



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Económico

**PUBLICIDAD COMPARATIVA: REGULACIÓN EN LA LEY N° 20.169 SOBRE
COMPETENCIA DESLEAL**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Camila Saffirio Palma

PROFESOR GUÍA: FRANCISCO AGÜERO VARGAS

Santiago, Chile

2012

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	3
CONCEPTO DE PUBLICIDAD COMPARATIVA	3
I. CONCEPTO DE PUBLICIDAD COMPARATIVA.....	4
1) <i>Publicidad comparativa: concepto restringido</i>	6
2) <i>Publicidad comparativa: concepto amplio</i>	7
II. ELEMENTOS DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA.....	8
1) <i>Referencia simultánea a productos o servicios propios y ajenos</i>	8
2) <i>Finalidad de comparar</i>	9
III. CLASIFICACIONES DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA.....	9
1) <i>Forma de identificación del competidor</i>	10
2) <i>Similitud entre bienes comparados</i>	14
3) <i>Número de marcas comparadas</i>	15
4) <i>Frecuencia de la referencia al competidor</i>	15
5) <i>Extensión de la comparación</i>	15
6) <i>Atributos comparados</i>	16
7) <i>Fundamento de la comparación</i>	17
8) <i>Conclusiones de la comparación</i>	17
9) <i>Otros criterios de clasificación. s</i>	18
CAPITULO II	21
LA PUBLICIDAD COMPARATIVA DESLEAL	21
I. LA PUBLICIDAD COMPARATIVA COMO SUPUESTO DE COMPETENCIA DESLEAL.....	21
II. DISTINCIÓN ANTE CONDUCTAS AFINES.....	24
1) <i>Aprovechamiento de la reputación ajena</i>	25
2) <i>Publicidad engañosa</i>	25
3) <i>Publicidad denigratoria</i>	26
4) <i>Publicidad alusiva</i>	28
5) <i>Autocomparación</i>	28
6) <i>Publicidad de tono excluyente</i>	29
CAPÍTULO III	31
EFFECTOS DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN EL MERCADO	31
I. LA DISCUSIÓN RESPECTO A LA EFECTIVIDAD DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA.....	31
II. VENTAJAS DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA.....	32
1) <i>Efectos sobre las asimetrías de información</i>	32
2) <i>Reducción de barreras de entrada y fomento a la competencia</i>	33
3) <i>Disminución de precios</i>	35

III. EFECTOS NOCIVOS DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA.....	35
1) <i>Desinformación a los consumidores.</i>	36
2) <i>Problemas de credibilidad y guerras publicitarias.</i>	37
3) <i>Desincentivo a la innovación.</i>	37
CAPÍTULO IV.....	38
REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN EL DERECHO COMPARADO.....	38
I. ANTECEDENTES GENERALES.....	38
II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN ESTADOS UNIDOS.L.....	39
1) <i>Common Law: legislación estatal.</i>	39
2) <i>Federal Trade Commission Act: legislación federal.</i>	40
3) <i>Lanham Act: legislación federal.</i>	41
III. EL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN LA UNIÓN EUROPEA: DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO 2006/114/CE, DE 12 DE DICIEMBRE DE 2006, SOBRE PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y PUBLICIDAD COMPARATIVA.....	42
1) <i>Concepto y requisitos de licitud de la publicidad comparativa en la Directiva.</i>	45
2) <i>Disposiciones relativas al uso de la marca ajena en los actos de comparación.</i>	51
CAPÍTULO V.....	52
REGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA DESLEAL EN CHILE.....	52
I. ANTECEDENTES: EL MARCO JURÍDICO ANTERIOR A LA LEY N° 20.169.	52
II. REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN LA LEY N° 20.169 SOBRE COMPETENCIA DESLEAL.	56
1) <i>Antecedentes generales.</i>	56
2) <i>Ausencia de un concepto de publicidad comparativa.</i>	58
3) <i>Requisitos de licitud de la Publicidad Comparativa.</i>	59
a. <i>Objetos de comparación.</i>	59
b. <i>Exhaustividad de la comparación.</i>	60
c. <i>Contenido de la comparación.</i>	61
d. <i>Límite de carácter general a la licitud de la comparación: conformidad con las normas sobre competencia desleal.</i>	63
4) <i>Uso de la marca ajena en los actos de comparación.</i>	64
<u>CONCLUSIONES</u>.....	66
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>.....	68

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar el tratamiento de la publicidad comparativa desleal en la Ley N° 20.169 sobre competencia desleal, publicada en el Diario Oficial de fecha 16 de febrero de 2007. Dicha norma constituye la primera regulación directa de esta modalidad publicitaria en nuestro país, al incluir la publicidad comparativa entre los supuestos de competencia desleal contenidos en su artículo 4°, dado que la publicidad comparativa desleal no mereció una atención particular en el ordenamiento jurídico chileno. Esto, a pesar de que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y las comisiones antimonopolios que le antecedieron, conocieron y fallaron en varias oportunidades casos de publicidad comparativa desleal en base a las normas contenidas en el DL N° 211, reconociendo su licitud y los beneficios económicos asociados a ella.

El Capítulo Primero, denominado “Concepto de Publicidad Comparativa” busca exponer la definición amplia y restringida de esta modalidad publicitaria, los elementos que la caracterizan e identificar las diversas clasificaciones que la literatura especializada reconoce con el objeto de entregar una perspectiva completa de las variables de ésta modalidad publicitaria y proveer a los investigadores de una herramienta para profundizar el estudio sobre la publicidad comparativa.

El Capítulo Segundo sobre “La Publicidad Comparativa Desleal” tiene como objetivo estudiar la importancia de la publicidad comparativa desde la perspectiva del derecho de la competencia desleal, y distinguirla de otras conductas desleales típicas reguladas en nuestra legislación respecto de las cuales se producen con frecuencia confusiones.

Los efectos de la publicidad comparativa en el mercado son analizados en el Capítulo Tercero de este trabajo, mediante la exposición de algunos de los principales argumentos que se han señalado a favor y en contra de esta práctica publicitaria, desde una perspectiva estrictamente económica, y destacando la importancia de

contar con una regulación que permita potenciar los beneficios que ella entrega al mercado.

El Capítulo Cuarto, denominado “Regulación de la publicidad comparativa en el derecho comparado”, estudia la regulación que ha recibido la publicidad comparativa en distintos ordenamientos, particularmente en Estados Unidos a través de la Federal Trade Commission y la Lanham Act; y en la Unión Europea principalmente mediante la Directiva 2006/114/CE.

Finalmente, el Capítulo Quinto analiza el régimen jurídico de la publicidad comparativa desleal en Chile, explicando el marco jurídico existente en nuestro país con anterioridad a la Ley N° 20.169 y, posteriormente, la regulación de la publicidad comparativa en la Ley N° 20.169 sobre competencia desleal. Se analiza, entre otras cosas, los antecedentes generales de la regulación de esta herramienta publicitaria, la ausencia de una definición de publicidad comparativa en la Ley, sus requisitos de licitud y la posibilidad de hacer uso de una marca ajena en actos de comparación.

El trabajo termina con algunas conclusiones que exponen los aspectos esenciales que se han advertido en el análisis de la regulación de la publicidad comparativa desleal en nuestro ordenamiento.

El presente trabajo se sustenta principalmente en obras extranjeras sobre la publicidad comparativa desleal dado que éste es un tema de estudio relativamente nuevo en nuestro país, y, como puede observarse de bibliografía incluida, existe escasa literatura nacional sobre la materia.

CAPITULO I

CONCEPTO DE PUBLICIDAD COMPARATIVA

INDICE GENERAL DEL CAPÍTULO

I. Concepto de publicidad comparativa

- 1) concepto restringido de publicidad comparativa
- 2) Concepto amplio de publicidad comparativa

II. Elementos de la publicidad comparativa

- 1) Referencia simultánea a productos o servicios propios y ajenos.
- 2) Finalidad de comparar.

III. Clasificaciones de Publicidad Comparativa

- 1) Forma de identificación del competidor
 - a. Publicidad comparativa explícita
 - b. Publicidad comparativa implícita
- 2) Similitud de los bienes comparados
 - a. Bienes similares
 - b. Bienes altamente similares
 - c. Bienes moderadamente similares
 - d. Bienes disímiles
- 3) Número de marcas comparadas.
- 4) Frecuencia de la referencia al competidor

- 5) Extensión de la comparación
 - a. Comparación global
 - b. Comparación parcial
- 6) Atributos comparados.
 - a. Número
 - b. Naturaleza
 - c. Presencia
 - d. Dirección
- 7) Fundamento de la comparación
- 8) Conclusiones de la comparación
- 9) Otras Clasificaciones.

I. CONCEPTO DE PUBLICIDAD COMPARATIVA.

En una primera aproximación al estudio de la publicidad comparativa y su regulación es necesario precisar el concepto de publicidad. Desde una perspectiva de marketing la publicidad se ha definido como una “comunicación de masas, pagada, unilateral, emanada de un anunciador presentado como tal, y concebida para apoyar, directa o indirectamente, las actividades de la empresa.”¹

En seguida, en la literatura sobre regulación publicitaria se señala que la publicidad es una “herramienta de comunicación que de una forma impersonal y

¹ LAMBIN, Jean-Jacques. (1995) Marketing Estratégico. 3ra ed. Madrid, Editorial McGraw-Hill. p. 520.

pagada por un anunciante identificado utiliza los medio de comunicación con el fin de informar y persuadir a sus públicos objetivos.”²

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 1º número 4 de la Ley Nº 19.496 que establece normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, define publicidad indicando que se entiende por publicidad “la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio, entendiéndose incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato.”

Como puede observarse, las definiciones de publicidad expuestas reconocen dos de los propósitos primarios atribuidos a la publicidad como herramienta de comunicación, a saber: informar y persuadir.

La publicidad informativa persigue generar una demanda primaria o demanda global, es decir, incidir en la “cantidad de ventas realizadas en un producto-mercado (o en una industria o un mercado), en un lugar o período dados, por el conjunto de marcas o empresas en competencia.”³

En seguida, la publicidad persuasiva es aquella que busca influir en la demanda de la empresa o marca, esto es “la parte de la demanda global que correspondiente a la cuota de mercado detentada por la marca o la empresa en el producto mercado de

² del BARRIO GARCÍA, Salvador. (2002) La Publicidad comparativa: Situación actual y análisis. España, Prentice Hall. p. 8.

³ LAMBIN, Jean-Jacques. (1995) Marketing Estratégico. 3ra ed. Madrid, Editorial McGraw-Hill. p. 233-234.

referencia.”⁴ La publicidad comparativa es una hipótesis de publicidad persuasiva propia de mercados altamente competitivos.⁵

La búsqueda de un concepto de publicidad comparativa no ha estado exenta de discusión, la literatura sobre la materia se divide a la hora de pronunciarse entre una definición restringida o amplia de esta modalidad publicitaria. A continuación se exponen ambos conceptos de publicidad comparativa.

1) Publicidad comparativa: concepto restringido.

El concepto restringido de publicidad comparativa tiene su origen en uno de los primeros estudios realizados respecto a esta modalidad publicitaria. En 1975, Wilkie y Farris⁶ definieron la publicidad comparativa en atención a la presencia copulativa de dos requisitos, a saber: i) la comparación de dos o más marcas, específicamente nombradas o reconociblemente presentadas, del mismo género de productos o clase de servicios, y ii) la comparación realizada en torno a uno o más atributos específicos del producto o servicio.

Este concepto de publicidad comparativa es doblemente restrictivo pues, en primer lugar, limita la publicidad comparativa exclusivamente a aquellos casos en que el competidor es directamente nombrado, excluyendo así los casos en que se hace referencia a una “marca x”; y, al mismo tiempo, descarta toda afirmación genérica o difusa que pueda realizarse sin atender a una dimensión común entre los objetos comparados, como el caso de una marca que afirma simplemente ser “la mejor”.

⁴ LAMBIN, Jean-Jacques. (1995) Marketing Estratégico. 3ra ed. Madrid, Editorial McGraw-Hill. p. 234.

⁵ En este sentido KOTLER, Philip y AMSTRONG, Gary. (2003) Fundamentos de Marketing. 6ta ed. Editorial Prentice Hall. p. 479

⁶ WILKIE, William y FARRIS, Paul. (1975) Comparison Advertising: Problems and Potential. Journal of Marketing 39. p. 7

A pesar de que el concepto restringido propuesto por Wilkie y Farris fue tempranamente sujeto de críticas⁷, puede reconocerse como una primera aproximación a lo que posteriormente estudiaremos como publicidad comparativa explícita o directa.

2) Publicidad comparativa: concepto amplio.

Más aceptada en la doctrina es una definición amplia o genérica de publicidad comparativa⁸. El concepto amplio acepta como publicidad comparativa toda referencia indirecta o implícita a una marca, por ejemplo la comparación con “otras marcas” o una “marca x”. Asimismo, este concepto reconoce que la comparación puede recaer tanto sobre los atributos específicos de un producto, como sobre aquellos considerados genéricos o globales. En síntesis, el concepto amplio de publicidad comparativa extiende esta modalidad publicitaria en cuanto al sujeto y objeto de la comparación.

Dentro de la concepción amplia, destaca la definición de Tato que distingue la publicidad comparativa como “aquella publicidad en la que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el resultado, directo o indirecto, de resaltar las ventajas de los propios productos o servicios frente a los ajenos.”⁹

Massaguer aporta también una definición abierta de publicidad comparativa, conceptualizándola como la “práctica publicitaria consistente en la confrontación pública de la actividad, prestaciones o establecimientos propios con la actividad, prestaciones o establecimientos de un tercero, hecha precisamente con el objeto de

⁷ MUEHLING, Darrel y KAGUN, Norman. (1985) The Multi-Dimensionality of Comparative Advertising: Implications for the Federal Trade Commission. *Journal of Public Policy & Marketing* 4. p. 114

⁸ del BARRIO GARCÍA, Salvador. 2002. *La Publicidad comparativa: Situación actual y análisis*. España, Prentice Hall. p. 17

⁹ TATO PLAZA, Anxo. 1996. *La Publicidad Comparativa*. Madrid, Marcial Pons. p. 41

resaltar, de forma directa o indirecta, la primacía o la mayor conveniencia de la propia oferta sobre la del tercero o de los terceros afectados por la confrontación.”¹⁰

II. ELEMENTOS DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA.

Habiendo analizado el concepto de publicidad comparativa, podemos señalar que ésta se compone de dos elementos: i) Referencia simultánea a productos o servicios propios y ajenos; y ii) Finalidad comparativa. A continuación se analizarán estas características.¹¹

1) Referencia simultánea a productos o servicios propios y ajenos.

La publicidad es el mecanismo tradicional por el cual una empresa intenta gestar o desarrollar demanda para productos o servicios propios.¹² No obstante, el anunciante bien puede escoger hacer referencia en su publicidad a productos o servicios de sus competidores. Esta referencia es el primer elemento característico de la publicidad comparativa.

Sin embargo, corresponde precisar que no toda publicidad en que se hace alusión a una firma competidora puede calificarse como publicidad comparativa. En efecto, la referencia a un tercero es un elemento común a todas las prácticas de publicidad alusiva dentro de las cuales se encuentran la publicidad de tono personal, denigratoria, comparativa, entre otras.

¹⁰ MASSAGUER, José. (2004) La publicidad comparativa. Revista Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor XXV. p. 196.

¹¹ TATO PLAZA, Anxo. 1996. La Publicidad Comparativa. Madrid, Marcial Pons. pp. 20-41 y del BARRIO GARCÍA, Salvador. 2002. La Publicidad comparativa: Situación actual y análisis. España, Prentice Hall. pp. 11-13

¹² Esto es lo que se conoce como Publicidad del Producto, en oposición a la Publicidad Institucional por la cual se pretende alcanzar una valoración positiva de la organización. Al respecto, STANTON, William et al. (1996) Fundamentos de Marketing. 6ta ed. México, Editorial McGraw-Hill. p. 641.

La forma en que se realiza la referencia a los productos o servicios ajenos es especialmente importante, pues origina la clasificación de publicidad comparativa en explícita e implícita, que se analizará más adelante. Por el momento, basta señalar que la publicidad comparativa requiere que la referencia a los productos o servicios del tercero sea inequívoca, siendo indiferente la forma en que se realice la mención.

2) Finalidad de comparar.

La publicidad comparativa requiere que la alusión simultánea de productos o servicios propios y ajenos cumpla un elemento teleológico. El propósito de la referencia conjunta debe ser promover una comparación entre productos o servicios. La mencionada comparación ha de tener como objetivo destacar las ventajas o superioridad de los bienes u oferta propios del anunciante, o señalar la inferioridad de los bienes u oferta de la competencia.¹³

III. CLASIFICACIONES DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA.

Analizado ya el concepto de publicidad comparativa y sus elementos, corresponde aproximarnos a una clasificación de esta modalidad publicitaria.

En primer lugar, procede señalar que la identificación de las posibles clasificaciones o dimensiones de la publicidad comparativa es una tarea de enorme importancia para el objeto de estudio. En efecto, la publicidad comparativa dista mucho de ser una práctica homogénea y su clasificación persigue dos propósitos:

i) Entregar a los órganos reguladores una perspectiva completa de las variables de ésta modalidad publicitaria; y

¹³ MASSAGUER, José. (2004) La publicidad comparativa. Revista Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor XXV. pp. 204.

ii) Proveer a los investigadores sobre la materia de una herramienta para profundizar en los estudios sobre publicidad comparativa.¹⁴

La estructura de clasificación que sigue se basa principalmente en la exposición de Muehling y Kagun sobre la materia.

1) Forma de identificación del competidor.

a. Publicidad comparativa explícita.¹⁵ Corresponde a aquella publicidad en la que el competidor es directamente identificado en forma verbal o visual. La referencia explícita será verbal cuando se mencione el nombre del competidor, de sus productos o servicios; y será visual cuando la comparación se realice utilizando el logo de la competencia o imágenes de sus productos o servicios.¹⁶

b. Publicidad comparativa implícita. Corresponde a aquella publicidad en la que no existe referencia directa al competidor. Dentro de esta categoría se encuentran aquellos anuncios que aluden a “otras marcas”, a una “marca X”, a “una marca común” o a la “marca líder”. Como ejemplos de esta modalidad podemos mencionar los anuncios del lavalozas Quix que señalaban “rinde cuatro veces más que un lavalozas común”¹⁷ y de toallas higiénicas Always “cinco veces más limpia y seca que otras”.¹⁸

¹⁴ MUEHLING, Darrel y KAGUN, Norman. (1985) The Multi-Dimensionality of Comparative Advertising: Implications for the Federal Trade Commission. *Journal of Public Policy & Marketing* 4. p. 115.

¹⁵ Algunos casos de publicidad comparativa directa en Chile: Duralón con Dento Comisión Preventiva Central Dictamen n° 567/1986; Chiletabacos S.A. con Fácil S.A. Comisión Resolutiva Resolución n° 270/1988; y Laboratorios Recalcine S.A. con Hormoquímica de Chile Ltda. Comisión Preventiva Central Dictamen n° 1147/ 2001.

¹⁶ TATO PLAZA, Anxo. 1996. *La Publicidad Comparativa*. Madrid, Marcial Pons. p. 21

¹⁷ Procter & Gamble vs. Lever rol n° 449/00 CONAR

¹⁸ Kimberly-Clark vs. Procter & Gamble rol n° 578/03 CONAR

Asimismo, se incluyen aquí aquellos anuncios que realizan una alusión visual incompleta del competidor, por ejemplo, presentando un envase familiar de una marca no identificada.¹⁹

Como se señaló anteriormente, la publicidad comparativa implícita requiere que la identificación del competidor por los consumidores sea indubitada. Definir cuándo los consumidores alcanzan este nivel de identificación representa una de las dificultades interpretativas más grandes en relación a la publicidad comparativa implícita. A este respecto, Tato señala que la identificación del competidor aludido es inequívoca cuando alcanza al público objetivo del anuncio o a un sector significativo de éste.²⁰

Las tablas, de elaboración propia, que se presentan a continuación sistematizan algunas situaciones que aumentan o disminuyen las posibilidades de identificar al competidor indirectamente aludido.²¹

Tabla N°1. Publicidad comparativa implícita: Situaciones que hacen probable la identificación del competidor.

Publicidad comparativa implícita: Situaciones que hacen probable la identificación del competidor.	
Estructura del	Mercados duopólicos. En aquellos mercados en que sólo operan dos firmas, toda publicidad comparativa indirecta

¹⁹ GROSSBART, Sanford et al. (1986) Verbal and Visual References to Competition in Comparative Advertising. *Journal of Advertising* 15 (1). p. 11

²⁰ TATO PLAZA, Anxo. 1996. *La Publicidad Comparativa*. Madrid, Marcial Pons. p. 22.

²¹ TATO PLAZA, Anxo. 1996. *La Publicidad Comparativa*. Madrid, Marcial Pons. p. 22-40.

<p>Mercado.²²</p>	<p>será posiblemente considerada por el público como una referencia al otro actor del mercado.</p>
	<p>Mercados oligopólicos. En mercados dominados por un número reducido de firmas competidoras, la publicidad comparativa realizada por una de estas firmas será comprendida por la audiencia como una alusión al restante número de competidores que ostentan de un mismo poder de mercado.</p>
<p>Tono del mensaje</p>	<p>Un mensaje publicitario agresivo ayuda a que el público perciba una referencia indirecta a los competidores, a modo de ejemplo el lema “Todos los precios bajos. Siempre” de supermercados Líder.</p>
<p>Referencias a la publicidad de la competencia.</p>	<p>El empleo de frases, términos o expresiones que recuerden a aquellas utilizadas por publicidad de la competencia, aumentan las probabilidades de que el público identifique al competidor.</p> <p>A modo de ejemplo, el año 2002 un anuncio de la marca de alimentos para gatos Whiskas señalaba “8 de cada 10</p>

²² La posibilidad de que situaciones derivadas de la estructura del mercado permitan identificar al competidor indirectamente aludido no es pacífica. La discusión de la doctrina alemana sobre este punto se puede leer en TATO PLAZA, Anxo. 1996. La Publicidad Comparativa. Madrid, Marcial Pons. p. 32-34.

	gatos prefieren Whiskas”. En respuesta un anuncio de la marca Friskies afirmaba “Si 8 de cada 10 gatos prefieren otro alimento es porque se les acabó Friskies”. ²³
Referencias espaciales.	Las precisiones geográficas, del tipo “los mejores de la región”, facilitan la identificación de los competidores.

Tabla N° 2. Publicidad comparativa implícita: Situaciones que disminuyen las posibilidades de identificación del competidor.

Publicidad comparativa implícita: Situaciones que disminuyen las posibilidades de identificación del competidor.	
Exageración publicitaria o <i>puffery</i>	Consiste en alegaciones concretas y comprobables, que tienen un núcleo verdadero pero no son tomadas en serio por el público. ²⁴ La Federal Trade Commission destaca que el elemento central es la seriedad con la que los consumidores enfrentan el contenido del anuncio. ²⁵

²³ CONAR Dictamen Ético 548 año 2002.

²⁴ LEMA DEVESA, Carlos y FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo. (s/i) Prácticas Publicitarias Engañosas. En: www.autocontrol.es p.7

²⁵ En este sentido, el Policy Statement on Deception señala: “*The Commission generally will not pursue cases involving obviously exaggerated or puffing representations, i.e., those that the ordinary consumers do not take seriously*” ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission. (1983)

Retórica publicitaria	Corresponde a aquellas expresiones de uso común en la práctica publicitaria. La audiencia no toma en serio aquellas frases de uso excesivamente reiterado. ²⁶
-----------------------	--

2) Similitud entre bienes comparados.

Como se ha señalado anteriormente, en toda publicidad comparativa existe una referencia conjunta a productos y servicios propios y ajenos. Podemos distinguir diversas categorías de publicidad comparativa atendiendo a la similitud entre los productos o servicios comparados. En seguida, la comparación puede referirse a:

a. Bienes similares. Comparando el bien propio con aquel más similar en el mercado, o bien, autocomparando distintas versiones de bienes propios de la misma empresa.

b. Bienes altamente similares. Confrontando bienes de la misma clase y forma, como sería el caso de una comparación entre automóviles

c. Bienes moderadamente similares. Cuando la comparación apunta a bienes de la misma categoría, por ejemplo, la alusión a vehículos motorizados que incluye motos, automóviles y camiones.

d. Bienes disímiles. Aludiendo a un producto de una categoría distinta, normalmente con la finalidad de asociarse con una marca renombrada.²⁷

²⁶ LEMA DEVESA, Carlos y FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo. (s/i) Prácticas Publicitarias Engañosas. p.9.

²⁷ La comparación con bienes disímiles acarrea el riesgo de caer en supuestos de aprovechamiento indebido de la reputación ajena, conducta de competencia desleal reconocida ampliamente por la doctrina. En la legislación norteamericana, esta conducta recibe el nombre de *dilution*.

3) Número de marcas comparadas.

La comparación puede apuntar, explícita o implícitamente, a una marca en particular, a un número reducido de marcas o bien a un número indeterminado de ellas.

4) Frecuencia de la referencia al competidor.

De acuerdo a este criterio, la publicidad comparativa hace una referencia de baja frecuencia al competidor cuando su mención es leve. Por el contrario, cuando las alusiones a otras marcas son numerosas dicha frecuencia será alta. Para calificar la referencia al competidor como alta, Muehling y Kagun²⁸ proponen distinguir el medio de comunicación a través del cual se realiza la publicidad. En la publicidad radial y televisada, o *broadcast media*, la frecuencia de la referencia será alta cuando el competidor sea nombrado o exhibido durante más de 1/3 del tiempo de duración del anuncio. En la publicidad realizada por medio escritos, la referencia al competidor será de alta frecuencia cuando éste sea mencionado en 3 o más ocasiones.

5) Extensión de la comparación.²⁹

a. Comparación global. Corresponde a aquella publicidad cuya finalidad es comparar todo conjunto de características presentes en los bienes

²⁸ MUEHLING, Darrel y KAGUN, Norman. (1985) The Multi-Dimensionality of Comparative Advertising: Implications for the Federal Trade Commission. *Journal of Public Policy & Marketing* 4. p. 118.

²⁹ Existe discusión respecto a la idoneidad y factibilidad de entender la publicidad comparativa como una práctica publicitaria que realiza confrontaciones completas u omnicomprensivas entre bienes. Al respecto TATO PLAZA, Anxo. 1996. *La Publicidad Comparativa*. Madrid, Marcial Pons. p. 231-232.

aludidos o, al menos, aquellos elementos esenciales de cada bien o servicio.

b. Comparación parcial. La publicidad comparativa tiene una extensión parcial, cuando la confrontación recae sobre atributos determinados de los productos o servicios, sin un afán de comparación exhaustiva.

6) Atributos comparados.

a. Número de atributos comparados. La publicidad puede referir a uno o más atributos de los bienes comparados, dimensión que es relevante en atención a la efectividad de la publicidad comparativa.

b. Naturaleza de los atributos comparados. La comparación puede recaer en atributos objetivos o subjetivos de los bienes comparados.

i) Atributos objetivos. Corresponde a aquella comparación basada en datos impersonales relativos a características propias del objeto comparado. En esta categoría se ubican atributos como: precio, eficiencia, duración, entre otros.

ii) Atributos subjetivos. Pertenecen a esta categoría aquellos atributos derivados de juicios u opiniones personales, entre ellos: gusto, comodidad, valor estético, etc.

c. Presencia de los atributos comparados. Zhang et al.³⁰ sostiene que la comparación puede aludir a:

i) Atributos presentes en ambos productos.

ii) Atributos únicos del producto propio.

³⁰ ZHANG, Shi et. al. (2002) Comparative Advertising: Effects of Structural Alignability on Target Brand Evaluation. *Journal of Consumer Psychology* 12 (4) pp. 303.

iii) Atributos únicos de cada producto.

d. Dirección de la comparación de atributos.³¹ De acuerdo a este criterio cabe distinguir entre:

i) Publicidad comparativa asociativa. En la que el objetivo es subrayar la similitud de atributos entre los productos comparados.

ii) Publicidad comparativa disociativa. Aquella que persigue establecer diferencias entre bienes contrastados.

iii) Publicidad comparativa combinada. Corresponde a anuncios que presentan, simultáneamente, mensajes asociativos y disociativos.

7) Fundamento de la comparación.

La publicidad será fundada cuando incorpore en el mensaje datos que confirmen la comparación. Dichos datos pueden provenir de fuentes propias o de fuentes independientes que se identifican. Por otro lado, la comparación será infundada cuando el mensaje no incluya información que la corrobore.

8) Conclusiones de la comparación.

En lo relativo a las conclusiones que se siguen de la comparación, surgen categorías a partir de dos criterios: contenido y claridad.

³¹ Este criterio es estudiado también en: WILKIE, William y FARRIS, Paul. (1975) Comparison Advertising: Problems and Potential. Journal of Marketing 39. pp. 12. y, del BARRIO GARCÍA, Salvador. 2002. La Publicidad comparativa: Situación actual y análisis. España, Prentice Hall. p. 20-21.

a. Contenido de la conclusión. Se distingue entre:

i) Conclusiones de igualdad. Establecen similitud entre los productos comparados o alguno de sus atributos.

ii) Conclusiones de superioridad general. Revelan supremacía del producto propio, sin referencia a atributos específicos.

iii) Conclusiones de superioridad relativa. Indican superioridad del producto propio respecto de atributos específicos que se mencionan.

b. Claridad de la conclusión. El anuncio puede señalar conclusiones claras y explícitas a partir de la comparación, o puede invitar al consumidor a extraer sus propias conclusiones.

9) Otros criterios de clasificación. En las páginas anteriores se han expuesto aquellas clasificaciones de la publicidad comparativa que resultan más relevantes desde una perspectiva regulatoria. No obstante, corresponde señalar que otras disciplinas distinguen más clasificaciones a partir de criterios diferentes, a modo de ejemplo: ubicación de la comparación en el mensaje, dirección del mensaje, entre otras.

Tabla N° 3. Clasificaciones de la Publicidad Comparativa

Clasificaciones de la Publicidad Comparativa		
Criterio		Categorías
1.	Forma de Identificación de la Competencia	a. Explícita
		b. Implícita

2.	Similitud entre bienes comparados	a. Bienes similares
		b. Bienes altamente similares
		c. Bienes moderadamente similares
		d. Bienes disímiles
3.	Número de marcas comparadas	a. Comparación con una marca
		b. Comparación con pocas marcas
		c. Comparación con muchas marcas
	Criterio	Categorías
4.	Frecuencia de la referencia a la competencia	a. Frecuencia baja
		b. Frecuencia alta
5.	Extensión de la comparación	a. Comparación global
		b. Comparación parcial
6.	Atributos Comparados	
	a. Número	i) Un atributo ii) Pocos atributos iii) Múltiples atributos
	b. Naturaleza	i) Atributos objetivos ii) Atributos subjetivos

	c. Presencia	<ul style="list-style-type: none"> i) Atributos presentes en ambos productos ii) Atributos únicos del producto propio iii) Atributos únicos de cada producto
	d. Dirección de la comparación	<ul style="list-style-type: none"> i) Comparación asociativa ii) Comparación disociativa iii) Comparación combinada
7.	Fundamento de la comparación	<ul style="list-style-type: none"> a. Comparación no fundada b. Comparación fundada: <ul style="list-style-type: none"> i) Fuente propia ii) Fuente independiente
8.	Conclusiones de la Comparación	
	a. Contenido	<ul style="list-style-type: none"> i) Igualdad ii) Superioridad general iii) Superioridad relativa
	b. Claridad	<ul style="list-style-type: none"> i) Conclusión explícita ii) Conclusión implícita

CAPITULO II

LA PUBLICIDAD COMPARATIVA DESLEAL

Índice general del capítulo.

- I. La publicidad comparativa como supuesto de competencia desleal
- II. Distinción frente a conductas similares.
 - 1) Aprovechamiento de la reputación ajena
 - 2) Publicidad engañosa
 - 3) Publicidad denigratoria
 - 4) Publicidad alusiva
 - 5) Autocomparación
 - 6) Publicidad de tono excluyente

I. La publicidad comparativa como supuesto de competencia desleal.

Es siguiente capítulo tiene como objetivo analizar la relevancia de la publicidad comparativa desde la perspectiva del derecho de la competencia desleal y distinguirla de otras conductas desleales típicas.

El derecho de la competencia desleal, ha transitado desde un modelo corporativo o profesional, centrado exclusivamente en la protección del interés de los competidores, hacia un modelo social, que reconoce la tutela conjunta de los intereses de competidores, consumidores y del interés del Estado en el correcto funcionamiento

del mercado.³² Así, hoy en día la protección de la competencia desleal se considera una cuestión de interés público.³³

La regulación chilena no es ajena al modelo social de la competencia desleal, así el artículo 1° de la Ley N° 20.169 que Regula la Competencia Desleal, en adelante la “Ley”, señala:

“Esta ley tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal.”

Como puede observarse, una de las particularidades del derecho de la competencia desleal actual, radica en la pluralidad de bienes jurídicos tutelados.

Los actos de competencia desleal se encuentran definidos en el artículo 3° de la Ley, que dispone:

“En general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado.”

La norma recién citada, contiene una cláusula general prohibitiva de la competencia desleal. Así, las conductas relevantes para el derecho de la competencia desleal son aquellas que, realizadas dentro del mercado, atentan contra criterios de rectitud determinados y persiguen una finalidad concurrencial. Existirá esta finalidad cuando el acto resulte apto para influir en la estructura del mercado; o, en otras palabras, “cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias

³² FONT GALÁN, Juan Ignacio y MIRANDA SERRANO, Luis María. 2005. Competencia desleal y Antitrust: Sistema de Ilícitos. Madrid, Marcial Pons. p. 22-25.

³³ En este sentido MOLINA BLAZQUEZ, Concepción. 1993. Protección Jurídica de la lealtad en la Competencia. Madrid, Editorial Montecorvo. p. 50-57 y SANCHEZ PICHARDO, Alberto. 2003. La Competencia Desleal. México DF, Porrúa. p. 78 y FONT GALÁN, Juan Ignacio y MIRANDA SERRANO, Luis María. 2005. Competencia desleal y Antitrust: Sistema de Ilícitos. Madrid, Marcial Pons. p. 22-25.

o de un tercero.”³⁴ Así, el derecho de la competencia desleal, busca resguardar la “decencia y corrección de la conducta de los competidores en un mercado de estructura competitiva”³⁵, en este sentido, se ha planteado que cautela el principio de corrección en el tráfico jurídico.³⁶

En Chile, siguiendo el ejemplo de numerosos ordenamientos,³⁷ la cláusula general de prohibición de la competencia desleal se complementa con una enumeración no taxativa de supuestos concretos de competencia desleal contenida en el artículo 4° de la Ley. Esta estructura normativa resulta de gran eficacia para la regulación de la competencia desleal. Así, los actos desleales que se observan con mayor frecuencia en el mercado son tipificados en forma particular, y, a través de la cláusula prohibitiva general, son sancionadas todas aquellas conductas desleales no previstas expresamente en la Ley.

Los distintos supuestos de competencia desleal contenidos en la Ley pueden ser clasificados atendiendo al interés jurídico protegido, que se ve vulnerado por la conducta en cuestión.³⁸ Puede entonces distinguirse entre actos de deslealtad frente al mercado, a los consumidores o a los competidores. Ocurre a menudo que una determinada conducta de competencia desleal afecte a uno o más de estos intereses.

Entre las conductas desleales usualmente tipificadas por los ordenamientos se encuentran los actos de comparación. En Chile, el artículo 4° de la Ley, señala que es acto de competencia desleal:

³⁴ BERCOVITZ, Alberto.1992. Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal. En: BERCOVITZ, A. (coord.) La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991. Madrid, Boletín Oficial del Estado. p. 23.

³⁵ BARROS, Enrique. 2006. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Chile. Editorial Jurídica. p.1043.

³⁶ BERCOVITZ, Alberto.1992. Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal. En: BERCOVITZ, A. (coord.) La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991. Madrid, Boletín Oficial del Estado. p. 23.

³⁷ Así, en España la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, capítulo II; en Colombia la Ley 256 de 1996 sobre Competencia Desleal, capítulo II; y en México el Decreto Ley nº 22.122 sobre Represión de la Competencia Desleal, capítulos II y III.

³⁸ Esta sistematización se encuentra en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. 1988. La competencia desleal. Madrid, Editorial Civitas. pp. 123 – 132.

“e) Toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o, cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley.”

Como es de esperarse, el tratamiento de la publicidad comparativa como acto de competencia desleal ha hecho eco de la evolución del derecho de la competencia desleal. Así, a comienzos del siglo XX, bajo el modelo corporativo o profesional, la publicidad comparativa era del todo prohibida por cuanto se resguardaba exclusivamente el interés del empresario aludido en la comparación. Hoy en día, tras la aceptación de un modelo social de competencia desleal, se admite la idea de que los actos de comparación afectan los diversos grupos de intereses protegidos.³⁹ Así, actualmente, la regulación de la publicidad comparativa desleal, además de cautelar el interés de los empresarios, busca otorgar protección a los intereses de los consumidores y el interés público en el mercado.

Desde esta perspectiva, se vuelve congruente sostener la licitud de la publicidad comparativa, en atención a los beneficios que esta modalidad publicitaria reporta a los consumidores, principalmente por la mayor información que éstos adquieren para la toma de decisiones, asimismo, por las consecuencias que esta práctica produce en el mercado, a saber, una mayor competencia y el progreso técnico y económico.⁴⁰

II. Distinción ante conductas afines.

A continuación, se exponen las diferencias entre la publicidad comparativa y otras prácticas similares que se presentan en la práctica publicitaria.

³⁹ LEMA DEVESA, Carlos. 1992. Supuestos de competencia desleal por denigración y comparación. En: BERCOVITZ, A. (coordinador) La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991. Boletín Oficial del Estado. (Madrid) pp. 70-71.

⁴⁰ TATO PLAZA, Anxo. 1996. La Publicidad Comparativa. Madrid, Marcial Pons. pp. 77-88.

1) Aprovechamiento de la reputación ajena.

La figura de aprovechamiento de la reputación ajena encabeza el listado de actos desleales contemplados en el artículo 4º de la Ley. Así, se sanciona:

“a) Toda conducta que aproveche indebidamente la reputación ajena, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de un tercero.”

La conducta recién descrita, puede encuadrarse como un supuesto de publicidad adhesiva. Tato define como publicidad adhesiva “aquella publicidad en la que el anunciante equipara su oferta con la oferta de uno o varios competidores, para así poderse aprovechar de su reputación en el mercado.”⁴¹

La confusión entre publicidad comparativa y conductas de aprovechamiento de la reputación ajena, se suscita principalmente cuando dicho aprovechamiento se realiza por mecanismos publicitarios. En este caso, existe, al igual que en la publicidad comparativa, una mención a los productos o servicios de terceros. La nota distintiva entre ambas conductas está en la finalidad que persigue la referencia al competidor en cada caso. Cuando el aprovechamiento de la reputación ajena actúa a través de soportes publicitarios, los competidores serán mencionados con un afán igualador, esto es, la comparación perseguirá fines asociativos. En la publicidad comparativa, en cambio, la comparación busca diferenciar, destacando los bienes propios, por sobre los del terceros.

2) Publicidad engañosa.

Entre los actos de competencia desleal que figuran en la Ley, se encuentran también los supuestos de publicidad engañosa. La letra b) del artículo 4º, tipifica como actos de competencia desleal:

⁴¹ TATO PLAZA, Anxo. 1996. La Publicidad Comparativa. Madrid, Marcial Pons. p. 45.

“b) El uso de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general, sobre las ventajas realmente proporcionadas por los bienes o servicios, propios o ajenos.”

Los actos de engaño, están destinados a influir en las preferencias o en la toma de decisión de los consumidores, induciéndolos a error respecto de los bienes propios del anunciante o de sus competidores. Enseguida, cuando dichos actos de engaño toman la forma de una comparación, es decir, se realizan a través de una referencia conjunta de bienes propios y de terceros hecha con el propósito de comparar, entonces el acto deberá ser sancionado como publicidad comparativa desleal. Como puede observarse, la publicidad comparativa puede actuar como vehículo para el engaño, no obstante existir diferencias entre actos de engaño y actos de comparación.

3) Publicidad denigratoria.

Nuestro ordenamiento, contempla la publicidad denigratoria entre las conductas de competencia desleal previstas en el artículo 4° de la Ley. Dicho artículo señala que son actos de competencia desleal:

“c) Todas las informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas sobre los bienes, servicios, actividades, signos distintivos, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero, que sean susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado. Son también ilícitas las expresiones dirigidas a desacreditarlos o ridiculizarlos sin referencia objetiva.”

“d) Las manifestaciones agraviantes que versen sobre la nacionalidad, las creencias, ideologías, vida privada o cualquier otra circunstancia personal del tercero afectado y que no tenga relación directa con la calidad del bien o servicio prestado.”

La letra c) sanciona la conducta típica de publicidad denigratoria, a saber, aquella comunicación dirigida al público, que alude a productos, servicios u otros elementos asociados a la competencia, con el objeto de lesionar su reputación.

Enseguida, la letra d) del el mismo artículo, sanciona una hipótesis de publicidad denigratoria denominada publicidad de tono personal. La publicidad de tono personal se caracteriza por contener referencias que aluden a circunstancias propias de la esfera privada del competidor.

En ocasiones, los límites entre publicidad comparativa y publicidad denigratoria son difusos, pues la publicidad comparativa puede operar como vehículo para desacreditar al competidor.⁴² No obstante, pueden observarse diferencias entre ambas modalidades publicitarias.

Tanto la publicidad comparativa como la denigratoria requieren de una referencia a los competidores, sin embargo dicha referencia puede ser unidireccional en el caso de la publicidad denigratoria. Así, y a diferencia de la publicidad comparativa, esta práctica no requiere mención conjunta de bienes propios y ajenos.⁴³

De la misma forma, puede hacerse otra distinción de acuerdo al objeto sobre el cual recae la mención. En los actos contemplados en el artículo 4º letra c) de la Ley, las aseveraciones denigrantes pueden recaer sobre bienes, servicios, actividades, signos distintivos, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero. En seguida, el supuesto de publicidad de tono personal, contemplado en la letra d) de la Ley, exige que las manifestaciones del anunciante enfatizen determinadas características personales de la competencia, como nacionalidad, creencias o ideología, entre otras. Por último, respecto de la publicidad la publicidad comparativa, la Ley dispone que la comparación puede realizarse respecto de bienes, servicios, actividades o establecimientos de un competidor.

⁴² LEMA DEVESA, Carlos. 1992. Supuestos de competencia desleal por denigración y comparación. En: BERCOVITZ, A. (coordinador) La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991. Boletín Oficial del Estado. (Madrid) p. 66.

⁴³ MASSAGUER, José. 1999. Comentario a la ley de competencia desleal. Madrid, Civitas Ediciones. p. 299.

Por último, de acuerdo a la Ley, la publicidad de tono personal será desleal no obstante la veracidad de las afirmaciones realizadas. Por el contrario, los actos de publicidad denigratoria, contemplados en la letra c), y de publicidad comparativa requieren de la veracidad de sus afirmaciones para ser lícitos.

4) Publicidad alusiva.

Existe una relación género-especie entre publicidad alusiva y comparativa. Se definen como supuestos de publicidad alusiva, todas aquellas modalidades publicitarias que contienen una mención inequívoca a uno o varios competidores.⁴⁴

Dentro de éste concepto genérico se incluyen también las conductas de publicidad denigratoria y publicidad que importa aprovechamiento indebido de la reputación ajena. Estas dos últimas modalidades publicitarias, son descritas por algunos autores como “modalidades de publicidad comparativa sin comparación.”⁴⁵

5) Autocomparación.

La autocomparación ha sido definida como “la confrontación entre las condiciones o características actuales de la propia persona o de sus bienes o servicios con las que tuvieron anteriormente.”⁴⁶

A diferencia de la publicidad comparativa, en la autocomparación la confrontación recae sobre productos o servicios propios del sujeto anunciante, sea que compare bienes propios de distinta categoría o distintas versiones de dichos bienes. En otras palabras, en la autocomparación no existe referencia a los productos o servicios de la competencia.

No obstante las diferencias, en ocasiones, la publicidad comparativa y autocomparación convergen. Esto ocurre cuando los consumidores entienden que en la autocomparación subyace una referencia inequívoca a productos de la competencia que comparten atributos o son similares a los productos propios del anunciante. Como

⁴⁴ TATO PLAZA, Anxo. 1996. La Publicidad Comparativa. Madrid, Marcial Pons. p. 49.

⁴⁵ MASSAGUER, José. (2004) La publicidad comparativa. Revista Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor XXV. pp. 196.

⁴⁶ MASSAGUER, José. (2004) La publicidad comparativa. Revista Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor XXV. pp. 202.

señala Tato “en algunos casos puede resultar extremadamente difícil determinar si un anunciante, bajo la máscara de la autocomparación, está comparando sus propios productos o servicios con los ajenos.”⁴⁷

6) Publicidad de tono excluyente.

No es inusual en el mundo publicitario, el uso de afirmaciones de exclusividad para promover las ventajas de un producto o servicio. Abundan anuncios con mensajes como “exclusivo”, “único” o “sin competencia”. En estos casos, nos encontramos ante casos de publicidad de tono excluyente. Ésta práctica publicitaria, se caracteriza por atribuir al anunciante “una preeminencia, posición única o de privilegio en el mercado, que no es alcanzada por ningún otro operador”,⁴⁸ así a través de un mensaje objetivo el sujeto se diferencia de sus competidores.

De este modo, la distinción entre publicidad comparativa y publicidad de tono excluyente, se oscurece por el hecho de que toda afirmación de superioridad o preeminencia, lleva implícita una alusión a inferioridad de los competidores restantes. No es de extrañar entonces, las dificultades que importa la distinción entre publicidad de tono excluyente y publicidad comparativa implícita.

Son dos los criterios aplicables, que pueden ayudar a la diferenciación entre ambas conductas.⁴⁹ En primer lugar, en la publicidad de tono excluyente, el propósito central del anuncio es destacar la posición privilegiada de los bienes propios, por lo tanto, la referencia indirecta a los demás competidores es un efecto secundario del mensaje, y no un elemento central, como ocurre en la publicidad comparativa. En segundo lugar, debe atenderse también al sentido que el público atribuye al anuncio, así, estaremos frente a un caso de publicidad comparativa únicamente cuando “el público destinatario del mensaje entienda éste como una comparación con uno o varios competidores determinados e identificables.”⁵⁰

⁴⁷ TATO PLAZA, Anxo. 1996. La Publicidad Comparativa. Madrid, Marcial Pons. p. 53.

⁴⁸ MASSAGUER, José. (2004) La publicidad comparativa. Revista Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor XXV. pp. 202.

⁴⁹ TATO PLAZA, Anxo. 1996. La Publicidad Comparativa. Madrid, Marcial Pons. p. 50-52

⁵⁰ TATO PLAZA, Anxo. 1996. La Publicidad Comparativa. Madrid, Marcial Pons. p. 52.

En aquellos casos en que las afirmaciones expresadas por medio de publicidad de tono excluyente resulten engañosas o denigratorias, éstas deberán enjuiciarse de acuerdo a dichos supuestos de competencia desleal.

CAPÍTULO III

EFFECTOS DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN EL MERCADO

I. Discusión respecto a la efectividad de la publicidad comparativa.

II. Ventajas de la publicidad comparativa.

1) Efectos sobre las asimetrías de información.

2) Fomento a la competencia.

3) Disminución de precios.

III. Efectos nocivos de la publicidad comparativa.

1) Desinformación a los consumidores.

2) Problemas de credibilidad y guerras publicitarias.

3) Desincentivo a la innovación.

I. La discusión respecto a la efectividad de la publicidad comparativa.

Desde los inicios de su utilización como herramienta publicitaria, la publicidad comparativa ha estado rodeada de una enorme controversia y el debate en torno a ella se encuentra aún abierto.

El presente capítulo, tiene por objeto reproducir algunos de los principales argumentos que se han señalado a favor y en contra de esta práctica publicitaria en la discusión sobre la materia, desde un punto de vista estrictamente económico, omitiendo la numerosa literatura que existe sobre la materia desde la perspectiva de la psicología del consumidor.

No obstante, resulta relevante destacar que, usualmente, los efectos de esta modalidad publicitaria varían entre países, en atención a las distintas culturas

empresariales y de consumo imperantes. En abril de 2009, un ejecutivo de la industria publicitaria señaló a El Mercurio que la falta de uso de esta herramienta en nuestro país, se debía, entre otras razones, a que “el mercado no está acostumbrado a este tipo de estrategias.”⁵¹

Finalmente, es importante destacar que en numerosos ordenamientos este debate ha sido zanjado a favor de la publicidad comparativa, reconociendo su licitud y entregando a la regulación, la responsabilidad de limitar sus potenciales efectos perjudiciales.

II. Ventajas de la publicidad comparativa.

1) Efectos sobre las asimetrías de información.

Ya en 1979, la Federal Trade Commission señalaba que la publicidad comparativa, cumpliendo los requisitos de ser verdadera y no engañosa, constituye una fuente importante de información para los consumidores y les ayuda a tomar una decisión de compra racional.⁵²

No es sorprendente entonces que uno de los principales argumentos a favor de esta modalidad publicitaria diga relación con sus efectos sobre las asimetrías de información. Un anuncio comparativo incluye información sobre distintas ofertas, no sólo la propia del avisador, esto permite a los consumidores obtener un conocimiento más acabado sobre el mercado en cuestión. Se ha afirmado que “la publicidad comparativa se presenta como una modalidad idónea para fomentar la transparencia de mercado en mayor medida de lo que lo hace la publicidad de corte tradicional.”⁵³

Resulta relevante destacar que, más allá de la afirmación de superioridad presente en todo anuncio comparativo, este tipo de publicidad normalmente entrega a

⁵¹ Pablo Carvajal en El Mercurio, Economía y Negocios, 24 de abril de 2009. “Demanda de Pepsi contra Coca Cola reabre polémica por publicidad comparativa.”

⁵² ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission. 1979. Statement of Policy Regarding Comparative Advertising.

⁵³ TATO PLAZA, Anxo. 1996. La Publicidad Comparativa. Madrid, Marcial Pons. p. 79.

los consumidores información relativa al precio, características u otros atributos del producto en cuestión. Así, “la publicidad comparativa puede ayudar al consumidor en su proceso de elección, que es comparativo por naturaleza.”⁵⁴

En definitiva, la publicidad comparativa ahorra a los consumidores el tiempo y dinero necesarios para confrontar diversos productos. Finalmente, las comparaciones verídicas y leales ayudan al consumidor a realizar una compra más informada y a evaluar el desempeño de productos.⁵⁵

Barigozzi y Peitz sostienen que, además de la información directa que todo anuncio comparativo entrega a los consumidores, esta modalidad publicitaria otorga información secundaria al actuar como una señal de calidad,⁵⁶ entendemos por información secundaria aquella que no dice relación con el contenido del anuncio.

En toda comparación publicitaria el competidor aludido tiene la posibilidad de acceder a la justicia en caso de que el anuncio sea desleal. En otras palabras, quien realiza un anuncio comparativo corre el riesgo de ser llevado a tribunales si la comparación que ha realizado resulta ser desleal. Por tanto, el costo asociado al uso de la publicidad comparativa, en virtud de un potencial litigio, es alto. En seguida, los consumidores infieren que, si el anunciante asume el riesgo de ser demandado, entonces el contenido de la comparación ha de ser verdadero.⁵⁷

2) Reducción de barreras de entrada y fomento a la competencia.

⁵⁴ del BARRIO GARCÍA, Salvador. 2002. La Publicidad comparativa: Situación actual y análisis. España, Prentice Hall. p. 34-35.

⁵⁵ BARIGOZZI, Francesca. y PEITZ, Martin. (2006) Comparative Advertising and Competition Policy. En: CHOI, J. (ed.) Recent Trends in Antitrust: Theory and Evidence. MIT Press. p. 2.

⁵⁶ El concepto de señal es utilizado aquí de acuerdo a los estudios realizados por Michael Spence. Este autor estudió la forma en que los trabajadores pueden utilizar sus niveles de estudio para enviar una señal de calidad y futura productividad a su empleador. Este ejemplo puede extrapolarse a todas las situaciones pre contractuales en las cuales uno de los intervinientes quiere enviar información al otro, en este sentido, la publicidad comparativa constituye una forma por la cual el anunciante puede enviar una señal de calidad al consumidor. Al respecto: BOLTON, Patrick y DEWATRIPONT, Mathias. (2005) Contract Theory. EEUU, The MIT Press. pp. 99 y ss.

⁵⁷ BARIGOZZI, F. et al. (2006) With a Little Help from My Enemy: Comparative Advertising as a Signal of Quality, Universidad de Bologna, discussion paper n° 441. p. 17.

Vinculada a la disminución de las asimetrías de información, la convicción de que la publicidad comparativa intensifica la competencia ha sido también uno de los argumentos centrales para permitir esta práctica.

Usualmente una mayor información sobre los productos, y en particular sobre sus precios, intensifica la competencia en los mercados.⁵⁸ Correctamente utilizada, la publicidad comparativa fomenta la competencia en la medida que permite a nuevos actores ingresar a los mercados y, por consiguiente, disminuye la concentración en los mismos.

En particular, la publicidad comparativa es una herramienta que puede ayudar a empresas poco conocidas o de escasa participación a posicionarse en mercados altamente concentrados.

Se conocen como barreras de entrada los obstáculos al ingreso de competidores o la ventaja de costos que posee una empresa establecida en el mercado frente a una firma que desea entrar.⁵⁹ Existe consenso entorno al hecho de que esta modalidad publicitaria disminuye las barreras de entrada, pues, al permitir a empresas entrantes contrastarse con competidores ya establecidos, resulta más efectiva para atraer la atención hacia empresas nuevas.⁶⁰ Esto es lo que se conoce en la literatura como la hipótesis del “*underdog*”.

En seguida, y dado que la referencia a un competidor ya conocido por los consumidores tiene un mayor valor informativo que la publicidad genérica, mediante la

⁵⁸ BARIGOZZI, Francesca. y PEITZ, Martin. (2006) Comparative Advertising and Competition Policy. En: CHOI, J. (ed.) Recent Trends in Antitrust: Theory and Evidence. MIT Press. Pp. 16

⁵⁹ Fiscalía Nacional Económica (2006) Guía interna para el análisis de operaciones de concentración horizontales. p. 15.

⁶⁰ En este sentido: BARIGOZZI, Francesca. y PEITZ, Martin. (2006) Comparative Advertising and Competition Policy. En: CHOI, J. (ed.) Recent Trends in Antitrust: Theory and Evidence. MIT Press. Pp. 4 y PECHMANN, Cornelia y RATNESHWAR, S. (1991) The Use of Comparative Advertising for Brand Positioning: Association Versus Differentiation. The Journal of Consumer Research 18 (2). p. 156 y ss.

publicidad comparativa un nuevo competidor puede situarse en la misma categoría de los competidores ya establecidos.⁶¹

No obstante, los efectos de la publicidad comparativa sobre la competencia pueden diferir de lo expuesto, cuando quien realiza la publicidad comparativa es una empresa con alta participación en el mercado, pues finalmente, puede lograr aumentar su poder de mercado a través de ésta práctica. En efecto, la Fiscalía Nacional Económica considera que la inversión en publicidad, como comportamiento estratégico de una empresa, puede impedir o encarecer el ingreso de nuevos competidores a un mercado, constituyendo así una barrera de entrada.⁶²

3) Disminución de precios.

La declaración de 1979 de la FTC, incluye entre los argumentos para fomentar el uso de la publicidad comparativa el hecho de que ésta práctica puede conducir a una disminución en los precios.⁶³ Esta afirmación es especialmente válida cuando el objeto sobre el cual recae la comparación publicitaria es el precio de los productos o servicios.

Frecuentemente, dada la tendencia de las empresas a igualar el precio ofrecido por la competencia, la publicidad comparativa de precios produce una caída de los mismos y, por consiguiente, una disminución en el poder de mercado de las empresas.⁶⁴

III. Efectos nocivos de la publicidad comparativa.

⁶¹ MUHELING, Darrel, et al. (1990) The Impact of Comparative Advertising on Levels of Message Involvement. *Journal of Advertising* 19 (4). p. 48.

⁶² Fiscalía Nacional Económica (2006) Guía interna para el análisis de operaciones de concentración horizontales. p. 18.

⁶³ ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission. 1979. Statement of Policy Regarding Comparative Advertising. Letra c).

⁶⁴ BARIGOZZI, Francesca. y PEITZ, Martin. (2006) Comparative Advertising and Competition Policy. En: CHOI, J. (ed.) Recent Trends in Antitrust: Theory and Evidence. MIT Press. Pp. 16.

Los posibles efectos perjudiciales de la publicidad comparativa han recibido casi el mismo nivel de atención que las ventajas producidas por esta práctica. La característica general de las consecuencias nocivas más relevantes de la publicidad comparativa, es que todas ellas producen fuertes niveles de pérdida social (*social welfare*).

1) Desinformación a los consumidores.

Las comparaciones publicitarias pueden ocasionar confusión en el público a través de tres vías. En primer lugar, si las afirmaciones contenidas en distintos anuncios resultan irreconciliables, los consumidores se encontrarán con dificultades para decidir a cuál de ellos otorgar validez.⁶⁵

En seguida, un segundo problema comúnmente asociado a las comparaciones dice relación con la posibilidad de que el consumidor, enfrentado simultáneamente a mención de varias marcas, sea incapaz de identificar a aquella que efectivamente se publicita. Así, la mención conjunta del anunciante y su competidor lleva dos riesgos implícitos: el primero, consiste en que los consumidores no sean capaces de distinguir cual de los productos es el publicitado y la empresa termine realizando publicidad gratis a su competidor;⁶⁶ el segundo riesgo es que los consumidores identifiquen los productos o servicios aludidos como un solo producto.

Finalmente, la sobrecarga de información derivada de una o varias comparaciones publicitarias, constituye la tercera vía por la cual podría confundirse al público. Un aumento descontrolado en la información disponible sobre los productos y sus atributos, puede reducir la atención de la audiencia hacia este tipo de anuncios.⁶⁷

⁶⁵ WILKIE, William y FARRIS, Paul. (1975) Comparison Advertising: Problems and Potential. *Journal of Marketing* 39. p. 9.

⁶⁶ del BARRIO GARCÍA, Salvador. 2002. *La Publicidad comparativa: Situación actual y análisis*. España, Prentice Hall. pp. 42-43.

⁶⁷ WILKIE, William y FARRIS, Paul. (1975) Comparison Advertising: Problems and Potential. *Journal of Marketing* 39. p. 9.

2) Problemas de credibilidad y guerras publicitarias.

Todo anuncio de publicidad comparativa es susceptible de ser respondido por el competidor aludido. Una escalada de réplicas y afirmaciones discrepantes entre los competidores, hace que la publicidad comparativa pierda credibilidad ante los consumidores como herramienta de información. Llevada al extremo esta merma en la credibilidad puede incluso a afectar a la industria publicitaria en su conjunto.

En seguida, la posibilidad de que sucesivas respuestas publicitarias entre los competidores alcancen la escala de una guerra publicitaria, implica que ésta modalidad publicitaria pueda producir efectos económicos indeseados y generar fuertes pérdidas sociales.

3) Desincentivo a la innovación.

Anteriormente, se ha señalado cómo esta modalidad publicitaria puede permitir el ingreso de nuevos actores al mercado, reduciendo sus costos de entrada.

La contrapartida de esta situación la constituye aquel competidor comparado. Respecto de éste, el competidor que realiza el anuncio de publicidad comparativa actúa como polizón o *free rider*, puesto que, a un menor costo, logra situarse al mismo nivel que el competidor ya establecido. En efecto, la inversión publicitaria que realiza toda empresa al ingresar a un mercado constituye un costo hundido, es decir, una inversión que no recuperará. El competidor entrante que se compara con una empresa líder puede lograr ingresar al mercado realizando una inversión publicitaria menor a la realizada por los competidores establecidos. No obstante, este es un riesgo que todo innovador asume. Las pérdidas sociales se producen cuando el competidor entrante ofrece un producto o servicio de menor calidad a aquellos del competidor comparado. El resultado de estos anuncios puede ser una desvalorización de la inversión del competidor objeto de la comparación.⁶⁸

⁶⁸ PAREDES, Ricardo. 2004. Fundamentos para la Regulación de la Publicidad Comparativa. Revista ABANTES 7 (1). p.74.

CAPÍTULO IV
REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN EL DERECHO COMPARADO.

I. Antecedentes generales.

II. El régimen jurídico de la publicidad comparativa en Estados Unidos.

- 1) Common Law: legislación estatal.
- 2) Federal Trade Commission Act: legislación federal.
- 3) Lanham Act: legislación federal.

III. El régimen jurídico vigente de la publicidad comparativa en la Unión Europea:
Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2006/114/CE, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

- 1) Concepto y requisitos de licitud de la publicidad comparativa en la Directiva.
- 2) Disposiciones relativas al uso de la marca ajena en los actos de comparación.

I. Antecedentes generales.

El tratamiento jurídico de la publicidad comparativa a nivel comparado se ha caracterizado por una enorme heterogeneidad. Hasta 1970 la publicidad comparativa era una herramienta publicitaria escasamente utilizada en la industria y, muy

frecuentemente, prohibida por los ordenamientos jurídicos, particularmente en países como Alemania, Italia o Bélgica, en los que esta práctica estaba completamente prohibida.

No obstante, el decisivo impulso dado por la Federal Trade Commission, en adelante la "FTC", a esta herramienta publicitaria a través del *Statement of Policy* de 1979,⁶⁹ redundó en un sostenido aumento de su utilización en EEUU y, paulatinamente, su liberalización en numerosos ordenamientos.

II. El régimen jurídico de la publicidad comparativa en Estados Unidos.I

1) Common Law: legislación estatal.

En EEUU, la primera etapa de protección contra la publicidad comparativa desleal la constituye el Derecho Común o *common law*. Generalmente, las demandas contra anuncios comparativos se realizan bajo la figura del *disparagement* o descrédito de un competidor.

Sin embargo, la aplicación que recibe el *common law* en esta materia es escasa, debido, principalmente, a los altos estándares probatorios exigidos. En estos juicios, la carga de la prueba corresponde íntegramente al demandante. En seguida, para poder accionar por descrédito el demandante tiene que probar no sólo el daño, sino además la falsedad y el dolo en las declaraciones del competidor. Algo similar sucede con la aplicación de otros dos supuestos de responsabilidad extracontractual, a saber, difamación y confusión.⁷⁰

Las dificultades presentes en el *common law* para demandar por publicidad comparativa motivaron la creación de los dos estatutos federales que se exponen a continuación.

⁶⁹ ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission. 1979. *Statement of Policy Regarding Comparative Advertising*.

⁷⁰ *Difamation* y *passing off*, respectivamente.

2) Federal Trade Commission Act: legislación federal.

La FTC es una agencia independiente creada en 1914 y encargada, entre otras materias, de velar por la competencia leal en los mercados. Desde 1938, tras la aprobación de la enmienda Wheeler-Lea, esta agencia está facultada para sancionar aquellas prácticas que atentan contra los derechos de los consumidores.

Como se ha señalado anteriormente, el impulso dado por la FTC a la publicidad comparativa resultó determinante para promover el uso de esta herramienta publicitaria. En 1979, la FTC definió la publicidad comparativa como aquella publicidad que compara marcas alternativas en base a parámetros objetivos y medibles o a precio, y que identifica a la marca alternativa por su nombre, ilustración o información distintiva.⁷¹

La FTC está facultada para demandar a cualquier avisador por publicidad comparativa y está dotada atribuciones para ordenar el cese de los anuncios,⁷² establecer medidas que impidan realizar nuevos anuncios similares a aquel sancionado y ordenar al anunciante la divulgación de cierta información que pueda prevenir futuros engaños a los consumidores. En algunas oportunidades, la FTC ha decretado la reparación a los consumidores y la realización de publicidad correctiva.⁷³

Enseguida, y a diferencia de lo que ocurre en el *common law*, bajo la FTC Act, las exigencias probatorias del demandante son menores. En efecto, la FTC no exige probar que el anunciante tenía intención de engañar a los consumidores, ni que las declaraciones eran falsas o los consumidores fueron efectivamente engañados: únicamente debe probarse que el reclamo es material y que, probablemente, el consumidor medio será engañado por el anuncio. Así, se traslada al demandado la

⁷¹ ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission. 1979. Statement of Policy Regarding Comparative Advertising.

⁷² Esto se conoce como *cease-and-desist order*.

⁷³ PETTY, Ross D. (1991) The Evolution of Comparative Advertising Law: Has the Lanham Act Gone Too Far? *Journal of Public Policy & Marketing* 10 (2) p. 165.

carga de la prueba respecto a la veracidad de las afirmaciones contenidas en el anuncio.

Desde la década de 1980 en adelante, se ha observado una disminución en la intervención de la FTC respecto a la publicidad comparativa desleal. Esto ha redundado en un crecimiento de los casos sobre esta materia que se conocen bajo la legislación federal del Lanham Act, estatuto que se analiza a continuación.

3) Lanham Act: legislación federal.

La regulación del Lanham Act, constituye la tercera etapa de protección contra la publicidad comparativa desleal en EE.UU. Tras ser modificada en 1988, la Sección 43(a) de este estatuto permite a particulares demandar a aquellas empresas que utilicen cualquier hecho o descripción falsa o engañosa en su publicidad comercial o en promociones.⁷⁴

La Lanham Act dispone que el demandante debe probar que existen declaraciones falsas que han engañado o tienen la capacidad de engañar a una proporción significativa de la audiencia. Se ha estimado que un anuncio cumple con estas características cuando un 15% de la audiencia percibe el anuncio de manera engañosa.⁷⁵

Enfrentados a un caso de publicidad comparativa desleal bajo la Lanham Act, los tribunales reestablecen el imperio del derecho, principalmente a través de

⁷⁴ Lanham Act Section 43(a) Civil action (1): *“Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which: (B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities, shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act.”*

⁷⁵ PETTY, Ross D. (1991) The Evolution of Comparative Advertising Law: Has the Lanham Act Gone Too Far? *Journal of Public Policy & Marketing* 10 (2) p. 166.

prohibiciones (*injunction*) de mantener aquella parte del anuncio que se considera una comparación desleal. Con menor frecuencia, los tribunales han concedido también indemnizaciones de perjuicio al competidor aludido, quien previamente debe probar el daño emergente causado por el anuncio.

La Lanham Act constituye actualmente el principal cuerpo legal utilizado para demandar en casos de publicidad comparativa desleal. Se ha constatado un desplazamiento de la litigación sobre publicidad comparativa desleal desde la FTC a los tribunales civiles. Algunos autores han sostenido que este desplazamiento ha significado una privatización de los litigios sobre la materia dado que anteriormente la FTC accionaba contra la publicidad comparativa desleal en favor del interés público involucrado, mientras que, actualmente, quienes accionan bajo la Lanham Act son privados. Asimismo se ha observado un potencial uso anticompetitivo de la Lanham Act por los competidores, quienes, mediante acciones por publicidad comparativa trasladan el campo de competencia desde el mercado a los tribunales.⁷⁶

III. El régimen jurídico vigente de la publicidad comparativa en la Unión Europea: Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2006/114/CE, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

La preocupación de la Unión Europea por armonizar el tratamiento de jurídico de la publicidad comparativa en los ordenamientos de sus Estados miembros se remonta al año 1997 cuando, mediante la Directiva 97/55/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, se modificó la Directiva 84/450/CE sobre publicidad engañosa, con el propósito de incluir en ella normas sobre publicidad comparativa. La Directiva 97/55/CE introdujo la publicidad comparativa como una práctica publicitaria legal, liberalizando el uso de esta herramienta bajo ciertas condiciones de licitud y estableciendo un plazo de 30 meses para que todos los Estados miembros adaptaran sus ordenamientos conforme a la nueva regulación.

⁷⁶ PETTY, Ross D. (1991) The Evolution of Comparative Advertising Law: Has the Lanham Act Gone Too Far? *Journal of Public Policy & Marketing* 10 (2) p. 172.

Posteriormente, el 11 de mayo de 2005, la norma fue nuevamente enmendada a través de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en mercado interior, en adelante la “Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales”.

La Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales contiene una prohibición de realizar prácticas comerciales desleales que incidan sobre el comportamiento de los consumidores. Asimismo, contempla un listado de prácticas desleales y define los criterios generales conforme a los cuales se debe determinar la lealtad de una práctica comercial. La Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales, a través de su artículo 14, produjo un cambio sobre el ámbito de aplicación de la Directiva 84/450/CE sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa, reduciéndolo exclusivamente a aquellas prácticas desleales que afecten el interés de los competidores, toda vez que la protección respecto de los consumidores queda entregada a la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales. Se ha observado que esta modificación desconoce la estrecha relación entre protección de los intereses de los consumidores y protección de los competidores.⁷⁷

En diciembre de 2006, y considerando que la Directiva 84/450/CE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, había sido objeto de numerosas modificaciones sustanciales, se procedió a la codificación de la misma con el objeto de proporcionar mayor claridad y racionalidad sobre la materia.⁷⁸ Así, la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, en adelante la “Directiva”, no obstante consistir únicamente en un esfuerzo de codificación, constituye la norma más reciente en derecho comunitario europeo sobre la materia en estudio.

⁷⁷ FERNANDO MAGARZO, María del Rosario. “Colaboración: Algunos comentarios a la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y comparativa (versión codificada)”. En <http://www.consum.cat/documentacio/8841.pdf>, p.2.

⁷⁸ UNIÓN EUROPEA. Parlamento Europeo. 2006. Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Considerando (1).

En sus considerandos tercero y cuarto, la Directiva indica que la publicidad comparativa desleal puede ocasionar graves distorsiones en el mercado interior, y agrega que toda publicidad, sea que lleve o no a la celebración de un contrato, afecta la situación económica de consumidores y competidores. No obstante, agrega que las normas esenciales que determinan la forma y el contenido de la publicidad comparativa deben ser uniformes para los Estados miembros, y que las condiciones de uso de esta herramienta publicitaria deben armonizarse, de modo de que ella efectivamente contribuya a demostrar las ventajas de los distintos productos comparables. Señala además que la publicidad comparativa puede estimular la competencia entre los proveedores de bienes y servicios. Así, la Directiva reconoce la legitimidad de la publicidad comparativa como medio de información para los consumidores, cuando compara aspectos esenciales, pertinentes, verificables y representativos del producto en forma no engañosa. Agrega que deben establecerse condiciones para la publicidad comparativa permitida que incluyan criterios de comparación objetivos de los bienes y servicios.

El artículo 1° de la Directiva indica que ésta tiene por objeto “proteger a los comerciantes contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas y establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa.” Se observa en este artículo el cambio originado en el ámbito de aplicación de la norma tras la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales, toda vez que el anterior artículo 1° de la Directiva 2005/29/CE señalaba “*proteger a los consumidores y a las personas que ejercen una actividad comercial o industrial, artesanal o profesional, así como los intereses del público en general contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas, y establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa.*” Modificaciones similares se pueden encontrar en otros artículos del texto,⁷⁹ concretándose así la modificación que destina la Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa únicamente a la protección de los intereses de los comerciantes y competidores. Se ha observado que la modificación en

⁷⁹ Pueden observarse modificaciones en los artículos 4.1, 5.1 y 7.1 de la Directiva.

comento desconoce la estrecha vinculación existente entre la protección de los intereses de los consumidores y la de los competidores. En este sentido Fernando Magarzo ha señalado que la fragmentación planteada por el nuevo texto resulta cuando menos cuestionable toda vez que “Tal segmentación no deja de ser una fragmentación teórica y forzada, contraria a la realidad de las cosas y que, como hemos visto, genera una inseguridad jurídica que previsiblemente se multiplicará como resultado de las distintas transposiciones de la norma que han de llevar a cabo los Estados miembros.”⁸⁰

1) Concepto y requisitos de licitud de la publicidad comparativa en la Directiva.

En su considerando octavo, la Directiva señala que es deseable establecer un concepto amplio de publicidad comparativa con el propósito de abarcar todas las formas de este tipo de publicidad. Así, el artículo 2 letra c) de la Directiva define publicidad comparativa como:

“toda publicidad que alude explícitamente o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor.”

En seguida, el artículo 4 de la Directiva hace un reconocimiento expreso de la licitud de la publicidad comparativa bajo la condición de cumplir con determinados requisitos específicos.

Para efectos expositivos, y siguiendo las distinciones propuestas por Tato,⁸¹ podemos distinguir requisitos de licitud relativos a tres criterios fundamentales, a saber: requisitos relativos al objeto de la comparación, requisitos relativos a los parámetros o

⁸⁰ FERNANDO MAGARZO, María del Rosario. “Colaboración: Algunos comentarios a la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y comparativa (versión codificada)”. En <http://www.consum.cat/documentacio/8841.pdf>. p.2.

⁸¹ TATO PLAZA, Anxo. 1996. La Publicidad Comparativa. Madrid, Marcial Pons. p. 222.

extremos de la comparación y, finalmente, requisitos que apuntan al contenido formal de la comparación.⁸²

Respecto al primero de estos criterios, el artículo 4 letra a) de la Directiva establece como condición que los bienes o servicios objeto de la comparación satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad. Así, la norma reconoce que la comparación únicamente puede recaer sobre bienes o servicios de un competidor, eliminando así, por ejemplo, la comparación en base a características personales del mismo. La norma indica que para que los bienes y servicios puedan ser comparables deben tener el mismo fin o estar destinados a satisfacer necesidades idénticas. De acuerdo a Tato debe entenderse que dos o más productos son similares cuando “perteneciendo a una misma categoría genérica, sirvan, de modo usual, para satisfacer necesidades idénticas.”⁸³ Desde una perspectiva complementaria Massaguer ha sostenido que, para establecer la observancia de la exigencia general de similitud entre bienes o servicios, es razonable atender a las normas que entrega el Derecho de la Libre Competencia para la determinación del mercado relevante.⁸⁴

En seguida, en su letra e) el artículo 4 de la Directiva establece una segunda condición sobre el objeto de la comparación indicando que cuando se trate de productos con denominación de origen, la comparación debe recaer sobre productos con la misma denominación. Esta norma aumenta la exigencia general de similitud contenida en la letra b), pues tratándose de estos productos no será suficiente con que los bienes o servicios satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad. La disposición contenida en la letra e) coincide con lo establecido en el considerando decimosegundo de la Directiva, que plantea que las condiciones de licitud de la

⁸² MASSAGUER, José. (2004) La publicidad comparativa. Revista Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor XXV. pp. 207.

⁸³ TATO PLAZA, Anxo. 1996. La Publicidad Comparativa. Madrid, Marcial Pons. p. 227.

⁸⁴ MASSAGUER, José. (2004) La publicidad comparativa. Revista Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor XXV. pp. 207.

publicidad comparativa deben incluir la observancia de las disposiciones establecidas por el Consejo sobre la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios, así como de las demás disposiciones comunitarias adoptadas en el sector agrícola⁸⁵.

El artículo 4 letra c) establece las condiciones de licitud de la publicidad comparativa que apuntan a los extremos de la comparación. La disposición ordena que dicha publicidad “compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio.”

Se consideran características esenciales de un producto o servicio aquellas directa y precisamente relacionadas con sus finalidades. Quedan así excluidas las comparaciones que recaen sobre las características accesorias o difícilmente relevantes de un producto, en el entendido de que una comparación sobre este tipo de elementos restaría de toda efectividad a la publicidad comparativa. En seguida, características pertinentes de un bien o servicio son las que resultan relevantes en el proceso de decisión de compra de los consumidores.⁸⁶ Respecto al requisito de pertinencia corresponde destacar que este dice relación con las características comparadas y no con la necesidad de utilizar la herramienta de la comparación. En seguida, serán representativas las características típicas dichos bienes o servicios. Finalmente, la disposición reconoce expresamente que el precio de un bien o servicio es una característica que puede considerarse como esencial, pertinente y relevante.

Corresponde observar que la disposición también ordena que los extremos comparados sean verificables. Con esta norma, la Directiva busca garantizar que las comparaciones publicitarias sean exactas, por lo tanto, para cumplir con este requisito, la comparación debe fundarse sobre elementos fácticos susceptibles de ser

⁸⁵ UNIÓN EUROPEA. Consejo Europeo. 2006. Reglamento n° 510/2006.

⁸⁶ MASSAGUER, José. 1999. Comentario a la ley de competencia desleal. Madrid, Civitas Ediciones. p. 326.

comprobados. Tato destaca que el requisito de exactitud de la comparación no garantiza su veracidad, así “cuando las alegaciones contenidas en la comparación fuesen en un principio exactas, la comparación también puede ser incorrecta si cambian los datos sobre los que aquella se basa. La veracidad de la comparación publicitaria exige también, en consecuencia, una cierta actualidad en los datos que en ella se ofrecen.”⁸⁷

Respecto a los requisitos de licitud relativos a los extremos o parámetros de la comparación, cabe destacar que la Directiva no establece una condición de exhaustividad respecto a la selección de dichos parámetros. Es decir, no se exige que la comparación de bienes o servicios sea completa, en términos de abarcar todas características de los productos comparados ni aun incluir un número significativo de ellas. A pesar de que la Directiva no se hace cargo expresamente de este punto, la jurisprudencia comunitaria ha sostenido que los requisitos de licitud de la publicidad comparativa deben ser interpretados del modo tal que resulte más favorable a la realización de esta práctica publicitaria.⁸⁸

En lo que respecta a las condiciones de licitud de la publicidad comparativa que apuntan a su contenido formal, el artículo 4 letra c) exige que la comparación se realice de modo objetivo. Se cumple con este requisito cuando un anuncio comparativo contiene manifestaciones que recaen sobre hechos comprobables o juicios de valor, excluyéndose así la posibilidad de realizar comparaciones basadas en opiniones personales. Las afirmaciones relativas a hechos comprobables describen una determinada circunstancia de la realidad sobre la cual existe un consenso generalizado. Enseguida, los juicios de valor son valoraciones personales que recaen sobre hechos objetivos sobre los cuales existe consenso generalizado. En ambos casos, la afirmación es susceptible de ser comprobada, por lo tanto estas

⁸⁷ TATO PLAZA, Anxo. 1996. La Publicidad Comparativa. Madrid, Marcial Pons. p. 239.

⁸⁸ El caso emblema al respecto es “Toshiba Europe”, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, nº112/99, que en su considerando 37 sostiene: “(...) los requisitos impuestos a la publicidad comparativa deben interpretarse en el sentido más favorable a este tipo de publicidad.”

comparaciones fomentarán la transparencia en el mercado. Por el contrario, las opiniones personales expresan la posición de una persona determinada sobre una circunstancia particular sobre la que no existe consenso generalizado, por tanto, al ser fundamentalmente subjetivas, no son comprobables.⁸⁹

Finalmente, el artículo 4 de la Directiva contempla determinados límites de carácter general para la publicidad comparativa, de modo que no resulta suficiente para establecer la licitud de un anuncio comparativo el hecho de que este cumpla con los requisitos de licitud mencionados anteriormente. Los límites de carácter general contemplados dicen relación con las prácticas desleales que refieren a engaño, denigración, aprovechamiento de la reputación ajena, imitación y confusión. Así, la disposición indica que la publicidad comparativa está permitida cuando cumpla con las siguientes condiciones:

“a) que no sea engañosa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2, apartado b, el artículo 3 y el artículo 8, apartado 1, de la presente Directiva y en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales);”

“d) que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor;”

“f) que no obtenga indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores;”

⁸⁹ TATO PLAZA, Anxo. 1996. La Publicidad Comparativa. Madrid, Marcial Pons. p. 240 y siguientes.

“g) que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos;”

“h) que no dé lugar a confusión entre los comerciantes, entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor.”

Respecto al límite general establecido en la letra a), puede destacarse que la publicidad comparativa será ilícita cuando pueda ser considerada engañosa bajo los criterios establecidos en la propia Directiva o bajo aquellos contemplados en la Directiva sobre prácticas comerciales desleales. Esta situación no es indiferente, toda vez que el artículo 6 de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales contempla dos supuestos de publicidad engañosa no incluidas en la Directiva, a saber: los actos que generen confusión y el incumplimiento, por parte del comerciante, de compromisos incluidos en códigos de conducta que se ha obligado a observar, siempre que éstos sean firmes, verificables y que el comerciante haya indicado su vinculación al código.

No obstante la relación existente entre estas modalidades publicitarias y la publicidad comparativa, deben tenerse presentes las distinciones realizadas al respecto en el Capítulo II.

Finalmente, corresponde señalar que, respecto a las condiciones de licitud de la publicidad comparativa, la Directiva dispone que éstas son acumulativas y deben ser cumplidas en su totalidad, no obstante la elección de la forma y medios a través de los cuales se realizan dichas condiciones queda entregada a los Estados miembros, en la medida en que tales formas y medios no están ya incluidas en la Directiva.⁹⁰

⁹⁰ UNIÓN EUROPEA. Parlamento Europeo. 2006. Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Considerando 11.

2) Disposiciones relativas al uso de la marca ajena en los actos de comparación.

La perspectiva liberalizadora desde la cual la Directiva regula la utilización de la publicidad comparativa, puede observarse no sólo en su tratamiento general de esta herramienta publicitaria sino que también en la posición que la Directiva asume respecto de los límites que dicha herramienta puede encontrar fue del ámbito de la competencia desleal.

En este sentido, el considerando decimocuarto de la Directiva reconoce que para realizar una publicidad comparativa veraz puede resultar indispensable identificar los productos o servicios de un competidor a través de la referencia a su nombre comercial o a una marca de la cual dicho competidor es dueño.

La Directiva distingue entonces un campo en el cual el derecho de la competencia desleal y el derecho de marcas o propiedad industrial colisionan, y resuelve este conflicto a favor de la publicidad comparativa.

Así, el considerando decimotercero establece que el uso de la marca, del nombre comercial u otros signos distintivos de un tercero, siempre que se haga respetando las condiciones establecidas en la propia Directiva, no atenta contra el derecho exclusivo, puesto que su objetivo consiste únicamente en distinguir entre ellos y, por lo tanto resaltar objetivamente sus diferencias.

Esta posición se expresa también en la parte dispositiva de la Directiva, en las letras d), f) y h) del artículo 4, que declaran ilegal la utilización de la marca ajena cuando el anuncio la desacredite, implique obtener una ventaja no debida de la reputación de dicha marca u origine confusión en los consumidores.

CAPÍTULO V

REGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA DESLEAL EN CHILE.

- I. Antecedentes: el marco jurídico anterior a la Ley N° 20.169.
- II. Regulación de la publicidad comparativa en la Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal.
 - 1) Antecedentes generales.
 - 2) Ausencia de un concepto de publicidad comparativa.
 - 3) Requisitos de licitud de la publicidad comparativa.
 - a. Objetos de comparación.
 - b. Exhaustividad de la comparación.
 - c. Contenido de la comparación.
 - (i). Primer requisito de licitud del contenido de la comparación: veracidad.
 - (ii). Segundo requisito de licitud del contenido de la comparación: demostrabilidad.
 - d. Límite de carácter general a la licitud de la comparación: conformidad con las normas sobre competencia desleal.
 - 4) Uso de la marca ajena en los actos de comparación.

- I. Antecedentes: el marco jurídico anterior a la Ley N° 20.169.

Con anterioridad a la dictación de la Ley N° 20.169 que regula la competencia desleal, en adelante la “Ley”, no existía en nuestro país un tratamiento sistemático de

la materia. Las conductas de competencia desleal podían ser reprimidas conforme a distintos ordenamientos.

Así, en primer lugar, la publicidad comparativa como acto de competencia desleal podía ser sancionada conforme a las normas generales de responsabilidad civil, en particular conforme al artículo 2314 del Código Civil que dispone:

“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”

En segundo orden, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial,⁹¹ promulgado por Decreto Supremo N° 425, de 30 de septiembre de 1991, del Ministerio de Relaciones Exteriores, sanciona las prácticas de competencia desleal. En su artículo 10 bis, dicho convenio establece que los países miembros deben asegurar una protección eficaz contra la competencia desleal. Luego, se establece expresamente la deslealtad de los actos que puedan causar confusión, descrédito o inducir a error. Como puede apreciarse, la publicidad comparativa no está expresamente mencionada entre las prácticas que el Convenio identifica como desleales, no obstante, en vista a que dicho listado no tiene carácter taxativo, la doctrina de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ha reconocido la potencial deslealtad de la publicidad comparativa.⁹²

Finalmente, las antiguas Comisiones Antimonopolios, compuestas por las Comisiones Preventivas (Regionales y Central) y la Comisión Resolutiva, conocían de las causas de competencia desleal en base al antiguo artículo 2° letra e) del DL N° 211 que fija las normas para la defensa de la libre competencia. Dicha norma consideraba,

⁹¹ Convenio adoptado el 20 de marzo de 1883 y revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1908; en Washington el 2 de junio de 1911; en La Haya el 6 de noviembre de 1925; en Londres el 2 de junio de 1934; en Lisboa el 31 de octubre de 1958; en Estocolmo el 14 de julio de 1967, y enmendado el 2 de octubre de 1979.

⁹² SANCHEZ PICHARDO, Alberto. 2003. La Competencia Desleal. México DF, Porrúa. p. 95 y siguientes.

hasta la modificación efectuada por la Ley N° 19.911, como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia cualquier arbitrio que tuviera por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.⁹³

Entre las conductas de competencia desleal que fueron conocidas y sancionadas por las comisiones, se incluyeron en numerosas oportunidades casos de publicidad comparativa desleal.⁹⁴ Durante sus casi treinta años de funcionamiento las comisiones antimonopolios sostuvieron la legalidad de la publicidad comparativa y reconocieron sus efectos positivos en el mercado. Así en 1976 la Comisión Preventiva Central sostuvo que dicha técnica publicitaria “contribuye a la información de que debe disponer el consumidor en la economía de libre competencia.”⁹⁵ Diez años después, la misma comisión mantenía y ahondaba esta posición indicando que “la publicidad comparativa es un buen elemento para la economía de libre competencia, pues facilita una mayor transparencia e información del consumidor respecto de determinados productos y es de gran utilidad para ayudar a un producto nuevo a penetrar en un mercado donde existe un monopolio ya ganado por el prestigio de otra marca.”⁹⁶

⁹³ Con anterioridad a la modificación introducida por la Ley N° 19.911 el artículo 2° del DL N°211 disponía: *“Para los efectos previstos en el artículo anterior se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, los siguientes: a) Los que se refieran a la producción, tales como el reparto de cuotas, reducciones o paralizaciones de ellas; b) Los que se refieran al transporte; c) Los que se refieran al comercio o distribución, sea mayorista o al detalle, tales como el reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o de distribución exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productores; d) Los que se refieran a la determinación de los precios de bienes y servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros; y e) En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.”*

⁹⁴ Comisión Resolutiva: Resolución N° 261, de 15 de septiembre de 1987; Resolución N° 270, de 05 de enero de 1988; Resolución N° 301, de 22 de diciembre de 1988; Resolución N° 381, de 06 de octubre de 1992; Resolución N° 415, de 24 de mayo de 1994; Resolución N° 429, de 14 de marzo de 1995; Resolución N° 475, de 12 de noviembre de 1996; Resolución N° 550, de 08 de septiembre de 1999; Resolución N° 557, de 05 de enero de 2000; Resolución N° 573, de 24 de mayo de 2000; Resolución N° 728, de 08 de abril de 2004.

⁹⁵ Comisión Preventiva Central, dictamen N° 118, de 07 de abril de 1976.

⁹⁶ Comisión Preventiva Central, dictamen N° 522, de 24 de enero de 1986.

No obstante reconocer la licitud y beneficios económicos de esta herramienta publicitaria, los órganos antimonopolios indicaron en numerosas oportunidades que, para ser lícita, la publicidad comparativa debía cumplir los requisitos de ser veraz, objetiva y demostrable.⁹⁷

Esta era la situación en materia de represión de la publicidad comparativa hasta la reforma de la legislación antimonopolios realizada el año 2003.

En dicho año, con la dictación de la Ley N° 19.911, se creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en adelante el “TDLC”, en reemplazo de las Comisiones Resolutiva y Preventivas. La modificación del DL N° 211, implicó asimismo una reducción en el ámbito de competencia de la nueva institución respecto de los actos de competencia desleal, toda vez que el actual artículo 3° de la ley dispone que se consideran como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia: “c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.” Es decir, tras la reforma de 2003, el TDLC es competente para conocer los actos de competencia desleal únicamente cuando éstos impliquen simultáneamente un atentado contra la libre competencia.

Así, hasta la dictación de la Ley, las conductas de publicidad comparativa desleal, además de constituir una potencial infracción al Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial, podían ser sancionadas conforme al artículo 2314 del Código Civil citado anteriormente, o bien, conforme al artículo 3° letra c) del DL N° 211, en caso de constituir una práctica contraria a la libre competencia.

⁹⁷ Comisión Preventiva Central, dictamen N° 522, de 24 de enero de 1986; Comisión Resolutiva, resolución N° 381, de 06 de octubre de 1992, considerando segundo; Comisión Resolutiva, resolución N° 429, de 14 de marzo de 1995, considerando primero; Comisión Preventiva Central, dictamen N° 1235, de 06 de enero de 2003.

II. Regulación de la publicidad comparativa en la Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal.

1) Antecedentes generales.

La falta de un marco regulatorio específico para la competencia desleal en nuestro sistema quedó en evidencia tras la discusión de la Ley N° 19.911, toda vez que, luego de establecerse la competencia limitada del TDLC para conocer controversias relativas a actos de competencia desleal un grupo de parlamentarios manifestó su intención de regular esta materia en particular.⁹⁸

La Ley tuvo su origen en una moción parlamentaria presentada por ocho diputados el 11 de septiembre de 2003. En la exposición de motivos del proyecto de ley se indicaba la intención de dar un tratamiento integral a la regulación de la competencia desleal, ante el difuso tratamiento que nuestro ordenamiento otorgaba a esta materia.

El proyecto de ley recogió elementos de las legislaciones española, argentina y colombiana sobre competencia desleal.⁹⁹ Posteriormente, durante su tramitación, se incluyeron criterios originados en la jurisprudencia de los órganos antimonopolios, entre ellos, las normas sobre publicidad comparativa y ejercicio abusivo de acciones judiciales, contenidas en las letras e) y g) del artículo 4 de la Ley, respectivamente.

Como se ha señalado anteriormente, y conforme al ejemplo de numerosos ordenamientos, el proyecto de ley presentado ante la Cámara de Diputados incluía en su estructura una cláusula general prohibitiva de los actos de competencia desleal y en seguida, un listado no taxativo que identificaba ciertos supuestos específicos de competencia desleal.

⁹⁸ Historia de la Ley N° 19.911. Biblioteca del Congreso Nacional. p. 507.

⁹⁹ Historia de la Ley N° 20.169. Biblioteca del Congreso Nacional. p. 8.

La publicidad comparativa, como supuestos de competencia desleal, estaba contemplada en el proyecto de ley desde la moción parlamentaria. La norma que sanciona esta conducta en particular fue objeto de diversas modificaciones durante su tramitación en el Congreso Nacional.

El proyecto de ley presentado originalmente a la Cámara de Diputados incluía la publicidad comparativa como conducta de competencia desleal indicando en su artículo 7° que: *“Se considera desleal la comparación de la actividad, los productos, las prestaciones o el establecimiento propio o ajeno con los de un tercero, cuando aquella engañe a los consumidores.”* Es decir, conforme a la moción parlamentaria se sancionaba la publicidad comparativa únicamente cuando ésta resultaba en un engaño a los consumidores.

En el primer informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados el texto fue modificado indicando que la comparación sería desleal cuando no fuera *“veraz, objetiva y demostrable.”* Así, al llegar a discusión al Senado el ahora artículo 6° indicaba: *“Se considera desleal la comparación de la actividad, los productos, las prestaciones o el establecimiento propio o ajeno con los de un tercero, cuando no sea veraz, objetiva y demostrable.”*

Posteriormente en el Senado, el texto adquirió la forma definitiva con la que fue aprobada tras las revisiones de la cámara de origen y del Senado, y de la Comisión Mixta que discutió el proyecto de ley.

Es interesante destacar que la indicación parlamentaria por la cual el texto fue modificado en Senado, incluía una declaración a favor de la licitud de esta herramienta publicitaria. Así, recogiendo una recomendación realizada por el Profesor Enrique Barros Bourie,¹⁰⁰ la primera oración de la letra e) señalaba *“La publicidad comparativa es lícita.”*¹⁰¹ Conforme a lo indicado en la Comisión de Economía del Senado, la

¹⁰⁰ Historia de la Ley N° 20.169. Biblioteca del Congreso Nacional. p. 107.

¹⁰¹ Historia de la Ley N° 20.169. Biblioteca del Congreso Nacional. p. 142.

indicación buscaba acentuar la excepcionalidad de la represión de la publicidad comparativa, sin embargo la frase fue eliminada argumentándose que el artículo 4° del cual la letra e) es parte contempla únicamente conductas ilícitas y no aquellas que son lícitas.¹⁰²

El actual artículo 4 letra e) de la Ley señala que se considera desleal:

“e) Toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o, cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley.”

De la redacción expuesta se desprende que en el ordenamiento de competencia desleal prima un criterio liberalizador de la publicidad comparativa, dado que la Ley reconoce la posibilidad de utilizar de esta herramienta publicitaria siempre que esta se funde en antecedentes veraces y demostrables y no infrinja las demás normas de la Ley.

Queda así en evidencia que, no obstante la ausencia de una declaración expresa en este sentido, en nuestro ordenamiento la publicidad comparativa está permitida, y que su licitud se sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones.

2) Ausencia de un concepto de publicidad comparativa.

Es interesante destacar que, a pesar de haber sido modificada en varias oportunidades, ninguna versión de la norma, incluso la contemplada actualmente en la Ley, incluyó un concepto de publicidad comparativa. Aún más, en su redacción final el artículo 4° letra e) no utiliza la expresión “publicidad comparativa” sino que habla de “toda comparación”.

¹⁰² Historia de la Ley N° 20.169. Biblioteca del Congreso Nacional. pp. 164-165.

Esta omisión no es sorprendente, dado que la Ley carece igualmente de conceptos respecto de los otros supuestos de competencia desleal incluidos en su artículo 4°.

Así, la ausencia de un concepto de publicidad comparativa en la regulación de competencia desleal deberá ser suplida por construcciones jurisprudenciales y doctrinarias sobre la materia, asistidas, en lo que sea pertinente por otras normas de nuestro ordenamiento.

Por lo pronto, podemos identificar en la redacción de la disposición la existencia de los dos elementos que en el Capítulo Primero identificamos como propios de la publicidad comparativa, a saber, la referencia simultánea a productos o servicios propios y ajenos; y luego la finalidad comparativa, que en este caso y, atendido lo dispuesto en el artículo 3°, debe además apuntar a desviar clientela de un agente de mercado.

3) Requisitos de licitud de la Publicidad Comparativa.

Como puede observarse de la redacción del artículo 4° letra e) de la Ley, la licitud de la publicidad comparativa en nuestro ordenamiento ha quedado sujeta a ciertas condiciones que a continuación se desarrollan.

a. Objetos de comparación.

Conforme a la norma en comento, la comparación publicitaria puede recaer, en primer lugar, sobre los bienes o servicios propios o de un competidor. La Ley reconoce así un elemento central de la publicidad comparativa, a saber, la referencia simultánea a productos o servicios propios y ajenos. Puede interpretarse que al aludir a bienes o servicios, la Ley reconoce la posibilidad de que la comparación refiera a ciertas condiciones o características de éstos, como por ejemplo, su precio.

En seguida, la norma también contempla la posibilidad de que la confrontación vaya más allá de los productos o servicios de un competidor y señala que la publicidad comparativa también podrá considerarse desleal cuando apunte a las actividades de

un tercero. Este podría ser el caso, por ejemplo, de la publicidad comparativa relativa a las promociones u ofertas o a las condiciones de *stock* de la competencia.

Finalmente, la norma reconoce que la comparación puede recaer también sobre el establecimiento del competidor. Esto es, sobre el competidor mismo respecto de su marca, nombre comercial, bienes inmuebles, entre otros. Así, queda excluida como supuesto de competencia desleal aquella publicidad comparativa que recae sobre características personales del competidor. No obstante en estos casos, podría darse un supuesto de publicidad denigratoria o publicidad de tono personal, conductas sancionadas en el artículo 4° letras c) y d), respectivamente.

Como puede observarse, a diferencia de algunos ordenamientos comparados, la norma nacional no hace referencia a la similitud o afinidad que debe existir entre los bienes, servicios, actividades o establecimientos comparados. Ha de considerarse que este requisito se encuentra implícito, toda vez que mediante la comparación de objetos opuestos o no asimilables, la publicidad comparativa pierde su carácter informativo y no fomenta la transparencia en el mercado. Si la comparación no recae sobre objetos similares y lleva al consumidor a error, puede advertirse el riesgo de derivar en un supuesto de publicidad engañosa, figura sancionada tanto en sede de competencia desleal como en el ordenamiento de protección de los derechos de los consumidores.

b. Exhaustividad de la comparación.

El criterio de exhaustividad de la comparación puede abordarse desde dos perspectivas. En primer lugar, respecto de objeto comparado, el artículo 4° no exige que la comparación sea completa, en términos de abarcar todas las características o atributos de los bienes, servicios, actividades o establecimientos comparados. Así, es plausible que la comparación recaiga exclusivamente en una única condición de un producto, como por ejemplo su precio, excluyendo otros elementos que pueden ser relevantes para la toma de decisión de un consumidor, sin que dicha comparación sea desleal.

En segundo lugar, el artículo 4° no se pronuncia respecto de que, para ser leal, la comparación deba ser exhaustiva, en términos de comprender la totalidad de los bienes, servicios, actividades o establecimientos disponibles en el mercado. Así, la comparación puede lícitamente recaer en dos productos determinados, o en un número reducido de ellos o en la totalidad de productos existentes en el mercado. Resulta evidente que cualquier exigencia de exhaustividad respecto del número de objetos comparados restaría de efectividad a esta modalidad publicitaria, afectando la simplicidad del mensaje y su potencial informativo.

c. Contenido de la comparación.

El artículo 4° letra e) establece que se considera desleal la comparación cuando ella “se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable”.

Como se señaló anteriormente, durante la tramitación de la Ley se discutió la posibilidad de incluir como requisito del contenido de la comparación el que ésta fuera “veraz, objetiva y demostrable” conforme a lo sostenido reiteradamente por la jurisprudencia de los antiguos órganos antimonopolios. Sin embargo, dicha redacción no prosperó en la Comisión de Economía del Senado, donde se resolvió eliminar la referencia a la objetividad en el entendido de que los juicios de valor son inherentes a la publicidad comparativa y, por lo tanto, son considerados legítimos.¹⁰³

Así, en nuestro ordenamiento son requisitos copulativos de licitud respecto del contenido de la comparación su veracidad y demostrabilidad.

(i) Primer requisito de licitud del contenido de la comparación: veracidad.

Conforme a este primer requisito de licitud, para que el contenido de la publicidad comparativa sea leal este deberá ser verídico.

¹⁰³ Historia de la Ley N° 20.169. Biblioteca del Congreso Nacional. Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado. p. 166.

La doctrina ha sostenido que la exigencia de veracidad busca que las manifestaciones contenidas en la publicidad comparativa sean “exactas, verdaderas y pertinentes.”¹⁰⁴ Al establecer este requisito el propósito del legislador es evitar que la afirmación implícita en toda comparación sea incorrecta o falsa.

Cabe tener presente que, como se señaló en el capítulo anterior,¹⁰⁵ la doctrina ha indicado que el hecho de que la publicidad comparativa se sustente en datos no asegura su veracidad toda vez que estos datos deben, además, ser relativamente actuales.

No obstante lo anterior, el requisito de veracidad no debe impedir el uso de aquellas exageraciones publicitarias que son propias de la industria del avisaje, como señala Gaete, el requisito de veracidad debe entenderse “sin perjuicio de las alabanzas ligeramente inocuas que puedan quedar comprendidas dentro de un ‘dolo bueno’.”¹⁰⁶

(ii) Segundo requisito de licitud del contenido de la comparación: demostrabilidad.

La Ley exige que, además de verídico, el contenido de la comparación sea susceptible de ser verificado. Para que la publicidad sea leal, el anunciante debe ser capaz de probar las manifestaciones contenidas en el anuncio comparativo.

En relación con este requisito y el anterior es interesante destacar que al discutirse la norma contenida en el artículo 4 letra e) de la Ley los Senadores manifestaron que las exigencias de veracidad y demostrabilidad recaen sobre antecedentes concretos contenidos en la comparación.¹⁰⁷ En seguida, y dado a que el legislador optó por excluir el requisito de objetividad de la comparación toda vez que estas afirmaciones fueron consideradas como propias de la actividad publicitaria, cabe concluir que en nuestro ordenamiento la publicidad comparativa puede recaer sobre

¹⁰⁴ BARONA VILAR, Silvia. 1999. Competencia desleal. 2da ed. p. 64.

¹⁰⁵ Capítulo IV, p. 9.

¹⁰⁶ GAETE ROJAS, Sergio. 1981. Aspectos legales de la publicidad comparativa. p.63.

¹⁰⁷ Historia de la Ley N° 20.169. Biblioteca del Congreso Nacional. p. 166.

juicios subjetivos y que, además, respecto de ellos se excluye la exigencia de comprobabilidad, dado que difícilmente los juicios subjetivos constituirán hechos o antecedentes concretos.

d. Límite de carácter general a la licitud de la comparación: conformidad con las normas sobre competencia desleal.

Finalmente, se exige también como requisito de licitud de carácter general, la conformidad de la comparación con el conjunto del ordenamiento que regula la competencia desleal.

El artículo 4° letra e) señala que la publicidad comparativa será también desleal “cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley.” Así, siguiendo el ejemplo de ordenamientos extranjeros, la Ley establece además un límite general a la lealtad de la comparación publicitaria, indicando que ésta debe respetar las restantes normas de la Ley.

El establecimiento de un límite general se justifica en razón de la proximidad que puede existir entre los distintos actos de competencia desleal. Hemos identificado anteriormente ciertas situaciones en las que la publicidad comparativa puede derivar en publicidad engañosa o inducir a confusión a los consumidores.

A la luz de lo anterior, debe concluirse que en nuestro ordenamiento la publicidad comparativa será también desleal cuando constituya alguno de los siguientes supuestos contemplados en el artículo 4° de la Ley: aprovechamiento de la reputación ajena; publicidad engañosa; publicidad denigratoria o publicidad de tono personal. Deben además incluirse las dos conductas de competencia desleal restantes, inducción a la infracción de deberes contractuales y ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales, aunque difícil, sino imposiblemente, la publicidad comparativa podría ser sancionada conforme a estos dos supuestos.

4) Uso de la marca ajena en los actos de comparación.

La regulación nacional sobre competencia desleal no extiende su perspectiva liberalizadora de la publicidad comparativa a las restricciones que esta modalidad publicitaria puede encontrar en otras normas de nuestro ordenamiento jurídico. En particular, y a diferencia de lo observado en la Directiva, la Ley carece de una disposición que permita utilizar la marca ajena en los actos de comparación.

Esta omisión es lamentable, ya que existe una contradicción aparente entre la norma contenida en el artículo 4 letra e) de la Ley, que permite la publicidad comparativa bajo determinados supuestos de licitud, y el artículo 19 bis D de la Ley de Propiedad Industrial. Esta última norma dispone:

“La marca confiere a su titular el derecho exclusivo y excluyente de utilizarla en el tráfico económico en la forma que se le ha conferido y para distinguir los productos, servicios, establecimientos comerciales o industriales comprendidos en el registro.

Por consiguiente, el titular de una marca registrada podrá impedir que cualquier tercero, sin su consentimiento, utilice en el curso de las operaciones comerciales marcas idénticas o similares para productos, servicios o establecimientos comerciales o industriales que sean idénticos o similares a aquéllos para los cuales se ha concedido el registro, y a condición de que el uso hecho por el tercero pueda inducir a error o confusión.

Cuando el uso hecho por el tercero se refiera a una marca idéntica para productos, servicios o establecimientos comerciales o industriales idénticos, se presumirá que existe confusión.”

Sin embargo, la contradicción entre ambas normas es aparente toda vez que el propósito del artículo 19 bis D de la Ley de Propiedad Industrial es configurar una esfera de protección para el titular de la marca, entregándole a éste el derecho exclusivo y excluyente de utilizar el signo registrado en la venta de productos o

prestación de los servicios para los cuales se hubiera obtenido el registro. La norma busca permitir la identificación de los productos o servicios de un determinado oferente, impidiendo a terceros que no tenga la calidad de titulares de la marca, aprovecharse de ésta utilizándola en el tráfico económico. Adicionalmente, para garantizar la distinción entre oferentes, el inciso segundo de la norma otorga al titular de la marca la facultad de impedir la presencia de marcas idénticas o similares en el tráfico económico.

La comprensión expuesta en el párrafo anterior es especialmente relevante para efectos de la publicidad comparativa. En efecto, si bien la publicidad comparativa explícita supone una referencia a una marca respecto de la cual no existe titularidad, dicha utilización meramente referencial de una marca ajena no implica una intromisión en la esfera de protección que consagra el artículo 19 bis D de la Ley de Propiedad Industrial. Como se señaló en el Capítulo I de este trabajo, el propósito de la publicidad comparativa es promover una comparación entre productos o servicios, con el objeto de diferenciar y distinguir entre ellos, lo que no constituye una utilización marcaria del signo registrado.

A falta de una norma expresa en el sentido de permitir el uso de una marca ajena en la publicidad comparativa, y buscando favorecer el uso de la esta modalidad publicitaria atendidos los beneficios que ésta trae, y que se han señalado en el Capítulo III, parece adecuado seguir el criterio de la Directiva 2006/114/CE e interpretar que el uso de la marca ajena en este tipo de anuncios persigue, únicamente, resaltar las diferencias entre competidores y, por lo tanto, no implica una afectación de la esfera de protección que consagrada el artículo 19 bis de la Ley de Propiedad Industrial.

CONCLUSIONES

El tratamiento jurídico de la publicidad comparativa a nivel comparado se ha caracterizado por su progresiva liberalización, pasando de ser una modalidad publicitaria de uso esporádico y frecuentemente prohibida, a una práctica lícita y cuya utilización va en sostenido aumento.

El respaldo otorgado por la Federal Trade Commission a la publicidad comparativa, a finales de los setenta, marcó el punto decisivo a favor de su aceptación como una práctica publicitaria lícita en diversos países, enfatizando, principalmente, los potenciales beneficios económicos que esta modalidad publicitaria puede traer a través de mayor información para los consumidores y disminuciones en los precios.

Sin embargo, hasta el año 2007, el ordenamiento jurídico chileno carecía de una regulación sobre el uso de la publicidad comparativa como herramienta publicitaria.

La Ley N° 20.169 que Regula la Competencia Desleal constituye un progreso en este sentido pues, además de poner fin a la difusa regulación sobre competencia desleal existente en nuestro país, la norma contenida en su artículo 4° letra e) regula por primera vez la publicidad comparativa desleal en nuestro sistema. El mencionado artículo 4° recoge los dos elementos esenciales de un anuncio comparativo: la referencia simultánea a productos o servicios propios y ajenos; y la finalidad de comparar, incorporando, adicionalmente, la finalidad de desviar clientela.

La regulación de esta herramienta publicitaria en la Ley se realiza mediante un enfoque liberalizador pues, no obstante la ausencia de una declaración expresa respecto a su legalidad, la publicidad comparativa está permitida en nuestro ordenamiento, y su licitud se sujeta al cumplimiento de determinados requisitos, por lo que su represión tiene un carácter excepcional. Siguiendo lo sostenido por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y las comisiones antimonopolios que le antecedieron, la Ley reconoce la posibilidad de realizar publicidad comparativa siempre

que el contenido de la comparación cumpla con los siguientes requisitos copulativos de licitud: su veracidad y demostrabilidad. Ante la ausencia de un requisito de licitud relativo a la objetividad de la comparación, nuestro ordenamiento reconoce como lícita la publicidad comparativa que recae sobre juicios subjetivos, y respecto de ellos no opera la exigencia de comprobabilidad dado que los juicios subjetivos no constituyen hechos o antecedentes concretos comprobables. Finalmente, la Ley contempla requisito de licitud de carácter general, exigiendo la conformidad de la publicidad comparativa con el conjunto del ordenamiento que regula la competencia desleal.

A diferencia de lo observado en el derecho comparado, nuestro ordenamiento no cuenta con una disposición que autorice expresamente el uso de una marca ajena en los actos de comparación y que, de paso, favorezca el uso de la publicidad comparativa explícita, en la que el competidor es directamente identificado.

No obstante, la ausencia de una disposición expresa en el sentido antes indicado no debe interpretarse como una restricción a la posibilidad de identificar verbal o visualmente al competidor en un anuncio comparativo. Esto en atención a que el uso de una marca ajena en este tipo de anuncios tiene como única finalidad resaltar las diferencias entre competidores, no constituyendo por lo tanto una afectación de los derechos garantizados en la Ley de Propiedad Industrial.

Finalmente, la publicidad comparativa, desarrollada en conformidad con los requisitos de licitud establecidos en el artículo 4 letra e) de la Ley, constituye una práctica lícita y potencialmente beneficiosa para los distintos agentes intervinientes en el mercado.

BIBLIOGRAFÍA

I. Obras consultadas.

1. ALVAREZ, J.A. y LIZANA, Claudio. 1995. Dumping y Competencia Desleal Internacional. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
2. BARIGOZZI, F. et al. (2006) With a Little Help from My Enemy: Comparative Advertising as a Signal of Quality, Universidad de Bologna, discussion paper n° 441. Disponible en: www.ssrn.com
3. BARIGOZZI, Francesca y PEITZ, Martin. (2006) Comparative Advertising and Competition Policy. En: CHOI, J. (ed.) Recent Trends in Antitrust: Theory and Evidence. MIT Press. Pp. 215-263.
4. BARONA VILAR, SILVIA (1999) Competencia desleal. 2da ed. Valencia. Editorial Tirant lo blanch.
5. BARROS, Enrique. 2006. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Chile. Editorial Jurídica.
6. BERCOVITZ, Alberto. 1992. Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal. En: BERCOVITZ, A. (coordinador) La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991. Madrid, Boletín Oficial del Estado. p. 13-34.
7. CHEVINS, Anthony C. (1975) A Case for Comparative Advertising. Journal of Advertising 4 (2) pp. 31-36. Disponible en: www.jstor.com
8. DARNACULLETA i GARDELLA, M. Mercè. 2007. La competencia desleal. Madrid, Editorial lustel.
9. del BARRIO GARCÍA, Salvador. 2002. La Publicidad comparativa: Situación actual y análisis. España, Prentice Hall.

10. FERNANDO MAGARZO, María del Rosario. "Colaboración: Algunos comentarios a la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y comparativa (versión codificada)". En <http://www.consum.cat/documentacio/8841.pdf>.
11. FONT GALÁN, Juan Ignacio y MIRANDA SERRANO, Luis María. (2005) Competencia desleal y Antitrust: Sistema de Ilícitos. Madrid, Marcial Pons.
12. GACHARNÁ, María Consuelo. (1982) La competencia desleal. Bogotá, Editorial Temis.
13. GAETE ROJAS, Sergio. 1981. Aspectos legales de la Publicidad Comparativa. Santiago, Boletín de Investigación Pontificia Universidad Católica Facultad de Derecho, año X, n° 50.
14. GARCIA MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo. (2004) Competencia desleal: actos de desorganización del competidor. Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina.
15. GROSSBART, Sanford et al. (1986) Verbal and Visual References to Competition in Comparative Advertising. *Journal of Advertising* 15 (1).
16. KOTLER, Philip y AMSTRONG, Gary. (2003) Fundamentos de Marketing. 6ta ed. Editorial Prentice Hall.
17. LAMB, Charles W. et al. (1978) A Taxonomy for Comparative Advertising Research. *Journal of Advertising* 39 (1). Disponible en: www.jstor.com
18. LAMBIN, Jean-Jacques. (1995) Marketing Estratégico. 3ra ed. Madrid, Editorial McGraw-Hill.
19. LEMA DEVESA, Carlos y FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo. (s/i) Prácticas Publicitarias Engañosas. En: www.autocontrol.es
20. LEMA DEVESA, Carlos. 1992. Supuestos de competencia desleal por denigración y comparación. En: BERCOVITZ, A. (coordinador) La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991. Boletín Oficial del Estado. (Madrid) pp. 65-79.

21. MASSAGUER, José. 1999. Comentario a la ley de competencia desleal. Madrid, Civitas Ediciones.
22. MASSAGUER, José. (2004) La publicidad comparativa. Revista Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor XXV. pp. 187-226.
23. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. 1988. La competencia desleal. Madrid, Editorial Civitas.
24. MOLINA BLAZQUEZ, Concepción. (1993) Protección Jurídica de la lealtad en la Competencia. Madrid, Editorial Montecorvo.
25. MUEHLING, Darrel y KAGUN, Norman. (1985) The Multi-Dimensionality of Comparative Advertising: Implications for the Federal Trade Commission. Journal of Public Policy & Marketing 4. pp. 112-128. Disponible en: www.jstor.com
26. NAZAR ESPECHE, Felix. (2001) Defensa de la competencia. Buenos Aires, Editorial Depalma.
27. ORTIZ BLANCO, Luis y COHEN, Simon. (1999) Derecho de la Competencia Europeo y Español. Madrid, Editorial Dykinson.
28. PAREDES, Ricardo. 2004. Fundamentos para la Regulación de la Publicidad Comparativa. Revista ABANTES 7 (1).
29. PETTY, Ross D. (1991) The Evolution of Comparative Advertising Law: Has the Lanham Act Gone Too Far? Journal of Public Policy & Marketing 10 (2) pp. 161-181. Disponible en: www.jstor.com
30. PETTY, Ross. y SPINK. Paul. (1995) Comparative Advertising Law in the European Community: Will the Proposed Directive Harmonize across the Atlantic?. Journal of Public Policy & Marketing 14 (2) pp. 310-317. Disponible en: www.jstor.com
31. SANCHEZ PICHARDO, Alberto. 2003. La Competencia Desleal. México DF, Porrúa.

32. STANTON, William et al. (1996) Fundamentos de Marketing. 6ta ed. México, Editorial McGraw-Hill.
33. TATO PLAZA, Anxo. 1996. La Publicidad Comparativa. Madrid, Marcial Pons.
34. VILLAGÓMEZ RODIL, Alfonso. (2006) Competencia Desleal. Granada, Editorial Comares. 2da Edición.
35. WILKIE, William y FARRIS, Paul. (1975) Comparison Advertising: Problems and Potential. Journal of Marketing 39. pp. 7-15. Disponible en: www.jstor.com
36. ZHANG, Shi et. al. (2002) Comparative Advertising: Effects of Structural Alignability on Target Brand Evaluation. Journal of Consumer Psychology 12 (4) pp. 303-311

II. Legislación y normativa consultada.

1. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2007) Historia de la Ley N° 20.169 que regula la Competencia Desleal.
2. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2003) Historia de la Ley N° 19.911 que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
3. CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2007. Ley N° 20.169 que Regula la competencia desleal.
4. ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commision. 1979. Statement of Policy Regarding Comparative Advertising.
5. ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commision. 1983. Policy Statement on Deception.
6. UNIÓN EUROPEA. Parlamento Europeo. 1984. Directiva 84/450/CE sobre publicidad engañosa.

7. UNIÓN EUROPEA. Parlamento Europeo. 1997. Directiva 97/55/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

8. UNIÓN EUROPEA. Parlamento Europeo. 2005. Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en mercado interior.

9. UNIÓN EUROPEA. Parlamento Europeo. 2006. Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

10. UNIÓN EUROPEA. Consejo Europeo. 2006. Reglamento N° 510/2006.