

Límites a la Publicidad Comparativa y Jurisprudencia Antimonopolios en Chile

Ricardo Paredes M.¹

Resumen

Las comisiones antimonopolio en Chile, como en otros países, han indicado claramente que la publicidad comparativa tiene la potencialidad de reducir barreras a la entrada y aumentar la competencia en los mercados. No obstante, en la práctica, la publicidad comparativa es muy limitada y casi inexistente. En este artículo se analizan las causas y se avanza sobre las consecuencias de la limitación de la publicidad comparativa. Identificamos tres razones: i) la incorporación de conceptos equívocos, ii) los altísimos estándares de prueba y que se radique el peso de la prueba en quien realiza la publicidad; u iii) el rol de los organismos de autorregulación. El artículo argumenta cómo estas restricciones pueden aliviarse y hace recomendaciones concretas para hacerlo.

Palabras clave: publicidad comparativa, jurisprudencia antimonopolios, autorregulación.

Clasificación JEL: L41, L42

1 Introducción

Las diferencias en los textos de las legislaciones antimonopolios modernas parecen menores, aun cuando su aplicación puede diferir enormemente. Es la jurisprudencia de las comisiones antimonopolios lo que determina fundamentalmente si ellas contribuyen o no a la seguridad jurídica y a la inversión. La legislación antimonopolios en Chile, tiene entre sus características principales la completa ausencia de tipificación de las conductas prohibidas. Ello, que pudiera ser conveniente desde el punto de vista conceptual, requiere generar seguridad jurídica a través de la jurisprudencia y claridad de la doctrina. De otra forma, la interpretación de las prácticas generará gran incertidumbre jurídica.

La mayoría de los estudios sobre jurisprudencia antimonopolios en Chile se han centrado en los casos de integración vertical y horizontal. Otros, los menos, han analizado conductas relativas a control vertical, y en particular, las de más frecuente ocurrencia, como es el caso de la fijación de precios de reventa y la distribución exclusiva. El propósito de este trabajo es analizar la forma en la que la jurisprudencia antimonopolios ha tratado el tema de la publicidad comparativa. Nuestra hipótesis es que en la práctica, ella ha sido limitada más allá de lo conveniente desde el punto de vista de la promoción y defensa de la competencia, por la doctrina de las comisiones y por no darle un marco de acción adecuado a los organismos de autorregulación. En la medida que la publicidad comparativa genera información y reduce las barreras a la entrada, tal restricción estaría generando costos significativos a los países que, en definitiva, la limitan.

¹ Dpto. Ingeniería Industrial y Sistemas, P. Universidad Católica de Chile. Rparedes@ing.puc.cl. Se agradece el financiamiento de Fondecyt, proyecto 1030834 y la eficiente ayuda de Javier Bronfman.

Este artículo analiza la teoría y evidencia del tratamiento de la publicidad comparativa y propone caminos para abordarla desde el punto del objetivo y de la legislación antimonopolios. El trabajo está estructurado en cuatro secciones aparte de esta introducción. La segunda sección analiza los elementos centrales de la literatura que dan cuenta sobre las consecuencias y algo sobre las causas de la publicidad comparativa y describe las principales regulaciones en el mundo. La tercera sección describe toda la jurisprudencia chilena antimonopolios sobre dicha práctica. La cuarta sección concluye con recomendaciones de política.

2. Publicidad Comparativa

La publicidad es un proceso de comunicación impersonal y controlado que, a través de los medios masivos, da a conocer productos y servicios con el objeto de influir en la compra y aceptación. La publicidad usa distintos medios de persuasión, siendo la publicidad comparativa uno de ellos, en el que el anunciante implícita o explícitamente compara productos entre competidores.

La importancia que tiene la publicidad comparativa es grande y creciente. En los Estados Unidos, Muehling et al. (1990) sugieren que el 40% de la publicidad es comparativa; que el 60% de los avisos son indirectamente comparativos y el 20% directamente comparativos. En Canadá y Europa la tendencia a utilizar esta herramienta ha ido en aumento. Aunque esta es una tendencia, existe cierto escepticismo respecto de su efectividad (véase, por ejemplo, Pechmann y Ratneshwar 1991, Jain et al. 1998, y Barone y Miniard 1999).

Aunque en la mayor parte de los países del mundo la publicidad comparativa está permitida, las limitaciones vigentes pueden llegar a impedirla en los hechos. Es así como el gran incremento de esta práctica en los Estados Unidos a partir de fines de los años 1970s, se debió a una política consiente y directa de la Federal Trade Commission que la promovió decididamente (véase, Barigozzi, Garella, y Peitz, 2002).

2.1 Efectos de la Publicidad Comparativa

Aunque la publicidad comparativa en los Estados Unidos prevalece como método, ello ha conllevado un fuerte debate. De hecho, la discusión más actual sobre los efectos de la misma, reflejan también el debate sobre la conveniencia de permitirla.² En este debate, Wilkie y Farris (1975) describieron la evolución de la publicidad comparativa en los Estados Unidos, abarcando desde sus raíces históricas, su regulación y las controversias legales. En relación con su potencialidad estratégica como herramienta de marketing para lograr mayores ventas, concluyen que ella es una poderosa herramienta. Grewal et al. (1997) comparan, también para los Estados Unidos, la efectividad de la publicidad comparativa en relación con la no comparativa. Sus resultados sugieren que la publicidad comparativa es más efectiva que la no comparativa en la atención atraída al reconocimiento positivo de la marca y a la intención de compra. Ello apoya los resultados de Muehling et al. (1990), que señalan que la publicidad comparativa lleva a los

² Véase, por ejemplo, Pechman y Steward (1990), Grewal (1997), y (Muehlin 1990).

consumidores a involucrarse más con el mensaje del comercial. Sin embargo, la efectividad entre la publicidad comparativa directa, cuando se utiliza explícitamente el nombre del producto o marca a comparar, indirecta, cuando se utiliza alguna comparación general de superioridad por ejemplo: “Oral B es la marca que más usan los dentistas” y la no comparativa, varía sustancialmente dependiendo de la familiaridad del consumidor con el producto, las marcas que compiten y el tipo de publicidad. Ello explicaría, según estos autores, por qué la intensidad de la publicidad comparativa varía entre países.

La idea anterior es apoyada por Jung Ok Jeong y Sharon Beatty (sf), quienes encuentran que en países donde la publicidad comparativa no es usual, su efectividad es mayor. En Corea, donde la publicidad comparativa no es usual, su efectividad es sustancialmente mayor a la que se observa en los Estados Unidos, donde los consumidores ya estarían acostumbrados a la práctica. En la misma línea, Edgar y Goodwing (1979) sugieren que cuando las empresas comienzan a utilizar la publicidad comparativa directa, ello atrae mayor atención de los consumidores, dada la novedad que revestiría dicha publicidad. Sin embargo, ya Murphy y Amundsen (1981) y Prasad (1976) desde mediados de los 1970s argüían que tal novedad no era tal. Lo más relevante de esa visión era que la efectividad en atraer la atención de potenciales consumidores dependería de la participación de mercado de la marca que se publicita en comparación a la comparada. Si la marca a publicitada tiene una menor participación de mercado que la que utiliza para comprarse, entonces la publicidad comparativa sería más efectiva.

Pechmann y Stewart (1990) estudian los efectos de la publicidad comparativa sobre la atención, memoria e intenciones de compra. Su motivación es zanjar la discusión sobre el punto, para lo que diferenciaron las marcas por su presencia y participación relativa de mercado. Dividiendo su muestra en grupos de alta, media y baja participación, evaluaron las respuestas a la publicidad comparativa directa, indirecta y no comparativa. Sus resultados sugieren que la publicidad comparativa indirecta es la más efectiva para promover marcas y productos con mediana participación de mercado. Para las marcas o productos con baja participación de mercado encontraron que la publicidad comparativa directa, con marcas de alta participación, aumentaba la intención de compra y era la publicidad más eficaz en atraer la atención y retención. Para las marcas de alta participación de mercado y presencia sugieren que la publicidad no comparativa era la mejor fórmula para aumentar la intención de compra, atención y memoria. Para las marcas o productos de participación media la publicidad comparativa indirecta es la clave para mejorar las ventas. Sin embargo, sus resultados varían dependiendo de las marcas a las cuales se somete el sondeo.³

Barigozzi, Gazella y Peitz (2002), en base teoría de juegos, en donde el juego consiste en utilizar o no publicidad comparativa al entrar a un negocio, sugieren que la publicidad comparativa puede llegar a ser muy efectiva. En términos simples, realizar publicidad comparativa tiene mayores costos asociados a la posibilidad de entrar en juicios y

³ Miniard et al. (1993) también cuestiona metodológicamente los estudios por el hecho que la mayoría de ellos utilizan medidas que requieren juicios de valor de la marca avisadora

querellas. Por ello, los consumidores infieren que quien está detrás de este tipo de publicidad señala que lo que expone en la publicidad es verdadero.

Una visión diferente se ha venido planteando en el sentido de cuestionar la efectividad de la publicidad comparativa por el hecho que las comparaciones entre marcas pueden ser confusas y al final el consumidor no recordar cual de las marcas es superior y por qué (véase, por ejemplo, Golen, 1979, Pechmann y Ratneshwar, 1991, Jain et al. 1998, y Barone y Miniard, 1999). Incluso, algunos han argumentado que la comparación podría aumentar el recuerdo y las ventas de la marca o producto de comparación (Jain y Hackleman 1978). En el mismo sentido, Alba y Chattopa (1986) sugieren que la publicidad no comparativa logra disminuir el recuerdo de la competencia.

2.2 Restricciones a la Publicidad Comparativa

El debate conceptual sobre los efectos de la publicidad comparativa no es inocuo para propósitos de política pública. El hecho que exista cierta evidencia, aunque cuestionada, en el sentido que la publicidad comparativa puede facilitar la entrada y que tiene impacto en las ventas sugiere que la práctica tendría efectos positivos desde la perspectiva antimonopolios. Por ello, la discusión relevante debiera comparar estos argumentos con aquellos que sugieren que atentaría en contra de la libre competencia y en base de ello, concluir si cabe o no limitarla. El análisis de las restricciones explícitas a la publicidad y aquellas derivadas de la jurisprudencia debieran dar luz sobre las razones que existen para limitarla.

Los Estados Unidos fue pionero y en gran medida es la gran excepción en relación con el fomento a la publicidad comparativa. Más allá de que la propia Constitución estadounidense garantiza el derecho de expresarse libremente, la Federal Trade Commission (1979) estableció en sus lineamientos de la siguiente forma su criterio:

“La Comisión Federal de Comercio (FTC) ha determinado que sería en beneficio de los avisadores, agencias de avisaje, medios de comunicación y entidades de autorregulación re establecer su política vigente respecto de la publicidad comparativa. La Comisión alienta que se mencione o se refiera a los competidores, pero requiere claridad y si fuera necesario, mostrar los antecedentes de modo de evitar el engaño a los consumidores. Adicionalmente, el uso de publicidad comparativa veraz no debería estar limitada ni por los medios de comunicación ni por las instituciones de auto regulación.

La FTC apoya el uso de comparaciones de marcas sobre bases claramente identificables. La publicidad comparativa que es veraz y no engañosa, es fuente de información a los consumidores y les ayuda a tomar decisiones racionales. La publicidad comparativa alienta el mejoramiento de los productos y la innovación, y puede llevar a reducir los precios en el mercado”.

Argumenta la FTC que entre las ventajas de la publicidad comparativa justa, está que los consumidores se benefician de la libre competencia, ya que el consumidor puede

identificar más claramente los aspectos positivos y negativos de los productos y que la competencia motiva a los competidores a mejorar sus productos. Ello, no obstante, requiere claridad en la información y evitar el engaño al consumidor, lo que es la base de las restricciones prácticas a la publicidad comparativa.

Hasta fines de los 1990, algunos países en Europa, como Francia, prohibían la publicidad comparativa terminantemente, por considerarla que constituía competencia injusta. Otros, como España y Alemania, habían empezado a permitirla bajo condiciones muy precisas. En ese continente, sin dudas, el debate es relativamente reciente; el Consejo de la Comunidad Económica Europea, sólo en septiembre de 1998 y después de un debate de 20 años, adoptó una resolución referente al uso de la publicidad comparativa, a ser implementada a partir del 2000. La resolución concluyó que la publicidad comparativa se debería permitir como fuente útil de la información para los consumidores y los medios de la penetración de mercado para los competidores y que el uso de una ley uniforme a través de la unión europea, sostiene, quitará barreras comerciales implícitas.

La mayoría de los países, sin embargo, de una u otra forma aún limitan la publicidad comparativa por la vía de demandar que quien la realiza tenga causas suficientes para comparar sus productos con los de sus competidores. En Europa el argumento asociado a la regulación es que ella tiene por objetivo proteger a los consumidores y a las personas que ejercen una actividad comercial, así como los intereses del público en general contra la publicidad engañosa y sus consecuencias desleales. En términos operativos, la publicidad comparativa se permite cuando se cumple un conjunto de condiciones, entre las que destacan que: i) no sea engañosa, ii) que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad, iii) que compare objetivamente una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio, iv) que no dé lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor, v) que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos de algún competidor, vi) que se refiera en cada caso, en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación, vii) que no saque indebidamente ventaja de la reputación de una marca u otro signo distintivo de algún competidor y, viii) 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.

Existen, no obstante, restricciones adicionales en ciertos países. En Francia, por ejemplo, no está permitido utilizar la representación gráfica específica, en particular el logo o diseño de la marca o nombre comercial del competidor para referirse a sus productos y servicios, generalmente se prohíbe la referencia a la marca o nombre comercial de un competidor lo que es considerado “desleal”, concepto sobre el que descansan muchos límites a la publicidad comparativa.

Las formas a través de las cuales se limita la publicidad comparativa son variadas. El Acta de Ley de Marcas en Canadá prohíbe realizar una declaración falsa o tendiente a crear confusión con la finalidad de dañar la reputación del negocio. En la misma dirección, la

Ley de Competencia canadiense (sección 52) prohíbe las prácticas de publicidad mediante representaciones falsas o engañosas, así como asegurar garantías sobre la calidad, desempeño, o la duración de la eficacia de un producto sin que se encuentren basadas en exámenes o evaluaciones adecuadas. Esto es, el anunciante debe poder probar aquello que ha anunciado.

En las distintas legislaciones se concibe que los privados cuentan con distintas formas de protección. La resolución de la CEE establece que quienes tienen un interés legítimo en la prohibición de la publicidad comparativa, por considerarla engañosa, en el sentido que no satisface con los requerimientos previos, pueden proceder judicialmente contra quienes la utilicen y llevar el caso ante un órgano administrativo. Para ello, los Estados miembros confieren a los tribunales o a los órganos administrativos competencias que les facultan para ordenar el cese de la publicidad engañosa y emprender las acciones pertinentes con vistas a ordenar su prohibición cuando ésta no ha sido todavía dada a conocer al público. A los tribunales u órganos administrativos se les faculta a exigir que el anunciante presente pruebas relativas a la exactitud de los datos materiales contenidos en la publicidad, y a considerar inexactos los datos materiales si no se presentan las pruebas exigidas o si tales pruebas son consideradas insuficientes.

En Latinoamérica la situación general es más cercana a la europea. Perú directamente a través del organismo de fomento a la competencia (Indecopi) ha seguido la filosofía y los lineamientos de la Comunidad Económica Europea. Este instituto plantea que el formato de la publicidad comparativa, cuando se difunde cumpliendo con los principios que rigen la publicidad comercial, proporciona mayor información al consumidor y fomenta la competencia. Ello estaría presente en anuncios estructurados para que el consumidor perciba directamente el mensaje de confrontación de los productos que el anunciante compara y que requieren de cumplimiento de: “especificidad, objetividad y que den una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados”.

En Argentina es la Cámara de Anunciantes, su código de ética y la autorregulación quienes requieren que los mensajes que contengan comparaciones de precios u otras características deban informar al consumidor sobre las ventajas comprobables del producto anunciado; referirse a productos equiparables; ser exactos y reflejar la verdad, bajo las mismas condiciones. Nuevamente, lo que se requiere es que la información sea presentada en forma objetiva, de manera que la comparación sea verificable. También establece que los mensajes comparativos no creen confusión; pongan en ridículo o denigren al otro producto; deformen la imagen de otros productos; atenten en contra el buen nombre o prestigio de terceros; ni intenten crear una situación de rechazo hacia los productos de la competencia o sus usuarios.

En Chile el CONAR (Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria) también ejerce un rol respecto de la publicidad comparativa. Esta corporación, cuyo objetivo declarado es acrecentar la confianza de los consumidores hacia la publicidad, establece en su código de ética publicitaria que el avisador puede difundir publicidad comparativa siempre que ella

se apoye en antecedentes objetivos que puedan ser comprobados fehacientemente y que no conduzcan a confusión o error del público. Por su parte, el avisador debe ser respetuoso respecto de productos o servicios publicitados por un competidor. La denigración de un competidor constituye, según este código, no sólo una falta de honor profesional del avisador, sino que conduce también a un debilitamiento de la confianza que el público dispensa a la publicidad. En tal sentido, no se debe denigrar directamente ni implícitamente ninguna firma, producto o servicio, ya sea poniéndolo en ridículo o menospreciándolo de cualquier forma.

Pero es la Ley Antimonopolios chilena (DL 211, 1973) la que presumiblemente trata el tema en forma directa. La publicidad comparativa suele ser considerada una forma de competencia desleal, lo que afectaría en forma adversa el funcionamiento del sistema competitivo, objetivo a proteger de dicha legislación.

Dentro de los actos que se consideran como competencia desleal, el DL 211 distingue aquellos de: i) confusión, ii) engaño (i.e., por indicaciones incorrectas o falsas, y por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, calidad y cantidad de los productos y en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas); iii) denigración (i.e., difusión o realización de manifestaciones sobre la actividad o las relaciones mercantiles de un tercero que menoscaben su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes); y iv) comparación, cuando la comparación se refiere a extremos que no sean análogos, relevantes ni comparables.

Así, podemos concluir que las legislaciones en el mundo, aún cuando formalmente permiten la publicidad comparativa, la restringen a través de cuatro elementos. En primer lugar, por la vía de requerir la existencia de una necesidad para realizarla, como es el caso de Francia. En segundo lugar, por la vía de exigir la demostración que lo que se manifiesta en la publicidad, sea verdadero y, estrechamente relacionado con este punto, requerir altos estándares de prueba. En tercer lugar, al requerirse que las marcas con las cuales se compara, no sean denostadas o denigradas. En cuarto lugar, al dejar en manos de instancias gremiales, particularmente aquellas relacionadas con la publicidad, el juicio sobre las conductas.

Sin dudas que estos son los elementos que hacen que la publicidad comparativa esté muy limitada en un conjunto de países, incluyendo a Chile. Al respecto, la FTC de los Estados Unidos, que fue la institución que permitió el avance de la publicidad comparativa ese país, lo hizo a través de guías y resoluciones que de una forma u otra tratan cada uno de estos aspectos.

“Algunos de los códigos de ética que prohíben prácticas tales como “desacreditar a los competidores”, “descrédito impropio”, “ataques desleales,” pueden operar como una restricción a la publicidad comparativa. La Comisión ha sostenido previamente que el descrédito a través de la publicidad es permisible, en la medida que es veraz y no engañoso (véase, *Carter Products, Inc.*, 60 F.T.C. 782. Los códigos de ética que restringen la publicidad

comparativa por esta vía, se exponen a acciones legales por parte de la Federal Trade Commission.

En ocasiones, un alto estándar de prueba a los avisadores ha sido exigido por parte de las instituciones autorreguladoras. La Commission evalúa la publicidad comparativa de la misma forma en la que lo hace con otras técnicas de publicidad. La cuestión última es si la publicidad tiene la capacidad o tendencia a ser falsa o engañosa. Este es un hecho que debe determinarse caso a caso. Sin embargo, códigos de ética e interpretaciones que imponen mayores estándares de prueba para publicidad comparativa que para publicidad no comparativa, son inapropiados y deben ser revisados.”

La tendencia en el mundo ha sido permitir la publicidad comparativa, pero con la excepción de los Estados Unidos, imponer límites especialmente en cuanto a requerir que no se denigre a terceros y que lo aseverado sea comprobable. La presencia de códigos de ética y autorregulación, avalados por las agencias publicitarias, los anunciantes, y los medios de comunicación, suelen también limitar más la publicidad comparativa. Evidentemente, estas normas pueden generar gran discrecionalidad y terminar limitando fuertemente la publicidad comparativa. Estos, en determinados casos, pueden constituirse en criterios infranqueables para que esta publicidad se realice. Si ello se da, a pesar que la publicidad comparativa permite aumentar la competencia y la información, entonces se estará afectando negativamente el bienestar social.

3 Jurisprudencia sobre Publicidad Comparativa en Chile

Como las legislaciones dejan abiertos los espacios para interpretaciones que pueden limitar la publicidad comparativa, no es raro que a eso finalmente conduzcan tales ambigüedades. Por ello, la verdadera manera de evaluar los obstáculos a la publicidad comparativa es analizando la jurisprudencia y en particular, la emanada de las comisiones antimonopolios. El propósito de esta sección es hacerlo, para lo que se describen todos los casos de publicidad comparativa tratados por dichas comisiones en Chile.

3.1 Consulta de Laboratorios Recalcine S.A. sobre legitimidad de la práctica.

En abril de 1976 la Comisión Preventiva Antimonopolios emitió el primer dictamen sobre publicidad comparativa y tuvo relación con una consulta que hizo Laboratorios Recalcine S.A. sobre la legitimidad de una campaña publicitaria que iniciaría. En ella compararía precios reales de medicamentos que fabricaba con los de su competencia. Expresó en su consulta que ello sería una manera de promocionar un producto más barato, y que no haría ninguna otra consideración en cuanto a calidad o apreciación subjetiva de un producto sobre otro.

Como ejemplo propuso la comparación del producto “Bamyl” de Laboratorios Recalcine S.A., 10Mg por 25 comprimidos (Diazepam 10Mg) cuyo precio público sería \$7,00, con el producto “Valium” registrado por Laboratorios Roche, 10Mg por 25 comprimidos, (Diazepam 10Mg), cuyo precio público era \$19,24. Concluye la consulta manifestando la necesidad de contar con el expreso consentimiento de la autoridad para evitar reclamos de marca o de otra índole.

Como respuesta, la Comisión Preventiva precisó su ámbito de competencia, dejando en claro que su dictamen no podría invocarse como justificación de otra conducta, sino respecto de las materias reguladas por el Decreto Ley N° 211, de 1973, y especialmente, en términos previstos por el Art. 14 de mismo. De tal modo, un dictamen de carácter positivo de la Comisión sólo significaría que la conducta a la que se referiría no contraría las disposiciones de dicho Decreto Ley. En este sentido, la Comisión habría estado delimitando el uso que se puede hacer del dictamen, en la medida, por ejemplo, si se deseara con él validar una conducta, por ejemplo, fabricar un producto no autorizado o ya patentado. La autorización de la práctica presupone que otras conductas accesorias son legales. No obstante, ello pudiera ser innecesario, al menor pudo decirse directamente. Plantearlo de la manera que se hizo pudo dar lugar a imprecisiones sobre a quién le compete el tema y en particular, pudiera dejar la idea que, por ejemplo, los comités o comisiones de ética publicitaria y de autorregulación pudieran limitar la publicidad comparativa.

En cuanto al fondo, la Comisión estimó que la publicidad consistente en la única y mera comparación de los precios de productos farmacéuticos, de distinta fabricación pero de materias primas, principios activos, dosificación y cantidades idénticas, referida a un mismo tiempo y mercado, no contravenía las disposiciones del Decreto Ley N° 211 de 1973, y contribuía a la información que se le entregaba al consumidor.

No obstante, el dictamen tuvo un voto de minoría, en el que se declaró que la publicidad en que se informen precios no sólo de la firma que los fabrica sino también de las otras empresas competidoras sería contrario a la libre competencia. La argumentación de este voto señaló que la libre competencia debe realizarse en condiciones de lealtad entre todos los competidores, lo cual excluye maniobras que podrían parecer favorables para los consumidores pero que no tienen más objetivo que destruir a los demás rivales (como sería el caso del “dumping”). Asimismo, sugirió que al permitirse propagandas que comparen los precios de diferentes empresas se pueden producir alusiones que menoscaban el prestigio de los competidores. Más aún, indicó el voto de minoría que no se puede aceptar que una persona natural o jurídica se refiera a hechos de otras personas en forma sistemática y con ánimo de amagar las posibilidades comerciales de ellas, en su propio provecho, presentándose con precios más bajos u otras ventajas de tipo económico, cosa que sólo puede hacer respecto de sus propios productos, pero no de los ajenos.

3.2 Consulta de la Sociedad Textil Amerada S.A.

En noviembre de 1977 la Comisión Preventiva dictaminó sobre la consulta efectuada por la Sociedad Textil Amerada S.A. sobre la legitimidad de una campaña publicitaria que deseaba desarrollar, sobre la base de la comparación de los precios de los artículos que produce (jeans), con otros artículos similares. La consultante acompañó la consulta con una fotografía de un aviso donde aparecían dibujados cinco blue jeans individualizados y bajo la cual se leía:

“Estos son los cinco blue jeans de mayor calidad que Ud. puede encontrar. Todos son importados. Todos de conocidas marcas internacionales. Todos de mezclilla

índigo 14 onzas. Todos duran una eternidad, “destiñen igual”. La diferencia, el blue jeans FW vale sólo \$490.000. Los cuatro restantes tienen un precio promedio de \$691.000. Estos promedios de precios fueron detectados en el comercio el día 19 de Octubre de 1977”.

En su dictamen la Comisión nuevamente precisó su ámbito de competencia, señalando que un dictamen positivo para el consultante sólo significaría que la conducta a que se refería no contrariaba las disposiciones de la Ley. Hecha la aclaración, la Comisión estimó que la publicidad que consiste en la única y mera comparación de precios de artículos similares, de distinta procedencia, sin menoscabo de la calidad y otras características de los productos que se comparan, no contraviene las disposiciones del Decreto Ley N° 211 de 1973, y que por el contrario, contribuye a la información de que debe disponer el consumidor. El dictamen nuevamente fue acordado con dos de los seis votos en contra y los argumentos de la mayoría fueron similares a los del dictamen previamente analizado.

3.3 Campaña Pepsi Challenge.

En enero de 1986 la Comisión Preventiva dictaminó respecto de la consulta realizada por el Intendente de la VI Región respecto de la legalidad de la campaña publicitaria denominada Pepsi Challenge, lo que había dado lugar a un estudio de la Fiscalía. La campaña seguía la idea de otra realizada en los Estados Unidos y que como en la norteamericana, se publicitaba la aplicación de “test ciegos” de preferencia de sabor, en los cuales Pepsi ganaba en preferencia. En ellos, se enfrentaba a los consumidores a dos vasos de bebida, uno de Pepsi Cola y otro de otra bebida cola, sin precisar que, por cierto, se trataba de Coca Cola. A los consumidores se les solicitaba que probaran ambas y manifestaran cuál preferían.

La Fiscalía Nacional Económica elaboró un informe en el que estimó que la campaña no era ni injusta ni engañosa. También mencionó la existencia de precedentes en los Estados Unidos, donde directamente se mencionan ambas marcas, Pepsi Cola y Coca Cola. También aludió al hecho que este tipo de campañas no era novedosa en Chile, ya que en la televisión se comparaban detergentes y margarinas de una marca determinada, con otros productos de la competencia.

La Comisión señaló esta vez que la publicidad comparativa debía reunir los requisitos de veracidad y objetividad, en cuanto a que no se podrían exaltar las bondades de un producto en relación con las de su competidor más allá de las cualidades que efectivamente tienen. Asimismo, señaló que la publicidad debería ser objetiva para evitar confusiones que se podrían producir, derivadas de aspectos de la ponderación de los productos que no salten a la vista o sean difícilmente demostrables. Si se daban estas condiciones, se derivaba que la publicidad comparativa era legítima e incluso positiva para el consumidor.

En este dictamen, que la Comisión Preventiva resolvió unánimemente, dio varios pasos, algunos sin embargo contradictorios. Por una parte, sostuvo que la publicidad comparativa es un buen elemento para la libre competencia, pues facilita una mayor transparencia e información del consumidor respecto de determinados productos y que 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”. Sin duda, la referencia se aplicaba a Coca Cola, que mantenía una importante participación del mercado. Por otra parte, señaló que lo que legitima la publicidad comparativa, es que se pueda demostrar que un producto es mejor que otro. En esta línea, la Comisión señaló que quien usare temerariamente este tipo de publicidad se arriesgaría a que el oponente o competidor pruebe que sus afirmaciones son falsas. Finalmente, para fundamentar su aprobación, el dictamen señaló que la metodología usada en el Pepsi Challenge (donde Pepsi argumentó comprendía la realización de encuestas sistemáticas, con muestreo científico), pretende demostrar con elementos objetivos las bondades del producto, por lo que es mejor que otra clase de propaganda, en que se hacen afirmaciones que no son susceptibles a comprobarse.

3.4 Campaña Cepillos Duralón Ltda.

En agosto de 1986 la Comisión Preventiva dictaminó sobre la denuncia que Cepillos Duralón Limitada formulara en el sentido que Dento hacía un extenso, profundo y difamador paralelo entre ambas marcas de cepillos, descalificando a Duralón, una marca un producto y un nombre que tenía amplia aceptación, y concluyendo que estos cepillos son considerados obsoletos y superados por las líneas de Dento.

Planteó el denunciante la existencia de una circular extendida a diversas farmacias de distintas ciudades en las que se vende a público los cepillos Duralón, para que el dependiente de farmacia, frente a la consulta o requerimiento del cliente de una clase específica de de cepillos Duralón o en el caso que no mencionara una marca, ofreciera la similar marca Dento. A juicio de Duralón estos actos tienden a impedir y entorpecer gravemente la libre competencia e inciden particularmente en un artículo relacionado con la salud, lo que agrava tal conducta.

El informe de la Fiscalía a las comisiones señaló que el documento en cuestión tiene por objeto establecer similitudes y diferencias entre dos marcas de cepillos dentales, con miras a capacitar técnicamente a los vendedores de dichos productos y proporcionar la información de modelos equivalentes a los consumidores que puedan estar interesados en conocerla. Los antecedentes que sirven de base del análisis comparativo corresponden a una evaluación objetiva de las diferentes características de los distintos productos. Así, por ejemplo, señaló que era objetivamente cierto que los cepillos Dento tenían una posición de tope de pulgar que ayuda a mantener el cepillo en posición y que los Duralón no tiene posición rectora; que el margen de mango alrededor del encordado es menor en Dento que en Duralón; que la combinación de las formas de cuello y cabeza de cepillos Dento es menos abultada que la de cepillos Duralón; que el diseño Dento contiene menos superficies en las que se puedan acumular impurezas; que la concentración de manojos por superficie es superior en Dento que en Dualón, que la eficiencia, definida como una relación de manojos por superficie es superior en Dento; que el envase de Dento es de plástico reusable y el de Duralón es de cartulina, con muy pocas posibilidades de servir para guardar el cepillo en uso en condiciones higiénicas. El denunciado, para facilitar la comprensión de estos elementos, adjuntó muestras de cepillos de ambas marcas. También la parte denunciada señaló que la publicidad proporciona a los consumidores información objetiva respecto de las equivalencias entre los diversos cepillos de dientes no puede ser un acto que tienda a impedir o entorpecer la libre competencia, por cuanto es evidente que

cuanto mejor informado esté el consumidor, mejor protegida y más libre es la competencia entre productos sustitutos.

Señaló el denunciado que la entrega de la información cuestionada no significa que, ante el requerimiento del cliente de un cepillo Duralón o de uno sin identificación de marca, se ofrezca inmediatamente uno de marca Dento, sino que el consumidor, enfrentado a la alternativa de elegir, puede escoger Dento y que impugnar la entrega de información al consumidor sí entorpecería la competencia, pues niega o restringe el acceso a bienes que dicho consumidor estima mejores o más beneficiosos para él. Asimismo, señala que la circular a la que se refiere la denuncia es un documento técnico y de carácter privado, y la extensión y profundidad del análisis de los cepillos demuestra la objetividad del mismo. También señaló que la mencionada circular no tiene carácter difamatorio y contiene sólo información de carácter objetivo, como toda la publicidad de cepillos Dento. Que tampoco se trata de publicidad comparativa, sino más bien carácter genérico y cuyo efecto colateral es promover el uso de los cepillos de dientes, lo que beneficia a todos los fabricantes, incluso al demandante. En cuanto a la mención de que algunos tipos de cepillos Duralón son obsoletos, señala que esa es la opinión de esa firma y que tienen derecho a darla a conocer a sus vendedores.

La opinión del Fiscal fue que los documentos acompañados acreditan una comparación objetiva entre distintos tipos de cepillos de dientes, de acuerdo con ciertas características, por lo que, a su juicio, los hechos denunciados no constituían un atentado en contra de la libre competencia. La Comisión Preventiva emitió un fallo en el que dos de sus miembros concordaron con esa opinión, en términos de que los hechos denunciados no pueden considerarse atentatorios de la libre competencia, toda vez que la campaña informativa se limita a efectuar una comparación entre dos productos competitivos, sobre la base de características objetivas. También expresó que dicha modalidad de campaña informativa no entorpece la libre competencia y que por el contrario, contribuye a fortalecerla, en la medida en que se proporciona a los consumidores mayor conocimiento sobre las características de los diferentes productos sustitutos a que éstos pueden acceder. Todo ello siempre y cuando se de que la información proporcionada es veraz y objetiva, como argumenta sucedería en el caso, y que ella no tenga por finalidad desacreditar al competidor. Agregó, que si las afirmaciones de la denunciada fueran falsas o erróneas, puede el denunciante, además, impedir las acciones legales destinadas a obtener la correspondiente compensación por el perjuicio o menoscabo moral y material que éstas le hayan causado.

No obstante, el fallo tuvo el voto en contra de otros dos miembros, quienes estuvieron por acoger la denuncia por considerar que la información o publicidad comparativa entorpece la libre competencia, toda vez que menoscaba al competidor, al resaltar las bondades del producto publicitado por sobre el producto comparado.⁴ Señala el voto de minoría que este tipo de publicidad, aún cuando sea veraz y objetiva, confunde al consumidor, al comparar los productos tomando como antecedente ciertas características que hacen parecer al producto publicitado como mejor y más conveniente para él; mientras que omite la

⁴ La ley establece que en caso de empate, como fue este caso, es el presidente del Tribunal quien dirime, lo que determinó que la conducta no se rechazara.

mención a otras cualidades o características que puedan llevar a concluir que tal producto es menos útil o beneficioso que aquel con el que se compara. Plantea también que las características reseñadas en la publicidad son de difícil comprobación para el consumidor y que en caso de no ser veraces las afirmaciones contenidas en este tipo de publicidad, cualquier acción del competidor perjudicado por la campaña publicitaria, por ser posterior a ésta, no sería eficaz para compensar el menoscabo producido.

En este fallo nuevamente se aprecia no sólo ambigüedad respecto de la posición que prima, pues las diferencias entre los dos votos son fundamentales, sino que en relación con el mismo fundamento del voto que dirimió. Es así como el voto se balancea entre decir que es legal la conducta, pues la publicidad es veraz y objetiva, y dar espacio para que el demandante vaya a otra instancia y reclame perjuicios civiles si es que estima se le ha provocado un menoscabo o perjuicio, porque la publicidad no fue veraz ni objetiva.

3.5 Caso Montaña Sport versus 3M Chile S.A.

En octubre de 1986 la empresa “Montaña Sport” presentó una denuncia en contra de 3M Chile S.A. (3M), por competencia desleal y publicidad falsa y engañosa. Según el denunciante, 3M efectuó durante 1986 una campaña publicitaria destinada a promocionar un aislante término sintético denominado “Thinsulate”, al que atribuía la cualidad de producir una aislación doblemente superior a las plumas de ganso, principal materia prima utilizada por el denunciante en la confección de prendas de vestir. La publicidad de 3M se sintetiza en las siguientes leyendas que aparecieron en avisos de televisión y en catálogos publicitarios en los que, además, en un gráfico, se indicaban los valores de resistencia térmica del Thinsulate y de la pluma en, 1,8 y 1,0, respectivamente.

“Thinsulate es una fibra cuya capacidad de aislamiento es dos veces superior a la de las plumas de ganso u otros materiales sintéticos”; “Thinsulate es un aislante térmico que a igual espesor genera aproximadamente el doble de calor comparado con los materiales aislantes habituales (pluma, poliéster, lana, etc.)”. “Ya no necesita embutirse en un colchón de plumas para protegerse del frío (hasta los gansos preferirían Thinsulate)”

Tales afirmaciones publicitarias, según el denunciante, serían falsas y sobre tal afirmación el caso muestra un real cambio en el actuar y la jurisprudencia. Así, el denunciante señaló que el coeficiente de conductividad térmica de la pluma natural de ganso, incluso en una densidad 2,6 veces inferior de la del Thinsulate, es 12% más aislante, lo que significa que, a igual densidad, la pluma de ganso sería un 31,2% más aislante. Esta última afirmación habría sido demostrada por el Instituto de Investigaciones y Ensayos de Materiales (IDIEM), según constaba en un certificado de ensayo que adjuntó.

Además, sostuvo el denunciante, que la publicidad realizada por 3M era engañosa al comparar la pluma con el Thinsulate puesto que, según el propio manual técnico sobre el uso y características del Thinsulate:

“Para un mismo espesor de relleno aislante, Thinsulate proporciona aproximadamente el doble de aislamiento térmico que materiales competitivos

de alto grosor, incluyendo a las fibras de poliéster, y es significativamente más eficaz que el aislamiento térmico de materiales más densos, es decir: lana, pelo o poliéster punzado”.

Argumentaba así que el manual técnico referido no señala en parte alguna que el Thinsulate sea más aislante que la pluma de ganso.

Haciéndose cargo de la denuncia, 3M respondió genéricamente que Thinsulate es un material aislante de alta tecnología, que su composición le permite atrapar en el tejido una mayor cantidad de aire al aumentar la superficie de contacto fibra/aire. Considerando que el mejor aislante es el aire, el resultado que se obtiene es que, a igual espesor Thinsulate proporciona el doble de calor comparado con los materiales habituales aislante (pluma, poliéster, lana, etc.) Con respecto al ensayo realizado por el IDIEM, señaló que los resultados del experimento en nada desvirtúan las cualidades dadas a conocer por 3M respecto de su producto, toda vez que el procedimiento técnico de ensayo en el que se basó no es el indicado para medir o determinar el grado de aislación de productos aislantes utilizados en materiales textiles. Sostiene que la norma chilena NCH 850, aplicada al efecto, no es aplicable a materiales textiles y que ella, como se establece en la misma norma, se aplica a materiales homogéneos especialmente usados en la construcción. Lo anterior se hace más evidente si se considera que la NCH 850 está basada en la norma norteamericana ASTM-C-177, determinada por The American Society for Testing Materials, teniendo este organismo una norma distinta para determinar la aislación de materiales de relleno naturales o sintéticos que se utilizan en la confección de prendas, que es la ASTM-D-1518.

Según la norma ASTM-D-1518 los materiales sometidos a prueba no se comprimen, a diferencia de la ASTM-C-177 y de la NCH 850, dado que al comprimir un material aislante durante la medición de conductividad térmica, la densidad aparente aumenta y el calor de conductividad se distorsiona. Esto se refleja en el ensayo del IDIEM donde se muestra una densidad aparente de 26,1 kg/m³ del Thinsulate, en circunstancias que el valor efectivo comprobado es de 15-16 kg/m³. La norma ASTM-D-1518 tiene por unidad de medida el valor CLO, definido como la cantidad de ropa que necesita un sujeto en reposo para sentirse confortable a una temperatura ambiente de 21°C y de acuerdo con la experimentación a igual espesor, el Thinsulate posee un valor CLO de 1.7 a 1.9 por centímetro; en cambio, la pluma de ganso registra un valor igual a 1.0 CLO/cm. Por último, 3M señala que técnicamente el concepto “conductividad térmica”, expresado en la NCH 850, se diferencia del concepto aislación, dado que mientras el primero es característica intrínseca del material, la aislación depende de la forma y distribución del mismo.

Acompañó el denunciado un informe realizado por el organismo técnico, CESMEC Ltda., en el cual se deja constancia que la norma empleada para medir la aislación del Thinsulate debe ser la ASTM-D-1518 y no la norma chilena NCH 850 basada en la norma ASTM-C-177.

En antecedentes adicionales que son la reacción a la respuesta de 3M, indica que en el mismo certificado de ensayo realizado por IDIEM se señala, en forma especial, que

durante las pruebas no se comprimieron los materiales y que en ambas muestras se usó una densidad similar a la empleada en las prendas de vestir. Entregó un certificado del Instituto de Normalización que señala que la norma NCH 850 es aplicable para determinar la conductividad térmica de materiales aislantes usados en prendas de vestir, puesto que el método de ensayo determina una propiedad física que es independiente del uso que se le dé al material o de la forma en que se va a aplicar; es decir, la propiedad física que se mide no varía si se usa en una prenda de vestir o en la construcción y, por lo tanto, el método es igualmente aplicable. Además, agrega el certificado, que según la definición contenida en la norma ASTM-123, la pluma de ganso no constituye un material textil y su uso en la industria textil y de la confección es en calidad de adorno o de material de relleno. En la norma ASTM-1518 se deja constancia que ella es inaplicable a las plumas como material de relleno en prendas confeccionadas, puesto que su campo de aplicación se limita a los materiales textiles, y las plumas de ganso no son material textil. Por último, el denunciante reitera que el catálogo técnico de 3M, sobre el producto Thinsulate, no menciona que éste sería más aislante que plumas, siendo esta última aseveración una creación publicitaria y no un resultado técnico.

Posteriormente el denunciante presentó un estudio realizado por IDIEM, que indicaba que la aislación del Thinsulate era inferior al más delgado de los aislantes nacionales en el que se determina la conducción y transmisión térmica de siete muestras de colchonetas cubiertas con láminas de plástico, enviadas por la firma Feltrex S.A. El ensayo se realizó de acuerdo con la norma chilena NCH 850 OF 83 de “Cámara Térmica” y sus resultados indican que la muestra de Thinsulate posee un mayor valor de conducción térmica que la muestra hecha en pluma de ganso.⁵ Por último, el ensayo indica que los resultados son válidos sólo para las muestras analizadas, puesto que los valores de conducción y transmisión térmica pueden variar fuertemente si cambia el espesor o la densidad de los rellenos aislantes.

A petición de la Fiscalía, 3M acompañó los resultados de las pruebas de aislación llevadas a cabo por dos laboratorios, Albany International Research Co. de los Estados Unidos y Centro de Estudios de Medición y Certificación de Calidad, CESMEC, de Chile, para la pluma de ganso y el Thinsulate. El laboratorio norteamericano, en informes emitidos en marzo de 1987, estableció que las pruebas de aislación térmica, de acuerdo con el método de placa calórica ASTM-D-1518, sobre un conjunto de 9 muestras de Thinsulate y 3 muestras de Pluma, determinaron que en promedio la resistencia termal del producto Thinsulate es de 1.881 CLO/cm, y la resistencia termal de la Pluma es de 1.239 CLO/cm. Sin embargo, las densidades de los materiales no fueron mencionadas en los informes, siendo este parámetro fundamental (según norma ASTM 1518 capítulo 10.2.5), por la influencia que ejerce la densidad de la muestra en el resultado de la transmisión térmica.

El laboratorio chileno, en informe emitido el 27 de Marzo de 1987, efectuó la determinación de la conductividad térmica de los materiales de relleno de parkas, de acuerdo con el método descrito en la norma ASTM-D-1518. Las muestras seleccionadas correspondieron a un aislante Thinsulate, tipo CS-150 de espesor promedio 5,4mm., y un relleno de parka de pluma, talla 46, marca Montaña Sport, de espesor promedio 10.5 mm.

⁵ Mientras mayor sea la conducción térmica y transmisión térmica menor es la capacidad de aislamiento.

Los resultados obtenidos muestran que el Thinsulate posee una inferior conductividad térmica (i.e., una mayor resistencia térmica) que la pluma. En este informe tampoco se especifica la densidad de las muestras y se dice expresamente que sus resultados son válidos sólo para la muestra analizada. Considerando estos resultados y suponiendo la aislación como el inverso de la conductividad, CESMEC concluye que, a igual espesor, el producto Thinsulate es 2,2 veces más aislante que la pluma.

La Comisión Preventiva dictaminó que de los informes emitidos, se puede desprender que la publicidad de 3M sobre el producto Thinsulate no es veraz ni objetiva ni demostrable, porque los métodos utilizados para determinar los factores de aislación de los productos mencionados en la publicidad no son los adecuados; los resultados teóricos obtenidos por los laboratorios no corresponden a aquéllos indicados en la publicidad; las conclusiones que 3M desprende de los resultados numéricos y que forman parte de las frases publicitarias empleadas no son las que corresponden, y dado que se confunden los términos que en ellas se utilizan y que los análisis que sirven de base a la comparación no fueron realizados para todos los productos en iguales condiciones, puesto que no se especifican en la publicidad algunos elementos determinantes en el factor de aislación como densidad, espesor, y tipo o calidad del producto. También señala que los experimentos aportados por 3M fueron realizados con posterioridad a la publicación cuestionada, de modo que no son aptos para demostrar el origen teórico y técnico de dicha publicidad, y los productos que se comparan en la publicidad no son los que normalmente se encuentran en el mercado, puesto que no es posible encontrar una parka de pluma de un espesor igual o similar a la de una parka hecha con relleno de Thinsulate.

En junio de 1987 la Comisión Preventiva emitió su dictamen unánimemente reiterando que la publicidad comparativa es útil para la libre competencia, que contribuye a la transparencia, que es beneficiosa para el consumidor, en cuanto lo informa sobre las cualidades de determinados productos y que permite que un producto nuevo pueda penetrar en un mercado donde existen productores ya establecidos, de mercancías similares, que tienen prestigio consolidado. No obstante, señaló que para que esa publicidad esté de acuerdo con las normas que contempla la legislación antimonopolios, es necesario que ella sea veraz, objetiva y demostrable. Consecuentemente, como había determinado que la publicidad comparativa efectuada por 3M carecía de los requisitos antes señalados, puesto que no era veraz, objetiva, ni demostrable, contravenía las normas y por ello, requirió que la denunciada pusiera término inmediato a dicha publicidad.

En agosto de 1987 la Comisión Preventiva volvió a emitir un dictamen como respuesta a un recurso de reposición, interpuesto por 3M. En él acogió parcialmente la petición, al clarificar una doctrina que sienta las bases de una barrera institucional a la publicidad comparativa. Esto es, determinó que el peso de la prueba en materia de demostrar lo que se planteaba, recaía en el emisor de la publicidad.

“Dicha publicidad debe ser veraz y objetiva. Como 3M no ha podido demostrar la veracidad y objetividad de la publicidad de su producto Thinsulate... debe abstenerse de efectuarla”.

3.5 Caso Chiletabacos S.A. versus Facil S.A.

En enero de 1988, la Comisión Resolutiva resolvió la denuncia que había interpuesto la Compañía Chile Tabacos S.A. a la Fábrica de Cigarrillos S.A. (Facil S.A.), al realizar una campaña publicitaria comparativa en la que planteaba que el cigarrillo “Advance” contiene 0,8mg de alquitrán y 0,7mg de nicotina, en tanto que el cigarrillo “Galaxy Ultra Lights” de Fácil, tiene 0,6mg de alquitrán y 0,5 de nicotina. Advirte que los índices se han determinado por el sistema FTC (US Federal Trade Commission) que es oficialmente utilizado en los Estados Unidos y sirve de base para las mediciones internacionales (Diario El Mercurio, 22 de Junio de 1987). En otra publicidad, se sugiere que el cigarrillo “Galaxy” mantiene los índices de alquitrán y nicotina ya señalados, en tanto que el cigarrillo “Advance” aparece con 11,0mg de alquitrán y 0,9mg de nicotina y aparecen tarjados los índices anteriores de 0,8mg y 0,7 mg, respectivamente. Se advierte en el aviso que las cifras señaladas corresponden a estudios realizados en Agosto de 1986, bajo la supervisión directa de uno de los más conocidos laboratorios de análisis científicos, del Nationwide Consumer Testing Institute Inc. Hoboken, “N.C.T.I”, estado de Nueva Jersey, U.S.A. y que los índices publicados para “Advance” de 0,8mg de alquitrán y 0,7 de nicotina fueron tomados de las publicaciones de Chiletabacos S.A. (diario La Tercera de la Hora, del día 14 de octubre).

La denuncia sobre la publicidad comparativa se basa en que: i) la marca Advance está inscrita a su nombre y pese a eso, es siendo usada en una campaña publicitaria sin autorización de su dueña; ii) la propaganda no es veraz ni objetiva en lo que refiere al cigarrillo Advance, estando destinada no sólo a desacreditar un producto de la competencia sino también a la empresa fabricante del mismo; y iii) la referida campaña publicitaria fue rechazada por el Consejo Nacional de Televisión, por vulnerar las normas que exigen que la publicidad comparativa debe ser justa.

En la línea del caso previo, la Comisión Resolutiva señaló que “para poder establecer los índices reales de nicotina y alquitrán que contiene una determinada marca de cigarrillo se requiere un análisis de los mismos en períodos largos de tiempo, usualmente seis meses de producción, por cuanto, en caso contrario la muestra no será consistente”. En tal sentido, ello no habría sido seguido por Fácil, puesto que los índices de cigarrillos Advance fueron analizados según el aviso publicitario en el mes de Agosto de 1986, pero no corresponden a los indicados por el denunciante, los que serían a su juicio absolutamente arbitrarios, superiores y según análisis efectuados en el extranjero, sin supervisión del Instituto de Salud Pública de Chile, mostraría la falsedad de la campaña. Más aún, sostiene la resolución que de acuerdo con el Ministerio de Salud (Resolución N°18, del 24/X/1983), los índices que determinó Chiletabacos S.A. para “Advance” se ajustan a la realidad y fueron determinados según el método oficial de la Federal Trade Comisión de Estados Unidos de Norteamérica, reconocido por ese Ministerio.

El Fiscal, en su informe a la Comisión Resolutiva, señala que poder pronunciarse sobre la legalidad o licitud de la publicidad comparativa hecha por Facil S.A. requiere “precisar los hechos y las circunstancias en que se ha desarrollado, estimando, en todo caso, que los productos comparados deben ser sometidos a análisis de un mismo organismo, independiente de los interesados”. También sugiere que es justo suspender la referida campaña publicitaria, hasta que sus autores justifiquen fehacientemente la veracidad de sus

asertos. La Comisión dio lugar a esta medida y ordenó a la denunciada a abstenerse en su publicidad de tarjar, enmendar o alterar los índices de nicotina y alquitrán de los cigarrillos “Advance” señalados con anterioridad por Chiletabacos S.A., en tanto no acredite, con respaldo oficial de organismos nacionales competentes, índices o cifras diferentes.

Fácil, por su parte, expresó que para penetrar en el mercado con Galaxy, cuyo principal competidor es Advance de Chiletabacos S.A., fue necesario elaborar una campaña publicitaria en relación con los índices de nicotina y alquitrán de ambos cigarrillos, siendo estos índices lo que constituyen su principal característica. Fácil solicitó a United States Testing Comapny Inc. que hiciera un análisis para determinar los índices de nicotina y alquitrán de una completa variedad de marcas de cigarrillos, incluyendo el “Advance” y el “Galaxy Ultralight”. Eata es una filial del conglomerado Societé Générale de Surveillance, (SGS), del conglomerado con casa matriz en Suiza y con filiales en prácticamente todos los países del mundo. Se dedican a la supervisión y control de calidad.

Para llevar a efecto el test de nicotina y alquitrán, la filial chilena “S.G.S” tomó un muestreo de cigarrillos de distintas marcas y en variadas localidades de Santiago el 18 de Agosto de 1986. Estas muestras fueron enviadas a “N.C.T.I.” incluyéndose en ellas el “galaxy” y “Advance”. Las pruebas se realizaron siguiendo la sugerencia de la Federal Trade Comission, que entre otros organismos estatales de EE.UU. también es cliente de United States Testing Company Inc, y que reconocido en Chile por el Instituto de Salud Pública, sirviendo para implementar los análisis y exámenes el laboratorio de Philip Morris Inc., ubicado en Richmond. La “N.C.T.I” supervisó las pruebas, la medición de índices de nicotina y alquitrán, y la aplicación del sistema “F.T.C” Consta informe y declaración jurada del gerente de la división de Servicios Químicos de dicha sociedad en la Comisión Resolutiva.

En Chile existe sólo un laboratorio capaz de hacer estos análisis y pruebas, y pertenece a Chiletabacos S.A., fabricante de Advance, razón por la cual se pidió la prueba fuera del país. Así, argumentó Fácil que en Agosto de 1986, de acuerdo con los análisis efectuados por la “N.C.T.I.” y conforme al sistema “F.T.C.”, los cigarrillos “Advance” tenían un índice de alquitrán de 11,0mg y un índice de 0,9mg de nicotina, en tanto que los “Galaxy ultralight” referían índices de 6mg de alquitrán y 0,5mg de nicotina. En base de ello, programó la campaña de publicidad comparativa, en la que indicaría, verazmente, que en agosto de 1986 los índices de alquitrán y nicotina eran superiores a los publicados por Advance en el año 1984, sin que se pueda, bajo ningún respecto o circunstancia, deducirse que los índices de 8,0mg y 0,7mg, no hayan sido verdaderos en aquella época.

Argumentó que la objetividad se da porque prescindir de valoraciones subjetivas o de juicios de valor en torno a los productos que son el objeto de la comparación. Que habiendo salvado algunos reparos que habían motivado la suspensión de la publicidad televisiva, como fueron la falta de indicación de la procedencia de los cigarrillos y carencia de una información oficial de los estudios y análisis realizados, la publicidad volvió a darse sin objeción alguna de Chiletabacos ni del Consejo Nacional de Televisión.

Chiletabacos cuestionó que el análisis fuera hecho en los propios laboratorios de Philip Morris Internacional y que la muestra careciera de todo rigor científico comparativo.

Sostuvo que para realizar muestras válidas para el consumidor de los índices de nicotina y alquitrán de los cigarrillos, la Federal Trade Commission, considera muestras tomadas al azar en períodos de cuatro meses y en diferentes lugares geográficos del país. En consecuencia, aun cuando los cigarrillos no hubieran sido previamente acondicionados en los laboratorios de Philip Morris internacional, el método, en cuanto consideró cigarrillos adquiridos en un solo lugar (área metropolitana), y en un solo día 18 de Agosto de 1986, no es representativo ni válido para efectuar comparaciones entre algunos productos que se mantuvieron en el anonimato y otros –los cigarrillos “Galaxy” de Philip Morris- que fueron excluidos de él. Indicó que al no seguir un procedimiento similar para las partes y no proporcionar todos los antecedentes, favorables y desfavorables para un mismo producto, la haría engañosa “per se” y como tal, contraría a la libre competencia.

Fácil replicó indicando que el hecho que las pruebas se hicieron anónimamente, bajo la supervisión y control de un representante autorizado de “N.C.T.I.” y en conformidad con el sistema FTC, que los índices de alquitrán y nicotina asignados al cigarrillo “Advance” se derivan de análisis que se llevaron a cabo en el propio laboratorio de su productor, Chiletabacos S.A., bajo supervisión y control de su propio personal, pues el Instituto de Salud Pública solamente concluyó que el sistema utilizado era el “F.T.C.”, pero no certificó (ni pudo hacerlo) el procedimiento, el muestreo, ni menos los resultados obtenidos. También señalan que no es requisito de las pruebas FTC realizar muestreos por período de tiempo de 3, 4 o 6 meses y que una publicación de Chiletabacos sólo destaca que en un caso el muestreo consideró el tiempo señalado, sin que se tratara de un requisito perentorio e ineludible del sistema de análisis FTC.

Con estos antecedentes, la Comisión fijó como hecho sustancial, pertinente y controvertido la cantidad de nicotina y alquitrán que tienen los cigarrillos marcas Advance y Galaxy. Las partes deberían referirse a las mediciones, en cuanto les fuese posible, a las producciones de ambas marcas correspondientes a Agosto de 1986. Por imposibilidad de que el Ministerio de Salud pudiera realizar las mediciones referidas, las partes acordaron solicitar un peritaje y designar perito al señor Decano de la Facultad de Ciencias Químicas y Farmacéuticas de la Universidad de Chile, el cual debería ceñirse a las normas “F.T.C.” y a los puntos convenidos por ellas mismas.

Para realizar el peritaje se procedió a aplicar las normas de muestreo “F.T.C.” sobre la base de una sectorización representativa y estadísticamente válida de las ciudades de Temuco y Santiago, regiones geográficas de condiciones ambientales disímiles. En diversos puntos de venta directa al público, elegidos al azar dentro de los sectores, se adquirieron dos cajetillas de cada marca. El muestreo en Temuco se realizó durante la segunda semana de Abril, estando todos los cigarrillos de esta muestra fabricados durante el primer trimestre de 1987 (no había cigarrillos Advance producidos previamente en Temuco). El muestreo en Santiago se realizó durante la tercera semana de Agosto, correspondiendo sus cigarrillos a los fabricados durante el segundo trimestre de 1987.

Concluyó el peritaje que, sobre la base de la desviación standard de los resultados analíticos, los cigarrillos marca Galaxy presentaban una mayor variedad de los contenidos de nicotina y alquitrán que los cigarrillos Advance. Los contenidos de nicotina y alquitrán eran menores en los cigarrillos marca Galaxy que en los marca Advance, siendo ello válido

en todas las circunstancias de muestreo consideradas en el peritaje. Los contenidos de nicotina y alquitrán de los cigarrillos Advance no fueron fundamentalmente diferentes en las muestras tomadas en Temuco (primer trimestre) o en Santiago (segundo trimestre). Los contenidos de nicotina y alquitrán de los cigarrillos “Galaxy” muestreados en Temuco (primer trimestre) fueron levemente superiores a los muestreados en Santiago (segundo trimestre).

En base de los antecedentes previos, la Comisión Preventiva determinó que la publicidad comparativa es admisible siempre que cumpla con la condición de que sea veraz, objetiva, verificable, no engañosa y no tenga por objetivo desacreditar al competidor. Agregó que ello requiere que los productos que se comparan estén normalmente presentes en el mercado y que los análisis que sirven de base a la comparación hayan sido efectuados para todos los productos en iguales condiciones. Hizon también referencia a los requisitos de veracidad y de objetividad de la publicidad comparativa, recogidos de Gaete (1981), entendiéndose que:

“No podrá el anunciador, sin incurrir en responsabilidad, ponderar sus productos y exaltar las bondades de los mismos en relación con los de un competidor determinado, más allá de las cualidades que efectivamente tienen esos productos, sin perjuicio de las alabanzas inocuas que puedan quedar comprendidas dentro de un “dolo bueno”. De mismo modo, no podrá el anunciante atribuir a los productos del competidor respecto de quien se establece la comparación, deficiencias que ellos no presentan o tienen ni negarles atributos con que ellos son presentados y que efectivamente tienen.”

La exigencia de objetividad de la publicidad resulta, según la Comisión, necesaria para evitar la confusión, derivada de aspectos de ponderación de los productos que no salten a la vista o que sean difícilmente demostrables. Más precisamente, señaló que cuando existiera duda sobre la objetividad en la apreciación de una determinada calidad o atributo de un producto en relación con los de un competidor, la publicidad debe acompañar de algún tipo de encuesta que oriente al consumidor sobre la respuesta del público a los atributos en cuestión, impidiendo así cualquier confusión que pueda perjudicar al competidor más allá de las necesarias consecuencias de la publicidad veraz y objetiva.

Indicó que el hecho que los cigarrillos fueran productos difíciles de caracterizar, pues presentan condiciones de gran variabilidad en la composición de sus elementos, en términos tales que resultan diferentes no sólo entre cigarrillos de diversas cajetillas sino incluso entre los de una misma cajetilla, sin perjuicio, además, de la influencia que en tales características tiene el tiempo de elaboración y las condiciones ambientales del lugar geográfico en que se vendan o consuman y señaló:

“Que aunque ello resta seguridad a los elementos o cualidades de los cigarrillos que son objeto de la comparación, sin perjuicio de que, al confrontar la cantidad de nicotina y de alquitrán que ellos pueda tener, se estén dando, en buena fe y con apoyo en exámenes o análisis efectuados por instituciones conocidas y dedicadas a efectuar esos exámenes o análisis, cantidades que sean verdaderas en un momento y un lugar determinados y en relación con la muestra tomada al efecto, todo lo cual

permite concluir que si bien, respecto de estos productos, la publicidad comparativa es también aceptable, ella debería advertir sobre la relatividad de la confrontación, atendida la variabilidad que presentan sus elementos o características, u omitirla en lo tocante a los de mayor grado de variación.”

En base de lo señalado la Comisión objetó que el anunciante de la publicidad enmendara o tarjara, como lo hizo Fácil, las cantidades de nicotina y alquitrán de los cigarrillos “Advance”, anunciadas por Chiletobacos S.A., pues, por las razones señaladas:

“... en general, no resulta posible hacer afirmaciones categóricas sobre ese particular y en especial, porque si la comparación no puede ser sino relativa, si no se explica esta circunstancia, tal conducta puede estimarse denigratoria o dañina para el producto comparado y para la empresa que lo fabrica, incurriendo, en consecuencia, dicha publicidad en el descrédito del competidor”.

Dicho de otro modo, la publicidad comparativa tiene por finalidad destacar las bondades de un determinado producto, pero el éxito en la comparación no puede alcanzarse afirmando características del producto de competidor que no puedan demostrarse con una prueba irrefutable, lo que en el caso de los cigarrillos, por lo ya manifestado, no es posible. En el mejor de los casos, una publicidad tal no puede aceptarse como un medio de competencia.

Según la Comisión, el peritaje confirmó la dificultad de verificar los componentes de nicotina y de alquitrán que presentan los cigarrillos. El peritaje también habría servido para demostrar que la publicidad que hizo Fácil no fue veraz, esto es, cuando tarjó las cantidades de alquitrán y nicotina que Chletobacos S.A. indicaba según sus propias mediciones, pues las mediciones tenían gran variabilidad.

Las razones señaladas llevaron también a la Comisión a considerar inoficiosa la ampliación del peritaje. Así, dictaminó que la publicidad de Fácil, en cuanto procedió a tarjar los índices de nicotina y alquitrán de los cigarrillos marca “Advance” producidos por Chiletobacos S.A., reemplazándolos por otros que no son comprobables en forma fehaciente, atentaba contra la libre competencia, por lo que debía abstenerse de efectuar en el futuro y también, debía pagar los honorarios del perito. La Resolución fue pronunciada por la unanimidad de sus miembros.

3.6 Librerías Estado versus Artel

En diciembre de 1988, la Comisión Resolutiva resolvió un caso originado por la denuncia que Librerías Estado S.A. había formulado en contra de “Artel S.A.I.C.” (Librería Nacional). Ambas empresas tenían vigente un problema relativo al registro de marcas. Librerías Estado vendía gomas de borrar plásticas, protegidas con la marca registrada “526-50”. Por su parte, la compañía alemana Staedtler también vendía gomas de borrar plástica a través de Artel. Staedtler, que también quiso registrar la misma marca y con el mismo código, lo que la llevó a entablar una demanda de nulidad de la marca registrada “526-50”. Mientras el asunto no se dirimiera, la justicia estableció que el único que puede usar válidamente en Chile la marca “526-50” es Librerías Estado. En este estado de cosas,

Librería Nacional, en una de sus librerías, instaló en una pizarra un letrero con la siguiente leyenda:

“Advertencia a compradores y consumidores. La firma Staedtler Mars G.M.B.H. Cía. de Alemania Fed. advierte que se encuentra en el mercado una goma de borrar, que por su presentación y envase son confundibles con los afamados product. Staedtler Mars Plastic. Dichos productos no son fabricados por nuestra empresa Staedtler Nurenberg Alemania Federal... Cuidado con las Imitaciones”

Librerías Estado adhirió al mismo letrero dos gomas plásticas con su respectivo envase individual; una elaborada por Staedtler y la otra por Librería Estado S.A., ambas encerradas por un círculo, con la leyenda “Mars Plastic 526-50”, (goma Staedtler) e “Imitación”, para la goma de Librería Estado. A juicio del denunciante, la conducta de Artel interfería en un conflicto marcario, inclinándose por la posición de Staedtler, desprestigiando dolosamente la marca comercial registrada “526-50” y el producto elaborado por Librería Estado, con la finalidad de sacarlo del mercado.

El denunciante, con el propósito de acreditar que las gomas plásticas que se vendían en el mercado nacional eran de similares características en cuanto a dimensión, impresión, envases interior y exterior, colorido de envase, diagramación, colores y tamaño, acompañó cajas y algunas especies de las marcas “Lucero”, “Altoy” y “Lor”. Librería Nacional, por su parte, reconoció la efectividad de haber instalado el letrero. Justificó la instalación del letrero por los reclamos que recibió de clientes al detalle, quienes, creyendo que ambas gomas eran de la misma especie, le reclamaron por el mayor precio que cobraba su librería.

El Fiscal señaló en el informe para la Comisión que la única materia que podría afectar a la competencia decía relación con el letrero que Librería Nacional colocó en su local, mediante el cual comparó negativamente el producto elaborado o importado por la denunciante. A su juicio, esa conducta atentaría contra la libre competencia, ya que no le compete a un competidor emitir juicios sobre si un producto es o no imitación de otro.

Artel argumentó ante este informe que desde 1983 era uno de los principales distribuidores de los productos de Staedtler, Alemania Federal, y que las gomas de borrar representan un importante volumen de sus ventas. Que el prestigio que goza la empresa alemana a nivel mundial hace que sus productos sean imitados hasta sus más mínimos detalles por fábricas radicadas especialmente en Taiwan (e.g., Yu-Kuan Chemical Industry Corporation, y Dayacom Industrial Co. Ltd., ambos de Taipei, Taiwan). Que Staedtler produce la goma denominada “Mars Plastic” que, en el catálogo general de la firma, lleva el N° 526-50, o sea, el mismo número registrado como marca por el denunciante en el año 1986. La calidad de la goma Staedtler, así como su presentación y diseño, se encuentran acreditadas por más de cuarenta años en Chile. Señala también que no es efectiva una afirmación en cuanto a que Librería Estado sea la que fabrica la goma, pues es un revendedor del producto, introducido al país a principios de 1987, desde Taiwan (ello consta en la copia de los boletines de la Cámara de Comercio de Santiago, que acompaña). Argumenta que la goma importada por Librería Estado, salvo algunas diferencias que pasan inadvertidas para un observador corriente, es una copia exacta de la goma fabricada por “Staedtler” (la

Comisión dispuso de dos envases de 20 unidades cada uno y de sus respectivas gomas). No obstante, la goma alemana sería, a su juicio, manifiestamente superior a la de la denunciante y por ende se vende a un precio más elevado. El prestigio, calidad y superioridad de la goma alemana, habría sido, según la denunciada, demostrada por ensayos comparativos realizados por el Instituto de Investigaciones y Ensayo de la Universidad de Chile (IDIEM).

La similitud de las gomas produciría confusión en el público consumidor. Más aún, la goma “Mars Plastic” es solicitada generalmente por su código “526-50”, lo que habría originado reiterados reclamos de clientes, especialmente en razón del mayor precio. Ello justificaría, según la denunciada, que con el objeto de evitar la confusión instalara el letrero en que se funda la denuncia, y que se limitaba a advertir que la goma del denunciante, si bien es confundible, por su envase y presentación, con la fabricada por Staedtler, no es la misma. En otros términos, con el aviso de habría evitado una “imitación parasitaria”.

La resolución de la Comisión primeramente refutó una presumible mala intencionalidad de la denunciada, lo que si bien tiene importancia desde otro punto de vista, carece de ella en este trabajo. Yendo al fondo, señaló que el letrero colocado por Artel en el interior del Local tuvo por finalidad advertir que las gomas que comercializaba el denunciante son una burda imitación de las gomas fabricadas por Staedtler. Sostuvo que si bien no hay un reconocimiento explícito del denunciante, hay antecedentes para concluir que las gomas que comercializa Librería Estado son una imitación de las que fabrica Staedtler.

Con el mérito de lo anterior, y apreciando la prueba en conciencia, determinó que la conducta de Artel no podía ser reprochada, puesto que sólo tenía por finalidad advertir a su clientela de un hecho cierto, para precaverse de la confusión que implicaba el expendio, en un mismo mercado, de una goma casi idéntica a la comercializada por ella.

Sostuvo que si bien el problema marcario suscitado entre las partes a raíz del registro del N° 526-50 era ajeno a la competencia de la Comisión, hacía presente que fue la parte denunciante la que pretendió perturbar la transparencia del mercado al solicitar la inscripción, como marca, de un número de orden o código usado con anterioridad por la denunciada, en circunstancias que pudo recurrir a cualquiera otra identificación. La Comisión resolvió no pronunciarse por separado sobre las objeciones de ambas partes a los instrumentos acompañados, porque las objeciones se refieren exclusivamente al valor probatorio. En definitiva, la Comisión rechazó unánimemente la denuncia formulada Librerías Estado en contra de Artel S.A.I.C., en todas sus partes.

3.7 Atika S.A. versus Cerámicas Cordillera S.A.

El año 1992 la empresa Atika S.A. presentó una denuncia ante la Comisión Resolutiva en contra de la sociedad Cerámicas Cordillera S.A., por haber iniciado en Julio de 1991, una campaña publicitaria que afectaba y menoscababa los productos importados y comercializados, entre otros por Atika S.A. Esta tiene como giro la importación y comercialización de revestimientos cerámicos y en este mercado Cerámicas Cordillera S.A., es el principal fabricante de dichos productos. La publicidad efectuada por Cordillera apareció en distintos medios escritos en Julio y Agosto de 1991 y en ella

Cordillera imputaba a los productos importados carencias, desventajas y defectos, como por ejemplo que no tendrían de un stock suficiente de reposición; que no tendrían presencia en todo el país; que no serían durables y que no tendrían calidad.

Cordillera, por su parte, sostuvo que su publicidad se ajustaba a las reglas internacionales sobre la materia y a las vigentes en Chile y que su propósito habría sido defender las ventajas de la industria nacional e informar a los consumidores sobre algunos riesgos objetivos de las mercancías importadas. Que tratándose de importaciones de cerámicas extranjeras, la discontinuidad en su abastecimiento sería un hecho objetivo y fácilmente comprobable. Sostuvo que la publicidad impugnada no perseguía propósitos ofensivos ni tendía a eliminar la competencia del producto importado, ya que se refiere en forma genérica a las cerámicas importadas y no a productos específicos de determinados importadores.

Junto con Desmo S.A., que se hizo parte en la causa, Atika S.A. solicitó como medida precautoria que se prohibiese a la denunciada efectuar la publicidad comparativa, petición que no tuvo consecuencias porque Cordillera informó que había suspendido la publicidad en cuestión mientras no se resolviera la denuncia.

La Comisión Resolutiva dictó el auto de prueba fijándose dos hechos sustanciales controvertidos. El primero, si Cordillera S.A. causó perjuicios a las denunciadas y el segundo, si existían diferencias significativas entre la disponibilidad en el mercado para su reemplazo, entre los productos de las denunciadas y de la denunciada.

La Comisión en forma unánime mantuvo su juicio en el sentido que la publicidad comparativa es importante para una adecuada transparencia del mercado y para la debida información de los consumidores siempre que sea veraz, objetiva, y demostrable, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de los Organismos Antimonopolios, la doctrina, el Código de Ética Publicitaria de la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad (ACHAP), las instrucciones del Consejo Nacional de Televisión en materia de publicidad comercial televisiva y el Código Internacional de Práctica Publicitaria de la Cámara Internacional de Comercio.

En cuanto a las pruebas, consideró que quedó demostrado que Cordillera, en su publicidad, destacó las cualidades que tendrían los revestimientos cerámicos fabricados en Chile y publicitó los defectos o carencias que, en general, le atribuye a los productos cerámicos importados. Asimismo, que la denunciada había publicado una fotografía en la que aparece un diseño que corresponde a un determinado producto que comercializa Atika, destacando presuntos defectos en su comercialización, atendido su origen importado.

Consideró que la prueba rendida en cuanto al stock disponible de mercadería de las partes involucradas dejó en evidencia que no existían diferencias significativas entre la disponibilidad en el mercado, para su reemplazo, entre los productos de las denunciadas y los de la denunciada y que esta última ha estado efectuando importaciones de cerámicas desde Argentina y Brasil, lo que demuestra que también aprecia los productos importados aunque no los publicite como tal.

En base de ello, sostuvo que la publicidad efectuada por Cordillera tendía a desprestigiar los productos de sus competidores y que no reunía los requisitos para que fuera legal, por lo que la denunciada no podría reanudarla. Como Cordillera voluntariamente había cesado la publicidad cuestionada, en tanto la Comisión resolvía el asunto, no fue posible probar el perjuicio que habrían experimentado las denunciadas en el breve lapso en que tuvo lugar dicha publicidad. Con ello, la Comisión no estimó necesario imponer una multa a la denunciada.

4. Conclusiones

Existe un debate en torno a la efectividad de la publicidad comparativa. Vertientes conceptuales - académicas por una parte le atribuyen mínimos efectos desde la perspectiva del marketing (aumento de las ventas) y efectos negativos por la vía de confundir a los consumidores. Otras, argumentan que los efectos son positivos en materia de ventas y, más importante, que suele ser un medio crucial para reducir las barreras a la entrada y permitir el ingreso de participantes, especialmente cuando quien la realiza, tiene una baja participación de mercado.

Sin embargo, las consecuencias de cada una de estas interpretaciones, desde la perspectiva de la regulación, no son simétricas. Regular y específicamente, limitar la publicidad comparativa porque no aumenta las ventas no tiene ningún sentido, mientras que puede causar daño si es que aumenta las ventas. En cuanto a los efectos negativos que pudiera tener la publicidad comparativa, ellos no quedan claramente establecidos en la literatura y más bien se asocian a generalidades que no tienen una base sólida en cuanto a este eventual efecto. De hecho, gran parte de la crítica a la publicidad se relaciona con el daño que se le puede producir a los rivales. Desde luego, la competencia produce daño a los rivales, por lo que ello, el argumento por si solo no tiene contenido como crítica.

Lo anterior no quiere decir que la publicidad comparativa no pudiera crear confusión, inducir a error, o ser negativa socialmente. El punto es que la publicidad comparativa se suele limitar en base de suposiciones o ideas que están muy lejos de ser probadas. Más aún, aceptando que efectivamente ella pudiera provocar daño, debe aceptarse también que la probabilidad que implique beneficios es alta, por lo que un cambio de política, hacia una actitud sustancialmente más tolerante, pudiera ser conveniente. Nuestras recomendaciones siguen esta idea, pero en base de un criterio simple, fácil de aceptar y no discriminatorio en relación con la publicidad general.

La fuerte limitación a la publicidad comparativa en Chile, como en otros países, obedece al menos a tres razones que se mezclan y en conjunto, la llegan a impedir. En primer lugar, y como señalábamos, por la incorporación de conceptos equívocos, como deslealtad, que hacen difícil para quien la realiza superar las pruebas en contrario que se le pueden exigir. En segundo lugar, a quien efectúa publicidad comparativa se le suelen imponer altísimos estándares de prueba. En tercer lugar, la falta de precisión del ámbito de la norma hace que, al menos parte de ella, radique su aceptabilidad en los organismos gremiales de autorregulación.

Los tres elementos son parte importante de las causas de la limitación señalada. En cuanto al primero, se requiere precisar el objetivo de la norma para comprender que ella sólo obstaculiza buenas prácticas. Deslealtad, desprestigio, como conceptos en el ámbito de la competencia, carecen de sentido económico. Es que si se desprestigia a un producto en base de la mentira, existe legislación precisa en el Código Civil que resuelve el problema (ver artículo del Código). Por su parte, desde la perspectiva de la competencia, cuando una empresa innova, puede generar un desprestigio de otro producto y ello es perfectamente válido e incluso positivo desde la perspectiva de la destrucción creativa de Schumpeter. Para mayor claridad, un producto puede ganar participación y mercado en base de falsedades o ilusiones, lo que deteriora la posición del resto. Ello, que es un desprestigio económico, no es considerado desleal, y la verdad, es que no tiene ninguna diferencia.

La diferencia desde el punto de vista económico, de la competencia, pudiera ser que a la publicidad comparativa engañosa se le puede concebir como un medio fácil y por ende desleal, de ganar participación, mientras que a la innovación, sería una forma legítimamente ganada, por el esfuerzo que involucra. Si ello tiene sentido, entonces debieran exigírsele los mismos estándares de veracidad a la publicidad general que a la comparativa. Esta es una recomendación que no surge del objetivo de hacer más difícil a la publicidad general, sino que para bajar la exigencia a la publicidad comparativa. Es que si se hicieran análogas las exigencias de veracidad y no engaño a Marlboro, significaría demostrar que quienes fuman Marlboro se sienten efectivamente más libres, y a quienes usan Axe, que seducen más fácilmente.

La veracidad en la publicidad comparativa está acotada desde el punto de la competencia mucho después de lo que está en el Código Civil. Es ahí donde el requerimiento de veracidad tiene su efecto. Desde el punto de vista de la publicidad comparativa, cuan cierto es que un determinado aislante sea más seguro que otro. Lo que importa, es quien lo dice. Debiera bastar que quien realiza la publicidad indique que lo que dice lo certifica el DUCTUC, el IDIEM, el actor tal o aquel que viste traje de médico, para que no haya posibilidad de reclamo desde la perspectiva de la competencia. Los consumidores ponderarán qué importancia tiene cada organismo o personaje “certificador”.

Por último, el rol de los organismos de autorregulación debe ser severamente limitado en esta materia, puesto que es particularmente poco probable que ellos tengan una visión pro competitiva. La publicidad comparativa se suele colgar de la imagen construida por empresas, imagen que suele haber sido ayudada a construir por empresas de publicidad. Por ello, campañas e incluso publicidad que dañe esa construcción suele ser resistida por esos grupos. Consecuentemente, resulta sano para el desarrollo de la publicidad comparativa, que los organismos de autorregulación no determinen ni acoten su funcionamiento y en particular, que aquellos antimonopolio no permitan a ellas impongan restricciones que tengan una naturaleza diferente a las restricciones que se imponen a cualquier tipo de publicidad.

Referencias

- Aluf, Y. y Shy, O. (2001) "Comparition-Advertising and competition" University of Hifa.
- Barigozzi, F., Garella, P. y Paitz, M. (2002) "With a little help from my enemy: Comparative advertising" Universidad de Bologna y Universidad de Frankfurt. <http://www.dse.unibo.it/wp/441.pdf>
- Belch, G. (1981) "An examination of comparative and non comparative Television commercials: The effects of claim variation and repetition on cognitive response and message acceptance" *Journal of marketing research*, 18 (august), 333-349.
- Carpio, M. (s/d) "La competencia desleal y sus efectos sobre la dinámica del mercado" *Boletín Latinoamericano de competencia*, Venezuela. 118-127.
- Decreto ley N° 211, de 1973
- Donthu, N. "Comparative advertising Intensity" *Journal of advertising research*, 1992, 32 (November-December), 53-58.
- Federal Trade Commission (1979): "Statement of policy regarding comparative advertising", Washington, D. C.
- Gaete, S. (1981): "Aspectos Legales de la Publicidad Compartiva", *Boletín de Investigaciones*, año X, N° 50, Diciembre.
- Greendhalgh, L y Bazerman, M. (s/d) "Comparative Advertising, General information" Public domain exercise distributes by DRRC.
- Grewal, D. et al. "Comparative versus non comparative Advertising: A meta analysis" *Journal of Marketing*, 1997, 61 (October), 1-16.
- Onkvisit, S., Combs, H. y Shaw J. (2002) "Comparative Advertising: A typology and research issues" San Jose State University andd Providence Collegue.
- Manning, K. et al. "Understanding the mental representations created by comparative advertising" *Journal of advertising*, 2001, 30 (summer), 27-39.
- Miniard, P., Randall R., Barone, M., Manning, K. (1993) "On the need of relative measures when assessing comparative advertisingeffcts" *Journal of advertising*, 22 (September), 41-57.
- Muthukrishnan, A., Warlop, L. y Alba, J. (2001) " The piecemeal approach to comparative advertising" *Marketing letters* 12:1, 63-73

Ok Jeong, J. y Beatty, S. (s/d) "A cross-cultural investigation of the relative effectiveness of comparative advertising" Universidad nacional Pukyong y Universidad de Alabama.

Pachmann, C. y Stewart, D. (1990) "The effects of comparative advertising on attention, memory, and purchase intentions" Journal of consumer Reserch vol. 17, (September), 180-191.

Pechmann, C y Ratneshwar (1991) "Thae use of comparative Advertising for brand positioning: Assosiatin versus differentiation" Journal of consumer research, 18 (September), 145-160.

Sorescu, A. y Gelb, B. "Negative comparative advertising: Evidence favoring fine-tuning" Journal of advertising, 2000, 29 (Winter), 25-40.

Wilkie, W. y Farris P. (1975) "Comparition advertising: Problems and potentials" Journal of marketing, 7-15.

Zhang, S., Kardes, F. y Cronley, M. (2002) "Comparative advertising: Affects of structural alignability on target bran evaluations" Journal of consumer psychology, 12(4), 303-311.