparativa se refieren a tres elementos esenciales: el objeto, los parámetros y el contenido de la comparación. Con respecto al objeto de comparación, estos deben ser similares o comparables para que la comparación pueda tener sentido. En lo referente a los parámetros que se utilicen para la comparación, la descripción de las características

debe ser lo más completa posible y referirse a calidades esenciales e importantes de los bienes o servicios, que serán comparados bajo un mismo parámetro o parámetros comparables. Finalmente, para que el contenido publicitario sea lícito, la información debe ser verídica, actual y comprobable. Debe ser cierta de modo que no suscite falsas expectativas en los consumidores y estar ausente todo carácter denigratorio que menoscabe innecesariamente el crédito del competidor en el mercado.

Aunque existen muchos tipos de publicidad, la publicidad de tono personal, de tono excluyente y la autocomparación, pueden convertirse en supuestos de publicidad comparativa. Dependerá del contenido que tenga el mensaje publicitario y de la calidad de licitud del anuncio comparativo, pues es importante que se mantenga la lealtad en la competencia y el respeto a los competidores. En caso de que la publicidad incluya los resultados de tests comparativos, su utilización será lícita mientras sea de datos objetivos y no se incluya referencias denigratorias en el mensaje publicitario.

Respecto a la aceptación y licitud de la publicidad comparativa existen posiciones divergentes, que abogan a su favor y en su contra. La teoría individualista ataca la licitud de este tipo publicitario sosteniendo el criterio de que constituye un atentado al crédito y prestigio de los competidores en el mercado, ya que toma como principal interés jurídico el bienestar y anonimato del competidor. Además, constituye una intromisión a la esfera privada, al hacer uso y referencia desautorizada de la marca o las prestaciones de terceros competidores. Esta hipótesis es acogida por países como Argentina y Bélgica que rechazan a la publicidad comparativa en su ordenamiento jurídico.

En la otra mano está el modelo social, que sostiene la licitud de la publicidad comparativa, planteando como su objeto de protección el interés de los consumidores y el general. Países como España, Francia, Estados Unidos (el cual produce el 10% de la publicidad comparativa mundial) y Ecuador apoyan esta postura. Afirma que este tipo publicitario es un impulso a la competencia leal y a la transparencia del mercado, al ser un medio que provee de información valiosa a los consumidores para valorar a las ofertas mercantiles y escoger la opción más conveniente. “Según esta teoría moderna de la publicidad, se afirma que toda

publicidad es afirmativa y suministra al consumidor información valiosa”⁵⁸. Los competidores se verán obligados a mejorar la calidad de sus prestaciones y mantener los precios razonables, para mantener su participación en el mercado y no ser objeto de referencias publicitarias negativas.

En Ecuador la publicidad comparativa no está legislada por una ley específica, sino que para su regulación se debe recurrir a la normativa comunitaria como la Decisión 486 y 344 e internacional tales como los tratados y resoluciones de la ONU sobre propiedad industrial. Localmente la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la Ley de Propiedad Intelectual y el Código de Ética y Autorregulación Publicitaria hacen referencia a la publicidad comparativa, estableciendo su legalidad a través de la prohibición de prácticas engañosas y desleales.

El país ha adoptado el modelo social como punto de vista normativo para este tema, pues prioriza y justifica la difusión publicitaria comparativa como fuente de protección del interés general y de los consumidores. Mientras las afirmaciones comparativas no sean de calidad engañosa y desleal, capaces de inducir a error y confusión al público y denigrar la imagen de la competencia en el mercado, la publicidad comparativa tendrá contenidos informativos valiosos para apreciar las ventajas de las ofertas.

Sería conveniente la creación de una ley que regule a la publicidad comparativa de manera más específica, debido a su creciente aplicación como herramienta de mercado. Los requisitos de licitud y principios de derecho pertinentes deben ser expresos, para que se eviten y sancionarse efectivamente anuncios publicitarios que puedan atentar contra el interés de los consumidores, la sociedad e incluso de la competencia. La publicidad comparativa debidamente legislada, funcionaría de forma más óptima, dinamizando el mercado al fomentar la competencia leal a través de competencia leal que permita crear ofertas de la mejor calidad y precios para que los consumidores satisfagan sus necesidades.

⁵⁸ NELSON, P. *Journal of Political Economy*, No 78, 1970. P. 311.

BIBLIOGRAFIA

ARACAMA ZORRAQUÍN, ERNESTO. *Medios Distintivos y Publicidad Comparativa*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.

BAYLOS CORROZA, HERMELEGILDO, *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, 1978.

CALLE CASUSOL, JEAN PAUL. *Responsabilidad Civil por Publicidad Falsa o Engañosa*. ARA Editores, Lima, 2002.

CEVALLOS, VÍCTOR. *Libre Competencia Derecho de Consumo y Contratos*. Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2001.

DE LA CUESTA, JOSÉ MARÍA. *Régimen Jurídico de la Publicidad*. Tecnos, Madrid, 1998.

DI GUGLIELMO PASCUAL, *Tratado de Derecho Industrial*, Buenos Aires, 1951.

DIEZ PICAZO, LUIS. *Masificación y Contrato en: Daños*. Depalma, Buenos Aires, 1991.

EMERY, MIGUEL ANGEL. “La Propiedad Intelectual y la Publicidad”. *Derechos Intelectuales*. Astrea, Buenos Aires, 1996.

FERNÁNDEZ NOVOA, CARLOS, “La Interpretación Jurídica de las Expresiones Publicitarias”, en *Revista de Derecho Mercantil*, No 14, 1968.

FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la Publicidad*. Madrid, Montecorvo, 1984.

FRANK SCHECHTER publicado en 1927 en La Harvard Law Review. International New Service VS. Associated Press 248 U.S. 215, 39 S. Ct. 68/1918.

GARCÍA VIDAL, ANGEL. *El Uso Descriptivo de la Marca Ajena*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Barcelona, 2000.

LLOBREGAT HURTADO, MARÍA LUISA. *Temas de Propiedad Industrial*. La Ley, Madrid, 2002.

MANSO, *The legal status of the publicity phonogram under the copyright law*, en Copyright OMPI, jul-ago. 1979.

NELSON, P. *Journal of Political Economy*. No 78, 1970.

PATTISHALL, BEVERLY W. “Trademark-Trade Identity Protection, its Progress and Prospects”. N. New U.L. Rev., 1976.

PLAZA, ANXO TATO. *La Publicidad Comparativa*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1996.

PORTELLANO DIEZ, PEDRO. *La imitación en el Derecho de la Competencia Desleal*. 1era edición, Civitas, Madrid, 1995.

RAVENTOS, FERNANDO. *Régimen Jurídico del Mercado y la Publicidad*. Lima, 1991.

ROBIN, ALBERT Y BARNABY JR, HOWARD B. "Comparative Advertising. A Skeptical View". *The Trademark Reporter*. Nota 15.

SCHETCHTER, ROGER E. *Unfair Trade Practices and Intellectual Property*. St. Paul, Minnesota, 1986.

SOLER SEBASTIÁN. *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1951, t. IV.

TINOCO SOARES, JOSÉ CARLOS. "La Competencia Desleal en América Latina y otros países", *Derechos Intelectuales*. Volumen 4. Astrea, Buenos Aires, 1989.

JURISPRUDENCIA EMPLEADA

Sentencia del OLG de Munich de 17 de agosto de 1989.

Sentencia del OLG de Dusseldorf de 29 de enero de 1981.

Sentencia del SAP de Madrid del 8 de marzo de 1993 (Actualidad Civil 1029/1993).

Sentencia del STS del 24 de febrero de 1997 (La Ley, 1997, 3906).

Sentencia del Tribunal de Casación Francés del 22 de junio de 1986.

Resolución No. 39/248 de la Asamblea General de la ONU del 16 de abril de 1985.