

PAULINA CASSONI BOGGIO

Estudiante de tercer año de abogacía en la Universidad de Montevideo, Uruguay

paulinacassoni@outlook.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4276-2295>

Recibido: 28/04/2022 - Aceptado: 20/05/2022

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Cassoni Boggio, Paulina (2022). La publicidad comparativa en el Derecho uruguayo y en el español, con especial referencia al carácter psicológico o emocional. *Revista de Derecho*, 21(41), 253-273. <https://doi.org/10.47274/DERUM/41.9>

La publicidad comparativa en el Derecho uruguayo y en el español, con especial referencia al carácter psicológico o emocional

253

Resumen: La publicidad comparativa es un medio legítimo para informar a los consumidores de las ventajas que presentan los productos o servicios ofrecidos frente a la competencia. Pese al rechazo inicial, la tendencia actual es a favor de esta clase de publicidad. Sin embargo, para proteger al consumidor, se han impuesto limitaciones a la publicidad comparativa. Tanto en Uruguay como en España existen normas que establecen requisitos para permitir la publicidad comparativa. En ambos ordenamientos se exige veracidad y objetividad en la información y la comparación. No obstante, hay un requisito en el que difieren. La ley uruguaya prohíbe expresamente que los datos comparados sean de carácter psicológico o emocional, mientras el ordenamiento español nada dice al respecto. El trabajo analiza el alcance de dicho requisito.

Palabras Clave: Publicidad, publicidad comparativa, Ley de relaciones de consumo, Uruguay, España, carácter psicológico o emocional.

Comparative advertising in Uruguayan and Spanish law, with special reference to its psychological or emotional character

Abstract: Comparative advertising is a legitimate means for informing consumers about the advantages that the products or services offered in comparison with the competition. Despite the initial rejection, the current trend favors this kind of advertising. Nonetheless, to protect consumers, limitations have been imposed on comparative advertising. Both in Uruguay and Spain legal provisions establish requirements to allow comparative advertising. In both legal systems, truthfulness and objectivity in the information and comparison are required. However, there is one requirement on which they differ. Uruguayan law expressly prohibits that the data compared be of a psychological or emotional nature, while the Spanish law is silent on this matter. This paper analyzes the scope of this requirement.

Key Words: Advertising, comparative advertising, consumer protection law, Uruguay, Spain, psychological or emotional character.

254

Publicidade Comparativa na Lei Uruguaia e na Lei Espanhola, com Especial Referência ao Caráter Psicológico ou Emocional

Resumo: A publicidade comparativa é um meio legítimo de informar os consumidores sobre as vantagens dos produtos ou serviços oferecidos face à concorrência. Apesar da rejeição inicial, a tendência atual é a favor deste tipo de publicidade. No entanto, para proteger o consumidor, foram impostas limitações à publicidade comparativa. Tanto no Uruguai como em Espanha existem normas que estabelecem requisitos para permitir a publicidade comparativa. Em ambos os ordenamentos se exige veracidade e objetividade na informação e na comparação. No entanto, há um requisito no qual diferem. A lei uruguaia proíbe expressamente que os dados comparados sejam de caráter psicológico ou emocional, enquanto o ordenamento espanhol nada diz a respeito. O trabalho analisa o alcance desse requisito.

Palavras – Chave: Publicidade, publicidade comparativa, lei de relações de consumo, Uruguai, Espanha, caráter psicológico ou emocional.

1. Introducción

La publicidad comparativa es un medio legítimo por el cual un comerciante puede informar a sus consumidores sobre las ventajas de su producto. Hasta fines del siglo XX, esta publicidad era ilícita en países como Italia y Francia (Larrañaga y Gamarra, 2009, pp. 717 – 728). No obstante, el uso de esta figura se ha vuelto aceptable y más común estas últimas décadas. La normativa actual tiende a imponer una serie de requisitos para el uso lícito de la publicidad comparativa.

Dado que la regulación comercial uruguaya recurre como fuente al Derecho europeo y en particular al español por motivos históricos y culturales, en este trabajo se comparará la normativa nacional con la española haciendo énfasis en sus requisitos de licitud. Ambos ordenamientos buscan asegurar la objetividad y veracidad de la comparación y la información en que ésta se basa. Si bien la normativa es similar, la española establece exigencias que refieren a la comparación en su conjunto y describe situaciones en que no es admisible la comparación, permitiendo identificar los requisitos exigidos y los supuestos no permitidos con mayor claridad. El artículo 25 de la Ley N° 17.250 que regula la publicidad comparativa en Uruguay no logra la misma precisión que el artículo 10 introducido por la Ley 29/2009 que modifica la Ley de Competencia Desleal de España. Otro aspecto en el que difieren es que la norma uruguaya exige expresamente que los datos en que se basa la comparación no sean de carácter psicológico o emocional, mientras la ley española no menciona dicho carácter.

A través de un análisis comparativo de la normativa mencionada se pretende entender el fundamento detrás de sus requisitos para contribuir a una interpretación más adecuada de los límites de la publicidad comparativa permitida. Partiendo de que los requisitos apuntan a la defensa del consumidor y de la libre competencia, se intentará determinar el alcance de las exigencias impuestas a la publicidad comparativa.

1.1 Noción de publicidad comparativa

La publicidad comercial es un medio eficaz de promover el consumo de determinados bienes y servicios frente a otros que satisfacen la misma necesidad. En el estudio de la publicidad, el enfoque tradicional hizo énfasis en la publicidad sugestiva, que brinda poca información al consumidor y trata de exagerar la imagen del producto para fortalecer su reputación. Una visión más moderna de la publicidad pone el foco en su función informativa. La publicidad no sólo busca persuadir al consumidor, sino que también comunica información veraz sobre el producto o servicio (Gutiérrez Sanjuán, 2003).

La publicidad comparativa es un medio legítimo para informar al consumidor sobre las ventajas de un producto frente a su competencia. Es una comparación informativa, directa o indirecta, que alude al competidor (Diez Canseco Núñez, 1991). Existe comparación no sólo cuando se confrontan marcas, productos, servicios o establecimientos de forma expresa, sino que también hay comparación cuando estos no son señalados de forma explícita, pero pueden ser identificados por el consumidor (Bugallo, 2017). Esta clase de publicidad es positiva para el mercado en tanto brinda más información a los consumidores, que se benefician de la libre competencia. La publicidad comparativa es conveniente porque le permite al consumidor identificar las ventajas y desventajas de

los productos y servicios ofrecidos. Esta publicidad motiva a los competidores a mejorar sus productos (Gutiérrez Sanjuán, 2003).

La campaña de la marca española DON SIMON es un claro ejemplo de la función informativa de la publicidad comparativa. La estrategia de marketing de DON SIMON se ha basado en transmitir la calidad de sus bebidas y sus ventajas frente a la competencia. La publicidad se ha convertido en uno de los pilares más importantes de la empresa (García-Carrión, s.f.). La campaña publicitaria de 2007 de zumo exprimido de naranja comparaba el zumo de la empresa española Calidad Pascual S.A.U. con el zumo DON SIMON. En los anuncios se comparaban datos objetivos: el zumo DON SIMON se transportaba en frío y no tenía azúcares agregadas, mientras el zumo de la otra marca se transportaba a temperatura ambiente y tenía azúcar agregada. Los videos de la campaña publicitaria siguen subidos a la página de la marca DON SIMON hasta el día de hoy (García-Carrión, s.f.).

De regla, la publicidad comparativa es lícita. Sin embargo, esta licitud depende de requisitos que pueden dividirse en generales y específicos. Los primeros refieren a la lealtad y la veracidad. La publicidad no debe ser contraria a las buenas costumbres y a la buena fe. Los requisitos específicos refieren a la información que contiene la publicidad. Los datos presentados deben ser comprobables (Diez Canseco Núñez, 1991). Los requisitos de la publicidad comparativa refieren a los extremos a comparar. Dichos requisitos suelen exigir que la comparación refiera a características esenciales, afines y objetivamente demostrables. Además, los extremos a comparar deben ser análogos. Por ejemplo, no se debería contrastar la comodidad interior de un vehículo con la velocidad de otro porque estas características no son comparables (Bugallo, 2017).

256

La función informativa de la publicidad comparativa y la ilicitud de aquella que por no informar de manera veraz deviene prohibida, quedan de manifiesto en casos como el de la Sentencia 48/03 de fecha 16 de junio de 2003 del Juzgado Letrado en lo Civil de 14 Turno. Esta sentencia uruguaya versa sobre una publicidad del producto PURA VIDA denominado “símil mayonesa” (sin aceite y sin huevo), pero que promociona al producto describiéndolo como “la primera mayonesa de soja 100% uruguaya”. La parte actora (dueña del producto ADES) sostuvo que la tabla comparativa publicada en El Observador que contrastaba los valores de calorías, lípidos, proteínas, glúcidos y colesterol del producto PURA VIDA común con los de “OTRAS” común era una publicidad comparativa ilegítima. “OTRAS” podía hacer referencia a otras mayonesas (producto no comparable con el de la demandada dado que son productos de diferente naturaleza) o a otras salsas a base de soja, haciendo referencia directa a la actora que es la única otra empresa que vende salsa derivada de soja (en tal caso la información sería falsa dado que no son los valores del producto ADES). La sentencia considera que se constituyó un caso de publicidad comparativa denigratoria producida por el menoscabo al producto mayonesa en tanto se lo compara con un producto totalmente diferente en composición y calidad (Pereira y Berdaguer, 2006). Dado que los extremos de la comparación no eran análogos o la información presentada no era veraz esta publicidad no cumplió con su función informativa y no cumplió con los requisitos necesarios para ser lícita.

La publicidad comparativa debe ser veraz. No puede ser desleal o engañosa. El concepto de deslealtad es difuso y puede variar con el tiempo. Por ende, la doctrina y el Derecho comparado han consagrado algunos supuestos típicos de deslealtad. Uno

de ellos es la publicidad comparativa que contiene denigración o que tiene un tono que degrada el producto o servicio de la competencia. La publicidad se suele considerar desleal cuando aparecen comentarios de naturaleza personal que no están vinculados con el negocio, cuando sólo se mencionan las desventajas y los riesgos del producto del competidor, cuando se difama, cuando se apela a las emociones o cuando se hacen evaluaciones subjetivas (Diez Canseco Núñez, 1991).

1.2 Evolución de la publicidad comparativa

La publicidad comparativa es el acto de hacer públicas ciertas características de un producto o servicio y su competencia. Como explica Dora Szafir, existen regímenes jurídicos que no definen el concepto de publicidad (como el uruguayo) y otros que lo hacen estableciendo leyes específicas en torno a su regulación (como en el caso de España y la Ley General de Publicidad de 1988). La publicidad comparativa es una clase de publicidad que ha sido muy cuestionada, pero que después de gran discusión ha comenzado a ser aceptada con ciertas limitaciones. Inicialmente, en Francia, este tipo de publicidad fue considerada desleal aun cuando su contenido fuera verdadero. Dicha prohibición se mantuvo hasta 1992. Sin embargo, la tendencia actual es permitir la publicidad comparativa objetiva que no configure un supuesto de abuso o engaño (Szafir, 2009). La Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, define la publicidad comparativa como una “manera legítima de informar a los consumidores de las ventajas que pueden obtener”.¹

Sin perjuicio de antecedentes históricos más remotos, esta clase de publicidad se popularizó en Estados Unidos en la segunda mitad del siglo XX a partir de su reconocimiento normativo. La legalización de la publicidad comparativa fomentó su utilización. La Comisión Federal de Comercio declaró que el uso de publicidad comparativa veraz no debería ser restringido (Federal Trade Commission, 1979). Esta tendencia que se inició en Estados Unidos se ha difundido a otros países, comenzando por los del continente europeo. Es entonces que surge la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, que modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa. En el siglo XXI, la publicidad comparativa se ha vuelto más frecuente en países como China e India (Kalro, Sivakumaran, y Marathe, 2017). Incluso ha ingresado en el panorama latinoamericano. En 2015, el Consejo de Autorregulación Publicitaria de Argentina emitió una serie de recomendaciones respecto del uso de la publicidad comparativa. En el documento se reconoce el auge de la publicidad comparativa en Argentina y en la región (Consejo de Autorregulación Publicitaria, 2015). Si bien, esta publicidad no es común en Uruguay, es prudente regular la cuestión ya que es una herramienta que podría volverse popular en cualquier momento.

En principio, la publicidad comparativa se considera lícita. Sin embargo, para evitar que una comparación poco honesta engañe al consumidor, su uso suele ser limitado por normas de rango legal. En Uruguay, la publicidad comparativa es regulada por el

1 La Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, establece: *Considerando lo siguiente: (...) (8) La publicidad comparativa, cuando compara aspectos esenciales, pertinentes, verificables y representativos y no es engañosa, es una manera legítima de informar a los consumidores de las ventajas que pueden obtener. Es deseable establecer un concepto amplio de la publicidad comparativa a fin de abarcar todas las formas de este tipo de publicidad.*

artículo 25 de la Ley N° 17.250 de relaciones de consumo (defensa del consumidor).² Esta norma tiene similitudes con el artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal de España, que establece los requisitos de la publicidad comparativa permitida.³

1.3 Importancia de una regulación adecuada de la publicidad comparativa

La comparación publicitaria se ha vuelto más popular, siendo más manejada en Estados Unidos y en países donde se producían refrescos Coca-Cola y Pepsi-Cola. A fines del siglo pasado se lanzó una campaña publicitaria en diferentes países llamada “Desafío Pepsi”. Se daban a probar dos vasos sin identificación para que el consumidor elija el sabor que más le haya gustado y así poder determinar porcentajes de preferencia. La licitud de esta publicidad fue cuestionada ante los tribunales de algunos países (Szafir, 2009). Dada la popularización y aceptación que ha comenzado a recibir la publicidad comparativa, es necesario darle un marco legal apropiado a efectos de su categorización.

Para proteger al consumidor de forma efectiva es conveniente determinar de manera clara el límite entre la publicidad comparativa permitida y la prohibida. La publicidad comparativa prohibida es una forma de competencia desleal. Según Aurelio Menéndez, el Derecho de competencia desleal busca establecer deberes objetivos de abstención, reglas objetivas de conducta (Menéndez, 1988). Para ello, se requiere una normativa clara que disponga las conductas prohibidas. Esto resulta notorio a la luz de casos en que la ausencia de normativa precisa permite que se vulneren los derechos del consumidor pese a la intervención de los tribunales.

Un ejemplo de lo anterior es el caso argentino “Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. c/ C.A.S.A. Isenbeck s/ medida cautelar” en que la parte demandada, pese a que el Tribunal ordenó el cese de los anuncios, continuó emitiendo avisos publicitarios similares a los denunciados. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. (en adelante “Quilmes”) demandó a Cervecería Argentina Sociedad Anónima Isenbeck (en adelante “Isenbeck”) en 2004 por emitir anuncios publicitarios que comparaban los productos.⁴ La publicidad basaba su comparación en información subjetiva que no es pasible de comprobación. Uno de los anuncios refería al producto de Quilmes como “la cerveza que toma la mayoría” y luego describía el producto de Isenbeck como “la mejor cerveza”. En Argentina no existía ninguna disposición que prohibiera expresamente la publicidad

2 El artículo 25 de la Ley N° 17.250 dice: *Artículo 25. La publicidad comparativa será permitida siempre que se base en la objetividad de la comparación y no se funde en datos subjetivos, de carácter psicológico o emocional; y que la comparación sea pasible de comprobación.*

3 El artículo 10 introducido por la Ley 29/2009 que modifica la Ley de Competencia Desleal dice:
Artículo 10. Actos de comparación.

La comparación pública, incluida la publicidad comparativa, mediante una alusión explícita o implícita a un competidor estará permitida si cumple los siguientes requisitos:

- a) *Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades.*
- b) *La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio.*
- c) *En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación.*
- d) *No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.*
- e) *La comparación no podrá contravenir lo establecido por los artículos 5, 7, 9, 12 y 20 en materia de actos de engaño, denigración y explotación de la reputación ajena.*

4 Muchos de los anuncios pueden encontrarse en línea. Refugiодementes. (17 de enero de 2012). *La saga de Isenbeck* [Archivo de video]. Youtube. Recuperado el 22 de enero de 2022 a partir de https://www.youtube.com/watch?v=aijY4-SakV4&t=1s&ab_channel=Refugiодementes

comparativa (O'Farrell, 1995) hasta el 2019⁵. Por lo tanto, se debió recurrir a jurisprudencia y doctrina. El tribunal consideró que la publicidad denunciada buscaba persuadir acerca de la inferioridad del producto de Quilmes. Se determinó que la publicidad comparativa que, de regla, es lícita, no lo era en este caso por razones marcarias. La utilización de la marca ajena y el presunto daño producido al actor condujeron al tribunal a fallar a favor de Quilmes. Sin embargo, Isenbeck continuó emitiendo publicidad que aludía a su competidor, evadiendo las prohibiciones con cambios sutiles en la campaña publicitaria. En segunda instancia se entendió que no hubo denigración, pero se mantuvo la multa impuesta a Isenbeck por no cesar la difusión. Isenbeck emitió nueva publicidad comparativa sin tener que probar la veracidad de los datos comparados. Esto fue posible debido a la falta de regulación apropiada.

En el caso referido, se podría llegar a argumentar que los derechos del consumidor fueron vulnerados. Para determinar si dicha publicidad afecta los derechos del consumidor es necesario distinguir entre los supuestos de exageración publicitaria con un núcleo verdadero (Lema Devesa, 2007) y los de publicidad comparativa desleal. Cualquier consumidor es capaz de entender que el aviso era una publicidad que buscaba promocionar determinado producto. Sin embargo, se podría afirmar que la campaña publicitaria inducía al consumidor a error por fundar su comparación en información subjetiva cuya veracidad o falsedad no puede comprobarse. He aquí la importancia de una regulación clara que proteja de forma efectiva al consumidor. Es por lo expuesto que se intenta asegurar la mayor claridad posible en los requisitos de la publicidad comparativa permitida.

1.4 Caracterización de la publicidad comparativa

La publicidad comparativa, como es de esperarse, se caracteriza fundamentalmente por la comparación. Se presentan datos de un producto o servicio en contraste con su competencia. Es una publicidad informativa. Al cumplir con los requisitos establecidos por la ley, hoy en día, se entiende que es lícita. Para algunos autores, la publicidad comparativa también se caracteriza por su finalidad persuasiva, mientras otros sostienen que es razonable prohibirla cuando su único objetivo es la declaración de la superioridad de un producto sobre otro (Szafir, 2009).

La publicidad comparativa confronta o coteja dos o más productos o servicios destinados a la misma clientela, contrastando sus características esenciales. Se comparan precios y actividades de un proveedor con los de la competencia (Larrañaga y Gamarra, 2009, pp. 717 – 728). La publicidad comparativa se caracteriza por identificar explícita o implícitamente a uno o varios competidores o a los bienes y servicios de la misma naturaleza ofrecidos por uno o más competidores. Se comparan productos o servicios individualizados o individualizables por su nombre o por su marca (Rippe y Germán, 1999). Se presenta información de los productos o servicios para colocar al consumidor en mejor posición para que decida cuál se ajusta a sus necesidades (Larrañaga y Gamarra, 2009, pp. 717 – 728). La publicidad comparativa también se caracteriza por ser informativa, se brinda información y datos al consumidor.

5 En 2019 cambia la situación argentina con el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 274/2019, por medio del cual se establece el nuevo régimen de Lealtad Comercial.

Esta publicidad tiene por finalidad mostrar a los consumidores que el anunciante presenta algún beneficio o ventaja que sus competidores no tienen (Venturini, 2000, pp. 733 – 741). Esta característica no es compartida por algunos autores. Szafir sostiene que la función de la publicidad comparativa es informativa y que es razonable prohibirla cuando su único objetivo es la declaración de superioridad de un producto sobre otro (Szafir, 2009). De todas formas, no es posible equiparar la declaración de superioridad con la denigración si la primera se funda en datos veraces y comprobables. Tal como señala la doctrina y jurisprudencia española, es admisible la llamada “exceptio veritatis” que consiste en tolerar el descrédito al competidor cuando la información presentada es veraz (Tapia Hermida, 1997, pp. 14.347 – 14.364).

La publicidad comparativa es lícita. Esto ha sido tema de discusión en doctrina. Se han manejado argumentos en contra como que la finalidad de la comparación siempre es desleal en tanto busca rebajar la calidad o utilidad de un producto ajeno. Garrigues afirma que, aunque se base en hechos ciertos, la comparación en esta clase de publicidad implica una denigración implícita (Garrigues, 1978). Se ha dicho que la publicidad comparativa es una hipótesis de “competencia parasitaria” por basarse en la alusión a competidores, y que refleja una verdad parcial e incompleta dado que se escogen los puntos favorables para la comparación (Rippe y Germán, 1999). No obstante, otros autores defendieron la licitud señalando que no toda la publicidad comparativa tiende a rebajar la calidad del producto ajeno, que la superioridad de un competidor poco conocido no significa que se esté explotando el prestigio de una marca ajena y que todas las publicidades reflejan verdades parciales. La denigración no se produce por comparar, sino por inducir al consumidor a error (Rippe y Germán, 1999).

Pese al rechazo inicial, actualmente es prácticamente unánime la postura de que la publicidad comparativa es lícita siempre que cumpla con ciertos requisitos. Algunos de los más comunes son los que surgen de la Directiva de la Unión Europea sobre Publicidad Engañosa y Comparativa (Favier Dubois, Tajan, Coloma, Martínez Medrano, y Vítolo, 2008). Las condiciones de la Directiva exigen que no sea engañosa ni confusa y refieren a la objetividad de la comparación.⁶

6 El artículo de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, establece lo siguiente: *Artículo 4 La publicidad comparativa, en lo que se refiere a la comparación, estará permitida cuando cumpla 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);*
- b) que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad;*
- c) que 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;*
- d) que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor;*
- e) que se refiera en cada caso, en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación;*
- 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;*
- 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.*

2. Comparación entre el Derecho uruguayo y el español

Tanto en Uruguay como en España, la publicidad comparativa es lícita cuando cumple con los requisitos legales. La normativa de estos países exige que la comparación sea veraz, objetiva y verificable. Si bien la regulación de ambos países es muy similar, difieren en ciertos aspectos. El artículo 25 de la Ley N° 17.250 de Uruguay se centra en los datos en que se basa la comparación, mientras que el artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal de España se enfoca en la comparación en su conjunto. La norma nacional requiere que los datos sean objetivos y la española exige que la comparación cumpla con condiciones más concretas.

Los dos ordenamientos admiten la licitud de la publicidad comparativa en tanto se base en datos objetivos y comprobables. El fundamento de ambas normas parece ser el mismo: la protección del consumidor. En Uruguay la Ley N° 17.250 establece en su título que busca la defensa del consumidor. De forma similar, en España se describe la Ley 29/2009 como aquella por la cual se “modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios”. Anxo Tato Plaza señala que, en el ámbito de la publicidad comparativa, es admisible ignorar los intereses de los competidores de un empresario “cuando la comparación, por su contenido informativo, favorezca los intereses de los consumidores” (Tato Plaza, 1996, p. 221).

2.1 Noción utilizada en cada norma

El ordenamiento uruguayo no define el concepto de publicidad, mientras la Ley General de Publicidad de 1988 de España define la publicidad como “Toda forma de comunicación” que busca “promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.⁷

Más allá de que no exista una definición legal de publicidad en el Derecho uruguayo, la Ley N° 17.250 realiza ciertas referencias que dan a entender que la noción que tenía en mente el legislador uruguayo era similar a la española.⁸ En ambos ordenamientos se entiende que existe una transmisión o comunicación de información destinada a los consumidores.

La publicidad comparativa no es definida con precisión en ninguno de los dos ordenamientos. No existe una definición legal en el Derecho uruguayo. La definición legal

7 El artículo 2 de la Ley General de Publicidad de 1988 dice: *Artículo 2. A los efectos de esta Ley, se entenderá por:*
– *Publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.*

– *Destinatarios: Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance.*

8 El artículo 24 de la Ley N° 17.250 dice: *Artículo 24*
Toda publicidad debe ser transmitida y divulgada de forma tal que el consumidor la identifique como tal.
Queda prohibida cualquier publicidad engañosa.

Se entenderá por publicidad engañosa cualquier modalidad de información o comunicación contenida en mensajes publicitarios que sea entera o parcialmente falsa, o de cualquier otro modo, incluso por omisión de datos esenciales, sea capaz de inducir a error al consumidor respecto a la naturaleza, cantidad, origen, precio, respecto de los productos y servicios.

española⁹ era demasiado amplia dado que no aclaraba que en la publicidad comparativa se menciona a la competencia para comparar los productos o servicios. Dicha definición, según la doctrina mayoritaria, fue derogada por la Ley 29/2009 (Pedreira, 2018). Más allá de la ausencia de definiciones legales expresas, se entiende que la publicidad comparativa es, en ambos ordenamientos, un medio para comunicar información que se basa en la comparación de dos productos o servicios que compiten en un mismo mercado.

2.2 Requisitos de la publicidad comparativa en Uruguay

El artículo 25 de la Ley N° 17.250 dispone que “La publicidad comparativa será permitida siempre que se base en la objetividad de la comparación y no se funde en datos subjetivos, de carácter psicológico o emocional; y que la comparación sea pasible de comprobación”. De esta forma, el artículo prohíbe la publicidad comparativa que no cumpla con los requisitos dispuestos. De manera esquemática, podría afirmarse que sólo está permitida la publicidad comparativa cuando cumple con las siguientes condiciones:

- a) Estar basada en la objetividad de la comparación;
- b) Estar fundada en datos que no sean subjetivos;
- c) Estar fundada en datos que no sean de carácter psicológico o emocional;
- d) Ser pasible de comprobación.

Dichos requisitos, siguiendo la clasificación de Diez Canseco Núñez, funcionario en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, pueden clasificarse en generales y específicos (Diez Canseco Núñez, 1991). El primer requisito puede considerarse general dado que refiere a la lealtad y la veracidad. Si la publicidad se basa en una comparación que no es objetiva, entonces resulta contraria a las buenas costumbres y a la buena fe. En tal caso, la publicidad deja de ser informativa. Por otro lado, los demás requisitos pueden considerarse específicos porque refieren a los datos contenidos en la publicidad. Éstos deben ser comprobables. Los datos no pueden ser subjetivos o de carácter psicológico o emocional.

262

9 El artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal introducido por la Ley 29/2009 no define la publicidad comparativa, la incluye dentro de lo que llama comparación pública. El artículo 6 bis de la Ley General de Publicidad introducido por la Ley 39/2002, definía la publicidad comparativa.

El artículo 6 bis decía: *Artículo 6 bis.*

1. A los efectos de esta Ley, será publicidad comparativa la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él.
2. La comparación estará permitida si cumple los siguientes requisitos:
 - a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades.
 - b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio.
 - c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación.
 - d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.
 - e) Si la comparación hace referencia a una oferta especial se indicará su fecha de inicio, si no hubiera comenzado aún, y la de su terminación.
 - f) No podrá sacarse una ventaja indebida de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, ni de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas, denominaciones específicas o especialidades tradicionales garantizadas que amparen productos competidores. Tampoco podrá sacarse una ventaja indebida, en su caso, del método de producción ecológica de los productos competidores.

La norma establece requisitos que se enfocan principalmente en la información presentada en la publicidad. El artículo 25 de la Ley N° 17.250 se centra en asegurar la objetividad de la comparación.

2.3 Requisitos de la publicidad comparativa en España

El artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal permite la publicidad comparativa que cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Los bienes o servicios comparados tienen la misma finalidad o satisfacen las mismas necesidades.
- b) La comparación es objetiva y entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios.
- c) La comparación es entre productos amparados por la misma denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada.
- d) Los bienes o servicios no se presentan como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.
- e) Se respeta lo establecido por los artículos 5, 7, 9, 12 y 20 en materia de actos de engaño, denigración y explotación de la reputación ajena.

El artículo establece cinco requisitos para que la publicidad comparativa sea lícita. Continuando con la clasificación de Diez Canseco Núñez, pueden considerarse generales o específicos.

El primer y tercer requisito buscan asegurar que la comparación sea sólo entre productos o servicios similares. Se exige que los extremos de la comparación sean análogos. Esta condición asegura que la comparación sea objetiva. Por ende, son requisitos generales. El último requisito también es general dado que impone la aplicación de otras reglas contrarias a la competencia desleal. Estos requisitos tratan de asegurar que la publicidad sea leal y afín a las buenas costumbres.

El segundo requisito regula las características de los productos o servicios comparados. El literal b) refiere a la comparación y exige que sea objetiva. En este sentido, el requisito puede considerarse general. Sin embargo, el literal procede a determinar qué clase de características son pasibles de comparación. Dado que alude a la información contenida en la publicidad, este requisito también podría considerarse específico.

El cuarto requisito prohíbe presentar productos como réplicas o imitaciones. Esta condición podría clasificarse como específica en tanto refiere a la información presentada en la publicidad.

El artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal hace énfasis en asegurar que los extremos a comparar sean análogos. A mi entender, la norma busca garantizar que los productos o servicios comparados y las características enfrentadas sean equiparables para que la publicidad sea informativa y útil para el consumidor.

3. Diferencias entre el artículo uruguayo y el español

La regulación de Uruguay y España apunta a un mismo objetivo: defender los derechos del consumidor. La publicidad comparativa está permitida en ambos países. Las dos normas buscan asegurar la objetividad y veracidad de la publicidad para evitar la competencia desleal. Las normas se asemejan en cuanto a su fundamento y los conceptos manejados. Ambas priorizan el interés de los consumidores exigiendo una comparación objetiva.

No obstante, difieren en sus exigencias y enfoque. El artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal organiza la información en literales y hace énfasis en que los extremos de la comparación sean análogos. Por otra parte, el artículo 25 de la Ley N° 17.250 es más breve, no divide visualmente los requisitos exigidos y se enfoca en los datos en que se basa la comparación. La normativa española exige principalmente requisitos generales en la clasificación de Diez Canseco Núñez, mientras la nacional se centra en requisitos específicos. Pese a ser específicos, los de la norma uruguaya parecen ser requisitos más abstractos que los de la ley española. Las exigencias de la norma española permiten al empresario evitar supuestos de publicidad comparativa desleal en situaciones concretas. Por ejemplo, cuando su producto está amparado por una denominación de origen. El empresario puede anticipar que una publicidad que compare su producto con otro que no se encuentre amparado por la misma denominación puede ser considerada desleal, conforme a lo dispuesto en el literal c) del artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal.

264

3.1 Requisitos de la publicidad comparativa lícita

Los requisitos exigidos por el ordenamiento uruguayo y el español derivan de un mismo fundamento, que es la defensa del consumidor. Sin embargo, el artículo 25 de la Ley N° 17.250 y el artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal tienen diferentes enfoques. En España los requisitos son principalmente generales dentro de la clasificación de Diez Canseco Núñez, y en Uruguay la mayoría de los requisitos son específicos. Además de diferir en su foco, ambos artículos omiten mencionar requisitos que la ley del otro país exige de forma expresa. Dos de los literales en la norma española apuntan a asegurar que los extremos de la comparación sean análogos. Dicho aspecto no se exige de forma expresa en el artículo de la ley uruguaya. Por otra parte, la norma uruguaya exige expresamente que la comparación no se funde en datos de carácter psicológico o emocional. Requisito que la ley española omite mencionar.

El Derecho español establece requisitos que refieren a los productos o servicios comparados. Éstos deben “tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades”. Cuando son “amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada”, deben ser de la misma denominación. Estos requisitos buscan asegurar que los productos o servicios que son objeto de la comparación estén en igualdad de condiciones. La normativa uruguaya también debería asegurar que los extremos de la comparación sean análogos. No obstante, el artículo 25 de la Ley N° 17.250 omite realizar una referencia explícita a este aspecto. Sin embargo, podría considerarse que al exigir la objetividad de la comparación este requisito se vería contenido en la norma. Que la comparación sea objetiva (requisito presente en ambas normas) implica que se comparen productos o servicios equiparables. De no ser

comparables, no podrían competir y la comparación no sería objetiva. Por ende, la norma uruguaya indirectamente requiere que los extremos de la comparación sean análogos.

Otra diferencia entre el Derecho uruguayo y el español es que la regulación nacional exige que la información presentada en la publicidad no sea “de carácter psicológico o emocional”. La ley española nada dice al respecto. El carácter psicológico o emocional de los datos en los que se basa la comparación es un aspecto poco mencionado en doctrina. ¿Qué significa que la información sea de carácter psicológico o emocional? Si atendemos al tenor literal, se debe entender que la información de este carácter es aquella que apela a las emociones y a la manera de sentir del consumidor. Según el diccionario de la Real Academia Española, el adjetivo “emocional” es relativo a las emociones (Real Academia Española, s.f.) y el término “psicológico” refiere a la psicología, a la manera de sentir de un individuo (Real Academia Española, s.f.). La ley uruguaya hace referencia a este requisito, pero no explica qué significa. No se menciona en qué casos podría entenderse que los datos apelan a las emociones o a la manera de sentir de los consumidores. El artículo 25 de la Ley N° 17.250 busca evitar la competencia desleal y en esta materia se requiere de requisitos concretos para limitar la libertad de los anunciantes. Se ha señalado en jurisprudencia que el derecho que regula la competencia desleal tiene por finalidad establecer deberes objetivos de abstención. En el caso uruguayo “FRANCO TERRA, SERGIO Y OTROS C/ BASF S.A.”, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno sostuvo que el derecho de competencia desleal procura determinar reglas objetivas de conducta cuya infracción desencadene las reacciones del ordenamiento. El comerciante no puede abstenerse de realizar la conducta si no sabe cuál es la conducta prohibida. El Derecho español no se enfrenta a este problema dado que no menciona este requisito. En vez de reunir todos los requisitos en un mismo párrafo, la Ley de Competencia Desleal española separa sus requisitos en literales que permiten entender de forma concisa qué se exige en cada punto. Dado que el carácter psicológico o emocional de los datos no es mencionado, no se generan confusiones al respecto.

4. Carácter psicológico o emocional

El carácter psicológico o emocional hace referencia a los datos presentados a los dos extremos de la comparación y no a la comparación en sí misma. Dicho carácter apela a las emociones y a la manera de sentir del consumidor. Los datos de carácter psicológico o emocional se presentan en contraposición a aquellos de carácter objetivo. Por ende, se relacionan con los datos subjetivos. Se entiende que comparar productos o servicios a partir de datos que no son veraces ni comprobables puede inducir al consumidor a error.

Algunos autores han argumentado en contra de la publicidad comparativa sosteniendo que se presenta una verdad parcial y subjetiva. De todas formas, esto sucede en toda clase de publicidad. No es posible comunicar toda la información sobre los productos o servicios en una única pieza publicitaria. Al seleccionar los datos más favorables para el fin perseguido por el remitente, la publicidad ineludiblemente resulta subjetiva. Esto no significa que exista engaño, falsedad o denigración dado que la información fue seleccionada para poder comunicar determinado mensaje, para mostrar un punto de vista y no para desprestigiar al competidor con mala fe.

La comparación puede ser subjetiva, pero los datos no pueden poseer dicho carácter. El carácter psicológico o emocional de los datos puede inducir al consumidor a error. Esto se debe a que al comparar esta clase de datos no se refleja un punto de vista, sino que se configura una subversión de las ventajas y desventajas de los productos o servicios. Una bebida puede contener menos azúcar o más gas, estos datos son objetivos y es válido comparar dos productos en base a datos de esta índole. Por otro lado, una bebida puede tener mejor sabor que otra, pero esta clase de datos no es objetiva ni comprobable. Por ende, no es posible basar la comparación en ellos.

En principio parece sencillo distinguir aquellos datos comprobables y objetivos de los que son subjetivos. No obstante, el significado del carácter psicológico o emocional no es siempre claro. En algunos casos se podría argumentar que los datos no son subjetivos, que son veraces y comprobables, pero que también son de carácter psicológico o emocional. Por ejemplo, un empresario puede probar que no hay diversidad en el grupo de dependientes de la competencia. Entonces, podría comparar los servicios prestados por otra empresa con los propios para destacar que los ofrecidos por el anunciante son realizados por un grupo de trabajadores más diverso que el del competidor. Pese a ser veraz y objetiva, esta información puede llegar a despertar ciertas emociones y sentimientos en los consumidores. Por ende, bajo el entendido de que los datos en que se basa la comparación no deben ser de carácter psicológico o emocional, se podría argumentar que dicha publicidad debería prohibirse. No obstante, comparar datos como los mencionados en el ejemplo no parece configurar un acto de competencia desleal. ¿Es correcto prohibir la comparación de datos objetivos por ser de “carácter psicológico o emocional”?

266

4.1 El carácter psicológico o emocional en Uruguay

El artículo 25 de la Ley N° 17.250 prohíbe la publicidad comparativa fundada en datos “subjetivos, de carácter psicológico o emocional”. Si bien se entiende que la comparación debe fundarse en información veraz y objetiva, cabe preguntarse a qué refiere el artículo cuando menciona el carácter psicológico o emocional. Parecería que no es posible definir los datos de dicho carácter como subjetivos porque el artículo refiere a ambos. Entendiendo que son nociones diferentes, se estaría introduciendo una variable adicional. Los datos pueden ser objetivos, subjetivos o de carácter psicológico o emocional. Incluir el carácter psicológico o emocional dificulta la interpretación de la norma. ¿Cuál es la diferencia entre dicho carácter y el subjetivo?

A mi entender, esta exigencia del artículo 25 de la Ley N° 17.250 no resulta del todo clara. ¿Por qué no estaría permitida la publicidad comparativa fundada en datos que apelen a las emociones y sentimientos del consumidor? Al prohibir la comparación de datos que apelan a las emociones del consumidor se estaría ignorando la finalidad sugestiva de la publicidad comercial. La licitud de dicha finalidad se manifiesta en el uso permitido de la exageración. La interpretación literal del artículo 25 parece contraria al concepto de exageración publicitaria. Si el artículo prohíbe la publicidad fundada en información que apela a la forma de sentir del consumidor, la publicidad no debería exagerar características del producto para persuadir al cliente. Atendiendo al tenor literal, el artículo se encontraría en discordancia con la interpretación del Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria (CONARP) de Uruguay. En la Resolución Definitiva

No. 2/2013, en autos caratulados “COLGATE PALMOLIVE INC. S.A. C/ PROCTER & GAMBLE - DENUNCIA”, el consejo afirma que “la exageración es un recurso válido en materia publicitaria”. La exageración publicitaria magnifica los elementos del producto para llamar la atención del consumidor y aumentar la expresividad del mensaje (Kusmierz, 2020). La aceptación de este recurso en doctrina y jurisprudencia demuestra que el artículo 25 no debería prohibir la publicidad por fundarse en información relativa a la manera de sentir del consumidor.

El artículo 25 de la Ley N° 17.250 se encuentra en el Capítulo IX sobre publicidad. El capítulo se extiende del artículo 24 al 27. El artículo 26 invierte la carga de la prueba, estableciendo que corresponde al anunciante probar la veracidad y exactitud material de los datos de hecho contenidos en la información o comunicación publicitaria.¹⁰ Cumplir con esta carga exime al anunciante de responsabilidad. Por ende, podría afirmarse que está permitida la publicidad basada en datos veraces y comprobables. Si se acusa al comerciante de emitir publicidad comparativa prohibida por basarse en información de carácter psicológico o emocional, ¿debe probar que los datos no son “de carácter psicológico o emocional” o bastaría con probar la veracidad y exactitud material? Dado que el anunciante busca demostrar que la publicidad emitida está permitida, el artículo 26 parece sugerir que la publicidad está permitida cuando se prueba la “veracidad y exactitud material”. En el ámbito de la publicidad comparativa, para demostrar que la publicidad emitida está permitida, el anunciante debe probar que se cumple con las exigencias del artículo 25 además de cumplir con la carga del artículo 26. Si el anunciante queda exento de responsabilidad al demostrar la veracidad y exactitud material de los datos, se debería entender que los datos no son de “carácter psicológico o emocional”. Dicho carácter debe ser contrario a la “veracidad y exactitud material”.

4.2 El carácter psicológico o emocional en España

El carácter psicológico o emocional de los datos en que se funda la comparación no es mencionado en la norma española. Esta omisión facilita la interpretación del artículo. Dado que el carácter psicológico o emocional no es mencionado, las opciones se reducen. Los datos son subjetivos y por ende prohibidos o son objetivos y permitidos.

La publicidad comparativa en España solía tener un doble régimen. Tanto la Ley General de Publicidad como la Ley de Competencia Desleal regulaban la materia. El legislador español redactó la Ley 29/2009 para solucionar la doble regulación (Pedreira, 2018). Es un legislador que busca simplificar la normativa sin apartarse de lo establecido en las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo. Tiene sentido que la regulación de España no mencione el carácter psicológico o emocional porque éste tampoco aparece en las Directivas europeas y la intención del legislador no es innovar, sino solucionar la complejidad de un doble régimen.

10 El artículo 26 de la Ley N° 17.250 dice: *La carga de la prueba de la veracidad y exactitud material de los datos de hecho contenidos en la información o comunicación publicitaria, corresponde al anunciante.*

5. Conclusión

Considerando la importancia de que los requisitos para la publicidad comparativa sean precisos, es necesario volver a estudiar la regulación nacional. El artículo 25 de la Ley N° 17.250 establece los requisitos que debe cumplir la publicidad comparativa para no estar prohibida. Al analizar lo que exige la norma, se sugirió que uno de los requisitos no era del todo claro. De acuerdo con ella, la información presentada en la publicidad comparativa no puede ser de carácter psicológico o emocional, pero ¿qué significa que sea “de carácter psicológico o emocional”? La interpretación literal del artículo no resulta satisfactoria en tanto parecería ignorar que la publicidad puede ser sugestiva. Para arribar a una interpretación que permita entender qué significa que los datos sean “de carácter psicológico o emocional” se debe considerar la ley en su conjunto a la luz de su espíritu.

El artículo 26 de la Ley N° 17.250 que invierte la carga de la prueba permite realizar una aproximación al significado del carácter psicológico o emocional. El problema que surge de definir dicho carácter por oposición a la veracidad y exactitud material de los datos es que un dato podría considerarse “psicológico o emocional” y también veraz y exacto.

Refiriendo nuevamente a la campaña publicitaria de Isenbeck, resulta claro que es posible comparar productos en base a datos veraces y exactos, que también pueden considerarse de carácter psicológico o emocional. Una de sus campañas publicitarias, posterior al proceso judicial, aludía nuevamente a su competidor. En la publicidad se señalaba que el competidor “se vendió a los brasileros” (Clarín Digital, 2006)¹¹, mientras que Isenbeck se declaraba “antisponsor” del equipo brasilero en la Copa Mundial de Alemania de 2006 (Martínez, 2007). Los anuncios de dicha campaña no fueron denunciados por Quilmes. Sin embargo, si se entiende que el carácter psicológico o emocional de los datos conduce a la denigración del competidor, esta publicidad debería estar prohibida por apelar al patriotismo argentino. Que las acciones de Quilmes hayan sido adquiridas por una empresa brasilera antes del Mundial y que las de Isenbeck no, son datos objetivos. Sin embargo, al comparar estos datos en avisos publicitarios, se alude a un aspecto emocional que puede resultar denigratorio. El consumidor puede caer en una confusión y creer que Quilmes es una marca antipatriótica.

Otro ejemplo de que los datos en que se basa la publicidad comparativa pueden considerarse tanto veraces como de carácter emocional es el caso de la Resolución del 26 de julio de 2018 del Jurado de Publicidad de AUTOCONTROL de España. La mercantil Restaurantes McDonald’s, S.A.U. reclamó en virtud de la publicidad publicada en redes sociales por la empresa Burger King España, S.L.U. La comparación se consideró denigratoria pese a comparar datos veraces (que las hamburguesas de Burger King son hechas a la parrilla y las de McDonald’s a la plancha). Se podría argumentar que los datos son veraces, pero también de carácter psicológico o emocional en tanto denigran al competidor. El jurado no se centró en el carácter de los datos, sino en cómo el consumidor percibiría la publicidad. La decisión no fue compartida por el Pleno que resolvió el recurso de alzada dado que entendieron que la comparación no conducía al descrédito del competidor.

11 En 2006 antes de la Copa Mundial, la compañía belga-brasilera Ambev, que es dueña de Brahma, finalizó una operación mediante la cual adquirió la mayoría de las acciones de Quilmes.

De acuerdo con la Ley N° 17.250, para que la publicidad comparativa esté permitida, debe cumplir con las exigencias del artículo 25 y del artículo 26. Para terminar de entender el alcance del deber de abstención establecido en la ley, es necesario recurrir a la ratio legis de la norma: la defensa del consumidor. El anunciante tiene el deber de abstenerse de emitir publicidad comparativa fundada en datos de carácter psicológico o emocional que no sean veraces y exactos, pero ¿qué sucede con los datos que son veraces, exactos y también de carácter psicológico o emocional? Cabe preguntarse si no corresponde seguir los pasos del legislador español que logró simplificar la normativa en esta materia.

La Ley N° 17.250 tiene por fundamento la defensa del consumidor y de la libre competencia. El artículo 24 de la ley define a la publicidad engañosa como aquella que es “capaz de inducir a error al consumidor respecto a la naturaleza, cantidad, origen, precio, respecto de los productos y servicios”.¹² Entre los derechos del consumidor, establecidos en el artículo 6 de la ley, se encuentra la “protección contra la publicidad engañosa”.¹³ Tomando estos artículos como referencia y considerando la ratio legis, se podría entender que la publicidad comparativa con datos “de carácter psicológico o emocional” está prohibida cuando induce al consumidor a error, es decir, cuando es engañosa. La publicidad que compara datos veraces de carácter psicológico o emocional sólo estaría prohibida cuando induzca al consumidor a error.¹⁴

Esta lectura es compatible con el razonamiento adoptado por el CONARP de Uruguay en la Resolución Definitiva No. 2/2013. En el caso, COLGATE PALMOLIVE Inc. S.A. denuncia la pieza publicitaria emitida en televisión del producto “Oral B Complete”. El denunciante afirmó que el anuncio era una publicidad comparativa contraria a la normativa uruguaya. Al analizar la publicidad, el consejo evaluó si la pieza publicitaria induce a error al consumidor. Para concluir si la publicidad conduce a error, se tomó el estándar del “consumidor promedio”. Dado que no se encontraron elementos que

12 El artículo 24 de la Ley N° 17.250 dice: *Toda publicidad debe ser transmitida y divulgada de forma tal que el consumidor la identifique como tal.*

Queda prohibida cualquier publicidad engañosa.

Se entenderá por publicidad engañosa cualquier modalidad de información o comunicación contenida en mensajes publicitarios que sea entera o parcialmente falsa, o de cualquier otro modo, incluso por omisión de datos esenciales, sea capaz de inducir a error al consumidor respecto a la naturaleza, cantidad, origen, precio, respecto de los productos y servicios.

13 El artículo 6 de la Ley N° 17.250 dice: *Son derechos básicos de consumidores:*

- A) *La protección de la vida, la salud y la seguridad contra los riesgos causados por las prácticas en el suministro de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos.*
- B) *La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, la libertad de elegir y el tratamiento igualitario cuando contrate.*
- C) *La información suficiente, clara, veraz, en idioma español sin perjuicio que puedan emplearse además otros idiomas.*
- D) *La protección contra la publicidad engañosa, los métodos coercitivos o desleales en el suministro de productos y servicios y las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, cada uno de ellos dentro de los términos dispuestos en la presente ley.*
- E) *La asociación en organizaciones cuyo objeto específico sea la defensa del consumidor y ser representado por ellas.*
- F) *La efectiva prevención y resarcimiento de los daños patrimoniales y extra patrimoniales.*
- G) *El acceso a organismos judiciales y administrativos para la prevención y resarcimiento de daños mediante procedimientos ágiles y eficaces, en los términos previstos en los capítulos respectivos de la presente ley.*

14 En este caso, cuando se afirma que una publicidad compara datos veraces de carácter psicológico o emocional se estaría interpretando la expresión “de carácter psicológico o emocional” como aquello que apela a los sentimientos del consumidor. Es entonces que se señala que existen datos veraces que a su vez podrían considerarse de carácter psicológico o emocional.

Un ejemplo sería la publicidad antes referida, en la que se dice que Isenbeck es antisponsor del equipo brasilero en la Copa Mundial de 2006, mientras el competidor “se vendió a los brasileros”. Que una compañía belga-brasilera haya adquirido la mayoría de las acciones de Quilmes y una transacción de este estilo no se haya verificado respecto de las acciones de Isenbeck son datos objetivos y veraces. Sin embargo, en el contexto de una Copa Mundial, afirmar que el competidor “se vendió” a brasileros puede despertar ciertos sentimientos en el consumidor.

Es en este sentido que se señala que es posible comparar datos veraces de carácter psicológico o emocional. Se concluye que una comparación de esta índole sólo estaría prohibida cuando induzca al consumidor a error. Por ende, la publicidad de Isenbeck estaría prohibida por inducir a error dado que el consumidor podría entender que Quilmes es una marca antipatriótica. Sería posible comparar datos veraces de carácter psicológico o emocional, siempre que no induzca al consumidor a error.

permitieran entender que la publicidad no se basaba en la objetividad de la comparación o que ésta inducía al consumidor a error, se desestimó la denuncia. En este caso, la publicidad comparativa se permitió por ser veraz, objetiva y no inducir al consumidor a error.

Tomando en cuenta el fundamento de la Ley N° 17.250, es posible entender que la publicidad comparativa está prohibida por basarse en datos de carácter psicológico o emocional cuando se apela a los sentimientos del consumidor para inducirlo a error. Reducir los datos de carácter psicológico o emocional a aquellos que al apelar a los sentimientos del público pueden inducir al consumidor promedio a error simplifica la interpretación del artículo. Siguiendo la evolución de la materia en España, parece acertado asimilar la publicidad comparativa ilícita a aquella que es engañosa.

En definitiva, entiendo, junto con la mayoría de la doctrina, que la publicidad comparativa es un medio legítimo de promover el consumo de determinados bienes y servicios frente a otros que también satisfacen la misma necesidad. Esta modalidad de la publicidad comercial confronta marcas, productos, servicios o establecimientos de forma directa o indirecta. De regla, la publicidad comparativa es lícita siempre que cumpla con los requisitos dispuestos por ley. En Uruguay y España se regula la cuestión permitiendo el medio, siempre que cumpla con determinadas condiciones. Tanto la Ley N° 17.250 de Uruguay, como la Ley de Competencia Desleal de España, buscan asegurar la objetividad y veracidad de la comparación. El Derecho español difiere del uruguayo en tanto es más concreto y exige de forma más clara que los extremos de la comparación sean análogos. El artículo de la ley nacional, a diferencia del español, prohíbe la publicidad comparativa que se funde en datos “de carácter psicológico o emocional”.

El concepto de “carácter psicológico o emocional” puede resultar poco preciso. Esto se debe a que una lectura literal de la norma implicaría prohibir la publicidad comparativa sugestiva. Por ende, para proponer una interpretación más adecuada he recurrido al espíritu de la Ley N° 17.250 y al contenido de sus otros artículos. La ley de relaciones de consumo busca proteger los derechos del consumidor y la libre competencia. Por consiguiente, los requisitos de la publicidad comparativa apuntan a ese mismo fin. Considero que los datos de “carácter psicológico o emocional” deben ser entendidos como aquellos que no son veraces y exactos, o que pueden inducir al consumidor promedio a error. Bajo esta interpretación, los datos de “carácter psicológico o emocional” no serían pasibles de comparación. Esta interpretación acercaría el ordenamiento uruguayo al español que apunta a establecer una normativa precisa y menos compleja.

Referencias bibliográficas

- Argentina. (2019, abril 17). *Decreto de Necesidad y Urgencia N° 274/2019: Lealtad comercial* [con fuerza de ley]. Recuperado de <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/205888/20190422>
- Bugallo, B. (2017). *Derecho Comercial. Conceptos Fundamentales* (vol. 1). Serie Manuales N° 3. Recuperado el 23 de diciembre de 2021 a partir de <http://derechocomercial-beatrizbugallo.blogspot.com/2013/03/derecho-comercial-conceptos.html>

- “Cervecería y Maltería Quilmes c/ CASA Isenbeck”, 673/2010 (Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, 17 de mayo de 2010).
- Clarín Digital (14 de abril de 2006). La cerveza Quilmes ya pasó a estar totalmente en manos brasileñas. *Clarín*. Recuperado el 28 de enero de 2022 a partir de https://www.clarin.com/ediciones-anteriores/cerveza-quilmes-paso-totalmente-manos-brasilenas_0_S1N-CUSk0Yx.html
- “COLGATE PALMOLIVE INC. S.A. C/ PROCTER & GAMBLE - DENUNCIA”, 2/2013 (Comisión Directiva del Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria, 21 de octubre de 2013).
- Consejo de Autorregulación Publicitaria. (2015). *Publicidad Comparativa*, de octubre de 2015.
- Diez Canseco Núñez, L. (1991). Señora: Nuestro detergente lava más blanco La publicidad comparativa. *THEMIS Revista De Derecho*, (18), 19-27. Recuperado el 23 de diciembre de 2021 a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10862>
- España. (1988, noviembre 11). *Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad*. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/1/1988/11/11/34/con>
- España. (2009, diciembre 30). *Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios*. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/1/2009/12/30/29>
- Favier Dubois, E., Tajan, G., Coloma, G., Martínez Medrano, G. & Vítolo, D. (2008). *Derecho de la competencia y su control judicial* (p. 288). Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- Federal Trade Commission. (1979). *Statement of Policy Regarding Comparative Advertising*, de 13 de agosto de 1979.
- “FRANCO TERRA, SERGIO Y OTROS C/ BASF S.A.”, 130/2009 (Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno, junio de 2009). IUE: 33-359/2000
- García-Carrión. (s.f.). *MARKETING DON SIMON*. Recuperado el 23 de octubre de 2021 de <https://familiargarciacarrion.com/marketing-don-simon/>
- Garrigues, J. (1978). *Publicidad y competencia desleal. Temas de derecho vivo*. Madrid: Tecnos.
- Gutiérrez Sanjuán, L. (2003). *Publicidad comparativa* [Tesis de Doctorado, Universidad de las Palmas de Gran Canaria]. Recuperado el 23 de diciembre de 2021 a partir de <http://hdl.handle.net/10553/1862>
- Kalro, A., Sivakumaran, B., & Marathe, R. (2017). *The ad format-strategy effect on comparative advertising effectiveness*. *European Journal of Marketing*, 51(1), 99-122. doi:10.1108/EJM-11-2015-0764 Recuperado el 28 de enero de 2022 a partir de <https://www.emerald.com/insight/publication/issn/0309-0566/vol/51/iss/1>
- Kusmierz, A. (2020). *Exageración, engaño publicitario y cosméticos*. Facultad de Ciencias Sociales y de Comunicación de la Universidad del País Vasco. Recuperado el 23 de diciembre de 2021 a partir de <http://hdl.handle.net/10810/37447>

- Larrañaga, L. & Gamarra, R. (2009, septiembre). Publicidad comparativa y desleal. *Anuario de Derecho Civil uruguayo* (Tomo XXXIX), pp. 717 – 728.
- Lema Devesa, C. (2007). *Problemas jurídicos de la publicidad*. Madrid: Marcial Pons.
- Martínez, J. (5 de octubre de 2007). *Eduardo Sallenave: cuando hay que desafiar al líder de la categoría*. Adlatina. Recuperado el 18 de enero de 2022 a partir de <https://www.adlatina.com/articulo.php?slug=/publicidad/eduardo-sallenave-cuando-hay-que-desafiar-al-1%C3%ADder-de-la-categor%C3%ADA>
- Menéndez, A. (1988). *La competencia desleal*. Madrid: Civitas S.A.
- O'Farrell, M. (1995). La publicidad comparativa en el derecho argentino. *REVISTA LA LEY*, Nro. 202.
- Pedreira, Á. (2018). La Publicidad Comparativa. Facultade de Ciencias Xurídicas e do Traballo de la Universidade de Vigo. Recuperado el 17 de enero de 2022 a partir de [https://www.academia.edu/39695266/LA_PUBLICIDAD_COMPARATIVA_MAR%C3%8DA_%C3%81NGELES_PEDREIRA_SAN_JURGO_TUTOR_A_ANXO_TATO_PLAZA_CURSO_CUARTO_CONVOCATORIA_PRIMERA](https://www.academia.edu/39695266/LA_PUBLICIDAD_COMPARATIVA_MAR%C3%8DA_%C3%81NGELES_PEDREIRA_SAN_JURGO_TUTOR_A_ANXO_TATO_PLAZA_CURSO_CURSO_CUARTO_CONVOCATORIA_PRIMERA)
- Pereira, S., & Berdaguer, J. (2006). *Cinco años de jurisprudencia sobre relaciones de consumo: Ley N° 17.250*. Montevideo: Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones Oficiales.
- Real Academia Española. (s.f.). Emocional. En Diccionario de la lengua española. Recuperado en 25 de octubre de 2021, de <https://dle.rae.es/emocional?m=form>
- Real Academia Española. (s.f.). Psicológico. En Diccionario de la lengua española. Recuperado en 25 de octubre de 2021, de <https://dle.rae.es/psicol%C3%B3gico?m=form>
- “Restaurantes McDonald’s, S.A.U. vs. Burger King España, S.L.U./Promoción Instagram. Internet”, (Sección segunda del Jurado de la Publicidad de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, 26 de julio de 2018).
- “Restaurantes McDonald’s, S.A.U. vs. Burger King España, S.L.U./Promoción Instagram. Internet”, (Pleno del Jurado de la Publicidad de Autocontrol, 19 de septiembre de 2018).
- Rippe, S. & Germán, D. (1999, julio). Publicidad comparativa y competencia desleal. *Anuario de Derecho Comercial* (8), pp. 81 – 103.
- Szafir, D. (2009). *Consumidores. Análisis exegético de la ley 17.250*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Tapia Hermida, A. J. (1997, diciembre). Publicidad comparativa denigratoria y exceptio veritatis. *Revista general de derecho* (N° 639), pp. 14.347 – 14.364.
- Tato Plaza, A. (1996). *La Publicidad Comparativa*. Madrid: Marcial Pons.
- Unión Europea, Parlamento y Consejo. (2006). Directiva (UE) 2006/114/EC del Parlamento Europeo y el Consejo de 12 de diciembre de 2006 por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa (LCEur 2006\114). *Diario Oficial de la Unión Europea*, 27-12-2006, L 376

Uruguay. (2000, agosto 17). *Ley n° 17.250: Ley de relaciones de consumo. Defensa del consumidor*. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17250-2000>

Venturini, B. (2000, noviembre). La publicidad en la ley de defensa de las relaciones de consumo N° 17.250. *Anuario de Derecho Civil uruguayo* (Tomo XXX), pp. 733 – 741.