

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



LA PUBLICIDAD COMERCIAL EN INTERNET COMO UN ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL

Tesis para optar por el título de abogado

Ricardo Pacheco Paredes

Noviembre 2000



Aprobado
20.12.00



**a la memoria de la abuela esther,
quien se fue para quedarse**

ÍNDICE

A MANERA DE INTRODUCCIÓN	Forjando una aventura.....	1
CAPÍTULO PRIMERO	El Fenómeno de la Red de Redes.....	1
1.1	La Internet	1
1.1.1	Los orígenes. La aparición del protocolo unificador: el TCP/IP (Transmission Control Protocol / Internet Protocol).....	2
1.1.2	La World Wide Web (WWW o W3): su funcionamiento a través de los denominados Web Sites (Sitios Web). Ubicándonos con los Uniform Resource Locator (URL), Localizadores de Búsqueda Uniforme. Una herramienta ideal de navegación: el hipertexto.....	6
1.1.3	Hacia una definición.....	13
1.1.4	Aproximación a su naturaleza jurídica.....	16
1.1.4.1	La red como medio de comunicación social.....	17
1.1.4.2	La red como el ciberespacio donde se realizan transacciones mercantiles. Los actos de comercio en Internet.....	19

1.2	La actividad publicitaria en Internet.....	22
1.2.1	Los Banners: forma usual de presentación publicitaria. El uso del programa Applet.....	23
1.2.2	La publicidad a través del e-mail. El spam o "bombardeo" publicitario. Los cookies o galletas rastreadoras.....	24
1.2.3	La aparición de los denominados "superstitials". Una suerte de mini spot publicitario. El advenimiento de la Web - TV.....	27
1.2.4	Noción de cibernautalector de publicidad. Clickeando casi por curiosidad.....	28
1.2.5	Inversión publicitaria en la red.....	34

CAPÍTULO SEGUNDO La publicidad comercial expuesta en Internet entendida como un acto de competencia desleal...42

2.1	Definición de competencia desleal. Nociones de relación de competencia y daño concurrencial.....	43
2.2	Definición de Publicidad Comercial.....	46
2.3	Distinción de la publicidad comercial respecto de otras figuras publicitarias.....	51
2.4	Los principios publicitarios: ¿son aplicables a Internet?.....	52

2.5	La publicidad comercial como un acto de competencia desleal. Distintas formas de manifestación.....	54
2.5.1	La publicidad parasitaria.....	55
2.5.2	La publicidad falsamente comparativa.....	56
2.5.3	La publicidad engañosa.....	58
2.5.4	La publicidad encubierta.....	59
2.5.5	La denigración publicitaria. El caso de la publicidad que explota la reputación ajena (goodwill).....	60
2.6	Formas de represión de la competencia desleal.....	63
2.6.1	Represión de la deslealtad mediante el principio de la responsabilidad extracontractual (Francia).....	64
2.6.2	Represión de la deslealtad mediante una ley especial (Alemania) La cláusula general prohibitiva.....	65
CAPÍTULO TERCERO	La realidad peruana frente a la publicidad comercial en Internet y los intentos de unificación legislativa en materia de competencia desleal.....	71
3.1	La realidad peruana.....	71

3.1.1	La Constitución Económica. Modelo de competencia asumido.....	72
3.1.2	El Decreto Ley 26122 Ley de Represión de la Competencia Desleal. El Decreto Legislativo 691 Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor y su Reglamento Decreto Supremo 020-94-ITINCI.....	76
3.1.3	El INDECOPI: ¿ qué papel juega?.....	81
3.1.4	Casos Peruanos sobre Publicidad en Internet.....	87
3.1.4.1	Expediente N° 108-96-CCD-INDECOPI (concluyó con la Resolución N° 290-97-TDC-INDECOPI) Red Científica Peruana c./ Telefónica del Perú Caso Servicio Unired de Internet.....	88
3.1.4.2	Expediente N° 132-97-CCD-INDECOPI (concluyó en Transacción Extrajudicial) El Comercio S.A. c/ Kike Giles y Fútbol Peruano en Tiempo Real. Caso Concurso Súper D.T.....	96
3.1.4.3	Investigación N° 123-98/CCD-INDECOPI (concluyó en Audiencia de Conciliación) Concurso Internet Mundial de Fútbol Francia 98 Acierta y Gana. Caso Comercial Formosa S.A. Dragonfans.....	100
3.1.4.4	Expediente N° 124-98-CCD-INDECOPI (concluyó con la Resolución N° 0273-1999-TDC-INDECOPI) La Red S.A., Netmarketing & Publicidad E.I.R.L., Netmania, Rusnet y Net Central S.A. c./ Internet World S.A.C. Caso El más rápido ancho de banda con fibra óptica.....	104

3.2	Intentos de unificación legislativa en materia de competencia desleal. Noción de supranacionalidad.....	111
3.2.1	El Convenio de la Unión de París (CUP).....	114
3.2.2	La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).....	118
3.2.3	La Cámara Internacional de Comercio (CIC).....	120
3.2.4	La Organización Mundial del Comercio (OMC).....	123

CAPÍTULO CUARTO El rol del derecho frente a las manifestaciones de competencia desleal producidas a raíz de la exposición de publicidad comercial en Internet.....

4.1	¿ Inacción o Compromiso?.....	132
4.1.1	Laissez – Faire, Laissez – Passer.....	132
4.1.2	Regular sin recortar.....	134
4.1.2.1	La responsabilidad extracontractual y la ley especial como variables sancionadoras de la competencia desleal.....	134

4.1.2.2	El caso de los agentes publicitarios domiciliados en el Perú. El sistema mixto de regulación publicitaria. La autorregulación publicitaria. La complementariedad entre el CONAR y el INDECOPI.....	136
4.1.2.3	El caso de los agentes publicitarios no domiciliados en el Perú. El sistema jurídico de regulación publicitaria. Hacia la creación de un convenio internacional sobre publicidad comercial en Internet. La ejecutabilidad del convenio. El arbitraje internacional. La realidad del cibertribunal peruano: modelo de rapidez y eficiencia.....	145
4.2	Urbi et orbi. ¿Hacia dónde vamos?. La globalización del tercer planeta rebasa al derecho: un nuevo desafío.....	157
CONCLUSIONES Deduciendo y Precisando.....		164
BIBLIOGRAFÍA Convencional y En Línea.....		176
APÉNDICE Directorio Internet.....		203

ASESOR Dr. Enrique Bardales Mendoza

**somos los hijos de las ciudades
de concreto
salimos de la jungla,
de las grietas del cemento,
ya no somos hijos de la tierra,
somos los hijos del urbanismo,
del consumo,
del olvido,
un poquito de la desidia...
(michelle silvestriz)¹**

A MANERA DE INTRODUCCIÓN FORJANDO UNA AVENTURA

Con sinceridad no puedo recordar con exactitud desde cuando la publicidad ha producido en mí una suerte de fascinación e interés por conocer más de ella, lo único que puedo compartir es la constatación de dichas sensaciones; sin embargo fue a raíz de un Seminario sobre Derecho y Publicidad organizado por la Revista *Ius et Veritas* en Setiembre de 1995 que la fascinación y el interés fueron - casi inadvertidamente - fusionados y envueltos por la magia publicitaria, tanto así que al concluir el evento empezó a germinar en mi interior el deseo que al terminar mi carrera me embarcaría en la aventura de elaborar una tesis sobre publicidad.

Lo fascinante de la publicidad es que a través de ella se logra crear en las personas ante las que se expone, un deseo - pequeño o enorme - por adquirir lo que se promociona, de alguna manera la publicidad le canaliza - y muchas veces le inventa - una necesidad a quien la percibe; es precisamente esta "creación" lo que más me deslumbra de la publicidad. Es en este sentido que una persona, por ejemplo, de tanto estar expuesta a una publicidad de zapatillas Nike, termine por creer, honestamente, que necesita un par de ellas, aunque para adquirirlas requiera de una importante cantidad de su no tan voluminoso sueldo.

Ahora bien, al decidirme a elaborar la tesis sobre publicidad, debía centrar el ámbito de estudio, es así que navegando por los mares informáticos de Internet

¹Michelle Silvestriz. "Benedetti sin tregua" (entrevista a Mario Benedetti). En: Revista Barco de Papel Vol. I Num.2 Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos. Mayagüez, Puerto Rico. Mayo 1997 p.15

tuve acceso al archivo de la lista de interés REDIRIS donde se reseñaba un artículo titulado "Aspectos jurídicos de la publicidad en Internet", de la doctora Carmen Velarde Koechlin² - fue como una señal -, el tema me pareció sumamente interesante, por lo novedoso del mismo, ya que si bien es cierto, se ha escrito mucho sobre publicidad, se ha hecho vinculando la cuestión publicitaria a la prensa escrita, a la radio y a la televisión, mas no en relación con Internet, tema por lo visto aún pendiente de desarrollo.

Internet funciona sobre la base de una estructura de uno a uno, donde todos tenemos igual capacidad de recepción y transmisión de información, y donde la interactividad y la adecuada administración de datos son las variables preponderantes en la ecuación del éxito empresarial.

En este sentido Internet es todo un fenómeno de la comunicación actual y cada día se acerca a un mayor número de usuarios en el mundo entero; la publicidad no puede estar ausente de dicha realidad y su interacción con los usuarios de Internet es cada vez más palpable.

Afirmaban los antiguos positivistas que aquello que no estaba escrito en los códigos o sentencias no estaba en el mundo, se puede decir hoy en día, en los albores del tercer milenio, que quien no está en Internet, no está en el mundo - o al menos dentro de poco no lo estará -. Así, si alguien desea tener algún tipo de actividad comercial importante debe anunciar en los web sites de Internet, o incluso tener uno propio.

Es por todo lo expuesto que creo advertir en la materia de la publicidad en Internet un campo de estudio sumamente fértil y atractivo. Hablar de la publicidad en Internet es una cuestión sumamente amplia, es por ello, que hemos delimitado el tema de estudio al asunto de la publicidad comercial como un acto de competencia desleal dentro de la Red.

²Carmen Velarde. "Aspectos Jurídicos de la Publicidad en Internet". En: Archivo de lista de interés Rediris URL: <http://www.ctv.es/users/mpg/estrado/estrado010.html>

En este orden de ideas el Indecopi actúa en el Perú como un ente encargado de supervisar el normal desarrollo de la actividad publicitaria y además es competente para pronunciarse sobre conflictos surgidos por supuestos actos de competencia desleal; pero dicha competencia se circunscribe sólo al Perú; junto a esta limitación territorial existe otra, respecto a su capacidad sancionadora, así el Indecopi podrá sancionar a un anunciante de Internet sólo si está domiciliado en el Perú, si no lo está su capacidad sancionadora no lo alcanza, aquí surge la incógnita: ¿debe hacer algo el derecho frente a aquellos anunciantes que propalan publicidad comercial desleal en Internet pero que no se encuentran domiciliados en el Perú, habitando en lo que se ha venido en llamar "paraísos informáticos"? ¿Cómo regular esta actividad, sin perder de vista el aspecto territorial y sancionador del asunto?.

Es indudable que ante el "bombardeo" indiscriminado de publicidad en Internet, denominado "spam" por los estadounidenses, debemos evitar que dentro de dicho "ataque" se infiltre algún acto de competencia desleal, que sea perjudicial para el usuario de Internet, ya sea éste un competidor o simplemente un consumidor como cualquier otro, perjuicio que a la postre se convierte en lo que De Trazegnies³ denomina como un daño socialmente intolerable, por cuanto la sociedad no tolera - o al menos no debiera hacerlo - la competencia desleal, ya que ello atenta contra la vida social en su conjunto al producirse un anormal funcionamiento del mercado.

Recordemos que la publicidad cumple un rol específico, primordial, dentro de la sociedad, y al tratarse del Internet dentro de la aldea global en la que se ha convertido el tercer planeta, el cual es promocionar, dar a conocer los distintos productos y servicios que en un medio de comunicación determinado - en nuestro caso Internet - se exponen. Ahora bien, ¿qué se busca con esta exposición?, básicamente que el cibernauta potencial consumidor realice una acertada elección

³Fernando De Trazegnies. La Responsabilidad Extracontractual. Biblioteca para Leer el Código Civil. Vol. IV Tomo II Fondo Editorial PUCP Lima 1990 p. 320

de compra, sea de un producto o de un servicio, en este sentido si la publicidad es errónea la elección también lo será.

Si los consumidores empiezan a realizar elecciones erróneas en virtud a una publicidad engañosa o desleal, en primer lugar van a sufrir un perjuicio que será constatable sólo ex - post, es decir luego de producida su elección, esto los alejará de dicho producto o servicio, pero en segundo lugar lo que es más grave, se podría producir una suerte de paranoia en el usuario, porque en el futuro no tendría herramientas racionales para discriminar dentro de la publicidad en Internet cuál es veraz y cuál no; así la publicidad puede - peligrosamente - convertirse en una publicidad meramente sugestiva, dejando de lado el aspecto central de la misma, es decir, el carácter informativo. La publicidad debe informar verazmente y ser sugestiva de manera adecuada.

En la economía de mercado - social o no - dentro de nuestra aldea global subyace un invisible entramado de relaciones contractuales, las cuales deben entablarse adecuadamente, es decir, se debe maximizar los escasos recursos con que contamos, lograr el mayor beneficio al menor costo posible. En este marco de ideas, la deslealtad en la publicidad se convierte en una traba para el normal desarrollo del mercado, se transforma en un alto costo económico que generalmente terminará siendo asumido como un efecto dañino por el usuario de Internet potencial consumidor, o en todo caso por un competidor. Ahora bien, como acertadamente indica Coase⁴, estos efectos perjudiciales - denominados externalidades por los economistas clásicos - a veces deberán ser eliminados por una intervención gubernamental y a veces podrán ser las partes involucradas las que directamente busquen erradicarlos, a través del uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como son la conciliación o el arbitraje, dependiendo del costo que ello implique, y la eficacia que representen.

⁴Ronald Coase. La empresa, el mercado y la ley. Alianza Editorial Madrid 1994 pp. 26-27

Finalmente, lo que nos convoca a realizar nuestra tesis es la idea de señalar el problema que la exposición de una publicidad desleal en Internet provoca, poniendo especial énfasis en la estrecha vinculación entre lo jurídico y lo económico, y a la luz de la aparente "inmunidad" con que actúan los anunciantes de publicidad y los creadores de páginas web en Internet, principalmente los no domiciliados en el Perú.

Pretendemos también brindar alguna solución a esta situación, toda vez que desde nuestra posición el derecho no puede y no debe permanecer indiferente frente a cualquier tipo de abuso que se cometa o pretenda cometer, y menos aún en aras de un mal entendido "progreso" informático que pretende arrasarlo con todo, enarbolando la bandera de un virtualismo pragmático cada vez más intolerante e inhumano.

Con relación a este virtualismo, en el Diario El Comercio de Lima se reseña un artículo de Beatriz Berger⁵ tomado del Diario El Mercurio de Santiago de Chile, que comienza de la siguiente manera:

¿ Hacia dónde navega el libro?

Cuando en el Fedro de Platón, el Dios Thot presenta a Tutmosis su última invención tecnológica, la escritura, el faraón le expone su famosa objeción:

Uno de los grandes bienes del hombre, puede que el resorte constitutivo de su interioridad, es la memoria. Y tú me sometes ahora a un invento que convertirá en obsoleta la memoria, porque la palabra será petrificada, confiada a un trazo y a un papiro, por lo tanto tu invento es negativo y debe ser rechazado

En el argumento del faraón - señala Umberto Eco- había algo justo: el principio universal de que **la prótesis debilita al órgano.**

⁵Beatriz Berger. "¿Hacia dónde navega el libro? En: Diario El Comercio 09 de Noviembre de 1998

¿ Se equivocó Tutmosis?, o es que la memoria encontró en cambio un aliado en la palabra escrita ?

Hoy, por cierto, resulta difícil imaginar cómo subsistirían el mundo y la sociedad actual si no se hubiera dado ese gran paso hacia la escritura. Sin embargo, frente a la verdadera revolución editorial creada por Internet - donde ya navegan centenares de títulos - surgen inquietudes y muchos pensadores se preguntan si la era del libro no estaría siendo amenazada por las nuevas tecnologías.

Mas que hacia dónde navega el libro la pregunta que nos brota es hacia dónde **navega** el hombre o hacia dónde pretende **navegar** .

Durante el desarrollo de nuestra investigación procuraremos alimentar nuestra **bitácora de navegación** informática en la búsqueda precisamente de dicho derrotero, esperando que el viento virtual nos sea favorable

Pareciera que la probable solución a nuestras interrogantes fuera una cuestión de blanco o negro; definitivamente no queremos dar esa impresión. En la realidad abundan los matices, y en el derecho como en otras disciplinas humanas no existen verdades absolutas, el derecho se construye y reconstruye de manera permanente, como acertadamente afirma Fernando de Trazegnies: “el derecho constituye una brújula social, nos ayuda a recuperar nuestro rumbo, el derecho no pretende regular el mar y las tempestades con decretos, no pretende acallar las furias de la naturaleza prohibiéndoles manifestarse, su función es más bien organizar ese aparente caos, ordenar el desorden con la ayuda de la razón” ⁶

No pretendemos dar **LA RESPUESTA**, única y absoluta a las situaciones planteadas, es más, nuestras hipótesis antes que afirmaciones tajantes son dudas y tal vez muchas de ellas aún nos acompañen al finalizar nuestra investigación.

⁶Fernando de Trazegnies. “Este maravilloso mundo cambiante” (entrevista) En: Revista La Banca Lima Mayo 1995 p. 16

Lo único que queremos dejar establecido es que lo que nos motivó a llevar a cabo esta aventura no fue la búsqueda de alguna respuesta satisfactoria que pudiéramos enarbolar como verdad absoluta, para nada. Lo que realmente nos convocó fue el deseo por investigar, indagar, escudriñar en el campo de la publicidad comercial en Internet, acercándonos a un tópico que cada día nos apasiona más, pretendemos en todo caso, antes que brindar soluciones cabales y bien pulidas, sembrar el germen de la duda, invitar al lector a que saque sus propias conclusiones sobre tan interesante tema, y en la medida de lo posible se interese en el mismo; si por lo menos esto último ocurriese, nos sentiremos realmente gratificados.

Recordemos que la respuesta jurídica frente a una situación determinada no es definitiva ni incuestionable, sino tan sólo razonable. En este sentido lo que emitiremos será sólo nuestra opinión sobre el tema planteado, lo cual implica que no pueden desecharse otras soluciones por muy distintas que sean a las nuestras.

Hemos dividido nuestro trabajo en **cuatro capítulos**, que a continuación pasamos a reseñar brevemente.

En el Capítulo Primero abordaremos el tema del fenómeno de la red de redes, de lo que se ha venido en llamar Internet, escudriñando en los orígenes de la disciplina, para dar luego una definición del mismo, poniendo especial énfasis en los denominados web sites (sitios web). Posteriormente se verá el tema de la actividad publicitaria en Internet, para lo cual nos tendremos que aproximar a la noción de banners como la forma usual de presentación publicitaria y el uso de los programas denominados applets (aplicaciones), tocaremos luego el tema de la publicidad a través del e-mail y el advenimiento de los novedosos superstitials. Por último y parafraseando a José María Salcedo⁷ nos acercaremos a la noción del cibernautalector de publicidad en Internet. Concluiremos el capítulo destacando la inversión publicitaria en Internet.

⁷ José María Salcedo. Terremoto. Editorial Brasa S.A. Lima 1995 pp. 40-41

En el Capítulo Segundo tocaremos el tema de la publicidad comercial en Internet como un acto de competencia desleal, para lo cual, en primer lugar se dará una definición de competencia desleal y de publicidad comercial distinguiendo esta figura de otras formas publicitarias, básicamente la publicidad institucional y la propaganda política; a continuación desarrollaremos el tema de las manifestaciones concretas de la publicidad comercial entendida como un acto de competencia desleal. Por último cerraremos el capítulo destacando las formas de represión de la competencia desleal

En el Capítulo Tercero se verá en primer lugar el asunto de la realidad peruana frente a la publicidad comercial en Internet, para lo cual se analizarán los casos peruanos de publicidad comercial en Internet vistos por el Indecopi; posteriormente se abordarán los principales tópicos de intentos de unificación legislativa en materia de competencia desleal.

Por último **en el Capítulo Cuarto** se precisará el rol del derecho frente a las manifestaciones de competencia desleal producidas como consecuencia de la exposición de publicidad comercial en la red. Tocaremos el tema de la autorregulación publicitaria, para luego abordar la conveniencia o no de la creación de un convenio internacional sobre publicidad comercial en Internet. Abordaremos el caso de los agentes publicitarios domiciliados y no domiciliados en el Perú. Hacia el final del Capítulo tocaremos el tema de la globalización, fenómeno en el cual se desenvuelve la actividad publicitaria en la red y de cómo el derecho gracias al auxilio de la economía que subyace a ella, debe actuar o no.

vivo, soy una sombra
que la Sombra amenaza,
moriré y no habré visto mi
interminable casa
(Jorge Luis Borges)⁸

CAPÍTULO PRIMERO

EL FENÓMENO DE LA RED DE REDES

1.1 LA INTERNET Nacida del temor

Desde una computadora, debidamente acondicionada, en cualquier lugar del orbe, se puede, con sólo oprimir dos veces sobre el botón izquierdo del ratón (mouse) – clickear, que le llaman - ingresar a un mundo fascinante, a un nuevo medio de conexión, al ciberespacio, a lo inimaginable por nuestros abuelos, a las supercarreteras de la información, a lo que desde hace no mucho tiempo se conoce como *Internet*.

Toda historia tiene un inicio y la red de redes no escapa a esta premisa; paradójicamente los albores de esta realidad tuvieron un móvil muy diferente al desarrollo informático actual, se puede decir que todo se originó por **temor**, por un terrible y enorme temor, por el inconmensurable miedo a perder toda la información almacenada en aquella época en enormes y monstruosas máquinas llamadas simplemente computadoras.

Al respecto Paul Gilster precisa que:

⁸ Jorge Luis Borges. "El Perú". *En*: La Moneda de Hierro. 1976

“...la red ARPANET (The Advanced Research Projects Agency), es decir, la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada del Pentágono fue diseñada con una misión muy específica: proporcionar una plataforma experimental para diseñar redes de ordenadores que pudieran sufrir diversos problemas de funcionamiento. La redundancia en las opciones de encaminamiento de los flujos de datos se debe a que, en el diseño preliminar de la red, se obligó a que ésta poseyera características de ‘autocuración’, en el caso que no pudiera trabajar en la forma prefijada cuando parte de la red se encontrara inutilizable, **de llegar a ocurrir un ataque nuclear**. Este es el motivo por el cual la red Internet cuenta con la capacidad de enviar los paquetes de información utilizando cualquier ruta asegurando, así, la entrega de los mismos” **(el agregado es nuestro)**.⁹

1.1.1 Los orígenes. La aparición del protocolo unificador: el TCP/IP (Transmission Control Protocol / Internet Protocol)

La guerra fría produjo la polarización del mundo en dos bloques: el comunista y el capitalista, y junto con ello gestó el fenómeno revolucionario más impactante hasta entonces desarrollado por las comunicaciones humanas: la Internet. En este sentido Nelson Manrique señala que ante la inminencia de un hipotético ataque soviético a las instalaciones norteamericanas, los funcionarios del Pentágono buscaron la forma de garantizar el funcionamiento del sistema administrativo y de defensa norteamericano a pesar de la destrucción de una parte significativa de los centros de toma de decisiones de la administración norteamericana. La solución que se propuso fue la construcción de una red informática capaz de seguir funcionando aunque fueran dañadas algunas de sus partes.¹⁰

⁹Paul Gilster. El Navegante de Internet. Ed. Anaya. Madrid 1995 p. 71

¹⁰Nelson Manrique. “La Internet es una hija afortunada de la guerra fría. Como muchos de los más significativos avances tecnológicos de este período, tuvo su origen en una iniciativa militar, pero sólo pudo desplegar todas sus potencialidades cuando fue transferida al sector civil. En la década de los sesenta la Rand Corporation, una de las principales instituciones de la derecha norteamericana dedicadas a teorizar el enfrentamiento con la Unión Soviética, diseñó un escenario bélico hipotético en el que un ataque nuclear soviético destruía los principales centros económicos y administrativos de los Estados Unidos. El problema que planteó a partir de este ejercicio teórico fue cómo garantizar el funcionamiento del sistema administrativo y de defensa norteamericano a pesar de la destrucción de una parte significativa de los centros de toma de decisiones de la administración norteamericana. La solución que se propuso fue la construcción de una red informática capaz de seguir funcionando aunque fueran dañadas algunas de sus partes. El diseño que de allí surgió ha tenido importantes implicaciones para definir algunas de las características fundamentales de la Internet actual. En primer lugar, la red no debía tener una autoridad central, que pudiera ser destruida, paralizando todo el sistema. En segundo lugar, sus nodos, es decir, aquellas computadoras conectadas a la red, debían ser iguales en status, lo que suponía que cada uno podía originar, recibir y retransmitir mensajes. En tercer lugar, los mensajes que circularan por la red debían ser enviados divididos en paquetes, cada uno de los cuales contendría la información suficiente para dirigirse a su nodo de destino sin que fuera relevante la ruta particular que tomara. Esta característica responde también a una necesidad técnica de la transmisión de la información por redes. Un mensaje largo congestiona la línea innecesariamente, por el tiempo que demora en circular. En cambio, los mensajes fragmentados en paquetes cortos pueden circular en gran cantidad, de la

Es en esa época (mediados de la década de 1960), cuando se empieza a forjar un nuevo sistema de comunicación, ideado por el ARPA (Advanced Research Projects Agency) del Pentágono, originariamente con fines netamente militares. Luego de la segunda guerra mundial y ante la polarización del mundo en los bloques comunista y capitalista, cada uno de ellos intentaba evitar la preeminencia mundial del otro, dándose entre otros acontecimientos la intervención norteamericana en Vietnam, buscando el famoso equilibrio estratégico en una zona de predominancia comunista. Así el gobierno norteamericano de turno encarga a su Departamento de Defensa la tarea de proteger toda la información almacenada en sus bases de datos, con la principal intención de evitar que llegue a manos comunistas.

La misión le fue encomendada al ARPA, organismo de investigación científica del Pentágono que al crear una red de comunicación recibió el nombre de ARPANET, el cual, en palabras de Cecilia Niezen nace como una necesidad militar y no civil, como un plan de emergencia ante la circunstancia extrema de un eventual ataque nuclear.¹¹

misma manera como pueden viajar simultáneamente muchos autos por una autopista. Aún una simple carta enviada por correo electrónico se divide en pequeños paquetes que viajan independientemente, que suelen seguir rutas diversas, de acuerdo al grado de congestión que van encontrando en sus rutas, para volver a ensamblarse en su lugar de llegada. El proyecto fue madurando y a fines de los sesenta The National Physical Laboratory de Inglaterra implementó la primera red de prueba. En 1969 The Advanced Research Projects Agency del Pentágono inició el proyecto definitivo utilizando supercomputadoras de alta velocidad. Nació así ARPANET, que con el tiempo se convirtió en Internet. Este último nombre proviene del protocolo de transmisión que usa el sistema: el TCP/IP, o Transmission Control Protocol/Internet Protocol. El empleo del TCP/IP permitió que otras redes se enlazaran con la ARPANET, proceso que ha continuado durante las dos siguientes décadas, convirtiendo a la Internet en una suerte de aldea electrónica global. Los avances en el desarrollo de las computadoras PC jugaron un rol decisivo en la expansión de Internet, al poner un elevado poder de cómputo al alcance de un número cada vez mayor de usuarios, a medida que los costos de la industria de la microelectrónica se iban reduciendo drásticamente" Todo lo que Usted siempre quiso saber acerca de Internet. Lima Marzo 1996 s.p.d.i. p. 1-2

¹¹ Cecilia Niezen. "Era la década de los 60, tiempos del 'Flower Power' hippie, pero también de esa gigantesca lucha de desgaste denominada Guerra Fría. La relación con los soviéticos había alcanzado el grado de tensión suficiente como para que los altos mandos de la defensa de los EE.UU se plantearan qué hacer en un hipotético escenario post nuclear. Para empezar, ¿cómo harían el presidente y las más altas autoridades para permanecer en contacto?. Todos coincidían en una red de computadoras ultra rápidas (para la época), pero tal como estaban diseñadas las redes en aquel entonces, bastaba la destrucción de una sola computadora para que la comunicación en toda la red o en un sector de ella se deteriorase gravemente. La autoridad central era un problema aún más serio, pues con toda probabilidad sería blanco fijo en un bombardeo atómico. El Pentágono entonces encargó la solución del problema a la Corporación RAND, creadora de la máquina pensante más sobresaliente de aquellos tiempos. Y la RAND respondió en 1964 con un novedoso concepto de red, cuyos revolucionarios principios eran: ausencia de autoridad central, igualdad de status de los nodos - que en buen castellano significa que todas las computadoras tienen las mismas capacidades de acceso, y que cada una puede enviar y recibir mensajes - y el establecimiento de rutas alternativas de tráfico (para que los mensajes sigan el camino más conveniente a través de la red si la ruta más directa de entrega no estuviera disponible). Así, si un nodo era destruido, el resto de los nodos todavía sería capaz de responder. El resultado, pues, fue un sistema ciertamente lento, pero extremadamente confiable y resistente. Un sistema que sería heredado por Internet.

Los principios propuestos por la RAND se hicieron realidad por primera vez en diciembre de 1969, cuando la Advanced Research Projects Agency (ARPA) del Pentágono creó la ARPANET, una minúscula red formada por cuatro nodos ubicados en tres universidades californianas y en Utah. Los únicos que participaban de esta red experimental eran los departamentos

En toda red de comunicación subyace un concepto primigenio de particular relevancia: el protocolo. Los protocolos establecen una descripción formal de los formatos que deberán presentar los mensajes para poder ser intercambiados por equipos de cómputo, además definen las reglas que ellos deben seguir para lograrlo; están presentes en todas las etapas necesarias para establecer una comunicación entre equipos de cómputo.

El TCP/IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol), fue ideado por Robert Khan y Vinton Cerf del ARPANET en 1974, pensado para evitar la pérdida total de la información del PENTAGONO, se convirtió en el protocolo informático unificador de la naciente red, cayendo en desuso los demás protocolos de comunicación existentes en aquella época. El TCP/IP está compuesto por dos protocolos, el Transmission Control Protocol (Protocolo de Control de Transmisión y el Internet Protocol (Protocolo de Internet), su objetivo principal es que distintas computadoras compartan recursos mediante una red de comunicaciones; junto con ello, controla la comunicación entre un equipo y otro, y decide qué rutas deben seguir los paquetes de información para alcanzar su destino.

Para entender el funcionamiento de los protocolos TCP/IP debe tenerse en cuenta la arquitectura que ellos proponen para comunicar redes. Tal arquitectura ve como iguales a todas las redes a conectarse, sin tomar en cuenta el tamaño de ellas, ya sean locales o de cobertura amplia. Define que todas las redes que intercambiarán información deben estar conectadas a una misma computadora o equipo de procesamiento (dotados con dispositivos de comunicación); a tales computadoras se les denominan compuertas, pudiendo recibir otros nombres como enrutadores o puentes.

de computación e informática de estas universidades, en gran medida porque el sistema era muy complejo, y cualquiera que quisiera servirse de él tenía que aprender a usar una serie de comandos de manejo sumamente complicados. A pesar de esto, para 1971 ARPANET ya había ampliado su red a 20 nodos, y en 1972 creció hasta 40, todos ellos ubicados en instituciones académicas y científicas. Sin quererlo, ARPANET estaba demostrando otra cualidad de las redes que carecen de autoridad central: su extraordinaria capacidad de expansión, una cualidad que luego sería de mucho provecho para Internet". "Internet, la década prodigiosa". *En:* Web Site de la Revista Intermedia de El Comercio. Lunes 22 de marzo de 1999 **URL:** <http://www.elcomerciope.com.pe/intermedia>

Las direcciones IP (Internet Protocol) identifican a las redes y a los nodos conectados a ellas, especifican la conexión entre redes, se representan mediante cuatro cifras, ninguna mayor a 256, escritas en formato decimal, separados por puntos; así una dirección IP tendrá el siguiente formato: 208.45.73.4, al cual le corresponderá un determinado domain name (nombre de dominio). Dicha "traducción" de números a letras la realiza precisamente el TCP/IP.

Como señala Eduardo Villanueva el protocolo TCP/IP se encarga de hacer viajar los mensajes sin necesidad de tener que preocuparnos de mandar las partes en orden, ni de tener que enviarlos por una ruta específica.¹²

El Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones del Perú (OSIPTEL) define el Protocolo TCP/IP de la siguiente manera:

"Protocolo TCP/IP.- El TCP (Transmission Control Protocol), es un protocolo que convierte mensajes en un flujo de paquetes en el origen de la comunicación y los reconstituye en el lugar de destino. El IP (Internet Protocol), es un protocolo que direcciona los paquetes, permitiendo la transmisión sobre múltiples nodos y múltiples redes. Utilizados conjuntamente, constituyen el Protocolo TCP/IP, que proporciona un lenguaje común para la interacción entre redes que usan una variedad de protocolos locales."¹³

Con relación a los albores de Internet, Paul Gilster nos señala que Internet tuvo un origen militar, luego adquirió relevancia académica y científica. Es con el paso del tiempo que evolucionó hasta convertirse en una red de acceso público.¹⁴

¹²Eduardo Villanueva Mansilla. "El protocolo TCP/IP aprovecha distintas formas de red de datos, que pueden ser desde conexiones por módem hasta líneas dedicadas de altísima capacidad, para enviar mensajes. Lo que hace el protocolo es explicarle a todas las computadoras y redes involucradas en la transmisión a dónde debe llegar cada paquete de datos (...) El TCP/IP se encarga de recibir los paquetes, reunirlos en el orden indicado, y pedir, en caso necesario, que sean reenviados los paquetes que se hubiesen perdido en el camino. También es capaz de determinar, mediante sencillas técnicas computacionales, si algún paquete se ha visto maltratado en el viaje, y así requerirse su reenvío en la forma correcta. De esta forma el TCP/IP se encarga de hacer viajar los mensajes sin necesidad de tener que preocuparnos de mandar las partes en orden, ni de tener que enviarlos por una ruta específica. Tampoco necesitamos amarrar el uso de determinadas líneas de comunicación para lograr llegar de un punto a otro. Gracias a la inmensa cantidad de redes interconectadas, dos computadoras plenamente integradas a Internet pueden intercambiar mensajes en *tiempo real*, es decir, en el tiempo que los bytes toman en llegar de un lado a otro, que para todos los efectos prácticos equivale a que suceda al instante, como es el caso de las cartas que toman menos de dos segundos en moverse entre computadoras plenamente integradas a la red". Internet: breve guía de navegación en el ciberespacio. Lima PUCP. 1996. 1ª.ed. p. 36-39

¹³Resolución del Consejo Directivo N° 013-96-CD/OSIPTEL. Disposición Preliminar. Lima, 28 de junio de 1996

¹⁴Paul Gilster. "Los comienzos de Internet no dejaban entrever que evolucionaría para convertirse en una red de acceso público. Al igual que otras muchas grandes ideas, la 'red de redes' nació de un proyecto cuyo objetivo era bastante diferente: una red denominada ARPANET, diseñada y desarrollada en 1969 por Bolt, Beranek y Newman en un contrato con la Advanced Research Projects Agency (ARPA) del Ministerio(sic) de Defensa de los EE.UU. ARPANET era una red que conectaba universidades, y sedes militares y del ministerio(sic) de defensa; su objetivo era ayudar a los investigadores en la tarea de compartir información y analizar de qué forma podrían mantenerse las

Añade luego, el mismo Gilster:

"La solución para crear estos enlaces entre redes era encontrar un buen protocolo de comunicaciones. Un protocolo es simplemente un conjunto de normas que determinan la forma en que diferentes programas podrán intercambiar entre sí los datos que manejan. Los protocolos especifican la forma en que las redes transmitirán los mensajes y gestionarán los errores; estos protocolos permiten la creación de estándares independientes de las diferentes marcas de ordenadores. TCP/IP o Transmission Control Protocol / Internet Protocol es un sistema de protocolos utilizado para los sistemas de redes de área ancha; su éxito y difusión han hecho posible la existencia de Internet"¹⁵

1.1.2 La World Wide Web (WWW o W3): su funcionamiento a través de los denominados Web Sites (Sitios Web). Ubicándonos con los Uniform Resource Locator (URL), Localizadores de Búsqueda Uniforme. Una herramienta ideal de navegación: el hipertexto

Como afirma Eduardo Villanueva, la traducción más cercana del término World Wide Web sería algo así como la trama que envuelve al mundo; en este punto, compartimos su inquietud al considerar dicha traducción demasiado literaria, por lo que nosotros también seguiremos usando el término en inglés: World Wide Web, o simplemente W3.

La W3 fue creada por el CERN, European Particle Physics Laboratory (Laboratorio Europeo de Física de Partículas) en 1991, con sede en Ginebra, Suiza, y cuyo director en aquella época era Tim Berners Lee.

comunicaciones en caso de un ataque nuclear. Desde sus humildes comienzos (los creadores de ARPANET sólo permitían acceder a la red a investigadores y ejecutar programas sobre ordenadores remotos) la red comenzó a crecer. Pronto se añadieron otros servicios, tales como funciones de transferencia de ficheros, correo electrónico, y listas de correo que permitían que los usuarios interesados en los mismos temas se pudieran poner en contacto. Al igual que ARPANET, se comenzaron a desarrollar otras redes, y pronto se llegó a la conclusión que estos nuevos métodos de comunicación eran imprescindibles. Allá por 1973, en una era en que dominaban los grandes ordenadores y una década antes de que comenzara la revolución de la informática de sobremesa, ARPA, bajo sus nuevas siglas de DARPA (Agencia de Proyectos Avanzados de Investigación para la Defensa), comenzó un programa denominado 'Internetting Project' cuyo objetivo era estudiar la forma de interconectar diferentes redes de paquetes. Unido al concepto de 'Interconexión de redes' (conectar entre sí diferentes redes) estaba la necesidad de resolver el problema de la incompatibilidad de los distintos protocolos. En la actualidad, pasarelas especiales pueden conectar entre sí diferentes redes y pasar datos de una a otra" op.cit. p. 48-49

¹⁵Paul Gilster. op.cit.loc.cit p. 49

Según Eduardo Villanueva la Internet pretende que nos integremos al conocimiento global de forma invisible.¹⁶

Para precisar la idea acerca del hipertexto, citemos un caso concreto, en la edición número 11 de la revista electrónica El Pulso en la Red del 29 de enero de 1999, se puede apreciar un artículo, que en su párrafo inicial indica lo siguiente:

Yahoo! compra Geocities por ¿3560 millones de dólares?, ¿4580?, ¿3020?

Por Marieu Betazzi mailto: c.betazzi@codetel.net.do

Editora de "Identidad Virtual" <http://www.civila.com/identidad> e
Investigadora a cargo de nuestra redacción

Yahoo!, el mayor site de búsquedas y principal portal de Internet pagará 3560 millones de dólares por Geocities, el site N° 1 de hospedaje de páginas personales en Internet, según algunas fuentes de información. Consultada la página de información del propio Yahoo! <http://espanol.yahoo.com/noticias>, una información de la agencia AP establece que 4580 millones de dólares sería el precio a pagar, aunque en realidad el valor de las acciones de Geocities pondrían su valor de mercado en no más de 3020 millones a la fecha. La misma cifra es confirmada en <http://abcnews.go.com/geocities/sections/business/index.html?01/28/99>¹⁷

De la cita anterior, podemos afirmar que se trata de un documento que contiene elementos hipertextuales; es decir, links o hipervínculos que enlazan dicho documento con otros, así tenemos los siguientes hipervínculos, que en el texto aparecen subrayados y en color azul:

¹⁶ Eduardo Villanueva. "...busca convertir el acceso a la información, la navegación en la red y la integración de la información de la red con la información propia en algo transparente, en donde no se pueda notar exactamente donde está la diferencia entre la red y nuestro disco duro; en otras palabras, hacer que nos integremos al conocimiento global de forma invisible. Para ello, la W3 parte de una idea bastante sencilla: el hipertexto. Cada servidor W3 está organizado no por índices separados del documento (...), sino que integra los puntos de acceso en los documentos mismos, en la forma de vínculos" op.cit. p. 140-141

¹⁷ Marieu Betazzi. "Yahoo! compra Geocities por ¿3560 millones de dólares?, ¿4580?, ¿3020?". En: Web Site de El Pulso en la Red. Edición N° 11. 29 de enero de 1999. URL: <http://www.elpulso.delmercosur.com>

1. mailto: c.betazzi@codetel.net.do; si se posiciona el mouse de la computadora sobre cualquier parte de la frase subrayada y azulada, aparecerá en pantalla una pequeña mano blanca señalando con el dedo índice dicha frase, lo cual indica que se trata de un link o enlace, es decir, podremos “saltar” a otro documento, en este caso, se abrirá una página de composición de correo electrónico (e-mail), y podremos en ese mismo instante enviarle un e-mail a la autora del artículo, Marieu Betazzi. Esto nos permite interactuar con dicha autora, a la cual le podemos comentar su artículo, o simplemente darle un punto de vista diferente sobre el tema tratado por ella; y el tema no se agota aún, la señorita Betazzi podría eventualmente contestarnos -en la medida que contemos con una cuenta de correo electrónico- produciéndose en ese caso una suerte de “diálogo virtual” con dicha persona, lo cual convierte al Internet en un “ámbito vivo” que permite que internautas de distintos lugares del orbe puedan interactuar, sin importar el lugar físico donde se encuentren.

2. <http://www.civila.com/identidad>; si clickeamos sobre este segundo link -siguiendo siempre al dedo índice de nuestra cordial manito blanca - podremos ingresar al web site de Identidad Virtual, revista electrónica de la cual la autora es editora, dicho web site se “encuentra” en el servidor de civila.com, que contiene no sólo éste web site, sino muchos otros.

3. <http://www.espanol.yahoo.com/noticias/>; al clickear sobre este link ingresamos a la página en español de Yahoo!, uno de los más potentes buscadores de información de la red. Dentro de su sección “noticias” podremos tener acceso a la información sobre la compra de Geocities por parte precisamente de Yahoo!.

4. <http://abcnews.go.com/geocities/sections/business/index.html?01/28/99>; este link nos “lleva” a la página de ABC News, es decir la agencia noticiosa ABC, donde también se reseña la compra de Geocities por parte de Yahoo!.

En más de una ocasión le debe haber ocurrido -amable lector- que al entablar una casual conversación, con una o más personas, haya Usted empezado tocando un determinado tema y por el devenir mismo del diálogo -muchas veces un tanto caótico, aunque lo sea sólo en apariencia- haber "saltado" de ese primigenio tema a otro disímil y de éste a uno más diferente aún, y continuar luego con otros, distintos a los dos primeros, encontrándose repentinamente en una vorágine indeterminada de tópicos. Utilizando la explicación de la "conversación casual", el hipertexto vendría a ser aquel documento que contiene un vínculo o enlace informático que nos permite "saltar" a otra parte del mismo documento, o ir a otro diferente "alojado" en el mismo servidor, o en uno distinto, convirtiendo nuestro acceso a Internet en un verdadero "diálogo virtual" con distintos autores de documentos en línea, con los cuales incluso nos podemos comunicar vía e-mail; dichos documentos hallados, sin haber sido buscados inicialmente, se encuentran en infinidad de web sites, como acertadamente señala Julio Miravalls:

"...en cierto modo, la forma de manejar el lenguaje escrito de Internet se parece a una conversación casual entre varias personas, en la que el objeto de discusión va saltando aleatoriamente de unos temas a otros, a medida que se introducen asociaciones de ideas que disparan los comentarios de algún contertulio, que arrastra al resto"¹⁸

El "saltar" de un documento a otro es conocido en la red como "navegar" o "surfear", y a los navegantes se les suele llamar internautas o cibernautas. El navegar por la red, como en la conversación casual, puede estar inmerso en un aparente devenir caótico, un no saber hacia donde vamos, pero si bien es cierto, es bastante complicado intentar encauzar una tertulia común y corriente, y paradójicamente el caos puede enriquecer el diálogo en sí mismo, en la red sí se puede canalizar el aparente caos utilizando las herramientas que nos brinda el sistema para navegar, como son los bookmarks o marcadores, los buscadores, y/o las listas de interés.

¹⁸ Julio Miravalls. Navegar por Internet. Espasa Calpe. Madrid, 1997, p. 45

Los marcadores son una suerte de indizadores, donde se registra la ubicación de la página que hemos visitado y que nos interesa volver a consultar; los buscadores son web sites encargados de encontrar la información que requerimos, por lo general, se encuentran agrupados por temas, entre los más conocidos y potentes tenemos a: Altavista <http://www.altavista.com>, Yahoo! <http://www.yahoo.com>, Lycos <http://www.lycos.com>, Ozú <http://www.ozu.com>, Olé <http://www.ole.com>, Starmedia <http://www.starmedia.com>, Excite <http://www.excite.com>. Por último, las listas de interés son web sites donde se albergan grupos de personas interesadas en determinados tópicos, llámese deporte, profesión, estudios superiores, hobbies, etc., dentro de las más importantes se encuentra la lista Rediris <http://www.rediris.es/index.es.html> que contiene a su vez una gama interesante de listas, discriminadas por materias, la comunicación entre los usuarios de las listas se hace vía e-mail.

Para navegar por la red se utiliza un formato de lenguaje informático, el denominado HTML (Hypert Text Markup Language), al respecto Eduardo Villanueva precisa que:

“Para lograr esta hipernavegación, la W3 hace uso de un estándar llamado HTML, o lenguaje de marcado de hipertexto. Utilizando editores que soportan este estándar es posible crear documentos para la W3. Cada uno de los documentos es llamado en la jerga de la W3, una página, teniendo cada servidor una página de partida o home page. Cada página tiene una dirección propia de la W3, llamada Uniform Resource Locator (Localizador Uniforme de Recursos) o URL, que a su vez se identifica con una sigla que indica el tipo de recurso, así http es la clave de hyper text transfer protocol, para recursos hipertextuales”¹⁹

Ahora bien, para poder ubicar lo que buscamos en Internet, necesitamos conocer la dirección electrónica del web site requerido, es decir, su URL, Uniform Resource Locator (Localizador Uniforme de Recursos), el cual, en el caso de la Universidad Católica del Perú es <http://www.pucp.edu.pe>, que contiene el nombre de

¹⁹Eduardo Villanueva. op. cit. p. 142

dominio de la universidad; con fines didácticos podemos dividir el **URL** en dos secciones, a saber: el nombre de dominio y el formato hipertextual.

1. El nombre de dominio de la Universidad Católica es **pucp.edu.pe**, donde se puede apreciar hasta 3 niveles, visualizados de izquierda a derecha, así tenemos:

a. Primer nivel, denotado por **.pe**. Desde el prefijo **pe** hasta el primer punto a su izquierda, corresponde a Perú, y tiene como es obvio connotaciones geográficas. Cada país cuenta con un prefijo distinto para denotar el primer nivel de su nombre de dominio: así tenemos, **.cl** para Chile, **.ar** para Argentina, **.mx** para México, **.fr** para Francia, entre otros.

b. Segundo Nivel, denotado por **.edu**. Desde el sufijo genérico **edu** hasta el punto a su izquierda, corresponde a centros educativos en general, por lo que incluye a las universidades. Otros sufijos genéricos usados son: **.com** para empresas, **.gov** para entidades gubernamentales, en castellano es **.gob**, **.mil** para organismos militares, **.org** para organizaciones de distinta índole, por lo general sin fines de lucro, **.net** para entidades vinculadas al desarrollo informático.

c. Tercer Nivel, denotado por **.pucp**. Desde las siglas **pucp** hasta el punto a su izquierda, corresponde a la denominación Pontificia Universidad Católica del Perú.

2. El formato hipertextual denotado por la expresión <http://www>, que comprende:

a. http://, que significa hyper text transfer protocol, protocolo de transmisión de hipertexto; hace referencia a un documento hipertextual, el cual va a poder ser leído en virtud al protocolo TCP/IP. Los dos puntos y la doble barra inclinada o slash son parte del formato de comunicación.

b. **www**, que significa World Wide Web, es decir el documento pertenece al recurso de la red W3 que maneja documentos hipertextuales.

Por lo expuesto hasta ahora podemos indicar que la W3 es el recurso informático de mayor crecimiento en la red, por cuanto permite la navegación sobre hipertextos o enlaces construidos entre diversas páginas o sitios web. Para acceder a ellos sólo basta un simple movimiento del mouse del ordenador, el cual se convierte en nuestra pequeña tabla de surfear, casi en una mini More.

Para iniciar una sesión de acceso a Internet, debemos contar con una computadora debidamente equipada y con una línea de acceso, ya sea a través de una cuenta telefónica para casos particulares o a través de una red de área local LAN como es el caso de la Universidad Católica. En la medida de lo posible debemos contar con un equipo multimedia, es decir una idónea placa de video en el hardware del ordenador y un par de buenos parlantes para apreciar los archivos de audio y sonido. Además debemos contar en el software con programas que nos permitan apreciar dicho audio y sonido; sino contamos con ellos Internet nos ofrece programas gratuitos, al respecto existe un web site sumamente útil para "bajarse" programas shareware (a prueba) o freeware (gratuitos), se llama tu cows <http://www.tucows.com>, un buen programa de video es el quick time player, y para sonido el real audio player.

Siguiendo con el equipamiento de nuestra computadora sería interesante contar con una pantalla de buena resolución, si podemos adquirir una plana de cristal líquido sería fenomenal; nuestro procesador CPU debe ser por lo menos una 486 y de ser posible una Pentium; el disco duro debe tener una capacidad no inferior a 1.5 Gigabytes, cuanto más capacidad tenga nuestro disco duro más rápido podremos navegar. Por último un módem de por lo menos 16 Kbps (kilobytes por segundo), si se puede de 32 sería mejor.

Cuando iniciamos la sesión, la máquina arrancará en una página determinada, conocida como home page o página de inicio, generalmente es la

página del proveedor del servicio de Internet (ISP), o en su defecto es la página de microsoft <http://www.microsoft.com>. La home page la podemos configurar a nuestro antojo, poniendo como inicio la página que mejor nos parezca.

Para navegar por la red de manera placentera debemos contar con un navegador, visualizador o browser adecuado. El browser pionero de la red fue el hoy caído en desuso Mosaic, de la otrora empresa Mosaic Communications Inc., esta empresa cambió su denominación social a Netscape Communications Inc. y dio a la luz el hasta hoy más difundido de los browsers: el Netscape Navigator, identificado por la letra **N** mayúscula con la lluvia de meteoritos detrás de ella mientras navega, que se puede visualizar en la esquina superior derecha del monitor.

Luego que el Netscape Navigator se consolidó en el mercado, la empresa competidora Microsoft introdujo su propio browser, el Internet Explorer, identificado por la letra **e** minúscula sobre la que gira el planeta Tierra. Existen otros navegadores como el Cello, WinWeb, HotJava, pero los que mayor difusión han logrado son el Netscape Navigator y el Internet Explorer. Si podemos contar con ambos la navegación será más fluida, aunque nos bastará con tener uno de ellos. Ahora lo único que queda es acomodarse, desenfundar el mouse y echarse a la mar...el único límite es nuestra imaginación.

1.1.3 Hacia una definición

El término Internet se fue forjando a partir del año 1973, al respecto Cecilia Niezen precisa que:

“...el Pentágono, a través del ARPA, inició en 1973 un programa de investigación para permitir que computadoras de redes diferentes pudieran comunicarse limpiamente entre sí. Este proyecto fue conocido como el

Internetting Project, y el sistema de redes que emergió de él recibió el nombre de Internet”²⁰

Según Paul Gilster

"Cuando la U.S. Defense Communications Agency decidió utilizar el protocolo TCP/IP en todos sus ordenadores de la red ARPANET, se estaba estableciendo un estándar sobre el que Internet podría basar su desarrollo posterior. Desde ese momento, fue posible añadir más pasarelas y conectar más redes, mientras que el corazón de la red original permanecía intacto. La mayor parte de los expertos fechan el nacimiento de Internet en 1983, el año en que la ARPANET fue dividida en MILNET (que iba a ser utilizada para las comunicaciones militares) y la ARPANET (que continuaba con las labores de investigación). La primera red autónoma de DARPA que se conectó a ARPANET en 1980 fue la red CSNET (una red que conectaba ordenadores situados en departamentos científicos de los diferentes estados norteamericanos). CSNET se unió con BITNET en 1989. La propia ARPANET fue desactivada en 1990, y sus funciones fueron absorbidas por la estructura de Internet. **Estos hechos han establecido el siguiente principio: al comunicar diferentes redes con un conjunto de protocolos se irán añadiendo nuevas redes a esta creciente metared utilizando para ello pasarelas.** Por la época de la desaparición de ARPANET, la National Science Foundation creó una nueva red de su propiedad para seguir suministrando muchos de los antiguos servicios de los que disponía ARPANET”²¹ **(el resaltado es nuestro)**

Diferentes autores se han pronunciado sobre la noción de Internet, así tenemos que, para Julio Miravalls:

"Internet es la aldea global y, al mismo tiempo, un mundo pequeño y aislado. Un 'lugar' que puede ser visitado. Un destino para viajes de placer o de negocios. El territorio en el que, finalmente, pueden llegar a converger lo que ahora son medios diferentes de comunicación: la prensa, la radio y la televisión”²²

Más adelante, Miravalls añade:

"Internet es una red de redes, un enorme número de ordenadores (decenas de miles, quizá cientos de miles ya), repartidos por todo el mundo, que pueden interconectarse unos con otros a voluntad de los usuarios, utilizando líneas de comunicación permanentemente abiertas. Los ordenadores se conectan entre sí permanentemente dentro de una red, o funcionan de manera aislada y se conectan esporádicamente a otro (que sí está integrado en alguna red), a través de una línea telefónica. De una red a otra se establecen puntos de contacto, permanentes o esporádicos, y a través de éstos cualquiera de los ordenadores de una se puede conectar a cualquiera de los ordenadores de la otra. El efecto se

²⁰ Cecilia Niezen. op.cit

²¹ Paul Gilster. op.cit. p. 50-51

²² Julio Miravalls. op.cit. p. 10

7

multiplica desde un grupo de redes hasta otro grupo, y de éste a otro, abarcando prácticamente la totalidad del planeta con una maraña de conexiones que se disparan en todas las direcciones”²³

Para un grupo de autoras españolas, encabezadas por María Dolores Alcaín:

“Internet es una red de redes. Es un conjunto de redes de comunicación interconectadas entre sí, que enlazan ordenadores de todo el mundo, lo que permite compartir datos y recursos. Aproximadamente se calcula que hay más de 30 millones de personas conectadas, aunque la cifra aumenta cada día. En áreas reducidas los ordenadores suelen estar unidos entre sí por cables, pero cuando la zona a cubrir es más extensa, las conexiones se realizan a través de líneas telefónicas o satélites”²⁴

Eduardo Villanueva afirma que:

“En sentido estricto, Internet es en realidad una suma de redes que se han puesto de acuerdo para comunicarse entre sí. La lingua franca que permite que todas las redes se entiendan es un protocolo de comunicación entre computadoras llamado TCP/IP (...). La suma de redes que utilizan éste y otros protocolos de comunicación permite hablar de una Inter-Red, una red de redes. Eso es Internet”²⁵

Para Nelson Manrique:

“La naturaleza de Internet es difícil de definir, entre otras cosas porque no hay quien tenga una visión completa de todo lo que abarca y porque en su desarrollo va dando lugar a la continua aparición de realidades inéditas. A primera vista, podría definirse a la Internet como una red de computadoras conectadas entre sí, pero eso sería confundir el soporte técnico de transmisión de datos del sistema con el sistema mismo. Con más propiedad se la puede definir como una gran fuente de información de carácter planetario, accesible desde buena parte del globo, con acceso a un número cada vez mayor de países y como un medio de compartir información a la que acceden millones de personas”²⁶

Enrique Bardales precisa que:

“La primera idea que sugiere el término 'Internet' es la de un sistema de comunicación a través de computadoras. Esta aproximación, intuitiva por cierto, no deja de ser cierta; sin embargo, se debe precisar que es un sistema de comunicación con características perfectamente identificables y que supone el principio de libertad de acceso y la vocación de participar en un sistema de red universal”²⁷

²³ Julio Miravalls. op.cit. loc. cit. p.14-15

²⁴ María Alcaín y otras. América Latina en Internet. CINDOC, Madrid, 1997, p.15

²⁵ Eduardo Villanueva. op.cit. p. 16

²⁶ Nelson Manrique. op.cit. p. 2

²⁷ Enrique Bardales. "Conflicto entre los nombres de dominio en Internet y los derechos sobre marcas. En: Revista Derecho y Sociedad N 13 Lima 1998

En la exposición de motivos de la Resolución del Consejo Directivo del OSIPTEL N° 013-96-CD/OSIPTEL del 28 de junio de 1996 se indica que:

"Internet es una red de alcance mundial de redes de computadoras cuya conectividad viene dada por el uso de un protocolo de comunicación común: TCP/IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol). Este protocolo provee un lenguaje común de operación entre redes que por sí mismas usan una variedad de protocolos. Actualmente los usos principales de Internet son: el correo electrónico, la transferencia de archivos entre computadoras (file transfer protocol o ftp), el acceso remoto a computadoras (remote login), y el world wide web"²⁸

De las diferentes nociones sobre Internet, coincidimos con la mayoría de autores citados en el sentido de considerar a Internet como una red de redes, una suerte de metared que contiene información de distinta índole, llámese académica, militar, religiosa, ideológica, y fundamentalmente comercial, de rápido crecimiento, a la cual se puede acceder desde cualquier computadora debidamente equipada, en cualquier lugar del orbe, utilizando el protocolo de comunicación TCP/IP. Se puede explorar, acceder, buscar o simplemente ver información sobre un conjunto diverso de temas, a todo esto se le conoce como "navegar" o "surfear" por la red. En este sentido **Internet no es otra cosa que una gran fuente de información de todo tipo de alcance mundial disponible para cualquier persona que cuente con una computadora conectada a la red.**

1.1.4 Aproximación a su naturaleza jurídica

Se suele decir que el derecho está un paso atrás de la realidad, mucho más dinámica y rápida, y en el caso del desarrollo informático tal vez sea más de un paso el que los separa, al menos por ahora.

La labor del derecho es procurar amoldarse a los cambios de la sociedad, intentar ajustarse a la realidad de su entorno, en este sentido pretendemos aproximarnos a la naturaleza jurídica que podría enmarcarse dentro de la red de

²⁸Resolución del Consejo Directivo de OSIPTEL 013-96-CD/OSIPTEL. Exposición de motivos. Lima 28 de junio de 1996.

redes. Cabe precisar que dichas aproximaciones se realizan con un fin académico, sólo con el afán de observar a Internet desde el ámbito jurídico, dejando en claro que se trata únicamente de un enfoque, como pueden haber muchos otros, se trata como diría Guido Calabressi, de darle un pequeño vistazo a la catedral²⁹, asumiendo a Internet como a una catedral virtual, a la cual si se quiere comprender integralmente habrá que visitar en su totalidad.

1.1.4.1 La red como medio de comunicación social

Un primer acercamiento a la naturaleza jurídica de Internet nos permite entenderla como un medio de comunicación social, un ámbito en el cual se comparte información, donde interactúan millones de personas de distintas nacionalidades, idiomas e ideologías. En ella, tanto personas naturales como personas jurídicas, llámese empresas o asociaciones de distinta índole, tienen la capacidad de utilizar las tecnologías de la comunicación para enviar mensajes de todo tipo: comercial, religioso, personal, educativo, académico, sexual, etc., por todo el orbe y en cualquier momento, abarcando a una innumerable cantidad de individuos receptores de dichos mensajes. Los interesados pueden incluso contar con su propio web site o albergarse en uno ajeno, es decir pueden estar en línea (on line).

El ser humano ha tenido siempre la necesidad de comunicarse con sus semejantes, en este sentido Steinnberg afirma:

"Por medio de la comunicación, el hombre evita la soledad frustradora del aislamiento y encuentra la forma de satisfacer sus necesidades y deseos. La comunicación es un proceso social. Las comunicaciones dan forma al 'patrón' (modelo) que tendrá el medio ambiente del individuo. Los medios de comunicación con el público reflejan ese medio ambiente. La comunicación 'relaciona' al individuo con otros individuos"³⁰

²⁹ Guido Calabressi y Douglass Melamed. Reglas de la propiedad, reglas de la responsabilidad e inalienabilidad. Un vistazo a la catedral. En: Revista Thémis N° 21. Lima 1992.

³⁰ Charles Steinnberg. Los medios de comunicación social. Editorial Roble. Compilación. México 1969. p. 4

Steinnberg también nos habla de la existencia de cuatro factores para que funcione el proceso de comunicación, a saber, un comunicador, un recipiente, un contenido de lo que se comunica, y un efecto sobre alguna persona, respecto de aquello que se comunica³¹ En este sentido, en el caso de Internet, podemos apreciar que se cumplen los cuatro factores; así tenemos que el comunicador sería aquella persona o entidad que posee un web site y se encuentra alojado en algún servidor de la red; en segundo término el recipiente vendría a ser la red, estar on line; el tercer factor no es otro que el mensaje contenido en el web site, así si se trata de una empresa su mensaje sería: “compra mi producto”; y por último el cuarto factor, que es el efecto que el mensaje del comunicador produce sobre el internauta, es decir, en el caso de la empresa que procura vender su producto, la respuesta del internauta será decodificar el mensaje, entender lo que le ofrecen y posteriormente decidir comprar o no el producto o servicio ofrecido.

El decreto legislativo 691, normas peruanas de la publicidad en defensa del consumidor, con relación al concepto de medio de comunicación señala que:

“La palabra ‘medio de comunicación social’ se refiere a todas las empresas que brinden servicios de carácter audibles, audiovisuales y/o impresos, de acuerdo con el Reglamento y que operan o se editan en el país”³²

Por su parte el reglamento de la ley antes citada, señala lo siguiente:

“Medio de comunicación social: toda empresa que brinde servicios en cualquiera de las formas a través de las cuales es factible dirigirse a una pluralidad de personas para comunicar un mensaje comercial, ya sea de manera personalizada o impersonal, por medio de correspondencia, televisión, radio, teléfono, facsímil, periódicos, revistas, afiches, volantes o cualquier otro medio análogo, que operan o se editan el país”³³

Se puede apreciar que para las normas peruanas sobre publicidad, un medio de comunicación social es aquella empresa que transmite un mensaje comercial a una pluralidad de personas; ahora bien, definitivamente Internet no es una empresa, en ella operan empresas, pero ella no tiene la calidad de empresa,

³¹ Charles Steinnberg. op. cit. loc. cit.

³² Decreto Legislativo 691. Definiciones. Artículo 1. Lima, 06 de noviembre de 1991

³³ Decreto Supremo 020-94-ITINCI. Reglamento de la ley de normas de la publicidad en defensa del consumidor. Artículo 2 inciso b. Lima, 16 de abril de 1994

Internet es simplemente una red de redes de comunicación, un ámbito en el cual pueden operar empresas o personas naturales. La noción manejada por las normas peruanas está restringida por el aspecto comercial, por cuanto se refiere a una legislación publicitaria, es decir, a una publicidad comercial.

En este sentido, toda vez que nuestro marco de estudio también se circunscribe a la publicidad comercial en la red, podemos entender que para efectos mercantiles se puede señalar que Internet es el ámbito virtual en el cual operan distintas empresas o personas que transmiten mensajes comerciales a una infinidad de personas.

Siguiendo con la normativa peruana Internet sería un medio análogo a la televisión, radio o prensa escrita, que opera en el Perú, a través del cual se transmiten mensajes comerciales. Lo importante es que aquello que se transmita tenga un carácter comercial.

1.1.4.2 La red como el ciberespacio donde se realizan transacciones mercantiles. Los actos de comercio en Internet.

Si bien en la actualidad el tráfico comercial en línea es algo común y corriente, no siempre fue así. Originalmente la red tenía una finalidad netamente militar, luego se tornó en un ámbito académico y científico; fue mucho después que el aspecto mercantil hizo su aparición en Internet. Incluso durante un largo lapso se prohibió el intercambio comercial en la red. Todo cambió a raíz de la desactivación de la NSFnet en abril de 1995.

Al respecto Eduardo Villanueva nos señala precisamente que el gran impulsor del crecimiento de Internet fue la NSFnet, o red de la Fundación Nacional de la Ciencia de los EE.UU.³⁴

En Internet no sólo se transmiten mensajes comerciales, sino que en ella también se pueden realizar transacciones mercantiles, es decir, se puede comprar y/o vender en línea.

De esta manera la red se convierte en un medio de comunicación atípico, ya que en los medios de comunicación convencionales, llámese radio, televisión, periódicos, sólo se publicitan productos, pero si uno decide adquirir algún producto publicitado deberá acercarse a una tienda comercial y comprarlo. Internet nos ahorra este último paso, en ella se anuncia y se compra y/o vende a la vez, es decir, se realizan distintos actos de comercio, de manera simultánea. Lo interactivo de la red se hace tangible al comprar y/o vender en línea, con todo lo positivo y negativo que ello implica.

Lo negativo de llevar a cabo actos de comercio en Internet es la desconfianza aún reinante entre los internautas respecto a comprar y/o vender en la red. Existe el temor – fundado, por cierto – de que algún hacker pueda obtener el número de nuestra tarjeta de crédito – principal medio de transacción mercantil en la red - y hacer cualquier tipo de desfalco con dicha herramienta en sus manos.

³⁴ Eduardo Villanueva. "...el gran impulsor del crecimiento de Internet fue la NSFnet, o red de la Fundación Nacional de la Ciencia de los EE.UU., muy subvencionada por ese gobierno, como es el caso de casi todas las grandes redes de comunicación académica del mundo entero. Y aunque aún el costo de Internet es claramente el más bajo de cualquier red similar en el mundo entero (un promedio de cinco dólares mensuales por usuario, para cualquier usuario de cualquier lugar del mundo), el crecimiento del tráfico y sobretodo, la presión de los usuarios comerciales, están haciendo lentamente desaparecer tanto la lógica 'científica' de la NSFnet, como a la NSFnet misma.

Originalmente, la NSFnet financió una red en donde el tráfico con fines comerciales (es decir, para realizar transacciones de compra y ventas) estaba prohibido. Esa era la política de uso aceptable: el backbone, o conducto central de la NSFnet no podía llevar ese tráfico. Pero eso no impidió que el tráfico con fines comerciales no entrara en la red: aquellos que realmente lo deseaban podían lograr su objetivo con bastante facilidad, porque la compañía que manejaba el backbone tenía otro backbone, con otra estructura de precios, que sí permitía el tráfico comercial. Para cuando este libro esté en sus manos ni siquiera habrá lo que llamamos NSFnet, y las restricciones al tráfico comercial habrán desaparecido. Esta red ha sido descontinuada el 30 de abril de 1995, trasladándose su tráfico a una serie de proveedores de acceso y terminando con la idea del backbone mismo, puesto que la continuidad de Internet dependerá de diversos backbones mantenidos por diversos proveedores comerciales" op. cit. p. 172-173

Lo positivo de llevar a cabo actos de comercio en Internet es la rapidez con la que podemos realizar cualquier tipo de transacción en la red. Como reza el viejo refrán: "el tiempo es dinero", y en Internet se hace mucho más tangible, porque el tiempo que dedicaríamos a ir de compras lo podemos utilizar en otros menesteres. La próxima vez que estemos navegando tal vez nos aventuremos a ir de compras, convirtiendo a la red en una suerte de inmenso shopping virtual. En el Perú ya existe un web site dedicado a la adquisición de productos de distinta índole, se llama Perú Plaza y se puede acceder a él desde <http://www.peruplaza.com>.

Al respecto del desarrollo del comercio electrónico, en un artículo de la sección de tecnología del diario El Comercio de Lima se indica que el mayor obstáculo tanto técnico como psicológico para que se produzca el despegue definitivo del comercio electrónico es la forma de pago.³⁵

Como se señala en el artículo antes citado, una manera eficiente de superar los problemas de seguridad en el pago en línea es la criptografía, que no es otra cosa que el uso de un protocolo especial denominado SSL Secure Sockets Layer, que permite cifrar los datos intercambiados entre el servidor y el cliente; es decir, proteger la información enviada del cliente al comprador y viceversa, fundamentalmente nos da la tranquilidad de saber que el número de nuestra tarjeta de crédito no será violado.

A la par del protocolo SSL, existe el protocolo SET (Secure Electronic Transactions), el cual además de encriptar la información, utiliza los denominados

³⁵Redacción Sección Tecnología El Comercio "La mayoría de las empresas comenzaron a crear sitios web para dar a conocer su oferta y atraer a nuevos clientes, incluso a escala mundial. En esa etapa, la mayor parte de las compras reales tenían lugar fuera de la Red, que servía a lo sumo como escaparate virtual. Con la aparición progresiva de nuevos medios de pago digitales se está posibilitando la existencia de transacciones comerciales realizadas completamente a través de Internet. Una vez efectuado el pago, el comerciante envía los artículos adquiridos contratando los servicios de una empresa de paquetería, si son bienes físicos, o directamente vía web si son bienes digitales, como información o programas, abaratando drásticamente en este caso los costos de distribución. En esta cadena comercial de valor, la forma de pago es el mayor obstáculo tanto técnico como psicológico para que se produzca el despegue definitivo del comercio electrónico. En los últimos cinco años ha ido surgiendo un número considerable de tecnologías y sistemas de pago electrónico que ofrecen las garantías de seguridad e integridad necesarias para realizar las compras en línea de una manera fiable y sin sorpresas. La piedra angular de todas ellas es la criptografía, que proporciona los mecanismos necesarios para asegurar la confidencialidad e integridad de las transacciones". "Medios de pago en Internet. Descripción de protocolos y consejos para comprar y vender en la Red". En: El Comercio Sección Tecnología Lima Martes 25 de octubre de 1999. URL: <http://www.elcomercioperu.com.pe/tecno/1999/9/30/fs111n1.htm>

certificados digitales, que son una suerte de códigos ocultos, los cuales garantizan la identidad de las personas que realizan la transacción, por cuanto sólo a los involucrados en dicha operación mercantil se les otorga los mencionados certificados, de esta manera uno puede garantizar su identidad.

En la actualidad se viene hablando del uso de una revolucionaria tarjeta de crédito on line para realizar las transacciones comerciales a través de la red, la denominada tarjeta de microcircuito, al respecto Jürgen Wassmann nos precisa que:

"...en un futuro nuestra idea es introducir el microcircuito, el cual es una tarjeta de plástico, que lleva un microprocesador integrado y que proporciona una capacidad de memoria superior a la banda magnética que utilizan las tarjetas de crédito actuales. El certificado digital residiría en tu tarjeta de microcircuito y su beneficio fundamental es que aporta más información en más ubicaciones tradicionales y nuevas. Por ejemplo, la tarjeta de microcircuito te permitirá obtener los saldos de las cuentas y hacer transferencias de fondos entre las mismas, facilita el pago electrónico de facturas, y muchas cosas más"³⁶

En síntesis, desde el punto de vista jurídico - mercantil Internet puede ser entendida como un medio de comunicación social atípico, y cuya atipicidad viene dada por el hecho que en ella no sólo se publicitan productos, sino que también se puede vender y/o comprar lo que se publicita. De alguna manera la red no es un medio de comunicación más, sino que se está convirtiendo en el más idóneo de ellos, por cuanto, luego de ver la publicidad uno puede decidir comprar en el mismo instante, haciendo sólo un simple click con el mouse del ordenador.

1.2 La actividad publicitaria en Internet

La presentación publicitaria en Internet ha mutado de acuerdo al avance tecnológico de la red, así tenemos que de los banners o banderas, se pasó a la publicidad a través del correo electrónico y las listas de interés, llegando en la actualidad a producirse una forma de mini spot al estilo de la televisión, con la

³⁶Erika Pérez. Entrevista a Jürgen Wassmann "Compra segura en Internet" En: Revista PC Más N° 45. Lima, 29 de setiembre de 1999. p. 13

aparición de los "superstitials". Veamos como se produjo este devenir publicitario virtual.

1.2.1 Los Banners: forma usual de presentación publicitaria. El uso del programa Applet

Según Mikel Amigot el origen del banner como herramienta publicitaria se puede registrar hacia finales de 1994, al respecto nos indica que:

"En abril de 1994, dos abogados norteamericanos del bufete Green Card inundaron de publicidad numerosos grupos de noticias de Usenet. Su ofensiva promocional tuvo la peor respuesta imaginable. Los letrados fueron victimados por diversos "mail bombings" y su presencia fue vetada en aquellos foros. Las marcas, aterrorizadas por la respuesta de Internet, se propusieron actuar con cautela. En octubre del mismo año, efectuaron un experimento que, sorprendentemente funcionó. AT&T, MCI, Sprint, Volvo, Club Med y otros colocaron anuncios estáticos en HotWired.com. Los internautas de la época no sólo evitaron críticas, sino que reaccionaron generando 'clicks' en índices que, años después, nunca más se alcanzarían, y que entonces fluctuaron entre el 15 y el 50 %. Las tarifas de Wired Digital para cada anunciante eran de 30,000 dólares por 12 semanas de exposición. Había nacido la publicidad con 'banners'"³⁷

Los banners o banderas publicitarias son pequeños recuadros de aproximadamente tres o cuatro centímetros de alto y todo el ancho de la pantalla, generalmente hechos en formato GIF o JPG, son una suerte de link o enlace, ya que contienen información sobre determinado producto, y al clicar sobre ellos podemos acceder al web site del anunciante, donde se nos dará mayores detalles del producto publicitado.

Acerca de los banners Rodolfo Carpintier nos indica que estas herramientas son la base de la publicidad en Internet.³⁸

³⁷ Mikel Amigot. "De Internet a Intermall". En: Web Site de iBrujula.com. Lunes 26 de julio de 1999

³⁸ Rodolfo Carpintier. "Tiritas Publicitarias. Así llama Christian Gómez, de Teknoland, a los banners, la base de la publicidad en Internet. Un banner es un pequeño anuncio situado en una página web cualquiera y que funciona como enlace directo con la página principal del anunciante. El usuario puede limitarse a ver el anuncio o buscar más información sobre lo que se le ofrece señalando con el ratón sobre el banner. Por eso, es fundamental que las empresas que quieran promocionarse en la Red realicen una distribución inteligente de sus banner entre las páginas web que mejor se adecuen a sus objetivos. No se trata sólo de anunciarse en los web más visitados, sino sobre todo en los que ofrezcan con mayor garantía sintonizar con el comprador potencial.

El banner primigenio era una simple banda estática que promocionaba un producto determinado, pero como la idea es llamar la atención del usuario, se le fueron agregando movimiento y sonido, para ello se pueden utilizar distintos programas informáticos, pero el más usado es el applet del lenguaje java. Un applet es un programa realizado en lenguaje JavaScript y posteriormente compilado; los applets son pequeñas aplicaciones escritas en Java y que se difunden a través de la red para ejecutarse en el visualizador cliente, es decir en el navegador de nuestra computadora, nos permiten apreciar cualquier tipo de información con efecto multimedia, es decir, en movimiento y con sonido, y no sólo en formato de texto lineal. Se puede afirmar que los applets le han dado algo de "vida" al estático y originario banner.

1.2.2 La publicidad a través del e-mail. El spam o "bombardeo" publicitario. Los cookies o galletas rastreadoras.

La publicidad en la red puede brindarse también de manera directa, a través del e-mail, en este sentido se recibe todo tipo de publicidad desde que se accede a la página principal del servidor de correo en el cual uno se inscriba. En la actualidad existen muchos correos electrónicos gratuitos, como el de Yahoo! <http://www.yahoo.com>, el Hotmail <http://www.hotmail.com>, el de Starmedia <http://www.starmedia.com>, el LatinMail <http://www.latinmail.com>, entre otros.

Otro detalle referido al e-mail es el hecho que cuando se solicita la cuenta de alguno de ellos, el sujeto interesado debe suscribirse a diferentes revistas electrónicas, las cuales al llegar a nuestro correo lo hacen cargadas de publicidad, produciéndose muchas veces lo que se conoce como spam o "bombardeo

Además, es muy importante cuidar la imagen del banner, ya que se trata de una verdadera tarjeta de presentación. Paul Fleming, uno de los socios de Barcelona Virtual, aconseja que el banner cuente con imágenes animadas para atraer la atención del usuario. También recomienda que, en caso de que el internauta tenga desactivado el sistema automático de apertura de imágenes, la casilla donde se sitúa el banner esté acompañada de un mensaje claro y que invite a descubrir la imagen que contiene con algún tipo de oferta o de juego. Fleming advierte del peligro de las imágenes de gran tamaño, ya que tardan mucho en cargarse, y aconseja que no ocupen más de 100 K y que tengan un formato GIF. En cuanto a la posición del banner en un web, Fleming recomienda situarlo en la esquina inferior derecha". "Anuncios a la carta" En: Web Site de CommerceNet. Viernes 16 de octubre de 1998 URL: <http://www.commercenet.org/commercenet/doc/doc6.htm>

publicitario", es decir, una cantidad grande y repetida de publicidad, lo que puede convertirse en algo sumamente incómodo y molesto. Si uno no se inscribe en por lo menos dos o tres revistas, la carga del servidor del correo se torna sumamente lenta. Las personas son libres de inscribirse o no en dichas revistas, pero si se opta por no hacerlo se sufrirá con la lentitud del servicio de correo. Es una forma muy sutil de coacción.

La publicidad vía e-mail permite el uso de una técnica publicitaria muy en boga en los últimos tiempos, el llamado marketing directo o "one to one", al respecto Fernando Huapaya precisa que:

"...el marketing directo es un sistema interactivo que utiliza uno o más medios publicitarios para conseguir una respuesta medible y/o transacción comercial en un punto determinado, con la intención de crear una relación interactiva con un minorista, una empresa, o un consumidor final"³⁹

Mediante el marketing directo las empresas pueden hacer un perfil diferenciado de sus distintos clientes, para ello los consumidores llenan diferentes formularios en línea, donde plasman sus inquietudes y aptitudes. A la par con ello existen unos programas que son de suma utilidad para empresarios y publicistas, se denominan cookies; los cookies, que son una suerte de galletas rastreadoras de información, graban información acerca de su visita a un sitio en particular, y sólo el sitio que los creó los puede leer más tarde. Se usan cookies para hacer que su navegación en la web sea más personal y conveniente, pero hay gente que tiene miedo que el abuso de los cookies nos pueda llevar a una pérdida de privacidad. Respecto a los cookies Bob Rankin nos indica que:

"Es importante acordarse que un cookie no puede grabar datos personales como su nombre, dirección de email o número telefónico a menos que Uds. entren esta información en un formulario en el sitio que está creando el cookie. Las características de seguridad que se han construido en la tecnología de cookies no permite que un operador de un sitio navegue por los archivos en su disco duro o mire los cookies que se crearon por otros sitios. Recuerden estos hechos importantes acerca de los cookies:

³⁹Fernando Huapaya, "Línea directa. El uso del marketing directo crece en el país". En: Revista Business Perú N° 22, Lima, Julio de 1996

- Los cookies no pueden tener acceso a datos personales o a archivos de su disco duro
- Los cookies solamente pueden ser leídos por el sitio web que los creó"⁴⁰

Como afirma Rodolfo Carpintier:

"En realidad, ¿qué es el marketing 'one to one'? La respuesta que me gusta más es la de que 'se trata de un modelo de marketing personalizado posibilitado por un sistema de gestión de Base de Datos avanzado que permite el seguimiento -no tan solo transaccional- de cada cliente de forma individual'. Si se que a cierto cliente le gustan los toros, reflejo esta información en mi Base de Datos, si tengo un área de Internet dedicada al ocio y le 'veo' siempre leyendo los resultados del fútbol, este hecho también queda reflejado en su perfil de cliente, si es muy participativo en cualquier reunión o charla que organizo en mi Web en Internet...más información que acumula su perfil personal y más datos conozco sobre mi cliente".⁴¹

Tradicionalmente se suele hablar en el ámbito publicitario de la existencia de las cuatro P's, es decir, precio, producto, promoción y plaza, como los elementos indispensables de una adecuada publicidad; hoy en día con el avance tecnológico y el uso del marketing directo se ha empezado a dar un giro al respecto, así lo precisa Karim Mahuad, citado por Huapaya, quien:

"...destaca que se puede hablar de la teoría de las cuatro C's, consumidor, costos para el consumidor, conveniencia y comunicación".⁴²

De los puntos señalados por Mahuad, tal vez el rasgo fundamental -que duda cabe- sea el de la comunicación, es decir, el vínculo directo con el internauta potencial consumidor o cliente, acercamiento que se hace más palpable con el carácter interactivo de la red en el entorno profesional, académico y familiar.

⁴⁰ Bob Rankin. "¿Qué son las Cookies?". En: Web Site de Geocities.com. 06 de noviembre de 1999.

URL: <http://www.geocities.com/SiliconValley/Way/4302/cookies.html>

⁴¹ Rodolfo Carpintier. "Internet y el marketing 'one to one' en el tratamiento al cliente del siglo xxi". En: Web Site del Magazine de Sistemas Modernos de Marketing. 16 de octubre de 1998. URL: <http://www.smmkt.es/smm/smm-mag/id105.htm>

⁴² Fernando Huapaya. op. cit.

1.2.3 La aparición de los denominados "superstitials". Una suerte de mini spot publicitario. El advenimiento de la Web - TV.

El avance tecnológico no se detiene, muestra de ello es la nueva forma publicitaria aparecida en la red recientemente: los superstitials, algo similar a un mini spot televisivo, ejemplos de ellos se pueden apreciar en el web site de Unicast <http://www.unicast.com>. Todo hace presagiar que los días de los tradicionales y poco dinámicos banners estarían contados, aunque el proceso de recambio puede durar algunos meses o años.

Con relación a los superstitials, en un artículo titulado "Se abre paso una fórmula para sustituir a los banners", aparecido en la revista electrónica iBrujula.com <http://ibrujula.com>, se señala que se trata de una nueva forma de publicidad que pretende sustituir a los tradicionales 'banners' publicitarios.⁴³

Con referencia a los superstitials cabe precisar un concepto manejado por los expertos en marketing on line, el "click through", que no es otra cosa que el pulso o click que se le da al mouse cada vez que se desea ir a una página distinta –sea de publicidad o no- a la que se encuentra "abierta" en ese momento. Se estima que el porcentaje de "click through" de los superstitials es superior al de los

⁴³Redacción de iBrujula.com. " Una nueva forma de publicidad que pretende sustituir a los tradicionales 'banners' publicitarios, considerados por los expertos como aburridos y poco eficaces desde la perspectiva del marketing, se ha presentado esta semana en diversas ciudades norteamericanas tras lograr el apoyo de la industria publicitaria en Internet. Unicast.com, una compañía nueva, que está especializada en desarrollos publicitarios en Java y que cuenta con el apoyo financiero, entre otros, de Intel, GTE e Internetworking, ha presentado 'Superstitials', una forma de anuncio que, además de la tecnología, muestra como principal activo haber logrado el beneplácito de los pesos pesados del sector, como DoubleClick, Fycast, NetGravity y Adsemarkt. La fórmula, que, según sus autores, persigue lograr una publicidad más atractiva e interactiva para el usuario y mensurable para el anunciante, consiste en que una vez el internauta ha 'bajado' completamente una página, la publicidad se carga en la memoria caché. Si el visitante quiere visualizar un anuncio completo, que se presenta al modo de un spot televisivo, ha de hacer clic en él. La nueva publicidad puede estar en cualquier tamaño o formato incluido HTML, Java, Flash, Director o GIF, y se carga de manera invisible para el usuario en un plazo de entre 15 y 30 segundos, según el tipo de conexión.

Similares a anuncios de TV interactiva. En Unicast.com se muestran diversos ejemplos de spots, que se asemejan a lo que podría ser un anuncio en TV, sólo que con interactividad. Los promotores de la idea han indicado que la respuesta del público, en esta fase de lanzamiento, ha superado sus expectativas, al haber logrado un 'click through' del 8 por 100, cuando con los banner tradicionales alcanzan tasas por debajo del 1 por 100. Hasta ahora únicamente algunos web, como CBS SportsLine, Women.com y Time estaban utilizando los 'Superstitials', pero tras el apoyo de los grandes del sector se espera que sea adoptado por más de 1.500 sitios. Todas las partes implicadas en la iniciativa se muestran encantadas, dado que prevén un aumento del 'click through' (hacer clic para ir una página) y de la respuesta del público, así como un

banners, es decir, que los internautas clickean más sobre un superstitial que sobre un banner, fundamentalmente por lo novedoso del sistema.

Tanto el banner como el superstitial persiguen el mismo fin: que el cibernauta "salte" a la página publicitada, ambos son invitaciones al web site del anunciante, por lo que cuanto más veces uno acceda a la página en cuestión mayor será el provecho económico de quien anuncia on line, aunque inicialmente sólo se trate de un beneficio potencial. La preocupación de las empresas conectadas a la red no es sólo "estar on line", sino que efectivamente vean sus anuncios y para ello el banner y el superstitial juegan un papel primordial.

1.2.4 Noción de cibernautalector de publicidad. Clickeando casi por curiosidad

El usuario de Internet accede a la red por distintos motivos: búsqueda de información de diferente índole, deseo de entretenerse, necesidad de comunicarse con otra persona, o por simple curiosidad, pero todos comparten un rasgo común, saben operar una computadora, por lo menos de manera general, y están dispuestos a pasar un tiempo frente a ella para obtener lo que buscan, es decir, sacrifican algo de su valioso tiempo por obtener algo que no obtendrían en otro lugar.

Ahora bien, es difícil cuando se está en la red, abrir sólo una ventana y buscar un solo tipo de información, lo fascinante de la red es navegar por ella, se puede tranquilamente trabajar en un proyecto de investigación académica revisando artículos de revistas especializadas, como el Wall Street Journal en su edición en castellano <http://interactivo.wsj.com>, leer un periódico nacional como El Comercio de Lima <http://www.elcomerciooperu.com.pe>, o extranjero como El País de Madrid <http://www.elpais.es>, jugar una partida de póker

<http://www.emoti.com/~shinji/poker/poker.html>, o el adiós amebas <http://www.ciberplaza.com.do/juegos/amebas/welcome.htm>, escribirle una carta a nuestra prima en Miami vía Hotmail <http://www.hotmail.com>, y clickear casi por curiosidad sobre algún banner o superstitial y acceder al web site de Nike <http://www.Nike.com/>, BMW <http://www.bmw.com/bmwe/homepage/index.shtml>, o Lufhansa <http://www.lufthansa.com>.

Lo interesante y atractivo de la red es que está al alcance de todo aquel que tenga una computadora, en Internet no hay distinciones de ningún tipo, en tal sentido Maritza Reátegui señala que:

"...los medios de comunicación social pueden ser masivos o especializados, se pueden distinguir de acuerdo a la masificación o especialización de los mismos, es decir, de acuerdo al porcentaje del público objetivo que los leen, miran o escuchan (...) el público objetivo de los medios masivos lo constituye la población en general, mientras que en el caso de los medios especializados es un porcentaje de la población"⁴⁴

De acuerdo a lo establecido en la cita anterior, podemos precisar que Internet es un medio de comunicación masivo, o al menos está camino a serlo, por cuanto cualquier persona se puede conectar a ella, está dirigido a todos. En este sentido lo que se promoció en la red podrá ser apreciado por todo tipo de persona, de todas las edades y condiciones sociales, máxime ahora que existen cabinas públicas que ofrecen el servicio de conectarse a la red por una módica suma. El costo promedio por hora de conexión a Internet de una cabina pública en el Callao hacia agosto del 2000 es de dos soles con cincuenta centavos, lo que equivale a 70 centavos de dólar aproximadamente.

Con relación a la forma en que la persona común y corriente aprecia la publicidad, José María Salcedo indica que:

"...en materia de diarios el peruano mayoritario se 'informa' mediante la lectura de los titulares de los periódicos expuestos en los kioscos de venta. En términos relativos, la prensa escrita se ha convertido en un medio de comunicación elitista en Lima y en todo el país. Resulta casi una norma

⁴⁴Maritza Reátegui. La interpretación jurídica de los anuncios publicitarios. Tesis de Licenciatura. Lima 1995. Vol. 1. p. 99

periodística que esas carátulas puedan leerse a tiro de microbús, el medio de transporte público más difundido en la ciudad (**hoy lo sería la 'kombi asesina'**); es decir, que sean titulares que puedan ser leídos a una distancia de por lo menos 5 o 6 metros, la que separa al pasajero del microbús de la acera donde está instalado el respectivo kiosko. Y ha surgido la cultura del microlector, la de los lectores que leen poco y viajan en micro". (**el agregado en negritas es nuestro**)⁴⁵

Parafraseando a Salcedo, quien habla de la cultura del microlector (hoy sería kombilector), al aplicarlo a la publicidad en la red, se puede advertir - permítanme el neologismo - la existencia de un cibernautalector, alguien que generalmente observará sólo el banner, es decir, la parte llamativa del anuncio, sin entrar a clicar sobre él para apreciar la página publicitada. Haciendo un símil podríamos afirmar que el banner es a los titulares de los periódicos convencionales, como el web site del anunciante lo es al íntegro de la noticia contenida en el diario.

Se puede decir que el cibernautalector de publicidad realiza un examen superficial del anuncio publicitario, por cuanto en la mayoría de los casos sólo observará el banner o el superstitial sin ingresar a la página del anunciante. La normativa peruana recoge esta perspectiva:

"Las normas deben interpretarse y aplicarse de buena fe, en armonía con los principios de la ética o deontología publicitaria generalmente aceptados.

Los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario.

Las normas se aplican a todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros"⁴⁶ (**el resaltado es nuestro**)

En virtud a la manera en la cual el cibernautalector contempla la publicidad on line, Maritza Reátegui precisa que ante la gran cantidad de publicidad que recibe el consumidor, éste termina por captar sólo parte de los anuncios y no la totalidad de ellos.⁴⁷

⁴⁵ José María Salcedo. Terremoto. Ed. Brasa SA. Lima, 1995. p. 40-41

⁴⁶ Decreto Legislativo 691. Artículo 2°. Lima 06 de noviembre de 1991

⁴⁷ Maritza Reátegui. "Si bien es cierto que el anuncio debe ser analizado en conjunto para poder encontrar el sentido jurídicamente relevante, también es necesario tener en cuenta lo que Al Ries y Jack Trout denominan 'la sociedad sobrecomunicada, la mente sobresimplificada y el mensaje sobresimplificado'. Estos autores indican que el consumidor se

Con relación al “bombardeo” de información, entre la cual se encuentra la gran cantidad de publicidad recibida por un cibernauta cualquiera, Al Ries y Jack Trout acuñan un nuevo término: el posicionamiento, indicando que no se trata de crear algo nuevo y diferente, sino manipular lo que ya está en la mente, revincular las conexiones que ya existen.⁴⁸

Más adelante Ries y Trout señalan que la única defensa que la persona tiene en nuestra sociedad sobrecomunicada es una mente sobresimplificada.⁴⁹

También precisan Ries y Trout que la mejor manera de conquistar a nuestra sobrecomunicada sociedad es el mensaje sobresimplificado.⁵⁰ Ries y Trout mencionan un punto crucial en el efecto que la publicidad comercial en la red puede tener en el cibernauta: el mensaje contenido en los

ve ‘bombardeado’ de información; todo el día está expuesto a la publicidad y recibe más información de la que puede retener. Es por eso que como defensa solamente absorbe lo que puede interesarle o aquellos mensajes que por su forma llamativa captan su atención. La publicidad en su afán de sobresalir del resto de la información y/o publicidad, utiliza técnicas de ‘atracción’ hacia su anuncio, centrando la atención en una parte captatoria del mismo. Por lo tanto es necesario analizar ciertas partes del anuncio en forma separada, por ser esos elementos los que quedan en la mente del consumidor y merecen un tratamiento aparte y especial” op. cit. p. 81

⁴⁸Al Ries y Jack Trout. “El enfoque fundamental del posicionamiento no es crear algo nuevo y diferente, sino manipular lo que ya está en la mente, revincular las conexiones que ya existen. El mercado de hoy ya no reacciona ante las estrategias que funcionan en el pasado. Hay demasiados productos, demasiadas compañías, demasiado ruido en el mercado (...) somos una sociedad sobrecomunicada (...) en nuestra sociedad sobrecomunicada, hablar del impacto de su publicidad equivale a exagerar seriamente la posible eficacia del mensaje. Es una perspectiva egocéntrica que no tiene contacto alguno con la realidad del mercado. En la selva de la comunicación de hoy en día, el único medio para destacar es saber escoger, concentrándose en objetivos estrechos, practicando la segmentación; en una palabra ‘conquistando posiciones’. La mente, que es una defensa contra el volumen de las comunicaciones de hoy, tamiza y rechaza mucha de la información que le llega. En general, sólo acepta aquello que embona con los conocimientos y experiencias anteriores (...) La persona promedio tolera que le digan algo acerca de lo que desconoce en absoluto. (Razón por la cual la ‘noticia’ es un enfoque efectivo en publicidad). Lo que la gente no permite es que le digan que está equivocada. Cambiar la opinión es el camino que lleva al desastre publicitario” Posicionamiento. Mc Graw Hill. 2ª ed. México. Junio de 1990. p. 5-7

⁴⁹Al Ries y Jack Trout. “La única defensa que la persona tiene en nuestra sociedad sobrecomunicada es una mente sobresimplificada. Sólo rechazando la ley de la naturaleza que nos otorga no más de 24 horas al día se logrará encontrar un modo de atiborrar con más cosas la mente. La mente promedio es ya una goteante esponja que sólo logra absorber más información a expensas de lo que ya tiene dentro. Sin embargo, seguimos vaciando más información en esa esponja sobresaturada y nos decepcionamos cuando no logramos que nuestros mensajes se abran camino. La publicidad, desde luego, es sólo la cima del iceberg de la comunicación. Nos comunicamos unos con otros a través de una amplia variedad de modos desconcertantes y en volumen que aumenta en progresión geométrica. El medio quizá no sea el mensaje, pero influye fuertemente en el mensaje. En vez de ser un sistema de transmisión, el medio actúa como un filtro. Sólo una diminuta fracción del material original alcanza la mente del receptor. Además, lo que recibimos muestra la influencia del carácter de nuestra sociedad sobrecomunicada. Las ‘generalidades destellantes’ se han convertido en el estilo de vida de nuestra sobrecomunicada sociedad. Y huelga decir que funcionan” op. cit. p. 7

⁵⁰Al Ries y Jack Trout. “La mejor manera de conquistar a nuestra sobrecomunicada sociedad es el mensaje sobresimplificado. En comunicación, lo menos es más, como en arquitectura. Para penetrar en la mente hay que afilar el mensaje. Hay que echar por la borda las ambigüedades, simplificar el mensaje...y luego simplificarlo aún más si se desea causar una impresión duradera. La gente que vive de la comunicación sabe cuán necesaria es la sobresimplificación (...) Cuando desee comunicar las ventajas de determinado candidato político, las de un producto o las de usted mismo, ha de ver las cosas al revés. Hay que buscar la solución del problema dentro de la mente del cliente en perspectiva. En otras palabras, como sólo una parte mínima del mensaje logrará abrirse camino, debe usted desentenderse del extremo emisor y se debe concentrar en el extremo receptor. Debe usted concentrarse en la manera de percibir que tiene la otra persona, no en la realidad del producto (...) Al invertir el proceso, al centrarse en el cliente en perspectiva y no en el producto, se

anuncios publicitarios on line debe ser sobresimplificado si se desea lograr un impacto real en el consumidor. Lo que interesa es la realidad mental del cibernauta y no tanto la realidad fáctica del producto para efectos de lograr un rotundo éxito comercial con la exposición de publicidad comercial en Internet.

Con relación a la abundancia de información en la sociedad actual, Rodrigo Guaiquil señala en un artículo titulado “**Infoxicación, sobredosis de información**” y publicado en la revista electrónica chilena Mouse que de manera acertada Alfons Cornella ha acuñado el término infoxicación para referirse a la sensación de ansiedad a la que se ve expuesta el cibernauta ante la indiscriminada cantidad de información que recibe diariamente en su ordenador.⁵¹

Como se indicó anteriormente, el cibernauta lector de publicidad, generalmente no lee todo el anuncio publicitario contenido en el web site del anunciante, por cuanto suele quedarse observando sólo el banner que forma parte de la página que está visitando, produciéndose de su parte una suerte de examen superficial del anuncio contenido en el banner o en el superstitial. Se puede

simplifica el proceso de selección. También se aprenden conceptos y principios que pueden acrecentar en gran medida la efectividad de la comunicación” op. cit. p. 8-10

⁵¹ Rodrigo Guaiquil. “Un síntoma peligroso de los nuevos tiempos es la impresionante cantidad de información que genera la humanidad y que se multiplica cada vez más rápido. Entonces, una sensación de angustia o ansiedad se apodera de nosotros, simples mortales, ante la imposibilidad de poder “estar al día”. 10 e-mail de productos y servicios que no comprarás están parpadeando en la pantalla, 15 mensajes en la contestadora telefónica, la radio interrumpe la programación para lanzar un flash, 4 mil páginas web arroja la búsqueda, suena por enésima vez el teléfono, cinco revistas especializadas apiladas en el velador esperan su turno para ser leídas, el beeper interrumpe la reunión, haces zapping entre CNN, TVN, UCTV, CBS, tienes una llamada entrante en el PCS, no alcanzaste a leer el diario al desayuno, ¡Bastaaa! Bienvenido a la era de la (sobre) información. Una época en que probablemente nos ahogaremos en un mar de datos. De hecho, el español Alfons Cornella, que edita el boletín electrónico Extra!-Net, ha acuñado el certero vocablo ‘Infoxicación’, que describe el estado del hombre moderno ante esta sobrecarga intelectual. Incluso Cornella señala que ya existe una enfermedad provocada por la infoxicación que puede hacer colapsar a la sociedad, se trata del Information Fatigue Syndrome (IFS) o síndrome de fatiga por información. **Aceleración del conocimiento** Los rudimentarios conocimientos del hombre del Neolítico le sirvieron para mantener su cultura y el estado de las cosas por casi diez mil años, hasta que un día descubrió la agricultura y dejó de ser un cazador y recolector nómada para asentarse y reproducir artificialmente el ciclo de los vegetales. De ahí en adelante, comenzó a gestarse la epopeya humana que devino en las grandes civilizaciones de la antigüedad, que sentaron las bases del conocimiento, acumulándose con el paso de los siglos a través de la tradición oral o por medio de la escritura. Hasta que Gutenberg en 1450 inventó la imprenta y desató una vorágine cultural que en la práctica significó la diseminación del conocimiento existente hasta entonces. Aún así, no sería hasta mediados de nuestro siglo que las cosas tomaron una velocidad inusitada. **Data smog** ‘El concepto de demasiada información parece extraño y vagamente poco humano. Esto se debe a que, en términos histórico-evolutivos, esta maleza en nuestro paisaje informacional recién ha germinado -sólo tiene 50 años-, hasta entonces, más información fue casi siempre algo positivo’, señala David Shenk en su libro *Data Smog: Surviving the Information Glut*. “A medida que hemos acumulado más y más de ella, la información ha emergido no sólo como un bien, sino que también como un contaminante”, sentencia Shenk. Según el autor, desde 1971, el número de mensajes publicitarios destinados al estadounidense medio se ha elevado de 560 a 3 mil por día. El consumo de papel per cápita en EE.UU. se triplicó durante la década 1980-1990 a 1.800 libras por persona. En los ochentas, el correo creció trece veces más rápido que la población. Y hoy, un gerente típico lee un millón de palabras a la semana” “Infoxicación, sobredosis de información”. En: revista electrónica chilena Mouse N° 159 26 de noviembre de 1998. URL: <http://loa.copesa.cl/mouse/antes/Nro.159-1998.26.11/Nro.159F.html>

afirmar que tanto el banner como el superstitial constituyen la parte captatoria o llamativa del anuncio publicitario. Con relación a este concepto, Fernández Novoa precisa que:

"...la parte captatoria del anuncio es aquella parte dotada de una especial estructura o configuración con objeto de atraer la mirada o el oído del público hacia la correspondiente expresión publicitaria. Es cierto que, según la técnica publicitaria, esta parte del anuncio representa un recurso para despertar la atención del público y encaminarla hacia el contexto general del anuncio (...) con el término 'parte captatoria de la atención' hemos traducido la expresión alemana *blickfang*. Esta expresión fue acuñada por Weidenmueller, uno de los primeros cultivadores alemanes de la técnica o ciencia publicitaria (en alemán *werbewissenschaft*). (...) Seyffert afirma que Weidenmueller acuñó un concepto afortunado y preciso, Kropff dice que aunque Weidenmueller abrigaba las mejores intenciones al crear el término *blickfang*, en la práctica se ha abusado de tal término. Ambos autores distinguen, por lo demás, la *blickfang*, cuya función es captar la mirada o la atención del observador, de la *blicklenkung* o encauzamiento de la atención, cuyo cometido estriba en conducir la mirada del lector desde la *blickfang* hacia el contenido propiamente dicho del anuncio"⁵²

Siguiendo a Fernández Novoa, se puede decir que la *blickfang* se vincula con el banner o superstitial, y la *blicklenkung* se relaciona más con el contenido de la página web del anunciante, pues es hacia ella hacia donde se dirige quien clickea sobre un banner o un superstitial. Es por ello que tanto los banners como los superstitial deben ser lo suficientemente atractivos y estar dirigidos a la realidad mental del cibernauta, como para provocar un alto click through (nivel de clickeo) de su parte.

Ardua labor es la que le espera a los creativos publicitarios en este sentido, sobretodo si se tiene en cuenta que en la mayoría de los casos el cibernauta lector de publicidad clickea sobre un banner o un superstitial casi por curiosidad.

⁵²Carlos Fernández Novoa. "La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias". En: Estudios de derecho de la publicidad. Compilación. Universidad Santiago de Compostela. 1989. p. 85

1.2.5 Inversión publicitaria en la red

De acuerdo a un reporte de la empresa Online Marketing, publicado en su web site <http://www.onlinemkt.com/internet/inter2.htm#temas> , la publicidad en Internet reúne tres importantes y diferenciadas características: es un recurso ilimitado, es perfectamente medible y es el medio que mejor optimiza el ratio impacto / inversión.

El éxito de una campaña publicitaria en la Red, radica en diferentes puntos, entre los cuales se destacan los siguientes: un profundo conocimiento del medio digital, la correcta elección del eje de comunicación, creatividad en línea, una correcta selección de los medios, etc. Asimismo, es de gran importancia provocar el mayor nivel de clickeo (click through) posible, desviando el máximo de tráfico acorde con el público objetivo al que se dirige la publicidad (target).

Una persona hace click through cuando realiza un click de ratón sobre un banner o link publicitario accediendo a la página web que la empresa anunciadora designe. Los ratios medios de click through suelen ser inferiores a un 2%.

Las tarifas de publicidad en Internet varían ampliamente en función de los web sites. Los montos varían de acuerdo al web site donde se aloje la publicidad, ya sea éste un portal o no. Las siguientes tarifas son un resumen, eminentemente práctico, sobre los diferentes tipos existentes y su coste medio de contratación:

Fija: Se paga una cantidad fija por un periodo de tiempo determinado. Es variable, depende si se trata de un portal o no.

Costo por millar de Impresiones (CPMs): Muy variable. La media se sitúa sobre las 3 mil 500 pesetas (20 dólares aprox.) por mil impresiones. En España oscila entre 5 y 1 pesetas (2 y ½ centavo de dólar aprox.) por impresión.

Click throug: Tarifa variable donde el anunciante sólo paga por el acceso real a su página. Muy variable, su valor medio se sitúa sobre las 80 pesetas (46 centavos de dólares aprox.)

Mixta: Una cantidad fija al mes y una variable por número de impresiones.

Enlace: Típicas de acciones business to business dentro de web sites muy visitadas por colectivos profesionales muy específicos. Son acciones de target marketing y se paga por enlace efectivo, generalmente a través de hipertexto. Su coste oscila entre las 750 pesetas (4 dólares aprox.) por click.

Patrocinio: Muy variable en función del tráfico y del tipo de visitantes. Se puede llegar a pagar más de 3 millones de pesetas (15 mil dólares aprox.) por patrocinio al mes.

Con el objeto de explicar como funcionan las tarifas en los motores de búsqueda del mercado hispano, se reseña en el artículo como ejemplo al buscador ¡Ole!, ubicado en <http://www.ole.es>.

¡Ole! contiene referencias de todos los recursos presentes en la red en lengua castellana y su crecimiento ha llegado hasta los siete millones de impactos en noviembre de 1999. El costo por aparecer en la página principal, para un número de impresiones de hasta 300 mil es de aproximadamente 4,2 pesetas (24 centavos de dólar aprox.), lo que supone una inversión mínima para contratar un espacio en ¡Ole! de 1 millón 260 mil pesetas (7 mil 200 dólares aprox.). El costo por impresión va bajando en función del número de impresiones contratadas.

Otra posibilidad que se nos ofrece es contratar el espacio publicitario independientemente para cada una de las secciones en las que se divide el web site, con un costo aproximado de 15 pesetas (8 centavos de dólar aprox.) por impresión. En este caso, se exige una compra mínima de 50 mil impresiones, lo que supone una inversión mínima de 772 mil 500 pesetas (4 mil 414 dólares aprox.) Dada la propia naturaleza del motor, podría sernos interesante aparecer a través de la búsqueda de palabras relativas al producto, por un costo de 11,25 pesetas (5 centavos de dólar aprox.) y una inversión mínima de 56 mil 250 pesetas (321 dólares aprox.) para 5 mil impactos. Si se desea aparecer entre los tres primeros resultados de búsqueda, para cada sector el costo es de 52 mil 350 pesetas (300 dólares aprox.)

Como ejemplo, se menciona que el coste medio de una campaña en línea como la de telefónica OFERTA PUBLICA DE ACCIONES DE TELEFONICA, supone, para las tres semanas que duró, un costo aproximado de 1 millón de pesetas (5 mil 715 dólares aprox.), consiguiendo 257 mil 473 impactos totales, mediante un banner situado en la página principal del buscador. Si nos fijamos en la distribución de usuarios del buscador y el perfil del público objetivo al que estaba orientado el producto, obtenemos como resultado que el costo por impacto efectivo aumenta de manera considerable de las 4 pesetas (2 centavos de dólar aprox.) hasta aproximadamente las 27 pesetas (15 centavos de dólar aprox.)

NOTA. Al 13 de julio del 2000 un dólar americano equivale a 175 pesetas aprox.

A la hora de desarrollar una campaña de publicidad en la red debemos calcular el costo efectivo por impacto. Para ello debemos conocer con detalle el perfil de los usuarios de cada web site, la frecuencia de visita y el público objetivo al que va dirigido el mensaje. De esa manera, se podrán seleccionar los web sites respectivos, el presupuesto y resultado a obtener. Una información necesaria para conocer el costo efectivo de la campaña, y por lo tanto, tomar una correcta decisión.⁵³

Respecto a la inversión publicitaria en Internet, en un artículo de Fernando Montañes, aparecido en la versión electrónica del diario español El Mundo <http://www.el-mundo.es> se indica que la publicidad en la red está creciendo más que en cualquier otro medio tradicional, si bien en muchos casos todavía viene acompañada de bastante descontrol y desconocimiento de sus posibilidades reales. Pero la rapidez con que se está desarrollando todo lo concerniente a las autopistas de la información empuja a los anunciantes a querer estar presentes en este medio desde el primer momento. Parece que nadie está dispuesto a quedarse al margen. Desde los bancos más importantes del mundo hasta las

⁵³Web site de Online Marketing. URL : <http://www.onlinemkt.com/internet/inter2.htm#temas>. Jueves 13 de julio del 2000

empresas más diminutas se están planteando seriamente plasmar sus productos en Internet o reforzar aún más su presencia.

Un indicativo de la gran expectativa que desde hace unos años ha empezado a despertar la red es un informe elaborado por la empresa norteamericana Jupiter Communications, donde se afirma que la inversión publicitaria en Internet durante 1996 llegó a los 300 millones de dólares, más de 40 mil millones de pesetas. . Sólo la empresa Levi's invirtió más de 100 millones de pesetas (600 mil dólares aprox.) en crear su propia página web.⁵⁴

En un artículo aparecido en la Revista Business Perú N° 56 de mayo de 1999 se indica que a escala mundial se gastaron 950 millones de dólares en 1997 y mil 900 millones de dólares en 1998 en inversión publicitaria en Internet. Se calcula que para el año 2000 la cifra aumentaría a 6 mil 700 millones de dólares.⁵⁵

Con relación a este último cálculo las cifras de Business Perú se acercan a lo calculado por las empresas americanas eMarketer y Simba. De acuerdo a un reciente reporte aparecido en el web site de eMarketer <http://www.emarketer.com> se presentan los cálculos estimados para el año 2000 de 14 empresas y entidades americanas relacionadas con las telecomunicaciones en Internet.⁵⁶

Cabe precisar que las cifras de Business Perú se refieren a cálculos de inversión mundial, mientras que las cifras de eMarketer se refieren sólo a cálculos de inversión norteamericana, la cual de lejos representa el mayor porcentaje dentro de la inversión mundial.

⁵⁴Fernando Montañes. Web site del diario el mundo URL: <http://www.el-mundo.es/suordenador/SORnumeros/97/SOR072/SOR072publicidad.html>. Jueves 13 de julio del 2000

⁵⁵Redacción de Business Perú. Es necesario un marco legal adecuado para el comercio electrónico en el Perú. En: Business Perú N° 56 Lima Mayo 1999 p. 27

⁵⁶Web site de eMarketer URL: <http://www.emarketer.com/ereports/eadvertising/welcome.html> Jueves 13 de Julio del 2000

A continuación reproducimos el cuadro que contiene las cifras antes mencionadas.

Estimados comparativos, en millones de dólares, de lo que se calcula será la inversión publicitaria en Internet para el año 2000, de las 14 empresas y entidades americanas más importantes en el rubro de las telecomunicaciones vinculadas a la red

IDC	3,300
------------	--------------

Giga Info. Group	3,950
-------------------------	--------------

Myers Group	4,320
--------------------	--------------

Veronis, Suhler & Assoc.	4,500
-------------------------------------	--------------

Jupiter Communications	5,000
-------------------------------	--------------

Global Internet Project	5,000
--------------------------------	--------------

Aberdeen Group	5,100
-----------------------	--------------

Forrester Research	5,400
---------------------------	--------------

Lazard Freres	5,493
----------------------	--------------

eMarketer	6,100
------------------	--------------

Simba	6,500
--------------	--------------

Internet Advertising Bureau	7,740
------------------------------------	--------------

Internet Stock Report	8,100
------------------------------	--------------

ActivMedia	11,200
-------------------	---------------

FUENTE. eMarketer URL: <http://www.emarketer.com/ereports/eadvertising/welcome.html>

Como se puede apreciar las cifras varían entre 3 mil 300 y 11 mil 200 millones de dólares, el margen es bastante amplio debido al carácter altamente dinámico de la red. Lo único que pueden hacer las empresas es intuir lo que va a pasar, pero no se puede asegurar cabalmente cuánto se va a invertir en publicidad en Internet el presente año.

Tomando como referencia las cifras de eMarketer, en el reporte antes mencionado sobre la inversión publicitaria en Internet, se presenta un segundo cuadro sumamente interesante que nos muestra los porcentajes de la inversión publicitaria en Internet respecto de la inversión publicitaria total, es decir la referida a todos los medios de comunicación. Estas cifras también se refieren únicamente a la realidad norteamericana, pero nos muestra una tendencia al alza muy interesante.

A continuación reproducimos el segundo cuadro antes mencionado

Cálculo de inversión publicitaria norteamericana en Internet en millones de dólares y su porcentaje respecto de la inversión publicitaria en general según eMarketer

1997	650	(0.3%)
-------------	------------	---------------

1998	1,667	(0.8%)
-------------	--------------	---------------

1999	3,600	(1.6%)
-------------	--------------	---------------

2000	6,100	(2.5%)
-------------	--------------	---------------

2001	9,500	(3.8%)
-------------	--------------	---------------

2002	13,500	(5.2%)
-------------	---------------	---------------

2003	17,500	(6.5%)
-------------	---------------	---------------

2004	21,000	(7.6%)
-------------	---------------	---------------

FUENTE. eMarketer URL: <http://www.emarketer.com/ereports/eadvertising/welcome.html>

Como se puede observar los porcentajes de inversión publicitaria van aumentando año tras año debido a la gran importancia que va adquiriendo la red de redes. Las estadísticas nos muestran un dato de la realidad: Internet es un importante medio donde publicitar, y lo será aún más los años venideros.

Volviendo al artículo de Montañes muchos anunciantes y agencias publicitarias han concebido las páginas web como un anuncio tradicional, sin utilizar las ventajas, posibilidades y atractivos que presenta la interactividad. Surgen así muchas páginas aburridas, llenas de texto y que lo único que logran es hacer huir hasta al internauta más interesado.⁵⁷

Como dice Gustavo Rodríguez la primera ley del marketing es darle al consumidor lo que busca, y lo que busca cualquier consumidor es que lo sorprendan en forma grata.⁵⁸ En un reciente reporte de Nua Internet Service se calcula que existen 332 millones 660 mil usuarios de Internet en el mundo.⁵⁹ Cifra tomada a junio del 2000, y desagregada de la siguiente manera:

Africa	2 millones 770 mil
Asia	75 millones 500 mil
Europa	91 millones 820 mil
Medio Este	1 millón 900 mil
Norteamérica	147 millones 480 mil
Sudamérica	13 millones 190 mil
Total mundial de usuarios de Internet a junio del 2000: 332 millones 660 mil	

FUENTE. Nua Internet Service URL: http://www.nua.net/surveys/how_many_online/

⁵⁷ Fernando Montañes. op. cit.

⁵⁸ Gustavo Rodríguez. Salir de los moldes. En: Business Perú N° 53 Febrero 1999 p. 51

⁵⁹ Web site de Nua Internet Service URL: http://www.nua.net/surveys/how_many_online/ Martes 18 de julio del 2000

Las cifras son bastante elocuentes, más aún si se tiene en cuenta, de acuerdo a la propia Nua Internet Service, que en diciembre de 1998 se calculaba en 150 millones los internautas mundiales, cifra que subió a 248 millones 660 mil en enero del 2000, y que ha llegado a la impactante cifra de 332 millones 660 mil en junio del 2000. Es preciso indicar que las cifras sobre la cantidad de personas conectadas a Internet son sólo aproximaciones. Es sumamente difícil saber a ciencia cierta cuántos están conectados a la red actualmente. Definitivamente la cifra de 332 millones 660 mil, al momento de impresión del presente trabajo (agosto del 2000) debe haber quedado desfasada. Lo que queda claro es que la cifra va en aumento y parece no pretender detenerse.

Anunciantes, agencias y dueños de portales y web sites en general tienen un mercado por conquistar. Los montos invertidos en publicidad en Internet nos demuestran que muchas empresas han notado la potencialidad de la red, pero aún quedan muchas que debieran mostrar el mismo interés si no quieren quedar desplazados del mercado publicitario virtual. Un mercado virtual, ciertamente, cada día más real, no sólo en proyecciones, sino en posibilidades concretas.

“AVIS es sólo el número dos en renta de coches. ¿Por qué venir con nosotros?. Porque nos esforzamos más”

(Publicidad de AVIS-rent a car)⁶⁰

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PUBLICIDAD COMERCIAL EXPUESTA EN INTERNET ENTENDIDA COMO UN ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL

Alguna vez alguien me dijo que la perfección es enemiga de lo bueno, y creo que es cierto, ya que si aceptamos que somos seres imperfectos desde el sólo hecho que necesitamos ser creados por otros para existir - a los que solemos llamar padres - es poco probable que alguna actividad humana roce siquiera la perfección, lo sublime tal vez, pero la búsqueda de lo perfecto termina por convertirse en un ejercicio inútil, vano, destinado al más rotundo de los fracasos desde su propia concepción.

Esta imposibilidad humana de alcanzar lo perfecto se puede llevar al ámbito de la competencia, toda vez que la más leal de las competencias, no es otra cosa que una competencia imperfecta, y que bueno que lo sea; al respecto Aurelio Menéndez nos brinda una luz al precisar que la libertad de competencia no es otra cosa que una utopía.⁶¹

⁶⁰ Durante trece años seguidos, AVIS - rent a car perdió dinero, hasta que admitió que era el número dos (la número uno era HERTZ - rent a car). Comenzó entonces a hacer dinero. El primer año - posterior a la campaña publicitaria - AVIS ganó 1,200 millones de dólares. En el segundo año, 2,600 millones de dólares. En el tercer año 5 millones de dólares. Luego la Compañía fue vendida a ITT. AVIS obtuvo considerables utilidades porque reconoció la posición de HERTZ y no trató de atacarlo de frente. (Al Ries y Jack Trout. op. cit. p. 37-38)

⁶¹ Aurelio Menéndez. "...la libertad de competencia es una abstracción, una utopía, un modelo teórico o ideal o, si se quiere, una noción relativa. La competencia pura, tal como era entendida por el pensamiento liberal clásico, no es en la práctica más que una competencia 'imperfecta'. La libre competencia está limitada por las propias deficiencias de los mecanismos del mercado, la falta de homogeneidad de los bienes o servicios, la presencia de los llamados 'poderes económicos' o 'de mercado', la intervención del estado en la actividad económica, y por el mismo ordenamiento jurídico que, en aras de otros intereses dignos de tutela, sacrifica parcialmente la pura libertad competitiva. Ahora bien, dentro de ese marco o de esa

2.1 Definición de competencia desleal. Nociones de relación de competencia y daño concurrencial.

Como la mayoría de los conceptos que manejamos, entre ellos el de competencia desleal, por cierto, los mismos responden a un tiempo, lugar y sociedad determinada. Así, lo que entendemos por competencia desleal hoy en día en el mundo occidental de principios del nuevo milenio es distinto a lo que se entendía a principios del siglo XX, y probablemente será diferente a lo que se entienda por desleal dentro de un siglo. No hacer esta mención podría implicar caer en anacronismos y etnocentrismos no deseados.

Por competencia desleal en nuestra sociedad occidental globalizada de principios del nuevo milenio se puede entender aquella disciplina enmarcada dentro de un sistema de economía de mercado, que busca fundamentalmente obtener compradores y vendedores de bienes y servicios, iniciando una nueva clientela o afianzando una existente, sirviéndose para ello de mecanismos indebidos contrarios a la moral comercial y a las directrices generales que guían el correcto y normal desarrollo de la actividad económica, como indica Baldo Kresalja:

"Cuando hablamos de competencia desleal nos estamos refiriendo a un tipo de actividad que persigue la atracción y captación de compradores - la formación, consolidación o incremento de la clientela - utilizando medios tortuosos que la conciencia social reprueba como contrarios a la moral comercial, según la costumbre y los usos, que permiten potenciar la empresa propia como debilitar a las rivales, y que es, además, contraria a los principios rectores de la actividad económica, incorporados muchas veces en la constitución o en leyes reguladoras de dicha actividad".⁶²

'dosis' de competencia que el mercado admite, el propio ordenamiento quiere que esa competencia sea respetada; es decir, que no sea restringida con prácticas abusivas o colusorias (competencia libre) y que se desenvuelva a través de una conducta correcta (competencia leal). Por este lado se insinúa el gran interés que tiene la reconstrucción unitaria de la disciplina relativa al ilícito concurrencial (deslealtad) y al ilícito antitrust (prácticas restrictivas de la competencia), reconstrucción inspirada en la idea de que la noción de la competencia es la misma o, si se quiere, que la lucha competitiva sólo es legítima en la medida en que se desarrolla sobre la base del principio de rendimiento o eficiencia; los intereses tutelados son también los mismos, pues lo que se pretende con toda esa normativa es la protección de los intereses de los participantes en el mercado (tanto competidores como consumidores) y el interés general del estado en la misma conservación del mercado; de unas y otras normas sobre el fenómeno concurrencial". La competencia desleal. Ed. Civitas. Madrid 1988. p. 22-23

⁶² Baldo Kresalja. "Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre represión de la competencia desleal". En: Revista Derecho N° 47 Lima Diciembre 1993. p. 23

Hasta antes de la segunda guerra mundial y cuando aún estaba en boga el sistema profesional de competencia, para la existencia de deslealtad en el mercado se exigía la ocurrencia de una 'relación de competencia', es decir, la deslealtad sólo la podía realizar un empresario respecto de otro, se buscaba proteger de esta manera los intereses de los empresarios frente a sus competidores directos.

Esta relación de competencia ya no es condición necesaria para la existencia de deslealtad en la competencia. Entró en crisis luego de la segunda guerra mundial con el advenimiento del llamado modelo social de competencia; ahora lo importante no es la protección del interés profesional del competidor, sino la protección del ordenamiento económico en su conjunto, del mercado, y donde el consumidor pasa a ocupar un lugar preponderante. Con relación a este cambio de enfoque, Aurelio Menéndez nos advierte el paso de una concepción centrada en la tutela de los intereses individuales de los competidores a una concepción fundada en la protección del orden económico del mercado en función del interés privado de los competidores, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del estado.⁶³

Por daño concurrencial se debe entender aquel perjuicio que causa un competidor a otro al quitarle lícitamente parte de su clientela, al forjar la suya propia, lo cual implica que el competidor afectado pierde a este grupo como clientes de su empresa. De ahí su nombre de daño concurrencial, por cuanto el

⁶³ Aurelio Menéndez. "La paulatina afirmación del nuevo modelo refleja, en efecto, el significativo cambio de función experimentado por la disciplina de la competencia desleal en la evolución de los últimos años. Se trata de un cambio apreciable en todas las cuestiones que básicamente configuran el modelo: las referentes al objeto de protección, los criterios de enjuiciamiento de la deslealtad y la determinación de las prácticas reprimidas. En relación con el objeto de protección se observa el paso de una concepción centrada en la tutela de los intereses individuales de los competidores a una concepción fundada en la protección del orden económico del mercado en función del interés privado de los competidores, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del estado.

En el plano de los criterios de enjuiciamiento se advierte también una notable transformación; la deslealtad deja de ser primariamente entendida como un juicio de incorrección profesional, ensayado en atención a las normas morales o convencionales de la clase empresarial, para convertirse en un juicio de inadecuación a los principios del ordenamiento económico (libre competencia, tutela del consumidor, etc.). Finalmente, en la cuestión relativa a las prácticas reprimidas se advierten asimismo algunos cambios: ciertas actividades anteriormente consideradas como desleales (sirvan de ejemplo la publicidad comparativa o la invasión de zona exclusiva), comienzan a permitirse en atención a los efectos beneficiosos que pueden producir desde el punto de vista de los intereses de los consumidores y del interés público en la conservación de un mercado altamente competitivo; y por el contrario, ciertas prácticas permitidas (como puede ser la venta bajo coste, la publicidad engañosa, o las ventas agresivas) se someten a una nueva estimación en respuesta a la primacía de los valores o intereses ahora dominantes". op. cit. p. 95-96

daño se produce al concurrir en el mercado para competir lícitamente. Con relación a esta noción Baylos nos indica que el régimen de competencia está basado, no en la ilicitud, sino en la licitud del daño concurrencial.⁶⁴

Más adelante el propio Baylos añade:

"...hay un número limitado de compradores. Y basta que otras empresas consigan atraerlos hacia sí - lo cual es una posibilidad, no sólo perfectamente lícita, sino consubstancial a la competencia misma, que sin ella no podría existir - para que la situación pierda su estabilidad y entre en un proceso de rápidos cambios. Lo más valioso que tiene la empresa son sus compradores eventuales, sus clientes. Pero el sector de adhesiones a la empresa es una zona sobre la que ella misma carece de señorío alguno. Está basado en un elemento psicológico tan mudable como toda opinión humana, que es la elección del que compra. Atraer esa elección hacia sí, constituye un derecho de todo competidor".⁶⁵

Fernando de Trazegnies hace una distinción entre los daños intencionales y los daños causados por negligencia inexcusable⁶⁶. Utilizando esta clasificación se puede señalar que dentro de los daños intencionales existen aquellos socialmente intolerables, entre los cuales cabe citar el matar a una persona, los daños al medio ambiente - aunque Trazegnies considera a este último más bien como una categoría de daño per se -, y la deslealtad en la competencia. Junto a ellos tenemos los daños socialmente tolerables, los cuales a su vez pueden ser no reconocidos o simplemente tolerados y los daños reconocidos dentro de los cuales se puede incluir al daño concurrencial. De esta manera un daño concurrencial

⁶⁴Hermenegildo Baylos. "El régimen de competencia está basado, no en la ilicitud, sino en la licitud del daño concurrencial: es perfectamente admisible y resulta inevitable que el competidor, en el desarrollo normal y legítimo de su actividad, cause un perjuicio a los concurrentes. Se comprende así teniendo en cuenta simplemente el concepto vulgar y empírico de competencia que tenemos dado: si la competencia consiste en aquella situación en que cada empresa se representa como una ocasión comercial perdida en toda transacción efectuada por un competidor, de ello se deduce que en definitiva vender es quitarle un comprador a otro; lo que resulta totalmente lícito y admisible, a no ser que se empleen para conseguirlo medios en sí mismos ilícitos y reprobables, que es todo el problema de la competencia desleal (...) En el desarrollo de la pretensión de cada empresario de captar para sí un comprador, no sólo se aspira a realizar esa transacción comercial concreta y determinada, que los competidores han de considerar a su vez como ocasiones malogradas de vender sus productos, sino que se persigue de manera esencial conservar a ese comprador concreto como un adicto a la empresa, pensando en compras futuras. La actividad concurrencial se manifiesta, pues, como un esfuerzo dirigido a conseguir ventas actuales y a asegurarse adhesiones para el futuro, de modo que en torno a cada empresa se forme ese núcleo de compradores eventuales que se denomina clientela. Por eso realizar actos de publicidad y propaganda de los productos y servicios ofrecidos o de la empresa que los ofrece es estrictamente hacer competencia a los otros empresarios concurrentes, aunque en la realidad no se expandan aún los productos promovidos por esa publicidad". (el resultado es nuestro) Tratado de Derecho Industrial. Ed. Civita SA. Madrid. 1978. p. 228-229

⁶⁵Hermenegildo Baylos. op. cit. p. 230

⁶⁶ Fernando de Trazegnies. La responsabilidad extracontractual. Colección Para leer el código civil. Vol. IV. Tomo II. Fondo Editorial PUCP Lima 1986. p. 320-321

vendría a ser un daño intencional socialmente tolerado y reconocido como positivo para el eficiente desarrollo de la actividad económica.

La sociedad en su conjunto tolera y hasta reconoce positivamente al daño concurrencial, por cuanto todos se benefician con el normal funcionamiento del mercado. Sin embargo, esa misma sociedad no tolera la competencia desleal porque atenta contra la vida social en su totalidad, por cuanto todos se perjudican con el anormal funcionamiento del mercado, anormalidad provocada precisamente por la presencia de la deslealtad en el tráfico comercial.

2.2 Definición de Publicidad Comercial

Para aproximarnos a la noción de publicidad comercial es menester indicar lo que reseñan algunos autores al respecto. Así tenemos que para Fernández Novoa constituyen publicidad comercial aquellas:

"...manifestaciones y comunicaciones que a través de los medios técnicos de difusión se hacen al público de los consumidores con el fin de encaminar su atención hacia los servicios y productos de la empresa y, de este modo, promover y fomentar la contratación de tales servicios y productos"⁶⁷

G.J. Stigler precisa que:

"La publicidad es, entre otras cosas, un método para proveer a los compradores potenciales de conocimientos acerca de la identidad de los vendedores. Desde luego, es un instrumento inmensamente poderoso para la eliminación de la ignorancia; su fuerza es comparable al empleo del libro en lugar del intercambio oral para la comunicación de conocimientos. Un pequeño anuncio de cincuenta pesos en un periódico metropolitano llega (en el sentido de que lo leen) quizá a 25 mil lectores, o sea, a 50 lectores por cada 10 centavos, y aún si sólo una fracción mínima de este total son compradores potenciales (o vendedores), la economía que logran en la búsqueda, en comparación con la búsqueda sin instrucciones, puede ser inmensa".⁶⁸

⁶⁷ Carlos Fernández Novoa op. cit. p. 57

⁶⁸ G.J. Stigler. "La economía de la información". En: Economía de la información y del conocimiento. (compilación). México DF 1977 p. 71

Diez Canseco Núñez indica que:

"La publicidad comercial se ha tornado cada vez más sofisticada desde los días en que el boticario anunciaba la venta de un jarabe que curaba todas las dolencias, sin embargo, hoy como ayer, la finalidad principal de la mayoría de los anuncios comerciales consiste en acelerar la contratación de los bienes o servicios ofertados. Con tal objeto, los anunciantes tratan de presentar sus productos de la mejor forma posible. Así, la mayoría de veces pretenden influir en el público de los consumidores haciendo referencia a los méritos propios".⁶⁹

Para B.F. Erickson:

"...la publicidad consiste en informar a una o varias personas sobre un producto o servicio por medio de un anuncio pagado, con la intención de conseguir un objetivo.

Analicemos en detalle esta definición. En primer lugar está la información. Para que exista, tiene que haber un emisor (el anunciante) del mensaje publicitario y un receptor (el público) de ese mensaje. Esta comunicación tiene que ser breve y lo suficientemente atractiva como para captar la atención del consumidor en un instante.

En segundo lugar, tenemos el anuncio pagado. Cuando se comenta con un amigo que tal o cual marca de vino es excelente, no hay que pensar que se está haciendo publicidad. Sólo lo es cuando se paga a una agencia para que cree un anuncio que será difundido de manera gratuita o a través de un medio de comunicación, al que se compra un tiempo o un espacio.

Por último, no hay anuncio sin intención. Desde la oferta de un puesto de trabajo hasta las campañas de divulgación sanitaria. Se pretende influir sobre el público para que compre, alquile, venda, cambie, se abstenga de, proteja, cuide, ame, disfrute, limpie, done esto o lo otro. Si el anuncio logra su objetivo, ya es otra cosa."⁷⁰

La Iglesia Católica también maneja su noción de publicidad, así John Foley, presidente del consejo pontificio para las comunicaciones sociales (CONAMCOS) señala al respecto que la publicidad puede ser un instrumento útil para apoyar honesta y éticamente una responsable competitividad en el mercado.⁷¹

⁶⁹ Luis José Diez Canseco Núñez. La publicidad comparativa. PUCP 1985. Tesis de Licenciatura. p. 1-2

⁷⁰ B.F. Erickson. Introducción general a la publicidad. Ed. Player SA. Madrid, 1991. p. 10

⁷¹ John Foley. "En cuanto sistema, la publicidad puede ser un instrumento útil para apoyar honesta y éticamente una responsable competitividad que contribuya al crecimiento económico y al servicio del auténtico desarrollo humano. La iglesia ve con simpatía el crecimiento de la capacidad productiva del hombre, y también la continua expansión de una red de relaciones e intercambios entre personas y grupos sociales... Desde este punto de vista la iglesia anima a la publicidad a que pueda llegar a ser un sano y eficaz instrumento de recíproca ayuda entre los hombres. La publicidad realiza esto, entre otros modos, informando a las personas sobre la disponibilidad de nuevos productos y servicios razonablemente deseables, y a mejorar la calidad de los ya existentes, ayudando a estas mismas personas a mantenerse informadas, a tomar decisiones prudentes en cuanto consumidores, contribuyendo al rendimiento y descenso de los precios, y estimulando el progreso económico a través de la expansión de los negocios y del comercio. Todo esto puede contribuir a la creación de nuevos trabajos, mayores ingresos y una forma de vida humana más adecuada para todos. También puede contribuir a sufragar las publicaciones, programas y producciones - incluso los de la iglesia - que proporcionan información, entretenimiento e inspiración a las personas de todo el mundo". Ética en la publicidad. CONAMCOS. Ciudad del Vaticano. Febrero 1997. p. 2

Respecto al concepto de publicidad comercial el INDECOPI en el caso Productos Rema S.A. c./ Luz del Sur S.A. al indicar un precedente de observancia obligatoria precisa que:

“Para efectos de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 691 y sus normas reglamentarias, constituye publicidad comercial cualquier forma de comunicación pública que tenga por finalidad o como efecto fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando, las preferencias de los consumidores. No constituye publicidad comercial la propaganda política ni la publicidad institucional, entendida esta última como aquella que tiene por finalidad promover conductas de relevancia social, tales como el ahorro de energía eléctrica, la preservación del medio ambiente, el pago de impuestos, entre otras.”⁷² (el resaltado es nuestro)

A la luz de lo indicado anteriormente se puede afirmar que la **publicidad comercial es aquella actividad mediante la cual las personas naturales y/o jurídicas dan a conocer a los consumidores - reales o potenciales - sus ofertas de bienes y/o servicios con una finalidad de intercambio, es decir, esperando vender y/o comprar lo que publicitan, lo cual implica obtener un beneficio susceptible de valoración económica.** Podemos advertir en la publicidad comercial dos aspectos diferenciados: un carácter informativo y un carácter sugestivo. Es decir, en toda publicidad comercial se informa sobre la naturaleza del producto o servicio que se pretende vender y a la vez se persuade al consumidor para que prefiera el producto publicitado y no el de la competencia.

En la publicidad en línea de Pilsen Callao <http://www.pilsencallao.com>, por ejemplo, se nos informa que pilsen es una cerveza, por lo tanto sabemos que no es vodka, ni whisky, ni ron, se nos dice también que está elaborada con productos naturales: cebada, lúpulo y agua, es decir, no contiene elementos artificiales, como preservantes, colorantes u otros, por último se nos informa que el beber con moderación no acarrea ningún perjuicio fisiológico. Junto con este cúmulo de información, la publicidad acomete una segunda función, la de persuadir, seducir al consumidor para que éste decida adquirir cerveza pilsen, en lugar de cerveza

⁷² Resolución N° 103-96-TDC. Expediente N° 089-96-CCD. Comisión de Represión de la Competencia Desleal de INDECOPI. 25 de diciembre de 1996

cusqueña, o vodka absolut, o whisky johnnie walker, es decir está vinculada esta función al concepto de daño concurrencial. En este sentido Diez Canseco indica:

"...a pesar de que la publicidad puede asumir rasgos informativos o sugestivos, es principalmente persuasiva en tanto que la intención subyacente en todo empresario es la de obtener más clientes y generar a sus competidores lo que se conoce como el daño concurrencial cualquiera sea el tono de la publicidad; el anunciante declara de alguna manera - o deja entrever - que aventaja a sus competidores. Pone de manifiesto que su empresa, mercancía o servicios son mejores que los de sus rivales. De allí que el proceso lógico será persuadir a los consumidores del producto de la competencia para que lo dejen y que, consecuentemente, opten por el propio".⁷³

En este sentido cada vez que la publicidad logra su objetivo y persuade al consumidor para que éste elija el producto publicitado se está incitando la comisión del daño concurrencial, porque **comprar un producto determinado implica siempre dejar de comprar otro producto perteneciente a la competencia**, la cual sufrirá dicho perjuicio en aras del bienestar del consumidor, en primer lugar, y del mercado en su conjunto, en segundo término.

Como se puede apreciar la publicidad juega un rol primordial en el desarrollo mercantil de toda economía de mercado, toda vez que ella básicamente reduce el costo invertido en la búsqueda de información relativa a la adquisición de bienes y/o servicios. Si no existiera la publicidad los productos y servicios se encarecerían porque el costo de la información sobre la procedencia, calidad, características y bondades de cualquier producto o servicio sería definitivamente asumido por el consumidor. Al ser demasiado caro un producto o servicio lo que provocaría sería el alejamiento del consumidor de su adquisición, produciéndose a la larga el colapso del mercado en su totalidad.

Como una pequeña muestra de la real dimensión económica de la presencia publicitaria en nuestra sociedad de consumo consignamos un dato

⁷³ Diez Canseco. op. cit. p. 4

publicado por la revista Debate ocurrido a raíz de un hecho totalmente aleatorio, la derrota de Brasil en la final del campeonato mundial de fútbol de Francia 1998:

"Millones de dólares que se estima dejará de ganar el mercado publicitario y los fabricantes de material deportivo de Brasil porque su país no obtuvo el pentacampeonato de fútbol: 150"⁷⁴

Los publicistas y fabricantes de ropa deportiva brasileños habían preparado toda una campaña publicitaria y de merchandising con un escueto y directo slogan que se llevó para siempre el viento parisino, la cabeza de Zinedine Zidane, y el botín izquierdo de Emmanuel Petit: Brasil Pentacampeón.

En la ciudad luz, en el hermoso césped del estadio de Francia, la selección brasileña de fútbol perdió tres a cero, pero en el ámbito publicitario la derrota fue mucho más catastrófica, fueron 150 millones las veces que se inflaron las redes del arco defendido por el poco previsor mercado publicitario brasileño.

Finalmente como afirma Font Galán la real dimensión de la publicidad comercial se puede advertir a partir de la producción industrial en masa, convirtiéndose el fenómeno publicitario en el arma principal utilizado en la lucha que la competencia impone.⁷⁵

⁷⁴Redacción de Debate. "Cifras de Apoyo". En: Revista Debate Nº 102. Lima Setiembre - Octubre 1998. p. 3

⁷⁵Juan Ignacio Font Galán. "La producción industrial en masa, fruto de la revolución tecnológica e industrial, transforma la estructura tradicional de los mercados y da un nuevo giro al comportamiento de las relaciones de los productores y vendedores con los usuarios y consumidores, basadas hasta ese entonces en un diálogo personal y directo, propio de un mercado de carácter artesanal fundado en la misma correspondencia cuantitativa de la producción a la demanda predeterminada de un círculo concreto y habitual de clientes. La capacidad expansiva del nuevo sistema de producción exige nuevas formas de contacto y comunicación con la masa anónima de los consumidores, idóneas para salvar el distanciamiento creado por la producción en serie entre el productor y el consumidor. Esta nueva forma de contacto se encuentra en la publicidad, por medio de la cual el empresario hace públicas —a través de los medios de difusión que la técnica va ofreciendo— las manifestaciones y comunicaciones encaminadas a informar y atraer la atención de los consumidores hacia sus propios productos o servicios y, de este modo, fomentar su contratación. La producción en masa, amenazadora siempre de superar el consumo, exige una demanda masiva que sólo a través de los medios de comunicación social es posible promover. Las cualidades estimulantes y persuasivas que pronto se descubren en la publicidad, la consagran como instrumento idóneo para crear y orientar, e incluso multiplicar y acelerar aquella demanda de consumo que la nueva capacidad productiva requiere. Se evidencia así la función competitiva asignada a la publicidad como medio eficaz de atracción de consumidores y usuarios en el cuadro de un sistema económico competitivo. El acto de publicidad - como acto de competencia - se muestra especialmente 'idóneo' para atacar a la empresa del competidor, denigrar su persona, sus productos o servicios, crear confusión entre establecimientos, productos o servicios, divulgar falsas alegaciones y atraer al público mediante engaños o, incluso, inducir a los consumidores a comportamientos económicos 'irracionales' (...) La publicidad pasa a ser, así, un arma predilecta e imprescindible de los empresarios en la lucha que la competencia impone; pero su manejo, falto, en un principio, de toda regla o disciplina, arrastra graves consecuencias, afectando a los intereses de los empresarios competidores, de los consumidores y del tráfico jurídico. La afirmación de la libertad de competencia lleva como corolario la libertad publicitaria, lo cual origina en la práctica una degeneración en la lucha competitiva en el mercado causada precisamente por el ejercicio desleal de la actividad publicitaria". Constitución económica y derecho de la competencia. Ed. Tecnos. Madrid 1987. p. 85-87

2.3 Distinción de la publicidad comercial respecto de otras figuras publicitarias. La publicidad institucional y la propaganda política.

Como se ha señalado anteriormente la publicidad comercial es la actividad destinada a la captación de clientela, busca que el consumidor compre o venda un producto o servicio determinado, es decir, tiene un fin netamente lucrativo, de ahí su denominación de comercial.

Existen dos figuras publicitarias, a saber la publicidad institucional y la propaganda política, similares a la publicidad comercial en el sentido de que informan sobre algo a un número indeterminado de personas, pero radicalmente opuestas a ella por el fin que persiguen.

La publicidad institucional es aquella actividad destinada a incentivar conductas de relevancia social, tales como el beber con moderación, el no fumar en lugares públicos, la colecta para combatir el cáncer, las campañas de vacunación infantil, etc. En todos estos casos el mensaje no es que el público compre o venda algo, sino que se sensibilice frente a problemas sociales existentes o adquiera normas de comportamiento dirigidas a lograr una más adecuada convivencia social.

Por otro lado la propaganda política es la actividad destinada a comunicar ideas doctrinarias de un determinado grupo político con el fin de obtener adeptos a su causa. El mensaje político básicamente se puede centrar en el hecho de buscar un mayor número de participantes en la agrupación que propala la propaganda.

La emisión de propaganda política adquiere mayor presencia cuando se acercan las elecciones, es entonces cuando es común toparse con infinidad de slogans políticos de todo tipo, pero alineados bajo el mismo fin: lograr ganar las elecciones porque se cree ser la mejor opción para el electorado - léase pueblo; en pocas

palabras, todos los que realizan propaganda política buscan llegar al poder y están dispuestos a invertir mucho dinero para lograrlo.

Es menester precisar que en la presente investigación nos hemos centrado en el estudio de la publicidad comercial en Internet, pero tanto la publicidad institucional como la propaganda política también se aprecian en la red adquiriendo connotaciones éticas y morales de distinta índole, como es el caso de la apología de ciertas instituciones y doctrinas políticas con elementos controvertidos, polémicos, ofensivos o incluso nocivos para un sector de los internautas. Estos temas escapan al estudio de nuestro presente trabajo académico, pero no por ello dejan de tener una relevancia social importante.

2.4 Los principios publicitarios: ¿son aplicables a Internet?

El correcto ejercicio de la publicidad comercial implica el cumplimiento cabal de los denominados principios publicitarios. De acuerdo a la doctrina son cuatro tales principios, que a su vez han sido recogidos por distintas legislaciones publicitarias: el principio de legalidad, el de veracidad, el de identificación o autenticidad y el de leal competencia. Siguiendo, en este orden de ideas, lo señalado por Maritza Reátegui, podemos indicar que **el principio de legalidad** está vinculado al cumplimiento de las normas en general, es decir, tanto legales como éticas. **El principio de veracidad** indica que los anuncios publicitarios no pueden inducir e error al consumidor en lo concerniente a las características del producto publicitado, es decir, se debe difundir una publicidad ceñida a la verdad. Este principio se aplica sólo a la parte informativa del anuncio, mas no a la parte sugestiva del mismo. Se puede usar la llamada exageración publicitaria pero sin engañar al consumidor. **El principio de identificación o autenticidad** se refiere al hecho que el consumidor al observar cualquier publicidad debe tener las herramientas necesarias que le permitan distinguir claramente entre una publicidad de una noticia o dato periodístico. Este principio se vincula con la

publicidad subliminal o encubierta, es decir, aquella en la cual el consumidor recibe una información bajo la apariencia de un ropaje distinto. El consumidor no debe ser engañado en ningún caso. Por último el **principio de leal competencia** se refiere a que todo anuncio publicitario debe respetar la libre y leal competencia comercial, es decir, no se debe imitar sistemáticamente las iniciativas empresariales como podría ser la copia de un slogan o del estribillo musical de un anuncio del competidor. Lo que se pretende evitar es que el consumidor sea engañado asumiendo la publicidad de una empresa como perteneciente a otra distinta. Además este principio se vincula con el hecho de evitar la denigración publicitaria, lo cual implica dañar al competidor en primera instancia y a la vez al mercado en su conjunto, al incluir variables ajenas al normal desarrollo de las relaciones mercantiles.⁷⁶

Podemos apreciar que los cuatro principios citados tienen algo en común: todos buscan evitar inducir a error al consumidor. La publicidad comercial está dirigida al público consumidor, es a él a quien se debe persuadir para que adquiera los bienes y servicios publicitados, por lo tanto el consumidor debe contar con herramientas ideales para poder hacer acertadas elecciones de compra y/o venta. Es por ello que la publicidad, que no es otra cosa que la principal de tales herramientas, debe expresarse en términos legales, veraces, auténticos y fundamentalmente de leal competencia.

⁷⁶Maritza Reátegui. "El principio de legalidad indica que todo anuncio publicitario se debe realizar teniendo en cuenta las normas legales y éticas. Es decir, no solamente abarca lo referente a las leyes sino también todo lo relacionado con la moral, las buenas costumbres, etc. (...) El principio de veracidad se aplica a la parte informativa y no a la parte creativa y/o sugestiva, puesto que en esta última no es posible un análisis objetivo y por lo tanto no es susceptible de probanza. El principio de veracidad implica que los anuncios no deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad, o exageración, puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta en la publicidad comercial; está permitido el uso del humor, la fantasía y la exageración, en la medida que tales recursos no impliquen un engaño para el consumidor o constituyan infracción a las normas sobre publicidad (...) El principio de identificación o autenticidad supone que el consumidor promedio debe poder diferenciar con claridad cuando es una publicidad y cuando es una noticia, comentario periodístico u otra forma similar. Este principio es considerado por la doctrina como un complemento del principio de veracidad, puesto que lo que se pretende es evitar el engaño al consumidor a través de la forma del anuncio publicitario, esto es disfrazándolo de una noticia o comentario periodístico (...) Se puede incluir dentro de este principio a la publicidad indirecta, subliminal, encubierta y a todo aquel anuncio publicitario que no se identifica como tal (...) El principio de leal competencia indica que todo anuncio debe respetar la libre y leal competencia mercantil. Los anuncios no deben imitar el esquema general, el texto, el slogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros de otros mensajes publicitarios nacionales o extranjeros cuando la imitación pueda dar lugar a error o confusión. Los anuncios no deben denigrar ninguna empresa, marca, producto o aviso directamente o por implicación, sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía". op. cit. p. 63, 66, 69-70

Al beneficiarse al consumidor, se está favoreciendo al mercado en su conjunto y por ende a la integridad de la sociedad dentro de la cual se inserta dicho real o potencial consumidor.

Ahora bien, **¿son aplicables los principios publicitarios a Internet?** La respuesta es afirmativa por cuanto como se ha señalado anteriormente Internet es un medio de comunicación social con alcances mundiales. Es a través de ella que se publicitan infinidad de productos y/o servicios.

Los principios publicitarios se aplican cualquiera sea el medio de comunicación utilizado, ya sea la radio, la televisión, la prensa escrita o Internet; lo primordial es la difusión de la publicidad, si se lleva a cabo dicha difusión entonces se deben aplicar los principios publicitarios, ya sea que estos principios sean recogidos en una norma jurídica o en una norma ética.

2.5 La publicidad comercial como un acto de competencia desleal. Distintas formas de manifestación.

Ha quedado establecido que la deslealtad en la competencia se configura cuando el daño concurrencial se comete de manera indebida, cuando se realizan actos contrarios a la buena fe comercial, en este sentido la publicidad comercial que tiene como fin la persuasión sobre el consumidor para que éste adquiera bienes y/o servicios puede devenir en desleal al llevar a cabo dicha persuasión por medios indebidos, atentando contra el correcto funcionamiento del tráfico mercantil.

La publicidad comercial como un acto de competencia desleal puede manifestarse de distintas formas, así tenemos que una determinada publicidad será desleal cuando sea parasitaria, cuando sea falsamente comparativa, cuando sea engañosa, cuando sea encubierta y cuando denigre al competidor. En todos estos casos se puede apreciar la existencia de un riesgo de confusión en el

consumidor, es decir, se le puede inducir a error al momento de realizar su elección de compra o venta. La deslealtad conlleva peligrosamente dicho riesgo de confusión.

Analicemos los casos señalados.

2.5.1 La publicidad parasitaria

Se conoce como publicidad parasitaria a aquella que utiliza la imitación sistemática de iniciativas publicitarias de un competidor con el fin de impedir su consolidación en el mercado. Esta forma de deslealtad está recogida en el Perú en el Decreto Ley 26122, el cual en su artículo 13 precisa que:

"Artículo 13. Actos de imitación. Se considera desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un tercero cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquél".⁷⁷

Con relación al presente artículo, Baldo Kresalja indica que la competencia parasitaria, se caracteriza por ser repetitiva, metódica e insistente en su propósito.⁷⁸

Al imitar sistemáticamente las campañas publicitarias de un competidor, el imitador pretende desestabilizarlo, evitando que dicho competidor consolide una determinada reputación en el ámbito publicitario y aprovechándose del esfuerzo

⁷⁷ Decreto Ley 26122 Lima Diciembre 1992 artículo 13°

⁷⁸ Baldo Kresalja. "Debemos decir que dentro de este artículo está comprendida únicamente la imitación sistemática, conocida también como competencia parasitaria, caracterizada por ser repetitiva, metódica e insistente en su propósito (...). Conviene precisar que la imitación sistemática debe exceder a lo que se considera como una respuesta natural del mercado, puesto que no cabe impedir que los competidores oferten a su clientela, por ejemplo, bienes o servicios en una forma tal que responda al gusto del día o a la moda. Así, si bien muchas iniciativas de la competencia pueden, aisladamente consideradas, ser lícitamente imitadas, la imitación sistemática de su conjunto supone un aprovechamiento del esfuerzo ajeno, pues el imitador no ha invertido para ser más eficiente que los competidores. Se trata de una competencia de obstrucción, no fundada en la calidad o en el precio, sino destinada a eliminar al competidor, a trabar el funcionamiento de su empresa, no teniendo importancia el relieve o la originalidad de lo que se imita. Parecería (...) que una tal imitación habría de obedecer a un plan único, pero también puede responder a decisiones sucesivas, típicamente parasitarias (...). En estos actos de imitación a que se refiere el artículo 13 la deslealtad no proviene del riesgo de confusión, sino del propósito de impedir la afirmación en el mercado de un competidor, es decir, obstaculizarlo de manera tal que no pueda crearse una reputación fruto de su esfuerzo". op. cit. 40-41

ajeno, al copiar lo que no ha creado, ahorrándose indebidamente el monto que debió invertir en crear por su cuenta las campañas publicitarias plagiadas.

2.5.2 La publicidad falsamente comparativa.

Como alguna vez escribiera Víctor Lozano: "en la comparación está el gusto"⁷⁹, y siempre que se haga bajo parámetros verdaderos, el gusto se lo dará el consumidor porque tendrá mejores herramientas para elegir adecuadamente.

La ley peruana sobre represión de la competencia desleal nos indica que:

"Artículo 12. Actos de comparación. Se considera desleal la comparación de la actividad, los productos, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquella se sustente en afirmaciones falsas o no comprobables".⁸⁰

La ley publicitaria peruana precisa que:

"Artículo 8. Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, incluyendo lo relativo a precios, si la comparación no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores. Toda comparación debe ser específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados"⁸¹

Con relación a estos artículos Baldo Kresalja indica que sólo se pueden considerar comparativos en sentido estricto a aquellos anuncios que buscan la confrontación con el producto de la competencia.⁸²

Lo desleal de la publicidad comparativa se presenta cuando la comparación contiene afirmaciones falsas o no comprobables, es decir, cuando no es veraz ni

⁷⁹ Víctor Lozano. "En la comparación está el gusto". En: Revista BusinessPerú N° 22. Lima Julio de 1996. p. 46

⁸⁰ Decreto Ley 26122 Lima Diciembre 1992 artículo 12°

⁸¹ Decreto Legislativo 691 Lima Noviembre 1991 Artículo 8°

⁸² Baldo Kresalja. "Si bien es cierto que en todo anuncio comercial subyace la vocación comparativa, esto es, la búsqueda de una confrontación con los bienes o servicios de los competidores, sólo algunos anuncios pueden definirse como manifiestamente comparativos, porque en ellos el mensaje apunta primordialmente a la confrontación (...) La publicidad comparativa debe ser, sobre cualquier otra consideración, leal, veraz y objetiva; no debe confundir ni engañar a los consumidores, ni denigrar a los competidores. Y en cuanto a requisitos específicos que se le exigen, debe hacer referencia de los principales aspectos de los productos o servicios comparados, a datos específicos y comprobables (...) La comparación no se puede basar en la creencia u opinión del anunciante, sino en la certeza de la ocurrencia, evaluación que debería ser siempre llevada a cabo por una organización seria e imparcial, siguiendo métodos que permitan coherentemente apreciar las diferencias que se pretenden resaltar". op. cit. p. 43-45

objetiva, por cuanto dicha falsedad puede confundir a los consumidores y a la vez denigra a los competidores.

La publicidad comparativa es una herramienta sumamente útil en una sociedad de consumo, siempre que se realice de manera veraz e idónea, muestra de ello es lo que ocurrió en Dallas, hacia 1974, con el nacimiento de la campaña publicitaria de una bebida gaseosa de color negro, se hizo conocida como el Reto Pepsi. Roger Enrico, presidente de Pepsi en 1986 indica que en 1977, luego de tres años de ser expuesta la campaña en los Estados Unidos Pepsi llegó a vender más que Coca Cola. El reto había triunfado.⁸³

La experiencia del Reto Pepsi es una muestra nítida de lo beneficioso que puede resultar la comisión del daño concurrencial. Pepsi le quitó clientela a Coca Cola, pero lo hizo de manera lícita, utilizando comparaciones verdaderas y comprobables. El gran beneficiado con todo ello fue el consumidor, quien tuvo mejores herramientas de discernimiento para poder elegir. Se apeló, en el caso de las gaseosas, a su elemento primigenio: el sabor, y era el propio consumidor quien elegía la gaseosa que más le agradaba.

⁸³Roger Enrico. "Cuando se inventó el Desafío Pepsi en Dallas, Texas, en 1974, esa ciudad era territorio casi exclusivo de Coca Cola. Allí los que no bebían Coca Cola, bebían Dr. Pepper, cuya sede estaba en Dallas. Pepsi iba muy a la zaga como tercera y le costaba mucho trabajo luchar con las gaseosas de precio rebajado. Desesperada, nuestra división PBG (Pepsi Bottling Group), que es la que maneja las plantas embotelladoras de la compañía, le pidió a Alan Pottash, padre de la publicidad de Pepsi que desarrollara una campaña especial para el mercado de Dallas. Se realizaron pruebas a ciegas de sabor entre las dos bebidas. No sólo salió ganando Pepsi, sino que los consumidores de Coca Cola decían cosas como ésta:

- ¡Hola! Yo he estado tomando Coca Cola toda la vida. ¿Y ahora resulta que en realidad la que prefiero es Pepsi? ¡Increíble!
- ¿Qué hará usted ahora? - preguntaba el encuestador
- Pues tomar Pepsi - contestaba el bebedor vitalicio de Coca Cola

En 1975, después que los resultados de éstas fueran confirmados por una firma independiente de encuestas de consumo, Pepsi los filmó y utilizó estos diálogos de la vida real como comerciales de televisión. Personas comunes y corrientes hicieron de estrellas de la pantalla en sus pueblos. Mientras tanto, las cifras de Pepsi llegaron a las nubes. Las ventas se elevaron en Dallas, y se quedaron elevadas. Pronto el Desafío Pepsi se extendió al 80 por ciento del país, y parecía que no tenía fin el número de personas que se mostraban gratamente sorprendidas al enterarse de que la bebida que preferían no era Coca Cola. En 1977 Pepsi estaba vendiendo más que Coca Cola en los supermercados de los Estados Unidos y estaba ganando terreno en otros países". La guerra de las Colas. Ed. Norma. Colombia 1988. p. 7-8

2.5.3 La publicidad engañosa

El engaño en la publicidad se configura cuando, mediante alegaciones falsas y/o inexactas respecto a un producto y/o servicio, se induce a error a los consumidores produciéndoles un perjuicio a ellos y a los competidores.

Manuel Santaella, comentando la Directiva de la Comunidad Económica Europea (hoy Unión Europea) sobre Publicidad de 1984, indica que "la publicidad engañosa es toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta".⁸⁴

La ley peruana sobre competencia desleal precisa que se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcance.⁸⁵

⁸⁴Manuel Santaella. "Según la Directiva de la CEE de 1984 (art. 2.2) la publicidad engañosa es 'toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor (...) Dentro del concepto de publicidad engañosa - mejor sería decir mensaje publicitario engañoso, desde nuestro punto de vista -, la que induce o puede inducir a error a sus destinatarios, se incluyen dos variedades: a. la que puede afectar el comportamiento económico de los destinatarios, y b. la que perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor". El nuevo derecho de la publicidad. Ed. Civitas Madrid 1989 p. 111-112

⁸⁵Decreto Ley 26122. "Artículo 9. Actos de engaño. Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcance respecto a la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, y en general, las ventajas realmente ofrecidas por los productos o prestaciones. En especial, se considera desleal ostentar o afirmar la posesión de premios, distinciones, medallas o certificados de cualquier naturaleza que no se han obtenido, o no tuvieran vigencia, particularmente en publicidad o en etiquetas, envases, recipientes o envolturas.

Artículo 10. Actos prohibidos respecto a la procedencia geográfica. Se considera desleal la realización de actos o la utilización de expresiones que puedan inducir a error sobre la procedencia geográfica de un producto o de un servicio. En particular, se reputa desleal el empleo de falsas indicaciones de procedencia y de falsas denominaciones de origen, así como el empleo no autorizado de denominaciones de origen, aun cuando se acompañen expresiones tales como tipo, modelo, sistema, clase, variedad u otra similar" Lima Diciembre 1992

Comentando la ley peruana sobre competencia desleal Baldo Kresalja afirma que cuando se pretende engañar al consumidor en realidad lo que se está haciendo es presentar como verdadero lo que es falso.⁸⁶

Lo desleal del engaño viene dado por el hecho que mediante el engaño se induce o puede inducir a error al consumidor, por cuanto dicho consumidor puede tomar como ciertas afirmaciones falsas, y basándose en tales afirmaciones falsas llevará a cabo incorrectas elecciones de consumo. Precisamente es el engaño el que inducirá al consumidor hacia una desacertada y no deseada opción de compra y/o venta, lo cual termina dañando al mercado en su conjunto.

2.5.4 La publicidad encubierta.

La publicidad encubierta es aquella publicidad presentada bajo la careta de un reportaje o noticia periodística ocultando su verdadero rostro comercial. El consumidor carece de elementos para percibir la fachada, así para él se tratará de una noticia de corte periodístico, cuando en realidad se trata de una publicidad comercial.

Como afirma Maritza Reátegui:

"La publicidad encubierta es aquella que no se identifica como publicidad, siendo percibida por el consumidor promedio como una noticia, reportaje o nota periodística. Esta modalidad se encuentra prohibida en todas las legislaciones del mundo por sus efectos claramente manipuladores donde los consumidores no discriminan si se encuentran ante un anuncio publicitario por el 'ropaje' con el cual lo visten. Atenta contra el principio de autenticidad. La publicidad encubierta consiste en enmascarar un anuncio

⁸⁶Baldo Kresalja. "Muchos participantes en la lucha concurrencial creen que es más fácil y rentable, aunque sea incorrecto, introducir productos u ofrecer servicios en el mercado haciendo uso de determinadas técnicas de sugestión para orientar la preferencia de los consumidores, técnicas que no hacen mención a factores esenciales como la calidad y el precio; esas conductas impiden la transparencia en el mercado que sólo puede alcanzarse cuando la información es veraz y pertinente. A través de los actos de engaño se trata de difundir o utilizar indicaciones susceptibles de inducir a error sobre las ventajas realmente obtenidas, queriendo hacer aparecer como verdadero lo que es falso. Para que se produzca el acto engañoso (...) es necesario que se manifieste en la comunicación o difusión dirigida al público, a través de la publicidad o de otra forma de indicación, sea en envases, etiquetas, etc., manifestación que puede adquirir cualquier forma escrita o verbal, pero más allá del ámbito de las relaciones interiores de la propia empresa" op. cit. p. 55-56

publicitario pagado bajo la apariencia de un espacio periodístico imparcial omitiendo aclarar que se trata de un publlirreportaje"⁸⁷

Lo relevante del perjuicio que puede ocasionar una publicidad encubierta cualquiera, viene dado por el hecho que en toda publicidad comercial se encuentran presentes dos aspectos: el informativo y el persuasivo, mientras que en las noticias periodísticas sólo se maneja el elemento informativo, y al asumir el consumidor una publicidad como una noticia está omitiendo de plano el carácter persuasivo de lo que observa.

Es decir, cuando un consumidor sabe que lo que observa es una publicidad, es consciente que en ella viene inmersa una connotación persuasiva para que él adquiera lo que se publicita, pero si asume una publicidad como una noticia, todo lo que le comunica dicha publicidad encubierta será decodificado por él como pura información objetiva. Se perjudica al consumidor porque se le quita la capacidad que tiene para valorar el carácter persuasivo de la publicidad y se perjudica al competidor que no utiliza esta vía encubierta y cuya publicidad sí es observada con la alerta persuasiva del consumidor.

Es por ello que al final de una publicidad con la apariencia de noticia debe indicarse que se trata de un anuncio pagado por la empresa que publicita su producto y/o servicio, es decir, que se trata de lo que los publicistas conocen como publlirreportaje.

2.5.5 La denigración publicitaria. El caso de la publicidad que explota la reputación ajena (goodwill).

Con relación al concepto de denigratorio, la versión en línea de la Real Academia Española <http://www.rae.es> precisa lo siguiente:

⁸⁷Maritza Reátegui. op. cit. p. 246

"Denigratorio. Pertenciente o relativo a la denigración
Denigración. Acción y efecto de denigrar
Denigrar. Del latín denigrare, poner negro, manchar. Deslustrar, ofender la opinión o la fama de una persona. 2. Injuriar, agraviar, ultrajar".⁸⁸

Denigrar, por lo tanto, es ofender la fama de otro. Tratándose del ámbito publicitario, se puede afirmar que denigra quien menoscaba el crédito mercantil de un competidor, lo que los angloparlantes conocen como goodwill. Al respecto, la ley peruana sobre competencia desleal señala que se considera desleal toda noticia que pueda menoscabar el crédito de un competidor en el mercado.⁸⁹

La ley publicitaria peruana indica que los anuncios no deben estimular ningún tipo de discriminación.⁹⁰

En virtud a lo reseñado anteriormente, Baldo Kresalja precisa que los actos de denigración tienen como fin producir el descrédito de los competidores, más allá de si efectivamente lo logren o no.⁹¹

⁸⁸Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. Madrid 1992. p. 480 URL: <http://www.rae.es/>

⁸⁹Artículo 11. Actos de denigración. Se considera desleal la propagación de noticias o la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Califican dentro de lo dispuesto en el párrafo anterior, entre otras, las manifestaciones que se refieran a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado". Decreto Ley 26122. Lima Diciembre 1992

⁹⁰Artículo 3º.- Los anuncios deben respetar la Constitución y las leyes.

Ningún anuncio debe favorecer o estimular cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, política o religiosa. Los anuncios no deben contener nada que pueda inducir a actividades antisociales, criminales o ilegales o que parezca apoyar, enaltecer o estimular tales actividades.

Artículo 7º.- Todo anuncio debe respetar la libre y leal competencia mercantil.

Los anuncios no deberán imitar el esquema general, el texto, el slogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros de otros mensajes publicitarios nacionales o extranjeros cuando la imitación pueda dar lugar a error o confusión. Los anuncios no deben denigrar ninguna empresa, marca producto o aviso, directamente o por implicación, sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía". Decreto Legislativo 691 Lima Noviembre 1991

⁹¹Baldo Kresalja. "Como diariamente podemos constatar, en el mundo de los negocios es usual que los empresarios revaloricen sus propias prestaciones, muchas veces exagerando sus cualidades o méritos, así como restándoselos a los de la competencia. Esta alusión a la actividad, al producto o al establecimiento del rival se efectúa casi siempre a través de la publicidad. En ocasiones será comparativa, lícita, pero en otras oportunidades no, encontrándonos ante un supuesto de denigración publicitaria (...) Los actos de denigración están destinados a ocasionar el descrédito de los competidores, más allá de si efectivamente lo logren o no. La diferencia fundamental que puede encontrarse con la legislación penal en lo que se refiere a los delitos contra el honor, en especial injuria, calumnia y difamación, se encuentra en que la normativa sobre la competencia desleal está referida 'al mercado', a que la diatriba contra los productos o servicios tiene por objeto el desprestigio del competidor en cuanto empresario y frente al público de los consumidores; por tanto, no todo acto injurioso o calumnioso puede calificarse como denigratorio, por lo menos en el sentido de la disciplina que reprime la competencia desleal. La denigración es una agresión injustificada, que puede ser expresamente formulada o manifestarse por otro medio, y si bien será generalmente hecha en público, podrá bastar que la exteriorización llegue a un solo consumidor para que constituya competencia desleal (...) Una manifestación es desleal cuando no es verdadera y también cuando siéndolo, es inexacta y no pertinente. Para no ser desleales las manifestaciones o noticias deben ser verdaderas, objeto de prueba por parte de quien las afirma; además, deben ser exactas, lo que supone que la veracidad ha de tomarse en sentido estricto, no cabiendo situaciones parciales; y por último deben ser pertinentes, en el sentido de estar directamente relacionadas con el objeto de la información (...) La ley sobre publicidad no acepta en ningún caso, como sí lo hace la ley sobre competencia desleal, el acto o la conducta denigratoria, aunque la alegación sea exacta, verdadera y pertinente. Por

Hermenegildo Baylos señala que la denigración en tanto competencia desleal es aquella mediante la cual se busca menoscabar el prestigio mercantil de algún empresario en el mercado, es decir, frente a los consumidores.⁹²

Lo desleal de la denigración publicitaria radica en el hecho que mediante ella se afecta de manera indebida el prestigio comercial del competidor. Se utilizan procedimientos vedados para dañar la actividad comercial de un competidor. Aun si es cierto lo que se afirma, pero impertinente respecto al giro mercantil, bastará que sea susceptible de causar un desprestigio para ser considerado como un acto de deslealtad. Así por ejemplo, si existen dos competidores fabricantes de ropa deportiva y uno de ellos informa que no deben adquirir las prendas del otro por cuanto padece de SIDA, se configuraría un supuesto de publicidad denigratoria, así sea cierto lo dicho por el competidor. El asunto es que tal información no es pertinente con relación a la venta de ropa deportiva, mella el honor personal y mercantil del afectado, ya que su clientela se podría alejar de su marca, no siendo necesario un alejamiento fáctico, basta que sea potencial para que se configure el supuesto de publicidad denigratoria.

La publicidad comercial se convierte en desleal cuando utilizándose medios indebidos se atenta contra el normal desarrollo del tráfico comercial. Generalmente, se advierte dicha deslealtad en dos planos.

tanto, si la alegación publicitaria es veraz, pero sirve para menoscabar el crédito de una persona o empresa, merecerá el calificativo de publicidad desleal". op. cit. p. 52-54

⁹²Hermenegildo Baylos. "Constituyen actos de denigración en el sentido de la disciplina de la competencia desleal cuantas afirmaciones, noticias, comportamientos o actitudes de un competidor vayan dirigidas o sean aptas para producir el desprestigio de otro competidor suyo ante el público que compra. La denigración en su propia esencia, es un atentado a la personalidad y al honor comercial (...). Lo que caracteriza a la denigración como acto de competencia desleal es que en ella la difamación de la persona o la diatriba contra los productos o los servicios de otro competidor tienen como finalidad el desprestigio que pueda originarse para el perjudicado, precisamente en cuanto empresario, ante el público consumidor (...). Puede variar el medio por el cual la denigración se consuma: afirmaciones verbales, expresiones consignadas en la correspondencia comercial, o en circulares, folletos de propaganda, catálogos, anuncios y cualquier clase de publicidad. En todo caso, la afirmación o el juicio en que la denigración se concreta deben trascender a la clientela actual o potencial del perjudicado, aunque no vayan dirigidos directamente a ella. De no llegar de algún modo a conocimiento del público comprador, no existiría el desprestigio comercial que es el efecto de la denigración, en cuanto acto de competencia desleal. No parece, en cambio, necesario que ese desprestigio se haya producido de manera efectiva y real, bastando con que el acto sea susceptible de causarlo (...). No es admisible, en el juego limpio de la competencia, que un competidor arroje sobre otro, con la finalidad de hacerle desmerecer en el juicio público y ante sus clientes, acusaciones que, aunque se basen en hechos ciertos, constituyan un medio desleal por el desprestigio que llevan aparejadas". op. cit. p. 334-336

En primer término se da una afectación directa al competidor porque es respecto de él que se realiza la publicidad parasitaria, falsamente comparativa, engañosa, encubierta o denigratoria; es al competidor al que se le ocasiona un daño concurrencial vedado desde el punto de vista mercantil, afectándose en el caso de la publicidad comercial el goodwill o buen nombre comercial.

Ahora bien, esta afectación al competidor no queda ahí, sino que se expresa en un perjuicio al consumidor también, porque será él quien en virtud a erróneas ofertas llevará a cabo equivocadas elecciones de compra y/o venta. Basta con que el consumidor se vea expuesto a un riesgo de confusión para que estemos ante la configuración de un supuesto de deslealtad publicitaria.

Finalmente, al afectarse indebidamente al competidor y al consumidor, se está perjudicando al mercado en su conjunto. En el mercado interactúan comerciantes y consumidores, y en la medida que dicha interacción no se realice bajo parámetros de corrección mercantil, como son la buena fe comercial, la no-inducción al riesgo de confusión al consumidor y el respeto irrestricto a reglas de juego leales y transparentes, el sistema mismo de economía de mercado puede sufrir serios trastornos en su funcionamiento, acercándose casi sin percibirlo a un indeseable colapso económico. Nadie, dentro de sus cabales, puede desear que ello ocurra.

2.6 Formas de represión de la competencia desleal

Como afirma Baylos, la doctrina mercantil recoge dos maneras de reprimir las actuaciones desleales al momento de competir: a través del principio de la responsabilidad extracontractual, o mediante la aplicación de una ley especial.⁹³

⁹³ Hermenegildo Baylos. "La ilicitud de la competencia desleal puede derivar jurídicamente, bien de la aplicación del principio general que declara la responsabilidad por daño causado a otro, bien de la existencia de una ley especial represora. En efecto, en algunos ordenamientos jurídicos modernos, no existe precepto legal que, de un modo específico, defina y prohíba los actos de competencia desleal. Ya se comprende, sin embargo, que en tales sistemas la deslealtad en la competencia no puede dejar de ser ilícita jurídicamente. A falta de precepto prohibitivo expreso, la jurisprudencia los considera comprendidos entre los supuestos de responsabilidad por daño causado a otro indebidamente, aplicando el principio general de la responsabilidad extracontractual o aquiliana. (...). En otra serie de ordenamientos jurídicos modernos

2.6.1 Represión de la deslealtad mediante el principio de la responsabilidad extracontractual (Francia)

Kresalja, siguiendo a Baylos precisa que en aquellos países donde no existe un precepto legal específico que comprenda y prohíba los comportamientos desleales comerciales, se ha utilizado para reprimir tales conductas la disciplina de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, es decir, se entiende que competir deslealmente es realizar un acto ilícito. El país donde se ha desarrollado esta vertiente es Francia, lugar en el cual la jurisprudencia ha jugado un rol definitivamente relevante en la formación y consolidación de dicho enfoque. Se aplica en estos casos un artículo similar al 1969 del código civil peruano: "aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo". La jurisprudencia es la encargada de precisar en qué casos una actuación desleal en el mercado se constituye en un supuesto de daño extracontractual.⁹⁴

la ilicitud de la competencia desleal no necesita hacerse derivar de la aplicación de principios generales, sino que resulta de un modo expreso de lo que determina una ley especial. (...). En ambos sistemas, no obstante, asume un importante papel la utilización de esa serie de tópicos jurídicos que, a decir de Esser, incorporan a la norma concepciones extrajurídicas, conceptos axiológicos que facilitan la tarea del intérprete y le proporcionan patrones de aplicación directa a la realidad regulada: la buena fe en la competencia, las buenas costumbres mercantiles, los usos honestos en el tráfico, la probidad comercial y otros análogos. Sin su ayuda, ni la más meticulosa especificación legal de los actos constitutivos de deslealtad en la competencia permitiría abarcar dentro de su ámbito toda la gama de formas y modalidades posibles de actuación irregular en la lucha concurrencial". op. cit. p. 314-315

⁹⁴Baldo Kresalja. "...en cuanto a la represión mediante la aplicación del principio de la responsabilidad extracontractual, el ejemplo típico de estos sistemas es el francés; la jurisprudencia ha sabido sancionar las actuaciones desleales con la condena a la cesación del acto y una indemnización por daños y perjuicios, considerando que competir de modo desleal es realizar un acto ilícito comprendido en el artículo 1382 del código civil francés (equivalente al artículo 1969 de nuestro código civil peruano: 'aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor'). Es opinión muy extendida que la jurisprudencia francesa ha elaborado un concepto amplio y previsor de competencia desleal, de eficaz aplicación práctica a la cambiante realidad. La ilicitud de la actuación desleal plantea el problema de la fundamentación jurídica de esa calificación. La doctrina y la jurisprudencia francesas la encuentran en la teoría del abuso del derecho, la que se extiende a los casos en que el derecho es ejercido de modo imprudente o negligente, sin motivo serio y legítimo. Pero como no es posible decir que el abuso del derecho requiere siempre la intención de causar un daño, se traslada a esta materia la idea - de tanta aceptación en el derecho público - de la desviación del poder, es decir, cuando el ejercicio del poder se aparta de su finalidad. Así, si bien todo competidor tiene el derecho de emplear en la actividad concurrencial sus medios, su iniciativa, debe hacerlo conforme al interés público, razón por la cual si se desvía de esa finalidad su actuación debe considerarse abusiva, es decir, no puede hacer uso de la libertad de competir de una manera excesiva ya que ello significa sobrepasar los hábitos y usos sociales. (...) En la construcción jurisprudencial francesa la competencia desleal es la infracción a un deber exigido por la propia naturaleza de las cosas, ya que competir significa participar en una licitación utilizando medios admitidos y honrados. Conviene aclarar que esa infracción a un deber - que Ascarelli denomina 'deber moral de corrección' - se configura en Francia como un ilícito civil y no penal, que puede dar lugar a una reparación económica del daño". op. cit. p. 24

2.6.2 Represión de la deslealtad mediante una ley especial (Alemania)

La cláusula general prohibitiva

Existe un segundo sistema de represión de la deslealtad, es el que se sirve de una ley especial, es el sistema más usado en el ámbito mundial, entre ellos el Perú. Tuvo su origen en Alemania hacia 1909.

En este sistema, como indica Baylos, la represión de la deslealtad en la competencia se confía a la existencia de una ley prohibitiva especial. En estas leyes se suele recurrir a la elaboración de una cláusula general prohibitiva, que no es otra cosa que una noción amplia que contiene valoraciones sociales de deslealtad.

Al respecto la ley alemana contiene una cláusula general que dice que "el que en el tráfico mercantil realiza actos con finalidad de competencia, que atentan contra las buenas costumbres, puede ser sometido a una reclamación de cesación y de reparación del daño"⁹⁵. Es un concepto - continente, cuyo contenido coyuntural será dado por el intérprete de la norma. En este sentido, un modelo tipo de cláusula general prohibitiva dirá algo así como: 'se considera desleal todo acto contrario a las buenas costumbres mercantiles'. Como vemos dependerá de cada sociedad, en un tiempo y lugar determinado el señalar lo que se entiende por desleal, por cuanto el concepto de buenas costumbres mercantiles, por ejemplo, contiene implícito valoraciones sociales esencialmente extrajurídicas.⁹⁶

⁹⁵ Baldo Kresalja. op. cit. p. 25

⁹⁶ Hermenegildo Baylos. "...todos estos sistemas que cuentan con una ley especial represora suelen servirse, para la organización de una disciplina de la competencia desleal, de la consignación de una cláusula general, verdadera fórmula en blanco, en cuanto remite a su vez a valoraciones sociales que han de ser verificadas por el intérprete. Como Esser señala, la técnica de la cláusula general implica la adopción de un tópico jurídico, apto para incorporar a la norma estimaciones esencialmente extrajurídicas. (...). Un acto es desleal a los efectos de la ley, solamente cuando incurra en la noción contenida en la cláusula general, sin que sea preciso que además figure tipificado en alguno de los supuestos que se enumeran, que poseen sólo un valor ilustrativo y ejemplificador. (...). Como señala Fikentscher, lo que sirve de fundamento a la defensa frente a la competencia desleal que contiene la cláusula no es, pues, ninguna exigencia relativa a la lealtad misma, sino al comportamiento acostumbrado, usual, socialmente admisible. Ese es el módulo legal al que la actuación concurrencial ha de ajustarse. Aquí cualquier criterio de valor queda sustituido por una remisión a la costumbre, aunque los

La práctica mercantil demuestra que la cláusula general prohibitiva alcanza un alto nivel de eficacia en cuanto a reprimir conductas desleales se refiere. En este sentido, la prohibición establecida en una cláusula general faculta que determinadas conductas mercantiles no detalladas taxativamente puedan ser incluidas en su concepto, toda vez que el normal desarrollo de las prácticas comerciales llevan aparejadas – que duda cabe – la probable aparición de novedosos comportamientos contrarios a los buenos usos mercantiles. La existencia de la cláusula general prohibitiva adquiere connotada significación porque impide que la normativa comercial actual quede desfasada e inaplicable a las nuevas conductas desleales, como puede ser la actuación publicitaria desleal de algunos agentes mercantiles en la red de redes.

La cláusula general prohibitiva es una suerte de marco normativo general en el cual se insertan las prácticas desleales coyunturales y temporales de cada sociedad. La cláusula prohibitiva suele contener parámetros de evaluación de carácter - como su nombre lo indica - general. Así tenemos que en el caso peruano del decreto ley 26122, la cláusula general del artículo sexto se basa en tres parámetros: la buena fe comercial, el normal desenvolvimiento de las actividades económicas y las normas de corrección que deben regir las actividades económicas. La buena fe comercial debemos entenderla como una pauta general de comportamiento mercantil, es decir, vinculada a la actuación de los agentes económicos en el mercado, quienes deben respetar la libertad de competencia, evitando en todo momento ejercer de manera abusiva tal derecho,

juicios valorativos no pueden evitarse, ni en ese caso, porque la referencia se hace, no a cualquier clase de costumbres, sino precisamente, a las buenas costumbres, es decir, a las costumbres honestas, honradas. (...). La fórmula elástica y amplia de que para competir lealmente hay que atenerse a lo que se acostumbra, a lo que vienen haciendo todos, con la aprobación social, encierra uno de los elementos esenciales de la institución, consistente en la obligación, implícita en toda actividad concurrencial, de utilizar medios corrientes y habituales, aquellos que todos se conciertan para usar; y no medios excepcionales y desacostumbrados, cuyo empleo forzosamente coloca a los demás competidores en una situación de desigualdad e inferioridad, contraria a la esencia misma de toda licitación. Lo que no es admisible es que cualquier competidor acuda a servirse de formas o modalidades de actuación a las que implícitamente han renunciado todos los demás países, por ir contra lo que se acostumbra estimar como permisible y honesto. Al prohibir la deslealtad, en realidad se sancionaría la conducta del competidor que juega con ventaja, podría decirse, puesto que recurre a medios que ningún comerciante honrado acostumbra a utilizar, a procedimientos que el uso social rechaza, como contrarios a la probidad mercantil. (...). En definitiva, en fin, el juicio sobre la lealtad o deslealtad de la conducta de un competidor se convierte, en esta clase de fórmulas, en una verificación de realidades sociales - las costumbres que rigen y se aplican - pero no por eso deja de utilizar conceptos de valor. Buenas costumbres quiere decir, costumbres honradas, honestas, quiere decir, las costumbres establecidas y aplicadas por los buenos, no por los malos comerciantes". op. cit. p. 317-318

salvaguardando el interés de todos los que interactúan en el mercado. Los criterios de normal desenvolvimiento de las actividades económicas y las normas de corrección que deben regir las actividades económicas debemos entenderlos como aquellas conductas que respetan el libre acceso al mercado, donde la ley de la oferta y la demanda determinan los precios de los bienes y servicios, es decir, donde la lucha concurrencial se desarrolle de manera transparente y leal. Es bajo estos tres criterios que, como indica Kresalja, se van a desarrollar los contenidos de las determinadas prácticas comerciales desleales⁹⁷

La cláusula general prohibitiva es un concepto - como ya se dijo - coyuntural, es decir, responde a un tiempo y lugar determinado. Lo que se entiende por desleal dependerá de cada sociedad y del tiempo histórico que dicha sociedad viva. Como afirma Menéndez, toda cláusula general prohibitiva debe asumir la deslealtad en la competencia como aquel ilícito concurrencial objetivo, institucional, de peligro y de mercado. Por objetivo entendemos que se debe reprimir la conducta desleal independientemente de la voluntad del agente que comete la deslealtad. Es institucional porque la deslealtad afecta a la competencia entendida como institución económica de suma importancia en el desarrollo social. Es de peligro porque para que se configure el ilícito concurrencial no es necesario la ocurrencia de un determinado daño, basta la probabilidad de que ello ocurra.

⁹⁷Baldo Kresalja. "La cláusula general establece la prohibición en unos términos que permiten incluir supuestos no específicamente previstos, sea por su carácter extraño o marginal, o bien por la evolución de las prácticas comerciales que da lugar a la aparición de nuevos comportamientos incorrectos. De lo que se deduce su necesidad, pues evita que la normativa quede obsoleta debido al desarrollo de nuevas prácticas desleales (...) Uno de los aspectos más significativos, al momento de evaluar una cláusula general, es conocer cuáles son los criterios que han sido seleccionados para determinar la deslealtad de una conducta o de un acto. En el artículo 6 de nuestra ley estos criterios son tres, a saber: a. la buena fe comercial, b. el normal desenvolvimiento de actividades económicas, y c. las normas de corrección que deben regir las mencionadas actividades (...) La buena fe comercial que se menciona en el artículo 6 hace referencia a un determinado modo de actuar en las relaciones de mercado, conectándose directamente con la libertad de competencia y el abuso de dicha libertad; no se refiere a los sujetos de una relación jurídica, sino a los agentes de la libertad de competencia en el uso de tal libertad, los que se deben adecuar al interés de la economía en general (u orden público económico) así como al interés de todos los que participan en el mercado (...) En cuanto a los otros dos criterios, normal desenvolvimiento de actividades económicas y normas de corrección, es importante tener presente que el enjuiciamiento hay que hacerlo recurriendo al concepto de 'competencia practicable, operativa o efectiva', concebida como aquella en la que el acceso al mercado está abierto, como aquella en que las alteraciones de la oferta y la demanda se traducen en los precios, como aquella en que la producción y la venta no se limitan artificialmente, como aquella en que la libertad de elección no se ve obstaculizada; en fin, como aquella en que la lucha concurrencial se desarrolle sobre las prestaciones más eficientes, por lo que la expulsión del mercado de algunos empresarios se produzca por la mayor eficiencia de las prestaciones de los competidores, leal y correctamente". op. cit. p. 35-36

Por último se debe entender al ilícito concurrencial como uno de mercado, es decir, como aquel que afecta al mercado en su conjunto, no siendo necesaria la existencia de una relación de competencia. Si una persona – productor o no de bienes y/o servicios – introduce un comportamiento desleal en el mercado, entonces debe ser reprimido y dicho parámetro debe ser recogido por toda cláusula general prohibitiva.⁹⁸

Como afirma Concepción Molina:

“...la importancia de la cláusula general estriba en que no requiere elemento intencional alguno ni tampoco la existencia de un daño efectivo”.⁹⁹

Añade luego, la propia Molina, que con el advenimiento del modelo social de competencia, las cláusulas generales ya no pueden seguir recurriendo a parámetros morales para entender la deslealtad en la competencia, siendo dos las tendencias hacia las cuales la actual doctrina mercantil se inclina para enmarcar el concepto de cláusulas generales. Así tenemos, por un lado las teorías objetivadoras, que procuran cambiar los juicios éticos por apreciaciones jurídicas, entendiendo a las cláusulas generales como normas de autointegración, es decir, ya no requieren remitirse a valoraciones morales; por otro lado, están las teorías funcionales, que procuran convertir las cláusulas generales en normas de delegación, entendiéndolas como cláusulas de control del poder económico monopolístico.¹⁰⁰

⁹⁸ Aurelio Menéndez. “A nuestro juicio aciertan quienes estiman que ese encuadramiento de la cláusula general de la competencia desleal es posible y correcto. Para mostrar que así sucede es conveniente reparar en los aspectos básicos del ilícito concurrencial, tal como han cristalizado en la más moderna doctrina europea. En este sentido, hemos de recordar que el ilícito concurrencial se presenta: como un ilícito objetivo, que no precisa de elementos subjetivos; como un ilícito institucional, que se caracteriza por infringir el sentido o función de la institución en la que se integra el derecho que se ejercita; como un ilícito de peligro, que no depende de la efectiva producción de un daño, sino de la probabilidad de que éste se produzca; y como un ilícito de mercado, que no requiere de una relación de competencia en sentido estricto”. op. cit. p. 134.

⁹⁹ Concepción Molina. Protección jurídica de la lealtad en la competencia. Ed. Montecorvo. Madrid. 1993. p. 76-77

¹⁰⁰ Concepción Molina. “...la aceptación de la teoría social de la competencia, en una segunda etapa, no se limita a la ampliación de la esfera tuitiva de la disciplina, sino que tiene también repercusiones en el juicio de deslealtad. En efecto, admitidos los intereses generales y los intereses del consumidor como objeto de protección por la disciplina de la competencia desleal, resultaría incongruente seguir recurriendo a criterios de moralidad empresarial para juzgar la lealtad o deslealtad de un determinado acto concurrencial. Entran así en crisis las teorías clásicas de interpretación de las buenas costumbres. Dos son las tendencias a las que se orienta la doctrina: por una parte, las llamadas teorías objetivadoras que intentan convertir lo que venían siendo juicios éticos en juicios jurídicos mediante la consideración de las cláusulas generales como normas de autointegración; y, por otra parte, las llamadas teorías funcionales que intentan, convirtiendo las

La ley española de competencia desleal – en la cual se inspira la ley peruana – contiene una cláusula general prohibitiva que señala que:

“se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”¹⁰¹

Al respecto Concepción Molina indica que el standard de enjuiciamiento de la deslealtad en el comercio es aquello que sea contrario a la buena fe objetiva. Se entiende que una conducta es contraria a la buena fe objetiva cuando el daño que se produce al competir se realiza como un medio para competir y no como resultado de dicha actuación.¹⁰²

Con relación a la buena fe objetiva en el derecho español como una pauta general para entender cuándo nos encontramos ante una conducta desleal, Juan José Otamendi, precisa que el carácter amplio y abstracto del concepto de buena fe objetiva permite que se enmarque cada actividad concurrencial en dicho concepto, dependiendo del momento en que se desarrolle y siendo coherentes con el normal desenvolvimiento del tráfico jurídico – mercantil. La cláusula general prohibitiva debe guardar una estrecha vinculación con los principios concurrenciales recogidos por la constitución económica, como son la libertad y la igualdad para competir.¹⁰³

cláusulas generales en normas de delegación, que la política económica entre en el lugar de las buenas costumbres, que las cláusulas generales se conviertan en cláusulas de control del poder económico monopolístico”. op. cit. p. 80-81

¹⁰¹ Ley de competencia desleal española. 10 de enero de 1991. Artículo 5°

¹⁰² Concepción Molina. “...la integración de la cláusula general de la deslealtad competitiva debe realizarse accediendo al criterio de la eficiencia porque dicho criterio es el que deriva de los principios constitucionales de libertad, igualdad y protección de los mecanismos de mercado. (...). Podríamos entonces concluir que el artículo 5 de la ley de competencia desleal establece como estándar de enjuiciamiento de la lealtad de un comportamiento concurrencial, la buena fe. Que la buena fe en esta norma goza de un carácter objetivo que la convierte en norma general que se diversificará en cada caso concreto, actuando el criterio de la competencia de prestaciones más eficientes. De aquí que determinada conducta en el mercado deba ser declarada ‘objetivamente contraria a la buena fe’ cuando la ventaja concurrencial que supone para el que la realiza se fundamenta no en la mejora de las propias prestaciones sino en la obstaculización de los competidores, es decir, para que una conducta pueda considerarse leal el daño que se infiere al competidor debe ser el resultado y no el medio de la actividad concurrencial”. op. cit. p. 269-270

¹⁰³ Juan José Otamendi. “El carácter tópico de la buena fe, por su carácter abstracto, cumple bien el objetivo de posibilitar la precisión de sus contenidos en cada momento, a la vista de nuestro ordenamiento y de la evolución del tráfico jurídico. Existe consenso doctrinal en que el punto de referencia principal lo constituye nuestra constitución económica y fundamentalmente la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. La ley de competencia desleal debe proteger los principios concurrenciales derivados del sistema económico establecido en la constitución: la libertad, la igualdad y los propios mecanismos de mercado, en orden al mantenimiento de una competencia suficiente. Esta protección supone que debe sancionarse a los que pretendan excluir injustificadamente a otros participantes”. Comentarios a la ley de competencia desleal. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1994. p. 170

A la par con la elaboración de una cláusula general prohibitiva, este tipo de legislación suele enumerar una serie de supuestos concretos de deslealtad. Debemos entender que no se trata de una lista taxativa, sino de una lista del tipo *numerus apertus*. Lo que interesa es que el acto que suponemos desleal se enmarque dentro de nuestra cláusula general prohibitiva, sin importar que también coincida con un supuesto específico de deslealtad.

En conclusión, la cláusula general prohibitiva debe ser una norma amplia que tenga como único parámetro la buena fe comercial objetiva, es decir, será desleal toda actividad mercantil contraria a ella. El contenido de tal concepto será dado de manera coyuntural. El ilícito concurrencial se configurará dependiendo de cada sociedad y el tiempo histórico que le toque vivir. La cláusula general prohibitiva no es otra cosa que un concepto – marco, de carácter social y temporal, lo cual encaja muy bien con el fenómeno publicitario de la red de redes. En Internet los conceptos deben amoldarse a la cambiante realidad de su naturaleza. La naturaleza misma de la red contiene una mutabilidad sumamente dinámica.

Se debe promover el avance informático, pero preservando la protección a los consumidores y al mercado en su conjunto. Ambas nociones no deben contraponerse, y la cláusula general prohibitiva sirve al propósito de complementarlas, estrechando el vínculo entre tecnología y derecho.

**“a pesar de las grietas, de los
claroscuros y de las primaveras,
somos uno en el dolor, la angustia y el
miedo, en la risa, en el deseo, en la
puesta de un sol que paradójicamente
en otra latitud se levanta, en la sonrisa
alcaída de un viejo_ somos uno”
(Mario Benedetti)**

CAPÍTULO TERCERO

LA REALIDAD PERUANA FRENTE A LA PUBLICIDAD COMERCIAL EN INTERNET Y LOS INTENTOS DE UNIFICACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL

3.1 LA REALIDAD PERUANA

El fenómeno de la publicidad comercial en Internet es bastante novedoso, pero no por una cuestión de fondo, sino por lo reciente del medio de comunicación en el cual se expone la publicidad, nos estamos refiriendo a la red de redes.

La cuestión de fondo, es decir, la publicidad como un acto de competencia desleal, sí tiene un desarrollo doctrinal de mayor data. Por lo mismo, es menester precisar cuál es el marco institucional en el cual se inserta tal disciplina.

En todo ordenamiento jurídico el parámetro general en el cual se desarrollan las distintas disciplinas sociales viene dado por la Constitución Política, la llamada ley de leyes, herramienta de carácter supralegal, en la cual descansan los principios rectores que una sociedad determinada estipula como las directrices válidas que determinarán el derrotero que dicha sociedad pretende seguir.

Al ser nuestro tema de estudio un asunto de carácter mercantil, focalizaremos nuestra visión hacia lo que se conoce como la constitución económica, para decantar luego en las normas específicas sobre represión de la competencia desleal y publicidad comercial.

3.1.1 Constitución Económica. Modelo de competencia asumido.

Como afirma Blume Fortini, la constitución económica no es otra cosa que un sistema económico recogido por una constitución que comprende la regulación del fenómeno económico de una determinada sociedad.¹⁰⁴

Enrique Bernales con relación al régimen económico constitucional recogido por la constitución peruana de 1993, precisa que:

“Francisco Fernández Segado apunta que la recientemente reconocida ‘constitución económica’ en el derecho constitucional está reflejada por el conjunto de normas que delinean el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica. En efecto, ninguna constitución se debe inmiscuir en el tratamiento específico de materias económicas que por su temporalidad están sujetas a cambios esporádicos en el tiempo. Lo que se debe consignar en una Carta es, como bien lo apunta la doctrina, el marco jurídico fundamental”.¹⁰⁵

Ignacio Font Galán refiriéndose a la constitución española de 1978 señala que:

“La constitución económica se monta sobre la base de dos principios que participan de la misma naturaleza y cuyo juego se halla constitucionalizado en régimen de igualdad: el principio de libertad de empresa de los

¹⁰⁴Ernesto Blume Fortini. "Un intento de arribar a una definición de la constitución económica lleva a considerarla como el sistema económico consagrado en la constitución de un determinado estado, que comprende la regulación de la propiedad, de la economía pública y privada, de la actuación de los agentes económicos, de las reglas del mercado, de la empresa y, en general, del fenómeno económico, cuya incorporación en la normativa constitucional, sumada a la parte dogmática y a la parte orgánica, conforma las tres partes fundamentales de una constitución moderna que debe responder a un mundo que finaliza el siglo XX en el marco de la globalización, la cibernética y los notables avances de la comunicación. Por ello, hoy se habla, aludiendo a estas tres partes del derecho constitucional económico, del derecho constitucional de la libertad y del derecho constitucional del poder. Para terminar este intento de definición, es paradigmática la frase de Kurt Ballerstedt, quien caracteriza al derecho constitucional económico y, por tanto, a la constitución económica como 'la realización de la idea de que toda economía colectiva debe cumplir los dictados de la justicia". La constitución económica En: Revista Themis N° 36 Lima 1997 p. 31-32

¹⁰⁵Enrique Bernales Ballesteros. La constitución de 1993. Análisis comparado. Ed. Ciedla. Lima 1996. p. 301

ciudadanos (empresarios privados) (...) y el principio de libertad de 'iniciativa pública en la actividad económica' (...). El reconocimiento de este régimen de igualdad de ejercicio de ambas libertades por parte de sus respectivos titulares, significa que nuestra constitución económica (**se refiere a la española de 1978**) se asienta, implícitamente, sobre el principio de la competencia económica en el mercado. Todos los participantes (privados o públicos) en el mercado han de luchar entre sí para la consecución de sus objetivos económicos en régimen de paridad, esto es, de competencia".¹⁰⁶ **(el agregado resaltado es nuestro)**

Volviendo a la realidad peruana, Marcial Rubio, refiriéndose a la constitución económica, indica que la función del estado ha dejado de ser interventora de la actividad económica y se ha convertido en reguladora de la misma.¹⁰⁷

La constitución peruana de 1993, según Marcial Rubio, recoge la figura del llamado estado neoliberal, el cual se basa en tres pilares: la regulación de la actividad privada, el control del cumplimiento de las leyes y la injerencia estatal en aquellos servicios esenciales no administrados por el sector privado.¹⁰⁸

La constitución peruana de 1993 recoge en su artículo 58 la premisa económica que la iniciativa privada es libre, lo cual, según Marcial Rubio, implica entender que:

¹⁰⁶ Ignacio Font Galán. Constitución Económica y derecho de la competencia. Ed. Tecnos. Madrid 1997 p. 160

¹⁰⁷ Marcial Rubio Correa. "...en las actuales circunstancias la función del estado no es más la de intervenir en la actividad económica, sino la de regularla garantizando el respeto a las reglas de juego que se establecen: economía de mercado, oferta y demanda, restricción de conductas abusivas e ilegales aplicando las sanciones que sean necesarias para que la conducta de los agentes sea legítima y, así, el funcionamiento de la economía sea lo más estable y menos distorsionado posible (...). El mercado no trae automáticamente la equidad y el progreso para todos por igual. Es necesario compensar sus deficiencias en la asignación de recursos y, por ello, debe haber una preocupación social intensa, especialmente en países de pobreza extendida como el Perú". Estudio de la constitución política de 1993. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Febrero 1999 p. 186-187

¹⁰⁸ Marcial Rubio Correa. "La constitución de 1993, opta por un estado neoliberal y policía, según es conocido en la literatura especializada, que esencialmente hace tres cosas: a. regula la actividad privada mediante la dación de normas jurídicas; b. supervigila el cumplimiento de las normas y sanciona las infracciones. En realidad, muchas veces la función de sanción del estado policía es más drástica que la del estado de bienestar porque, se supone, la función del estado no es intervenir sino controlar. Son las personas las que deben cumplir por sí mismas las normas y, para ello, las sanciones deben ser ejemplares; c. actúa en los servicios esenciales que normalmente no toma el sector privado (fundamentalmente de asistencia en casos de necesidad y disparidad de condiciones) (...). La constitución de 1993, entonces, tendría un liberalismo controlado por la necesidad de equiparar sectores con desventajas iniciales, tales como la pequeña empresa y el sector agrario. Cabe destacar, sin embargo, que el Perú es un país donde no menos del 40% de la población vive secularmente bajo la línea de pobreza y, sin embargo, los pobres prácticamente no existen para la constitución, en especial por el retiro de la mayoría de los derechos sociales que podían asistirlos (...) Da la impresión que el carácter moderador del liberalismo existente llega a ciertos sectores de la sociedad en la idea de sus autores, pero definitivamente no llega a casi medio país que vive, para todos lo parámetros, en la pobreza". op. cit. p. 197-199

- "a. es un derecho constitucional amparable por las garantías constitucionales.
- b. contiene un elemento de libertad y otro de ejercicio de actividad económica; se rige, por tanto, por las reglas generales de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.
- c. tiene vinculación conceptual estrecha con la libertad de competencia en la medida que la libre iniciativa de datos confluye en el mismo mercado bajo forma competitiva; no se puede entender la una sin la otra
- d. la libre iniciativa tiene entre una de sus especies la libertad de empresa aunque esta última contiene también particularidades, pues tiene que ver con la relación entre el ser humano y la persona jurídica que es la empresa".¹⁰⁹

Podemos advertir que en relación con el fenómeno competitivo la constitución de 1993 recoge los siguientes principios: la iniciativa privada libre en el artículo 58, la libertad de empresa en el artículo 59, el pluralismo económico en el artículo 60, la libre competencia en el artículo 61 y la protección al consumidor en el artículo 65. De esta descripción se colige que el modelo económico adoptado por la Carta de 1993 es el de una economía social de mercado (artículo 58), que el modelo de competencia asumido es uno de libre competencia (artículo 61), y donde la protección al consumidor adquiere rango constitucional (artículo 65).

Marcial Rubio Correa, siguiendo a Ronald Clapham, precisa que la economía social de mercado es un sistema de libertad económica y equilibrio social.¹¹⁰

¹⁰⁹ Marcial Rubio Correa. op.cit. p. 201

¹¹⁰ Marcial Rubio Correa. "...podemos considerar que la economía social de mercado (...) puede ser caracterizada de la siguiente manera: a. le son esenciales la libre iniciativa privada y la libertad de competencia dentro de un mercado abierto, b. sus elementos de libertad deben ser complementados con los de justicia social, c. libre iniciativa, mercado, justicia social y seguridad social deben actuar equilibradamente entre sí de manera tal que, corrigiendo los problemas que se enfrente en la realidad busquen la participación de todos en las condiciones más equitativas posibles, tanto en la generación de la riqueza como en su distribución, d. al equilibrar los elementos de libertad con los de justicia y seguridad, el estado debe ser un promotor de la iniciativa de los menos favorecidos, antes que una entidad de beneficencia, e. la economía social de mercado admite la posibilidad (y en algunos casos inclusive la necesidad), de la planificación indicativa, de la participación del estado en la actividad económica y eventualmente de la reserva de ciertas actividades económicas para el sector público, f. también puede admitir la intervención excepcional del estado en la actividad empresarial para corregir problemas que no puedan solucionarse de otra manera, g. el interés general es un parámetro con el que hay que medir a la economía social de mercado, h. en todos estos aspectos, lo más importante es evitar los dogmatismos y establecer los correctivos más convenientes a cada momento. La economía social de mercado, por consiguiente, tiene una serie de componentes de política pública que es preciso tratar con cuidado, integral y equilibradamente. La economía social de mercado no es puro liberalismo ni manejo automático de la economía por la fuerzas del mercado, sin correcciones ni ajustes" op. cit. p. 211-212

Con relación al rol del estado en la economía social de mercado, Marcial Rubio nos indica que el estado puede intervenir en ella, respetando y estimulando la libre iniciativa privada y el derecho a la competencia.¹¹¹

La libre competencia, de acuerdo a lo señalado por Marcial Rubio, quien en este punto sigue a Hermann Josef Bunte, supone el ejercicio a su vez de dos libertades: la libertad de cualquier potencial comprador o vendedor de acceder al mercado y la capacidad de actuar libremente en el mercado.¹¹²

Con relación a la protección al consumidor, Kresalja señala que la libertad de decisión de los consumidores es el principio sobre el cual se fundamenta todo el sistema competitivo de una economía social de mercado.¹¹³

¹¹¹ Marcial Rubio Correa. "La economía de mercado requiere también equilibrio social, redistribución y promoción de los menos favorecidos para ponerse en condiciones de competencia con los demás. En todos estos aspectos la intervención del estado es esencial. Sin embargo, no debe ser una intervención sesgada, desordenada, o dirigida por intereses subalternos. Su norte debe ser buscar la existencia de las leyes de mercado, de la iniciativa particular, de la competencia y, dentro de ellas, efectuar las correcciones indispensables (...). El estado tiene un papel que cumplir en la economía social de mercado, regulando y estableciendo controles para equilibrar los diversos elementos que intervienen (...). Es el estado quien actúa como regulador, como encargado, como operador, como promotor directo o indirecto, como catalizador de procesos económicos". op. cit. p. 214, 217

¹¹² Marcial Rubio Correa. "La competencia es libre donde cualquiera puede competir con otros sujetos económicos para realizar negocios con sus contrapartes dentro de un mercado determinado. El concepto de libre competencia supone la libertad de acción y de decisión de todos los competidores dentro del proceso de cambio, donde la libertad de un competidor es relativizada por la libertad de los propios competidores y compañeros del mercado. La libre competencia asume un significado doble: de un lado cada uno debe tener la posibilidad de acceder a un mercado determinado (oferente o adquirente); el mercado debe ser abierto, en modo tal que cada potencial vendedor o adquirente tenga acceso y pueda incrementarse el número de aquellos que ya operan en el mercado. De otra parte, cada operador debe poder adoptar sus propias iniciativas y actuar libremente en el mercado (...) La libre competencia como derecho, no es el libre juego de competidores y punto. Más bien, es la competencia limitada por la ley, es decir, la jurídicamente aceptada". op. cit. p. 242-243

¹¹³ Baldo Kresalja. "...el principio más importante y evidente es el de garantizar la libertad de decisión de los consumidores, principio sobre el que en verdad se basa todo el sistema competitivo de economía de mercado. De esta forma toda actuación que impida o limite la decisión libre de los consumidores es, en principio, incompatible con el modelo que trata de proteger la regulación sobre competencia desleal; de lo que se sigue que aquellas conductas agresivas que tratan de imponer a los consumidores la realización de ciertas operaciones constituyen actos de competencia desleal". op. cit. p. 81

3.1.2 El Decreto Ley 26122 Ley de Represión de la Competencia Desleal. El Decreto Legislativo 691 Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor y su Reglamento Decreto Supremo 020-94-ITINCI

(a) Decreto Ley 26122 Ley de Represión de la Competencia Desleal. Diciembre de 1992.

La finalidad del Decreto Ley 26122 se encuentra recogida en su artículo 1º: “evitar, desalentar y sancionar los actos contrarios a la libre competencia en actividades económicas”. Kresalja precisa que la libre competencia es necesaria para lograr eficiencia económica y, además, está recogida constitucionalmente (artículo 61 de la constitución política peruana de 1993).¹¹⁴

El artículo segundo precisa que no es necesaria la existencia de una relación de competencia para la aplicación del decreto ley 26122, por cuanto la misma es aplicable a cualquier persona que realice actividades económicas. Lo relevante es la actuación en el mercado y la probable afectación a los consumidores.

El artículo tercero, como afirma Kresalja, al señalar que la ley se aplica a los actos de competencia desleal ocurridos en territorio nacional, se está refiriendo al mercado peruano.¹¹⁵

¹¹⁴Baldo Kresalja. “...la libre competencia es, dentro de una concepción liberal, necesaria para lograr eficiencia y distribución equitativa del ingreso, y es también, un valor incorporado constitucionalmente. Ello es, además, coherente con la extendida convicción de que las prácticas desleales, en lo económico, no contribuyan a que pueda desarrollarse a cabalidad esa libre competencia, razón por la que debe evitarse se produzcan, y adicionalmente desalentar a los agentes económicos a que las practiquen y las consideren usuales. Si no se logra ese objetivo, entonces será necesario sancionar a quienes cometen esos actos ilícitos (...) Ahora bien, siendo el fin fundamental de esta normativa proteger el funcionamiento correcto del sistema competitivo, evitando distorsiones por actuaciones incorrectas, resulta necesario proteger a todas las partes que intervienen en el mercado, sean empresarios o consumidores, siendo lo relevante para la aplicación de las normas esa participación en el mercado y no el hecho que los participantes puedan ser o no calificados como empresarios”. op. cit. p. 31

¹¹⁵Baldo Kresalja. “...el artículo 3º del decreto ley 26122 instituye que éste es de aplicación a los actos de competencia desleal que se realizan en el territorio nacional, esto es, en el mercado peruano. Creemos que el concepto de mercado, más económico que jurídico, debe interpretarse como el ámbito natural en que los bienes o servicios son ofrecidos, en el que se intercambian, y que las conductas o actos desleales son aquellos que lo afectan con una cierta relevancia en lo económico. No debe considerársela, por tanto, como algo estático y únicamente horizontal – relación entre competidores – sino como algo dinámico en el que son también relevantes las relaciones entre los agentes situados en estadios diferentes del proceso económico; en otras palabras, donde no es necesario que se produzca siempre, como veremos, una relación de competencia”. op. cit. p. 30

El artículo quinto, precisa Kresalja, al indicar que no es necesaria la acreditación de un daño efectivo o un comportamiento doloso, se está refiriendo a que basta con que el perjuicio sea potencial para calificar el acto como desleal.¹¹⁶

Como afirma Kresalja el Decreto Ley 26122 contiene dos cláusulas generales prohibitivas, una grande y una pequeña; la grande recogida en el artículo 6 y la pequeña en el artículo 7. No era necesaria tal distinción, pero se ha realizado por cuestiones didácticas para evitar que los jueces dejen de aplicar la norma. De alguna manera sirve para hacerle el trabajo más fluido al juzgador.¹¹⁷

La cláusula general prohibitiva es una suerte de marco normativo general en el cual se insertan las prácticas desleales coyunturales y temporales de cada sociedad. La cláusula general suele contener parámetros de evaluación de carácter - como su nombre lo indica - general. Así tenemos que en el caso del decreto ley 26122, la cláusula general del artículo 6 se basa en tres parámetros: la buena fe comercial, el normal desenvolvimiento de las actividades económicas y las normas de corrección que deben regir las actividades económicas.

¹¹⁶Baldo Kresalja. "...el artículo 5º del decreto ley 26122 expresa categóricamente que 'no se requerirá acreditar un daño efectivo o un comportamiento doloso' para calificar el acto como de competencia desleal, y que bastará que el perjuicio sea potencial e ilícito a los competidores, a los consumidores o al orden público, debiéndose entender este último, en nuestra opinión, como el orden público económico constitucionalizado (...) el fin que persigue la normativa es reprimir la conducta incorrecta, y para ello no es requisito la mala fe del autor ni que la conducta haya causado un perjuicio. Esto, sin embargo, no puede llevarnos a desconocer que la mayoría de los actos de competencia desleal se realizan con mala fe subjetiva, y que esa mala fe y la producción cierta de un perjuicio son jurídicamente relevantes, resultando incluso imprescindibles para el ejercicio de determinadas acciones, como por ejemplo para solicitar una indemnización por daños y perjuicios, pero no son requisitos para que un acto sea calificado como desleal, o para pedir su cesación". op. cit. p. 33

¹¹⁷Baldo Kresalja. "...en algunas legislaciones, después del enunciado de aquellas conductas o actos desleales más comunes y dañinos que es conveniente desterrar para lograr una competencia eficaz, es usual incluir una 'pequeña cláusula general', en virtud de la cual cualquier conducta o acto similar a los ya enunciados debe también considerarse como desleal (...) no cabe duda de que la pequeña cláusula general no es imprescindible, dado su carácter reiterativo de la fórmula omnicompreensiva de la cláusula general 'grande', en la cual el juzgador encontrará la base para sancionar un acto o conducta desleal que no se encuentre incluido dentro de los 'casos típicos' (...) la existencia de estas 'pequeñas cláusulas generales' puede entonces encontrarse en el propósito 'didáctico' del legislador: llamar la atención del juzgador en el sentido de que, además de los actos desleales concretos enunciados, existen otros que le son análogos o asimilables y que, en tanto sean contrarios a las normas de corrección mercantiles, deben ser castigados. Si bien jurídicamente innecesaria, tal opción legislativa responde quizás en nuestro medio a la renuencia de nuestros jueces de emitir fallos basados en opciones abiertas como las de las cláusulas generales, bajo las cuales están 'obligados a emitir opinión', a ser 'creativos', práctica contraria a la cómoda tarea de citar casi textualmente la norma que considera aplicable al caso concreto que les ha sido sometido (...) dicho lo anterior, debe señalarse que en lo que se refiere a su 'pequeña cláusula general' el decreto ley 26122 ha adoptado una posición singular. En efecto, la ubicación de ella no se ha hecho después de los casos típicos desleales enunciados - como es usual - sino al inicio de los mismos, a los que además genéricamente menciona. Preceptúa que todo acto que 'por su naturaleza o finalidad pueda considerarse análogo a aquellos que enunciativamente se señalan', tales como crear confusión, denigrar, aprovecharse de la reputación ajena, etc. se considera desleal. Las dos cláusulas generales del decreto ley 26122, la 'grande' del artículo 6 y la 'pequeña' del artículo 7 son base amplia y sólida en la que el juzgador encontrará fundamento para sus decisiones" op. cit. p. 62

Es bajo el influjo de estos criterios que, como indica Kresalja, se van a desarrollar los contenidos de las determinadas prácticas comerciales desleales.¹¹⁸

A partir del artículo 8 el decreto ley 26122 nos presenta un listado enunciativo de distintos actos de competencia, así tenemos que se consideran desleales los actos de confusión, los actos de engaño, los actos denigratorios, los actos falsamente comparativos, la explotación de la reputación ajena, la violación de secretos, la violación de normas, los actos discriminatorios, la copia o reproducción no autorizada. Todos estos actos tienen algo en común, en todos ellos se puede inducir a error a los consumidores sobre la verdadera apreciación de un bien y/o servicio determinado. Basta que exista un riesgo de confusión, una potencialidad de error para que se configure el supuesto de deslealtad. No es necesario que el daño comercial ocurra efectivamente.

Es necesario precisar que la lista mencionada en el párrafo anterior es de carácter meramente enunciativo, no es taxativo. Por ello, para que un acto sea considerado como desleal basta con que se inserte en lo establecido en la cláusula general prohibitiva, sea en la grande o en la pequeña.

La enumeración de casos se realiza sólo con fines didácticos, como una suerte de ejemplos, pero definitivamente pueden haber muchos otros casos que se den en la realidad y que no estén recogidos en la mencionada lista. Para estos casos

¹¹⁸Baldo Kresalja. "La cláusula general establece la prohibición en unos términos que permiten incluir supuestos no específicamente previstos, sea por su carácter extraño o marginal, o bien por la evolución de las prácticas comerciales que da lugar a la aparición de nuevos comportamientos incorrectos. De lo que se deduce su necesidad, pues evita que la normativa quede obsoleta debido al desarrollo de nuevas prácticas desleales (...) uno de los aspectos más significativos, al momento de evaluar una cláusula general, es conocer cuáles son los criterios que han sido seleccionados para determinar la deslealtad de una conducta o de un acto. En el artículo 6 de nuestra ley estos criterios son tres. A saber: a. la buena fe comercial, b. el normal desenvolvimiento de actividades económicas, y c. las normas de corrección que deben regir las mencionadas actividades (...) La buena fe comercial que se menciona en el artículo 6 hace referencia a un determinado modo de actuar en las relaciones de mercado, conectándose directamente con la libertad de competencia y el abuso de dicha libertad; no se refiere a los sujetos de una relación jurídica, sino a los agentes de la libertad de competencia en el uso de tal libertad, los que se deben adecuar al interés de la economía en general (u orden público económico, así como al interés de todos los que participan en el mercado (...)) En cuanto a los otros dos criterios, normal desenvolvimiento de actividades económicas y normas de corrección, es importante tener presente que el enjuiciamiento hay que hacerlo recurriendo al concepto de 'competencia practicable, operativa o efectiva', concebida como aquella en que las alteraciones de la oferta y la demanda se traducen en los precios, como aquella en que la producción y la venta no se limitan artificialmente, como aquella en que la libertad de elección no se ve obstaculizada; en fin como aquella en que la lucha concurrencial se desarrolle sobre las prestaciones más eficientes, por lo que la expulsión del mercado de algunos empresarios se produzca por la mayor eficiencia de las prestaciones de los competidores, leal y correctamente" op. cit. p. 35-36

tenemos a nuestra cláusula general prohibitiva. Al final de cuentas lo desleal es todo aquello contrario a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de las actividades económicas y, en general, a las normas de corrección mercantil.

(b) Decreto Legislativo 691 Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor Noviembre de 1991. Reglamento del Decreto Legislativo 691 Decreto Supremo 020-94-ITINCI Octubre de 1994.

La finalidad del Decreto Legislativo 691 es incentivar el acceso de los consumidores a una información idónea y veraz, que les facilite realizar acertadas elecciones de consumo de acuerdo a sus propios parámetros de necesidad y capacidad adquisitiva, dentro de una economía social de mercado, basada en la libre iniciativa privada y en una leal competencia. Al respecto Fernando Raventós precisa que:

“El objetivo o finalidad de las normas sobre publicidad es lograr una mejor transparencia en las relaciones económicas entre los proveedores y los consumidores que concurren al mercado, permitiendo que estos últimos puedan elegir con libertad y conocimiento los bienes y servicios que en su opinión mejor satisfagan sus necesidades o deseos”.¹¹⁹

Las normas del decreto legislativo 691 se aplican únicamente a la publicidad comercial de bienes y servicios, no siendo aplicables a la propaganda política, religiosa, ni en general a cualquier otro tipo de comunicación no comercial. En este sentido Raventós nos dice que:

“Con relación al ámbito de aplicación de la normativa queda claro que las normas se aplican únicamente a la publicidad comercial de bienes y servicios, por lo que no son aplicables a la propaganda política, religiosa o a cualquier otra comunicación similar”¹²⁰

Por publicidad comercial el Indecopi en el caso Productos Rema S.A. c./ Luz del Sur S.A. entiende cualquier forma de comunicación pública que tenga por

¹¹⁹ Fernando Raventós Marcos. Normas de la Publicidad. Teoría y Práctica. Lima Agosto 1993. p. 18

¹²⁰ Fernando Raventós Marcos. op. cit. p. 20

finalidad o como efecto fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando las preferencias de los consumidores. No constituye publicidad comercial la propaganda política ni la publicidad institucional.¹²¹

Siguiendo a Raventós, se puede afirmar que el decreto legislativo 691 recoge tres parámetros de interpretación de los anuncios publicitarios, a saber: la base ética de la normativa, la apreciación superficial de los anuncios y la indisoluble unidad del anuncio.¹²²

La normativa publicitaria peruana se basa en cuatro principios: el de legalidad, el de veracidad, el de autenticidad y el de leal competencia.¹²³

Como afirma Raventós, las técnicas publicitarias normadas por el decreto legislativo 691 son dos: la publicidad testimonial y la publicidad comparativa.¹²⁴

¹²¹Resolución N° 103-96-TDC. Expediente N° 089-96-CCD. Comisión de Represión de la Competencia Desleal de INDECOPI. 25 de diciembre de 1996

¹²²Fernando Raventós Marcos. "Se establecen tres criterios básicos para entender, evaluar y juzgar los anuncios desde la perspectiva de las normas. Estos criterios son: **a. base ética de la normativa**, las normas deben interpretarse y aplicarse de buena fe, en armonía con los principios de la ética o deontología publicitaria generalmente aceptadas; **b. apreciación superficial de los anuncios**, los consumidores quedan influenciados por la primera impresión que les causa el análisis superficial de los anuncios, por lo que para determinar la corrección de un anuncio no es exigible un examen minucioso del mismo, bastando la apreciación del impacto que causa a primera vista como consecuencia de la información más destacada; **c. indisoluble unidad del anuncio**, un anuncio no es el resultado de una suma de elementos aislados, sino un todo orgánico indisolublemente interrelacionado, por lo que debe ser apreciado como una unidad de fondo y forma". op. cit. p. 5

¹²³Fernando Raventós Marcos. "Son cuatro las normas fundamentales o principios sobre los que se estructura la normativa publicitaria. Estos son: **a. principio de legalidad**, conforme con este principio en los anuncios siempre se debe respetar el orden jurídico; **b. principio de veracidad**, este principio está formulado de manera negativa, prohibiendo la publicidad engañosa que contenga información que directa o indirectamente, por acción o por omisión, por ambigüedad o exageración pueda inducir a error al consumidor; **c. principio de autenticidad**, según este principio los anuncios deben ser reconocibles como tales, quedando por tanto prohibida la publicidad encubierta que enmascara los anuncios bajo una apariencia periodística; consecuencia obvia de este principio es la total prohibición de la publicidad subliminal; adicionalmente, la ley exige que la agencia de publicidad o el publicitario que haya realizado el anuncio se identifique en el mismo, colocando su nombre, su logotipo o cualquier otro signo de identificación; **d. principio de leal competencia**, este principio establece que todo anuncio debe respetar la libre y leal competencia económica, evitando actos desleales como la confusión o la denigración publicitaria". op. cit. p. 5

¹²⁴Fernando Raventós Marcos. "Son dos las técnicas publicitarias específicamente normadas: **a. la publicidad testimonial**, cuando una persona testifica, es decir, afirma algo de un producto como consecuencia directa de haberlo utilizado, se requiere que dicho testimonio sea auténtico y relacionado con la experiencia reciente del testigo; se requiere además, de una autorización expresa y escrita del testigo para difundir su testimonio, con fines publicitarios; **b. la publicidad comparativa**, comparar es fijar la atención en dos o más objetos para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias o semejanza, es lícito hacer comparaciones expresas de productos, la comparación no debe denigrar a los competidores ni confundir a los consumidores, la comparación debe ser específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados". op. cit. p. 6

Raventós nos señala, respecto a la responsabilidad que se origina por elaborar una determinada publicidad, que la misma alcanza a los anunciantes, a los medios de comunicación y a las agencias de publicidad. En todos los casos la responsabilidad es de tipo objetiva, es decir, no interesa la intencionalidad del agente, basta que se dé cualquier tipo de infracción para que se configure la responsabilidad.¹²⁵

3.1.3 EI INDECOPI: ¿ qué papel juega?.

A partir de 1990, en el Perú, se inicia un proceso de reformas económicas con el fin de darle cabida a un sistema de economía de mercado, entendiendo que dicho sistema conllevaría la consecución de un desarrollo veraz e integral de la sociedad peruana.

Hasta entonces en el Perú no se había podido implementar una cultura económica basada en la libre competencia, fundamentalmente por las políticas económicas adoptadas por los anteriores gobiernos, todas ellas alejadas de dicho enfoque económico.

Frente a esta situación, se necesita un ente regulador del mercado, que sin intervenir directamente, evite las distorsiones mercantiles, garantizando el normal desarrollo de las directrices generales de una auténtica y leal competencia.

Así, en noviembre de 1992 se crea en el Perú el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

¹²⁵Fernando Raventós Marcos. "Son tres los responsables de la publicidad: los anunciantes, los medios de comunicación y las agencias de publicidad o los publicitarios. No obstante, cada cual tiene una responsabilidad diferente. La responsabilidad es objetiva. Basta que se haya producido la infracción para que se genere la responsabilidad, al margen de la intencionalidad del agente. La responsabilidad por los anuncios comprende todos sus elementos. El hecho de que un anuncio sea obra, en todo o en parte, de uno o más terceros, no exime de responsabilidad al señalado por ley. Las responsabilidades, según la función de cada persona son las siguientes: a. el anunciante, siempre es responsable de su anuncio; b. el medio de comunicación social, sólo es responsable de cumplir el horario de difusión restringida de la publicidad del tabaco y de las bebidas de alto grado alcohólico; c. la agencia de publicidad o publicitario, que haya elaborado un anuncio, responde solidariamente con el anunciante cuando la infracción se encuentra en una manifestación publicitaria distinta de las características propias del producto anunciado". op. cit. p. 7-8

(INDECOPI), con la dación del decreto ley 25868, modificado luego en abril de 1996 por el decreto legislativo 807.

Nace el Indecopi como un árbitro de las reglas del mercado, por lo tanto, no es un participante más; los protagonistas directos de la escena económica son los productores de bienes y servicios y los consumidores, quienes guían con su actuar el funcionamiento del mercado. Son ellos los que marcan el ritmo, los que dan la pauta y los que deciden hacia donde se dirige el mercado. La función per sé del Indecopi es velar para que dicho derrotero sea llevado de una manera trasparente y leal.

Para llevar a cabo tal misión, el Indecopi si bien es un organismo dependiente del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales (MITINCI), goza de autonomía técnica, académica, presupuestal y administrativa. Su autonomía debe entenderse principalmente respecto de cualquier interés económico, político y/o particular. Sólo así sus determinaciones permitirán rectificar las fallas del mercado sin alterar el normal funcionamiento del sistema económico en su conjunto.

En este ámbito económico, es de capital importancia que el accionar del Indecopi denote signos de profesionalismo, independencia, transparencia y eficacia. Esto genera, en primer lugar, que los productores de bienes y servicios acaten las reglas del mercado con la confianza de que ante cualquier infracción el Indecopi sabrá actuar de manera eficaz y decidida. Acto seguido, lleva a los consumidores a creer en el sistema adoptado al ser conscientes que sus intereses y derechos están debidamente protegidos.

El corolario de esta percepción es la posibilidad de conseguir un mayor desarrollo económico en virtud, fundamentalmente, a una acrecentada dinámica en el accionar del mercado.¹²⁶

Como se afirma en el web site del Indecopi <http://www.indecopi.gob.pe>, la misión del Indecopi es ser el facilitador de la leal y honesta competencia en el Perú, y su visión es lograr juntos que la leal y honesta competencia contribuya a generar bienestar para todos. En pocas palabras el Indecopi no es otra cosa que el árbitro del mercado, al cual debe promover, impulsar y consolidar, garantizando un desarrollo económico leal y transparente.¹²⁷

¹²⁶Exposición de motivos al decreto legislativo 807. "En julio de 1990, el gobierno del Perú inició un proceso de reforma del estado y del aparato económico con el propósito de implementar un sistema de economía de mercado, por considerar que ello permitiría alcanzar un auténtico desarrollo. No obstante, no siempre los mercados funcionan libres de imperfecciones, lo que se agrava en economías en desarrollo y poco institucionalizadas como la peruana. Las deformaciones creadas por modelos o políticas de sustitución de importaciones del pasado, crearon productores y consumidores poco habituados a las reglas de la libre competencia. Frente a esta problemática, se requiere un árbitro que, sin intervenir ni distorsionar el mercado, garantice la salud del sistema económico, de manera que las reglas básicas de la competencia sean respetadas. En otras palabras, se busca corregir las denominadas 'fallas del mercado', que son aquellas situaciones derivadas de circunstancias que no permiten que los mercados funcionen sana u adecuadamente.

Es por ello que, como parte esencial de este proceso de reforma, en noviembre de 1992, se creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPÍ), con la dación del decreto ley 25868. En su concepción, el Indecopi es un observador que vigila que los mercados funcionen adecuadamente. No se considera a sí mismo como un protagonista del mercado. Por el contrario, considera a los productores y a los consumidores los verdaderos protagonistas de la economía. Son ellos los que deciden qué producir, cómo producir y a qué precios producir. El Indecopi se limita a garantizar que estas decisiones se den en una atmósfera sana y leal.

Para cumplir sus fines, el Indecopi fue concebido como un ente autónomo y técnico. Sus procedimientos de análisis y de resolución de casos se basan en visiones modernas y en estándares aceptados internacionalmente. Pero además, debe mantener una autonomía, tanto de los intereses políticos y económicos, como de los particulares. Sólo ello le permite que sus decisiones corrijan deficiencias en el mercado sin distorsionar ni afectar el buen funcionamiento del mismo.

En este contexto, es fundamental que los procedimientos y técnicas de investigación utilizadas generen confianza de transparencia, independencia, profesionalismo y eficacia. Ello conduce, por un lado a que los proveedores cumplan espontáneamente las reglas del mercado en el conocimiento de que el ente regulador actuará decidida y eficazmente al sancionar cualquier infracción. De otro lado, conduce a que los consumidores tengan confianza en el sistema al saber que sus derechos e intereses estarán adecuadamente garantizados. El resultado final es una mayor dinámica en el mercado y con ello una legitimación de las reformas, así como un mayor desarrollo económico". Diario El Peruano. Lima, jueves 18 de abril de 1996.

¹²⁷Web site del Indecopi. "El Indecopi es ese árbitro que el mercado requiere para funcionar leal y honestamente en el Perú. No decide quién juega mejor, ni qué jugador debe hacer los goles; garantiza que el juego sea leal y limpio. La decisión de quién juega mejor y quién mete los goles está en manos de los jugadores. Un buen árbitro cumple su rol cuando interviene lo menos posible. Una tarjeta amarilla pretende corregir conductas contrarias a las reglas preestablecidas para que el partido continúe. El buen árbitro permite que la creatividad y la habilidad afloren en el juego y así también, el Indecopi busca que la eficiencia y la imaginación afloren en el mercado por iniciativa de consumidores y empresarios.

El Indecopi reúne, bajo su competencia, aspectos muy diversos, aunque siempre unidos por el común denominador de la defensa del consumidor, la tutela del libre mercado y la protección de las creaciones intelectuales. La promoción de los derechos de los consumidores es un objetivo primordial en el actuar del Indecopi, ya que la aplicación estricta de las normas de libre competencia garantiza la posibilidad de elegir entre productos de calidad a precios competitivos determinados por la oferta y la demanda y no artificios. Y permite que su voz sea oída ampliando la democracia política hacia la necesidad de desarrollo económico.

Las funciones del Indecopi son:

- impulsar y difundir la libre competencia
- promover la participación adecuada de los agentes económicos en el mercado
- fomentar una competencia leal, justa y honesta entre los proveedores de bienes y servicios
- velar por el respeto de la libre competencia en el comercio internacional
- reducir los costos de acceso y salida del mercado
- aprobar las normas técnicas y metrológicas

Es importante precisar que los principales responsables del crecimiento económico de una sociedad son los consumidores, pero no cualquier consumidor, sino un consumidor debidamente informado, es decir, un consumidor de calidad.¹²⁸

Como se indica en la exposición de motivos del decreto legislativo 807, el Indecopi se basa, para su accionar, en cuatro principios, a saber: prestar servicios al público, crear incentivos para un mejor funcionamiento del mercado, privilegiar las acciones ex - post y procurar la búsqueda de calidad y eficiencia en el mercado.

-
- proteger todas las formas de propiedad intelectual: desde los signos distintivos, los derechos de autor y las patentes hasta los conocimientos que se generan en los nuevos campos como el de la biotecnología

De esta manera, el Indecopi cumple una función promotora en el desarrollo de los diferentes mercados en el Perú. La creación de un entorno competitivo busca el fortalecimiento de las actuales empresas y la creación de otras nuevas cuyos elementos rectores sean, principalmente, la eficiencia, la productividad y la competitividad. En ese sentido, una de las labores fundamentales del Indecopi consiste en institucionalizar en todos los niveles de la sociedad peruana una auténtica cultura de mercado. Para ello, existe un compromiso de difusión y educación de las reglas básicas del sistema de libre mercado y de los principios que ayudan a impulsarlo y consolidarlo.

Para cumplir sus fines, el Indecopi - en tanto árbitro del mercado - fue concebido como un ente autónomo y técnico. Sus procedimientos de análisis y de resolución de casos se basan en visiones modernas y en estándares aceptados internacionalmente. Pero además, debe mantener una autonomía respecto a intereses políticos, económicos y particulares. Sólo ello permite que sus decisiones corrijan deficiencias en el mercado sin distorsionar ni afectar su buen funcionamiento (...) La labor del Indecopi se dirige antes que a funcionar, a procurar - por medio de incentivos correctos - corregir algunas fallas del mercado cuando existe la convicción de que éste no puede solucionar el problema por sí solo. Estos incentivos deben manifestarse de la forma menos intervencionista posible, evitando que una intervención exagerada pueda desmotivar la inversión o perjudicar a los consumidores" Lunes 01 de febrero del 2000. URL: <http://www.indecopi.gob.pe>

¹²⁸Boletín Institucional del Indecopi. "Siempre se ha creído que los responsables del crecimiento económico de un país son únicamente las empresas y el estado. Las empresas, por su esfuerzo por producir más y el estado por ser el responsable del manejo de la política económica. Sin embargo, en ese enfoque, se deja de lado que el principal responsable del crecimiento somos los consumidores. Lo que un país produce es lo que los consumidores exigen en términos de cantidad y de calidad (...) Sin consumidores exigentes, sin ciudadanos informados, no habrían incentivos para competir. Con consumidores exigentes se generan empresas competitivas. En el Indecopi también creemos que los consumidores somos la causa de la competencia entre las empresas, somos los que tomamos el examen de competitividad a los empresarios de nuestro país. No hay país en el mundo que haya generado un grado de desarrollo sin consumidores exigentes. Sin consumidores de calidad no hay desarrollo. La apertura, la globalización y la desregulación han forzado a que las empresas tengan que competir, pero en realidad también ha exigido un cambio en los consumidores, cambios dramáticos. Lo importante de este cambio no sólo es que se ha permitido a las empresas poder competir y acceder a mercados más grandes, sino que ha reforzado la capacidad de elegir de los ciudadanos. Así, se ha privatizado la capacidad de elegir en el Perú, porque antes el que elegía era un burócrata, un funcionario público; ahora, el que decide es el ciudadano consumidor. Hoy los consumidores somos los protagonistas del sistema económico. Pero para que ello sea efectivo, se requiere que seamos consumidores exigentes, es decir, que nos informemos y hagamos valer nuestros derechos; y que exista el marco legal e institucional que promueva la competencia (...) Si bien es necesario que nuestras empresas nos brinden información, que se preocupen por facilitarnos su acceso y que promuevan la difusión de la información, sin embargo, siempre lo más importante será que nosotros exijamos información, que comparemos y que hagamos valer nuestros derechos. En Indecopi creemos que la mejor protección del consumidor es cuando apostamos por la capacidad de los ciudadanos de estar informados. El rol del estado es precisamente garantizar nuestro derecho de elegir de manera informada, que no sea un burócrata el que decida por nosotros, que nosotros escojamos. Hay una clara voluntad, una política en el Perú, de crear un sistema económico que se preocupe por el consumidor. Es una apuesta que ha hecho el gobierno por crear ciudadanía económica en la mayoría de los ciudadanos. Por eso es importante que haya publicidad y que sea creíble; por eso es importante que haya libre competencia, que sea leal y honesta, por eso es importante la simplificación administrativa; por eso es importante 'comprarnos el pleito' del consumidor y el Indecopi lo seguirá haciendo". Lima Marzo 1999.

El prestar servicios al público implica informar a productores y consumidores sobre las herramientas propias del mercado, registrar los derechos de propiedad intelectual, acreditar y certificar a organismos autorizados, solucionar conflictos, fomentando la mediación, la conciliación y el arbitraje.

El crear incentivos pasa por corregir las fallas del mercado pero de manera subsidiaria, es decir, evitando demasiado intervencionismo por el bien del consumidor.

El control ex-post significa que en los casos que el Indecopi interviene de una manera subsidiaria lo hace sin condicionar la entrada de productos y servicios al mercado, sólo verifica que luego de dicha entrada se cumplan las reglas de una libre y leal competencia.

Por último, la búsqueda de calidad y eficiencia en el mercado se refiere a aquella calidad y eficiencia que el consumidor puede esperar a un precio dado. El normal y leal funcionamiento del mercado se lleva a cabo, fundamentalmente, a través de la emisión de una información veraz y adecuada, lo cual, al final de cuentas, se constituye en la principal garantía de poder alcanzar los niveles de calidad y eficiencia que la sociedad en su conjunto pretende, o en todo caso, merece.¹²⁹

¹²⁹Exposición de motivos del decreto legislativo 807. "Los principios que rigen el accionar del Indecopi son: a. la función del Indecopi es prestar servicios al público; b. el Indecopi debe crear incentivos para un mejor funcionamiento del mercado; c. el Indecopi privilegia las acciones ex-post; d. el Indecopi procura la búsqueda de calidad y eficiencia en el mercado.

a. la función del Indecopi es prestar servicios al público

* **información.** se busca que el consumidor y el empresario tengan acceso a información sobre patentes y tecnología, trámites legales, normas técnicas, etc.

* **registro.** a través de las distintas oficinas encargadas de los diversos registros, en especial de propiedad intelectual, se persigue un acceso sencillo, con trámites simples y rápidos.

* **acreditación y certificación.** se brinda el servicio de acreditación de los laboratorios y organismos autorizados para realizar pruebas de ensayo y expedir certificaciones con valor oficial, brindando seguridad a los particulares.

* **solución de conflictos.** se promueve un mayor autocumplimiento de las normas mediante un actuar claro, transparente y predecible de los órganos de resolución. se fomentan mecanismos como la mediación, la conciliación y el arbitraje, que lleven a las partes a las mejores soluciones para sus intereses.

* **servicios metrológicos.** se brinda asistencia y servicios de calibración industrial a fin de conseguir empresas competitivas y eficientes.

b. el Indecopi debe crear incentivos para un mejor funcionamiento del mercado.

en una economía de libre mercado, el estado no puede decidir qué, para quién, ni cómo producir. son los agentes económicos quienes determinan, en base a sus propias decisiones económicas, cómo deben asignarse los recursos existentes. la labor del estado resulta, en consecuencia, de carácter subsidiario y se encuentra dirigida básicamente a evitar que se produzcan situaciones que atender contra la propia dinámica del mercado. en este contexto, la labor del

Se puede advertir, como afirma George Priest, que el Indecopi es el agente regulador del mercado, asumiendo dos facetas interconectadas entre sí. Por un lado el Indecopi desempeña un rol esencialmente económico de apertura de mercados dirigido a los productores y consumidores en su totalidad. Junto a esta labor, el Indecopi desarrolla un rol educativo muy importante, al darle las pautas necesarias a los consumidores y productores acerca de las distintas funciones de un mercado viable y operativo.¹³⁰

Indecopi se dirige, antes que a sancionar, a procurar – por medio de incentivos correctos – corregir algunas fallas del mercado sólo cuando existe la convicción de que éste no puede solucionar el problema por sí solo. estos incentivos deben manifestarse de la forma menos intervencionista posible, evitando que una intervención exagerada desmotive inversión o perjudique a los consumidores (...) el Indecopi ha buscado desde su creación, que cualquier acción sea lo menos costosa posible, descartándose acciones de resultados inciertos o poco claros, y prefiriendo aquellas que conduzcan a que sean las propias empresas y consumidores los que autorenulen el mercado (...)

c. el Indecopi privilegia las acciones ex-post

durante años, el estado privilegió en el Perú el uso de acciones de control ex-ante; esto es, acciones que afectaban precisamente la entrada de productos y servicios al mercado con la supuesta finalidad de mejorar el bienestar de los consumidores. a esta categoría correspondían los controles de precios, las normas y regulaciones técnicas obligatorias, las licencias, registros y autorizaciones y pasos previos de producción, etc. (...)

hoy el estado moderno asume otra actitud. en principio deja que sean los consumidores y las empresas los que decidan qué es mejor para ellos, asumiendo un rol subsidiario, dirigido sólo a corregir las fallas que pueda el sistema de mercado, sin distorsionarlo ni sustituirlo.

Pero además, en los casos en que debe intervenir, utiliza un control ex-post; es decir, no condiciona la entrada de productos y servicios al mercado. sólo controla, luego de dicha entrada, que se cumpla con las reglas básicas del mercado y de la libre competencia (...)

la acción ex-post requiere de determinadas condiciones. en especial, el órgano encargado de tomar las acciones debe contar con capacidad de corregir las distorsiones creadas por medio de facultades suficientes y sanciones adecuadas. en esta línea de pensamiento, si de un lado no se requiere aprobación previa para lanzar una publicidad en los medios, es necesario que paralelamente el órgano encargado de su fiscalización sea dotado de capacidad para ordenar la cesación de la publicidad infractora de las reglas, sancionar la infracción de manera real (con multas suficientes para desincentivar la conducta dañina del mercado) y corregir los efectos causados (mediante, por ejemplo, una adecuada publicidad rectificatoria)

las ventajas de la acción ex-post son varias:

- * es efectiva, en tanto se cuente con las herramientas legales para tomar acciones correctivas efectivas,
- * alivia los sobrecostos que significa para las empresas superar los controles de precios y obtener las autorizaciones necesarias, lo que desemboca en productos más baratos y en una actividad económica más eficiente,
- * reduce los riesgos de corrupción de funcionarios, al privarlos del poder de bloquear el acceso al mercado
- * es más económica para el estado, al ser selectiva requiere de menos funcionarios e infraestructura. en pocas palabras, la acción ex-post se condice mejor con los objetivos de lograr un mercado eficiente que genere un mayor bienestar en los consumidores

d. el Indecopi procura la búsqueda de calidad y eficiencia en el mercado

la acción del Indecopi, en sus distintos campos, se dirige a poner al alcance del consumidor la calidad adecuada. el estándar para medir la 'calidad' así entendida, no es único, sino uno subjetivo y variable, según las necesidades de cada consumidor (...) el consumidor siempre busca la mejor combinación posible de calidad / precio, pero no es posible obtener la mejor calidad al menor precio. lo que se busca es que el mercado produzca aquellas combinaciones de calidad y precio que mejor satisfagan los diversos intereses y preferencias de la población. si el estado exigiera una calidad única predeterminada a los productores, esto implicaría que los mismos incurrieran en los sobrecostos de alcanzar la calidad exigida. ello podría mejorar los bienes y servicios en el mercado, pero al costo de elevar su precio, lo que los haría inaccesibles para grandes segmentos de la población. en un país con bajos niveles de ingreso hay que ser muy cuidadosos con las exigencias que se plantean a los bienes y servicios, pues una regulación inadecuada perjudica al consumidor por la vía de menos opciones a precios mejores (...) la calidad es aquella que los consumidores pueden esperar a un precio dado. el correcto y transparente funcionamiento del mercado, por ejemplo, a través de información adecuada, es la única garantía de que se produzcan los niveles de calidad (y precio) que respondan a las necesidades y preferencias de nuestra población". op. cit.

¹³⁰ George Priest. "El Indecopi actúa como agente regulador del mercado. Este es el rol de la institución dentro de la política del actual gobierno dirigida a reinsertar al Perú en el ámbito económico mundial. Una organización como el Indecopi puede hacer dos cosas. Primero, puede adoptar y promover políticas que abran los mercados a todos los consumidores peruanos, especialmente a los pobres, con el fin de permitirles tomar ventaja de las oportunidades que el mercado genera. En segundo lugar, una organización como ésta puede educar a los ciudadanos peruanos sobre las funciones de un mercado operativo y cómo el mercado aumenta y viabiliza las oportunidades para que los individuos vivan una vida más rica de otro modo (...)

Cabe precisar que dentro de las distintas comisiones que integran el organigrama funcional del Indecopi, es la comisión de represión de la competencia desleal ccdrmag@indecopi.gob.pe la encargada de supervisar el cumplimiento de las normas de publicidad aprobadas por el decreto legislativo 691 y su reglamento el decreto supremo 020-94-ITINCI.

También se ocupa de velar por el cumplimiento de las normas que reprimen la competencia desleal, recogidas en el decreto ley 26122 y el decreto legislativo 807.¹³¹

3.1.4 Casos Peruanos sobre Publicidad en Internet

Hasta la fecha de impresión del presente trabajo (agosto del 2000) son cuatro los casos vistos por el Indecopi con relación al tema de la publicidad comercial en Internet. Se trata de tres expedientes y una investigación de oficio. Sólo en dos de los expedientes el tribunal de defensa de la competencia y de la propiedad intelectual emitió resolución, en el tercer expediente se concluyó con una transacción extrajudicial, y en el caso de la investigación de oficio se concluyó con una conciliación.

En este sentido pasamos a detallar cada uno de los casos antes descritos.

Es importante que los pobres, especialmente aquellos que no están educados, no sean engañados, que se los provea de productos que sean descritos honestamente y que entiendan qué calidad pueden tener (...)

Los negocios son como un caballo o una mula. Uno no se preocupa acerca de lo que están pensando, sólo los dirige por el camino que uno quiere que vayan. Quiero decir que uno no los convence de escalar la colina, uno los dirige y los golpea si no lo hacen.

A largo plazo las actividades educativas del Indecopi van a ser muy importantes. Pero no creo que promover la cultura del mercado sólo pueda hacerse a través de la educación, las sanciones para quienes desobedecen las reglas del mercado son importantes". "Educando al mercado. Reflexiones en torno al Indecopi y la protección al consumidor". *En*: Revista Ius et Veritas N° 15 Lima 1998 p. 87-90

¹³¹Web site del Indecopi. "La comisión de represión de la competencia desleal es la encargada de supervisar el cumplimiento de las normas de publicidad aprobadas por los decretos legislativos 691 y 807, y por el decreto supremo 020-94-ITINCI. Asimismo de velar por el cumplimiento de las normas que reprimen la competencia desleal, aprobadas por el decreto ley 26122 y el decreto legislativo 807. Su función es prevenir y sancionar la publicidad comercial ilícita, así como evaluar aquellas conductas contrarias a la buena fe comercial y al normal desenvolvimiento de las actividades económicas que perjudiquen a los consumidores, a los competidores o al orden público

La comisión de represión de la competencia desleal ordena a los agentes económicos el cese de actos que constituyan confusión, engaño, induzcan a error al consumidor, denigren o desacrediten la actividad, productos, o prestaciones del competidor en el mercado. Asimismo, sanciona a los agentes económicos responsables de anuncios que constituyan casos de publicidad engañosa o denigratoria y ordena el cese preventivo de la publicidad comercial considerada ilegal. Finalmente, se encuentra facultada para ordenar la publicación de avisos rectificatorios en el campo de la publicidad comercial" op. cit.

3.1.4.1 Expediente N° 108-96-CCD-INDECOPI
Red Científica Peruana c./ Telefónica del Perú
Caso Servicio Unired de Internet
Concluyó con la Resolución N° 290-97-TDC-INDECOPI

a. Descripción del caso

Con fecha 06 de agosto de 1996 la Red Científica Peruana – en adelante RCP – interpuso denuncia de competencia desleal e infracción de normas publicitarias ante la comisión de represión de la competencia desleal del Indecopi, por supuesta utilización indebida de imagen y difusión de indicaciones falsas e incorrectas respecto del servicio Unired, contra Telefónica del Perú S.A. – en adelante Telefónica -. Afirmaba la RCP que Telefónica utilizó un tríptico publicitario donde indicaba que el servicio Unired era la red de Internet, lo cual según la RCP era falso.

b. Argumentos de la denunciante RCP

1. Es falso que el servicio Unired sea la red de Internet. Unired no es la única red de Internet en el Perú. Existen otras entidades – como la RCP – que también permiten el acceso a Internet. El consumidor se puede confundir si no se especifica este punto en concreto.
2. Unired no es Internet. Esta afirmación puede confundir al consumidor.
3. El consumidor al observar el tríptico publicitario quedará erróneamente influenciado, en el sentido que el servicio prestado por Telefónica denominado Unired es el que presta la RCP y por tanto es lo mismo uno y otro (enorme problema de identidad generado por Telefónica), hecho que es falso, máxime cuando Telefónica, respecto a su servicio Unired y a la RCP son competidoras entre sí.



4. Telefónica utiliza la fotografía del lugar donde se encuentra ubicada la sede de la RCP para publicitar su servicio Unired, lo cual puede inducir a error al consumidor, quien podría asumir que la RCP tiene algún tipo de relación con tal servicio, lo cual es falso.

5. Unired no es el backbone (principal tramo de conexión a la red) de Internet en el Perú.

c. Argumentos de la denunciada Telefónica.

1. Telefónica es la única facultada a brindar servicios portadores de larga distancia nacional e internacional..

2. RCP no tiene autorización para prestar servicios portadores; sólo puede brindar servicios de valor añadido.

3. Unired es un servicio portador. Un servicio portador es aquel servicio de telecomunicaciones que proporciona la capacidad necesaria para el transporte de señales que permite la prestación de servicios finales, de difusión y de valor añadido.

Se considera servicios de valor añadido a aquellos servicios que utilizan como soporte técnico un servicio portador para añadir alguna característica a dicho servicio que le sirve de base.

4. El prestador de servicios de valor añadido se vale de redes de terceros para prestar sus servicios; tal es el caso de la RCP que para brindar sus servicios utiliza circuitos alquilados a Telefónica.

5. El servicio portador está sujeto a supervisión y regulación de tarifas por parte de OSIPTEL, en tanto que las tarifas de los servicios de valor añadido son fijadas libremente por las entidades prestadoras de dichos servicios.

6. El servicio UNIRED es un servicio portador, lo cual está confirmado por la decisión de OSIPTEL de fijar las tarifas de tal servicio. Si se tratara de un servicio de valor añadido OSIPTEL no podría fijar sus tarifas.

7. La RCP nace como una institución sin fines de lucro - no es una sociedad anónima -. Sin embargo, en la práctica dicha finalidad ha sido desvirtuada. La RCP no sólo ha transgredido los límites que le señala su estatuto social al dedicarse a la realización de actividades lucrativas, sino que ilegal y temerariamente está ofreciendo servicios de telecomunicación no autorizados.

8. Respecto del tríptico publicitario, el uso de la imagen de la fachada del centro cultural Ricardo Palma identifica a dicha institución con las actividades culturales que ahí se realizan, no siendo cierto como pretende sugerir la RCP que los consumidores identifiquen tal local con los servicios de valor añadido de acceso a Internet que la RCP brinda.

9. No existe la posibilidad que Telefónica cometa un daño concurrencial ilícito a la RCP, toda vez que Telefónica y la RCP no son competidoras. La RCP brinda servicios de valor añadido, en tanto que Unired es un servicio portador.

10. El uso de la frase "Unired es Internet" es un uso publicitario permitido por la ley. Sólo es sancionable el engaño relevante, vale decir, aquel que de producirse, ocasione una interpretación errónea en el consumidor induciéndolo a realizar una desacertada opción de compra. Con esta precisión, la doctrina deja lugar a la exageración y al superlativo publicitario, elementos ambos persuasivos, pero que en definitiva no inclinan la decisión de compra de los consumidores. El usuario de este servicio sabe que Internet es una red de computadoras, y discrimina al servicio Unired, al que asume, precisamente, como la vía de acceso a dicha red.

11. El uso de la frase "Unired es la red de Internet en el Perú" contiene un uso publicitario permitido por la ley, lo cual consiste en la utilización de una

herramienta de persuasión válida e indispensable en materia publicitaria. En una sociedad de mercado intensamente bombardeada por mensajes publicitarios, los profesionales de esta disciplina tienen que recurrir a la creación de frases persuasivas que llevan a entablar una adecuada línea comunicacional con el consumidor.

Telefónica no pretende subestimar al consumidor con esta licencia publicitaria, dado que de admitir esta posibilidad, el Indecopi debería prohibir la mayoría de anuncios publicitarios que se transmiten en la actualidad.

La única red autorizada a operar en el ámbito nacional en el Perú es la de Telefónica, de acuerdo a los contratos de concesión suscritos con el estado peruano, de forma tal que si existe una red de Internet en el Perú, ésta es de Telefónica.

d. Argumentos de la comisión de represión de la competencia desleal del Indecopi

Con fecha 17 de junio de 1997 la Comisión de represión de la competencia desleal del Indecopi emitió la Resolución N° 033-97-CCD-INDECOPI donde se resolvía el conflicto entre la RCP y Telefónica.

La comisión declaró fundada en parte la denuncia presentada por la RCP contra Telefónica. Sancionó a Telefónica con una multa de 30 UIT. Ordenó a Telefónica el cese definitivo de la difusión de anuncios que contengan frases o imágenes orientadas a aparentar que todos los demás servicios de transmisión de datos vía Internet que concurren en el mercado se encuentran subordinados a Telefónica.

La comisión basó su decisión en los siguientes argumentos:

1. Los trípticos materia de denuncia inducen a error a los consumidores respecto de las características del servicio denominado Unired. La difusión de afirmaciones tales como "Unired es la red de Internet en el Perú" y "Es el backbone de Internet

en el Perú, por ello utiliza los protocolos TCP/IP y el software o herramientas desarrolladas para Internet", se orientan a aparentar que Telefónica es la única empresa que provee los servicios de acceso a Internet para usuarios institucionales, colocando como subordinados a las entidades que compiten con Telefónica en la prestación de dichos servicios. Unired no es el único medio de acceder a Internet, ya que la RCP brinda un servicio de características equivalentes a éste último, desde la perspectiva del consumidor.

2. Unired no es el único medio de brindar acceso a Internet, ya que los usuarios telefónicos podrían contratar a un proveedor alternativo de acceso a servicios nacionales o internacionales de Internet que no esté necesariamente asociado a Infovía ni a Unired.

3. Desde la perspectiva del consumidor, los servicios que prestan la RCP y Telefónica son equivalentes.

4. Los protocolos TCP/IP y el software o herramientas desarrolladas para Internet son empleados indistintamente por cualquier empresa que brinde servicios de acceso a Internet.

5. Se considera que Telefónica no ha respetado el principio de libre y leal competencia en la medida que las expresiones materia de denuncia ponen en riesgo la posibilidad de competencia en igualdad de condiciones dentro del mercado de transmisión de datos.

6. Telefónica mostraba en sus anuncios la imagen del centro cultural Ricardo Palma, lugar donde tiene ubicada su sede la RCP. Dicha imagen, a su vez, es asociada por los consumidores de los servicios de acceso a Internet con las actividades de la institución denunciante. Este hecho, en el marco de una campaña publicitaria que pretendía dar a entender que las demás entidades que brindan acceso a Internet se encuentran subordinadas a Telefónica, resulta

susceptible de generar confusión entre los consumidores, quienes serán inducidos a pensar que la RCP es una de las empresas subordinadas a Telefónica, cuando en la práctica resulta ser un competidor de dicha empresa.

Por tanto, existe riesgo de confusión en cuanto a la procedencia empresarial de los servicios de acceso a Internet para usuarios institucionales.

Con fecha 25 de junio de 1997 Telefónica apeló la Resolución N° 033-97-CCD-INDECOPI

e. Argumentos de la Sala de defensa de la competencia del tribunal de defensa de la competencia del Indecopi

Con fecha 05 de diciembre de 1997 la Sala de defensa de la competencia del tribunal de defensa de la competencia del Indecopi emitió la Resolución N° 290-97-CCD-INDECOPI donde **confirma en parte** la Resolución N° 033-97-CCD-INDECOPI, por la cual la comisión de represión de la competencia desleal declaró fundada en parte la denuncia interpuesta por la RCP contra Telefónica, reformándola en el extremo referido a la sanción impuesta, modificándola de 30 UIT a 5 UIT en atención a los efectos y alcances de la publicidad infractora; se confirma el extremo que convierte en definitiva la medida cautelar, ordenándose a Telefónica el cese definitivo de la difusión de anuncios en que se utilicen imágenes o frases orientadas a aparentar que el servicio Unired es el único servicio de acceso a Internet o que, en todo caso, los demás proveedores de acceso a Internet requieren de él para prestar sus servicios.

La Sala basó su decisión en los siguientes argumentos:

1. De un examen superficial de las afirmaciones vertidas en el tríptico que promociona el servicio Unired, un consumidor razonable - concepto dentro del cual estarían incluidas las empresas e instituciones a las que principalmente iba dirigido el anuncio - interpretaría que el servicio Unired es la única vía por la cual

se podría tener acceso a Internet. Un consumidor razonable percibiría que el servicio Unired es el único que cuenta con la tecnología necesaria que le permitiría conectarse a Internet, lo cual no es cierto, ya que el servicio Unired no es el único que puede permitir el acceso a Internet, y que, en todo caso, constituye un servicio alternativo al que brinda la RCP.

2. Frases como "Unired...la extensión de Internet en el Perú", "Unired es la red de Internet en el Perú", o "Unired es Internet" contienen un mensaje de exclusión de otras alternativas para acceder a Internet, sobre todo si son analizados en conjunto.

3. La afirmación hecha por Telefónica en el sentido que la mayoría de los consumidores no hace una asociación entre la fachada del edificio del centro cultural Ricardo Palma y la RCP no es pertinente para resolver el problema planteado. El sistema publicitario peruano no exige que el aviso sea engañoso para la mayoría de los consumidores, basta con que sea engañoso para un consumidor razonable. Así, es evidente que la asociación entre la fachada del centro cultural Ricardo Palma y la RCP sólo podría ser hecha por quienes conocen la fachada y saben que en dicho local se encuentra la sede social de la RCP. Un consumidor razonable que tiene esa información, evidentemente hará una asociación inmediata y considerará que existe una vinculación entre la RCP y Unired, o al menos, entre el servicio de acceso a Internet proporcionado por la RCP y el servicio Unired de Telefónica.

Como puede apreciarse, dicha asociación sólo es posible para quienes conocen la fachada del edificio en el que se encuentra la sede de la RCP, los que a su vez, si bien no constituyen la mayoría de usuarios de estos servicios, sin embargo, no por ello la publicidad a la que se ven expuestos deja de ser engañosa, pues el carácter engañoso de un anuncio publicitario no es un tema de orden cuantitativo, sino cualitativo.

En este orden de ideas, siendo que el servicio Unired no es el único mediante el cual un consumidor podría tener acceso a Internet, las afirmaciones contenidas en

el tríptico publicitario de Telefónica y la utilización por parte de Telefónica de la fachada del local en el que funciona la RCP son susceptibles de inducir a error a los consumidores, respecto de las características de dicho servicio y constituyen prácticas publicitarias desleales en perjuicio de la RCP.

Con fecha 29 de enero de 1998, la comisión de represión de la competencia desleal del Indecopi tuvo por cumplido el mandato contenido en la Resolución N° 290-97-CCD-INDECOPI y ordenó el archivamiento del expediente.

f. Análisis y comentario del caso

Si bien es cierto el tríptico publicitario materia del presente caso nunca fue expuesto en Internet, nos pareció pertinente conocer del mismo por cuanto se tocan temas relacionados con la red. Además, de haberse dado la hipótesis de la exposición del tríptico publicitario en Internet, el Indecopi se hubiese manifestado en el mismo sentido, por cuanto el conflicto surgió entre la RCP y Telefónica, ambas personas jurídicas domiciliadas en el Perú

Es opinión nuestra que Telefónica sí cometió prácticas publicitarias desleales en perjuicio de la RCP. Compartimos los argumentos esgrimidos por el Tribunal de defensa de la competencia del Indecopi en su resolución, toda vez que, de los datos del expediente se puede advertir que el tríptico publicitario contenía afirmaciones falsas - o por lo menos ambiguas - que conllevaban una probable confusión en el usuario.

En este sentido, el consumidor podía asumir que el servicio Unired era el único viable para conectarse a Internet, y que en caso existieran otros servicios, éstos se encontrarían subordinados a Unired, incluso el proporcionado por la RCP. Lo cual, evidentemente, escapa a la verdad.

**3.1.4.2 Expediente N° 132-97-CCD-INDECOPI
El Comercio S.A. c./ Kike Giles
Caso Fútbol Peruano en Tiempo Real. Concurso Súper D.T.
Concluyó en Transacción Extrajudicial**

a. Descripción del caso

Con fecha 12 de setiembre de 1997 El Comercio S.A. interpuso ante la Oficina de derechos de autor del Indecopi una denuncia por supuesto plagio, reproducción, difusión y utilización ilícitas de las bases, estructura y texto escrito del concurso "El súper DT", contra el señor Kike Giles.

Posteriormente, con fecha 17 de setiembre de 1997 la oficina de derechos de autor del Indecopi se inhibió de conocer el caso remitiéndole el mismo a la comisión de represión de la competencia desleal.

Que, siendo que El Comercio S.A. no es titular de derechos sobre el concurso, sino que ha celebrado un contrato de licencia de exclusiva con el titular, DLSN Limited.

Que, el decreto legislativo 822, ley de derechos de autor señala que tienen capacidad para denunciar sólo los titulares de los derechos reconocidos en dicha ley o sus representantes, salvo dos excepciones, también pueden denunciar el cesionario o licenciatarario de obras audiovisuales y el editor.

En el presente caso se trata de un licenciatarario de una obra gráfica, no estando prevista tal excepción en la ley de derechos de autor, por lo que como señala la ley, es competente para conocer las denuncias por infracción a la legislación de derechos de autor en los casos en que el denunciante no sea el titular de los derechos, la comisión de represión de la competencia desleal. Es por este motivo que el expediente termina siendo remitido a tal comisión.

b. Argumentos de la denunciante. El Comercio S.A.

1. El Comercio S.A. realizó con DLSN Limited un contrato de licencia de exclusiva mediante el cual la empresa DLSN Limited, autora del juego de entretenimiento "El Súper DT", cede y autoriza a El Comercio la difusión y explotación intelectual y patrimonial del citado concurso, por el período de un año, del 19 de febrero de 1997 al 18 de febrero de 1998.

2. El Comercio tomó conocimiento de la realización de un concurso a través de Internet, denominado "Fútbol virtual", que plagia de manera servil, indebida e ilegal el concurso "El Súper DT", violando los derechos que como licenciarios del mismo les corresponde. El juego "Fútbol peruano en tiempo real", copia ilegal de "El Súper DT", se encontraba alojado en el web site <http://www.futbolperuano.com/menu.html>

c. Argumentos del denunciado. Kike Giles

1. La ley de represión de la competencia desleal señala que sus normas se aplican a todas las personas naturales o jurídicas que realicen actividades económicas. En el caso del web site "Fútbol peruano en tiempo real", el juego "Fútbol virtual" no se ha utilizado con fines lucrativos, ni en el desempeño de una actividad económica. Así, el juego "Fútbol virtual" no origina ninguna competencia económica con la actividad de El Comercio.

2. Hemos adquirido los derechos para la utilización del juego "Fútbol virtual". Al respecto, cabe señalar que el autor de la obra "Fútbol virtual" es el señor Guillermo Roncoroni, quien otorgó la licencia de uso del juego a nuestro favor, para poder utilizarlo en el web site "Fútbol peruano en tiempo real".

3. No se sanciona el daño concurrencial, sino la forma indebida de causarlo. Al respecto, considerando que contamos con la autorización para utilizar el juego

"Fútbol virtual" y que no ejercemos actividades económicas ni lucrativas, no hemos infringido los deberes de corrección mínimos en el desenvolvimiento de nuestras actividades. Por lo tanto, no se ha configurado acto de competencia desleal alguno.

d. Transacción Extrajudicial

Con fecha 04 de febrero de 1998, El Comercio S.A. y el señor Kike Giles llevaron a cabo una transacción extrajudicial en los siguientes términos:

1. El Comercio S.A. reconoce que el señor Kike Giles contaba con un documento privado otorgado por el señor Guillermo Roncoroni de nacionalidad argentina, conforme al cual éste lo autorizaba a la utilización del juego "Fútbol virtual" en el web site "Fútbol peruano en tiempo real".

2. El señor Kike Giles se compromete a no seguir utilizando y/o difundiendo el juego "Fútbol virtual" en el web site "Fútbol peruano en tiempo real" <http://www.futbolperuano.com>, que él administra.

3. El Comercio S.A. renuncia a iniciar cualquier acción judicial y/o administrativa contra el señor Kike Giles, y se desiste de cualquier proceso judicial o procedimiento administrativo que hubiera iniciado en contra del señor Kike Giles, incluyendo la denuncia que obra en el expediente número 132-97-CCD-INDECOPI.

4. En caso el señor Kike Giles no cumpla con la obligación de no seguir utilizando y/o difundiendo el juego "Fútbol virtual", El Comercio tendrá derecho a cobrar una cláusula penal ascendente a la suma de \$/. 20,000 (veinte mil dólares americanos). Sin perjuicio de las demás acciones administrativas y judiciales correspondientes.

Con fecha 12 de febrero de 1998, la comisión de represión de la competencia desleal ordenó el archivamiento del expediente y encargó a la secretaria técnica la supervisión del acuerdo conciliatorio comprendido en la transacción extrajudicial llevada a cabo entre El Comercio y el señor Kike Giles.

e. Análisis y comentario del caso

En este caso, el supuesto plagio del concurso “El súper DT” sí fue expuesto en Internet en el web site <http://www.futbolperuano.com>, bajo el nombre de “Fútbol virtual”.

Desdichadamente no hubo un pronunciamiento del Indecopi, por cuanto las partes llegaron a una transacción extrajudicial. La falta de fortuna está vinculada estrictamente con el carácter académico del presente trabajo y no con la naturaleza del conflicto, toda vez que hubiese sido sumamente interesante conocer la forma cómo hubiese sido resuelto el caso por parte del Indecopi.

Ahora bien, desde el punto de vista de las partes fue beneficioso arribar a una transacción extrajudicial, ya que ello implicó resolver un conflicto de intereses de manera satisfactoria para ambas partes

Es opinión nuestra, que el señor Kike Giles sí realizó prácticas comerciales desleales contra El Comercio, toda vez, que de lo observado en el expediente se puede advertir un plagio del concurso “El súper DT”, más allá de algunas variaciones o arreglos superficiales. Es bastante obvio que el juego “Fútbol virtual” es en realidad “El súper DT” con algunos cambios irrelevantes; en el fondo de la cuestión se trata del mismo juego.

El Comercio acreditó ser licenciataria del juego “El súper DT”, en cambio el señor Kike Giles nunca acredita ser legítima licenciataria del juego “Fútbol virtual”, toda vez que sólo presenta una solicitud de depósito en custodia de obra inédita no musical del supuesto autor de la obra Guillermo Roncoroni presentada en Buenos

Aires. Tal solicitud, como se indica a pie de página, no implica el registro definitivo del derecho sobre la marca. Es más, el señor Roncoroni solicita la inscripción de su derecho el 05 de marzo de 1997, pero el 19 de febrero de 1997 El Comercio ya se había constituido en licenciatario del juego "El súper DT", cuyo autor DLSN Limited tenía su derecho debidamente inscrito en Gran Bretaña mucho tiempo antes.

Es decir, quien le otorga la licencia a El Comercio sí tenía un derecho debidamente inscrito antes que quien le otorga la licencia al señor Kike Giles. Además, la licencia a favor de El Comercio también es anterior (19 de febrero de 1997) a la que le otorgan al señor Kike Giles (13 de octubre de 1997).

Primero en el tiempo, primero en el derecho, reza un principio jurídico de larga data, y no cabe duda que quien tenía un derecho preferente respecto a la licencia de exclusiva del juego materia de la controversia era El Comercio S.A. Tal vez por ello, el señor Kike Giles – vía transacción extrajudicial – aceptó no seguir utilizando su concurso virtual y acordó una cláusula penal en su contra bastante alta.

3.1.4.3 Investigación N° 123-98-CCD-INDECOPI

**Caso Concurso Internet Mundial de Fútbol Francia 98. Acierta y Gana. Comercial Formosa S.A. Dragonfans
Concluyó en Audiencia de Conciliación**

a. Descripción del caso

Con fecha 27 de mayo de 1998 la Secretaría técnica de la comisión de represión de la competencia desleal del Indecopi inicia una investigación de oficio contra Comercial Formosa S.A. por supuesta publicidad engañosa del anuncio denominado "Primer Concurso Internet Mundial de Fútbol Francia '98. Acierta y

Gana”, publicado en el diario El Comercio y puesto en el web site de Dragonfans <http://www.dragonfans.com/francia98>.

b. Argumentos de la secretaría técnica

1. Solicitar a Comercial Formosa S.A. la veracidad de la frase “No hay límite de ganadores” aparecida en el anuncio denominado “Primer Concurso Internet Mundial de Fútbol Francia '98. Acierta y Gana”
2. Solicitar a Comercial Formosa S.A. especifique las características y restricciones de su promoción “Primer Concurso Internet Mundial de Fútbol Francia '98. Acierta y Gana”

c. Argumentos de Comercial Formosa

1. La frase “No hay límite de ganadores” se refiere únicamente al primer grupo de premios. En total se tenía planeado repartir tres premios.
2. Respecto a las características y restricciones de la promoción “Primer Concurso Internet Mundial de Fútbol Francia '98. Acierta y Gana”, cabe precisar, con relación al primer premio, que todos los pronósticos enviados el e-mail francia98@dragonfans.com y cuyas respuestas acierten con los cuatro primeros puestos del mundial de fútbol Francia '98, entraran a un sorteo de los cuales saldrán únicamente cuatro ganadores que tendrán un premio cada uno de ellos de \$/. 1,000.00 (mil dólares americanos) en efectivo, y para todos los demás participantes que entraron al sorteo habiendo acertado el orden de los países ganadores tendrán como premio un año de cabina gratis, más conexión a Internet por un año.

Con relación al segundo premio, aquellos que acierten con los tres primeros puestos del mundial entraran a un sorteo, de los cuales saldrán únicamente tres

ganadores que tendrán un premio cada uno de ellos de \$/. 200.00 (doscientos dólares americanos) en efectivo, más 20 horas de cabina gratis, más un año de conexión a Internet.

Con relación al tercer premio, aquellos que acierten con los dos primeros puestos del mundial, entrarán a un sorteo de los cuales saldrán únicamente dos ganadores que tendrán un premio cada uno de ellos de 10 horas de cabina gratis de Internet, más un año de conexión a Internet

d. Audiencia de conciliación

Con fecha 10 de junio de 1998 se llevó a cabo la audiencia de conciliación entre la secretaria técnica de la comisión de represión de la competencia desleal del Indecopi y la empresa investigada Comercial Formosa S.A., en ella ésta última se compromete a publicar un aviso rectificatorio de su publicidad donde se especifique nítidamente la naturaleza de los premios ofrecidos al público en el "Primer Concurso Internet Mundial de Fútbol Francia '98. Acierta y Gana".

Con fecha 14 de junio Comercial Formosa S.A. rectifica su publicidad en los términos especificados en el acta de conciliación, tanto en el diario El Comercio, como en el web site de dragonfans.

Con fecha 20 de agosto de 1998 la comisión de represión de la competencia desleal del Indecopi da por concluida la investigación

e. Análisis y comentario del caso

En este caso quedó demostrada la existencia de una publicidad engañosa expuesta en Internet, específicamente en el web site de dragonfans <http://www.dragonfans.com/francia98>. por parte de Comercial Formosa S.A. El Indecopi

actuó de oficio, en virtud de la prerrogativa recogida en el decreto legislativo 807.¹³²

Comercial Formosa presentó una información al Indecopi que difería con las afirmaciones descritas en su publicidad originaria publicada en el diario El Comercio y en el web site de dragonfans. En la información remitida al Indecopi se explicaba detalladamente la naturaleza de los premios ofrecidos, dejando en claro que **sí había límite de ganadores**, cuatro para el primer premio, tres para el segundo y dos para el tercero. Esto era muy distinto al lema original de su engañosa publicidad “No hay límite de ganadores”. Es por ello que Comercial Formosa acepta ir a una conciliación donde se compromete a rectificar su publicidad, cuestión que termina por realizar, y que permite al Indecopi dar por concluida la investigación.

El público consumidor no tenía cómo discernir que sí existía un número determinado de ganadores, la publicidad era a todas luces engañosa, atentaba contra la ley de represión de la competencia desleal y contra la ley de regulación publicitaria.

Con su actuación el Indecopi corrigió una falla del mercado, eliminó el engaño inmerso en la publicidad de Comercial Formosa. Simplemente actuó como lo que es, un ente regulador del mercado, y en este caso concreto lo hizo de una manera eficiente y rápida. Como debe ser, para bien de todos, productores y consumidores.

¹³²Decreto legislativo 807. artículo 1. “las comisiones y oficinas del Indecopi gozan de las facultades necesarias para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia. Dichas facultades serán ejercidas a través de las secretarías técnicas o jefes de oficinas y de los funcionarios que se designan para tal fin. Podrán ejercerse dentro de los procedimientos iniciados o en las investigaciones preliminares que se lleven a cabo para determinar la apertura de un procedimiento”. Lima. El Peruano. 18 de abril de 1996

3.1.4.4 Expediente N° 124-98-CCD-INDECOPI

La Red S.A., Netmarketing & Publicidad E.I.R.L., Netmania, Rusnet y Net Central S.A. c./ Internet World S.A.C.

Caso El más rápido ancho de banda con fibra óptica

Concluyó con la Resolución N° 0273-1999-TDC-INDECOPI

a. Descripción del caso

Con fecha 26 de noviembre de 1998, La Red S.A., Netmarketing & Publicidad E.I.R.L., Netmania, Rusnet y Net Central S.A. interponen denuncia por presunta comisión de actos de competencia desleal y presuntas transgresiones a la normativa publicitaria vigente contra Internet World S.A.C.

b. Argumentos de los denunciantes La Red S.A., Netmarketing & Publicidad E.I.R.L., Netmania, Rusnet y Net Central S.A.

1. No es cierto que la denunciada cuente con un ancho de banda de dos millones de bytes, ni que sea el más rápido en el Perú, porque carece del soporte técnico necesario para contar con tal ancho de banda
2. No es cierto que la denunciada cuente con fibra óptica, por cuanto el equipo con el que trabajan sólo es adecuado para conexiones con pares de cobres
3. La denunciada utiliza la expresión “con un ancho de banda de 5 MG”, lo cual puede confundir al usuario, por cuanto en la terminología informática no existe el concepto “MG”, sino MB o Megabyte para expresar la velocidad de la banda
4. No es cierto que la denunciada sea una empresa española-alemana, por cuanto el capital suscrito de la empresa denunciada no es de ambas nacionalidades, ni siquiera se trata de una sucursal de empresa extranjera alguna

c. Argumentos de la denunciada Internet World S.A.C.

1. Sí es cierto que contamos con un ancho de banda de dos millones de bytes, por cuanto tenemos acceso directo a la infraestructura de Telefónica del Perú, mediante la empresa Telefónica Servicios Internet del Perú, la cual cuenta con un ancho de banda de 2 MB por fibra óptica. En este sentido sí contamos con la mayor velocidad de ancho de banda en el Perú

2. De acuerdo a lo indicado en el párrafo precedente no tenemos necesidad de contar con fibra óptica, por cuanto Telefónica Servicios Internet del Perú, nuestro proveedor, brinda el servicio con tales características

3. Sí cometimos un error al consignar la expresión MG, en realidad quisimos decir MB. El servicio de correo electrónico que brindamos al usuario tiene una capacidad de ancho de banda de 5 MB

4. Nuestra empresa sí es española-alemana, por cuanto el técnico y accionista August Rafels Hildebrandt de nuestra empresa tiene la doble nacionalidad española y alemana

d. Argumentos de la comisión de represión de la competencia desleal del Indecopi

Con fecha 30 de marzo de 1999 la Comisión de represión de la competencia desleal del Indecopi emitió la Resolución N° 027-1999-CCD-INDECOPI donde se declara **FUNDADA** la denuncia presentada por La Red S.A. Netmarketing & Publicidad E.I.R.L., Netmania, Rusnet y Net Central S.A. contra Internet World S.A.C.

La comisión basó su decisión en los siguientes argumentos:

1. Respecto de la afirmación de contar con un ancho de banda de dos millones de bytes, hecha por Internet World, para su servicio de Internet, esta empresa señaló que el servicio que ofrece al usuario final es de dos millones noventa y siete mil ciento cincuenta dos bytes, en razón que tendría acceso directo a la infraestructura de Telefónica del Perú, a través de la empresa Telefónica Servicios Internet del Perú, la misma que cuenta con un ancho de banda de 2 millones de bytes por fibra óptica. En este sentido, señaló que su ancho de banda es de $2 \text{ MB} \times 1024 \times 1024 = 2097152$ bytes por segundo, lo cual sería más de lo publicitado. Sin embargo, Telefónica del Perú, a través de su empresa Telefónica Servicios Internet del Perú, cuenta con una troncal o backbone para Internet de un ancho de 2 MB, lo que equivale a un ancho de banda de 2097152 bytes por segundo. Por su parte, la empresa Internet World se conecta a la mencionada troncal con un nodo de 64 K, lo que expresado en bytes equivale a 65536 bytes, lo que imposibilita que puedan ofrecer un servicio de dos millones de bytes. La comisión considera que Internet World no cuenta con un ancho de banda de dos millones de bytes para ofrecer Internet tal como lo ha señalado en la publicidad materia de denuncia.

2. Respecto a la afirmación de contar con fibra óptica, Internet World señaló que no necesitaría contar con fibra óptica por cuanto la empresa Telefónica Servicios Internet del Perú, le brindaría el servicio con las características señaladas. Siendo que, la propia denunciada ha señalado que no cuenta con fibra óptica, puesto que la empresa que le provee del servicio sí cuenta con fibra óptica, y en la medida que un consumidor razonable realiza un análisis superficial del anuncio, al hacerlo con relación al anuncio materia de la denuncia, interpretará que la afirmación “con fibra óptica” está referida a los servicios de Internet que presta la denunciada, lo cual no es cierto.

3. Respecto de la afirmación “con un ancho de banda de 5 MG”, la denunciada señaló que por un error tipográfico se consignó el término “MG”, siendo la denominación correcta “MB” (MegaBytes). En este sentido, la denunciada

manifestó que el servicio de correo electrónico que brinda tendría un ancho de banda de 5 MB o más por casilla.

Con relación a ello, de tratarse de un error tipográfico la utilización del término "MG", y éste estuviera referido a "MB", resultaría falsa la afirmación "con un ancho de banda de 5 MG" relacionada al servicio de correo electrónico, puesto que a este nivel no se habla de ancho de banda sino de capacidad o espacio para almacenar el correo.

El consumidor percibirá que el anunciante le está ofreciendo un ancho de banda de 5 MB, pese a que, en la página anterior el anunciante le informa que cuenta con un ancho de banda de 2 millones de bytes, que equivalen a 2 MB, siendo que en ambos casos, dichas afirmaciones son falsas.

4. Respecto a la afirmación que se trata de una empresa española-alemana, Internet World señaló que dicha afirmación sería cierta, puesto que brindaría tecnología con características de dichos países y, además, su técnico y accionista, August Rafels Hildebrandt, tendría doble nacionalidad, española y alemana. El hecho que esta persona tenga la doble nacionalidad, no determina que la empresa Internet World tenga un origen español-alemán

Con fecha 16 de abril de 1999 Internet World S.A.C apeló la Resolución N° 027-1999-CCD-INDECOPI

e. Argumentos de la Sala de defensa de la competencia del tribunal de defensa de la competencia del Indecopi

Con fecha 13 de agosto de 1999 la Sala de defensa de la competencia del tribunal de defensa de la competencia y de la propiedad intelectual del Indecopi emitió la Resolución N° 0273 -1999-TDC-INDECOPI donde **SE CONFIRMA** la Resolución N° 027-1999-CCD-INDECOPI emitida por la comisión de represión de la competencia desleal del Indecopi donde se declara **FUNDADA** la denuncia presentada por La Red S.A. Netmarketing & Publicidad E.I.R.L., Netmania, Rusnet y Net Central S.A. contra Internet World S.A.C.

Se ordenó a Internet World el cese definitivo de la difusión de los anuncios materia de la denuncia y se le sancionó con una multa de 3 UIT

La Sala basó su decisión en los mismos argumentos esgrimidos por la comisión de represión de la competencia desleal

f. Análisis y comentario del caso

Si bien es cierto, los folletos publicitarios materia del presente caso nunca fueron expuestos en Internet, nos pareció pertinente conocer del mismo por cuanto se tocan temas relacionados con la red. Además, de haberse dado la hipótesis de la exposición de los folletos publicitarios en Internet, el Indecopi se hubiese manifestado en el mismo sentido, por cuanto el conflicto surgió entre personas jurídicas domiciliadas en el Perú

Es opinión nuestra que Internet World sí cometió prácticas publicitarias desleales en perjuicio de La Red S.A. Netmarketing & Publicidad E.I.R.L., Netmania, Rusnet y Net Central S.A. Compartimos los argumentos esgrimidos por el Tribunal de defensa de la competencia del Indecopi en su resolución, toda vez que, de los datos del expediente se puede advertir que los folletos publicitarios contenían afirmaciones falsas que conllevaban una probable confusión en el usuario, y que infringían el artículo 4° del decreto legislativo 691

El usuario de Internet podía asumir como ciertas, las falsas afirmaciones de Internet World, y en virtud a tal información realizar una errónea elección de consumo.

En los cuatro casos antes expuestos, el Indecopi tuvo un accionar importante. En todos ellos las partes involucradas son personas jurídicas o

naturales domiciliadas en el Perú. El tema del domicilio es una cuestión de suma relevancia para el actuar del Indecopi. Es un parámetro del cual no puede escapar.

Son tres los aspectos que hay que tener en cuenta a efectos de determinar si a la publicidad realizada a través de Internet se le aplican las normas peruanas sobre represión de la competencia desleal, es decir, el decreto ley 26122, y sobre publicidad, es decir, el decreto legislativo 691 y su reglamento el decreto supremo 020-94-ITINCI; ellos son: a. la publicidad como objeto del acto, b. el anunciante como sujeto del acto, y c. el medio de comunicación social como intermediario en la realización del acto.

Al respecto el artículo 1º del decreto legislativo 691 establece que:

"...la publicidad comercial de bienes y servicios se rige por las normas contenidas en el presente decreto legislativo (...) la palabra 'anunciante' se refiere a toda persona, natural o jurídica, en cuyo interés se realiza la publicidad (...) la palabra 'medio de comunicación social' se refiere a todas las empresas que brindan servicios de carácter audibles, audiovisuales y/o impresos, de acuerdo con el reglamento y que operan o se editan en el país".¹³³

Asimismo el artículo 13º del decreto legislativo 691 establece que:

"tratándose del contenido de los anuncios se considera responsable a la persona natural o jurídica anunciante. en el caso de las normas de difusión será responsable el titular del medio de comunicación social".¹³⁴

Por su parte el decreto supremo 020-94-ITINCI, reglamento del decreto legislativo 691, en el artículo 2º, señala que:

"medio de comunicación social. toda empresa que brinde servicios en cualquiera de las formas a través de las cuales es factible dirigirse a una pluralidad de personas para comunicar un mensaje comercial, ya sea de manera personalizada o impersonal, por medio de correspondencia,

¹³³ Decreto Legislativo 691. El Peruano. Lima 06 de noviembre de 1991. artículo 1º

¹³⁴ Decreto Legislativo 691. El Peruano. Lima 06 de noviembre de 1991. artículo 13º

televisión, radio, teléfono, facsímil, periódicos, revistas, afiches, volantes o cualquier otro medio análogo que opera o se edita en el país".¹³⁵

En principio, toda publicidad comercial que se difunda en territorio peruano, ya sea a través de radio, televisión, prensa escrita o Internet, se encuentra sujeta a las normas contenidas en el decreto legislativo 691 o en su reglamento. Esta normativa consagra el **principio de territorialidad**, es decir, que toda publicidad que se difunda en el mercado peruano se regirá por la ley peruana.

Sin embargo, si bien es cierto que la legislación sustantiva es aplicable a la publicidad comercial - entendida como objeto - que se difunde en el territorio peruano, respecto de la probable sanción que puede ser impuesta al sujeto infractor es necesario hacer una precisión. En efecto, para que las normas sancionatorias .- enforcement - puedan ser aplicadas deberán concurrir en el territorio peruano tres elementos, a saber: la publicidad como objeto del acto, el anunciante como sujeto del acto, y el medio de comunicación social como intermediario en la realización del acto. Todo esto en atención a que el poder sancionatorio de los órganos del estado tienen por límite el territorio en el que ejercen su jurisdicción y competencia, en nuestro caso el territorio peruano.

En consecuencia, si una publicidad comercial contenida en un web site es difundida en territorio peruano, vía Internet, pero el anunciante de dicha publicidad no se encuentra domiciliado en el Perú, no le serán aplicables las normas sancionatorias contenidas en el decreto ley 26122, en el decreto legislativo 691, y en el decreto supremo 020-94-ITINCI. Es decir, no habría coerción alguna para impedir la difusión de la probable publicidad infractora.

Por lo precisado hasta ahora, podemos colegir que sólo se aplicará la ley peruana cuando concurren tres condiciones, a saber: a. la publicidad comercial se difunda fácticamente en el Perú, b. el anunciante de tal publicidad se encuentre

¹³⁵Decreto Supremo 020-94-ITINCI Reglamento del Decreto Legislativo 691. El Peruano. Lima 16 de octubre de 1994
Artículo 2º

domiciliado en territorio peruano, y c. la difusión de la publicidad se realice a través de un medio de comunicación que opere o se edite en el Perú.

Ahora bien, ¿qué ocurre con la publicidad desleal en Internet, generada por agentes extranjeros, no domiciliados en el Perú?, ¿debe el derecho pronunciarse al respecto?. Creemos que sí.

Con relación a la aldea global en la cual se ha convertido el tercer planeta, es menester entender a la competencia desleal como un fenómeno de índole mundial. En este sentido, existen distintos intentos de unificación legislativa que buscan reprimir tal deslealtad.

3.2 Intentos de unificación legislativa en materia de competencia desleal. Noción de supranacionalidad

Cuando nos encontramos frente a algún tipo de comportamiento anómalo, debemos analizarlo, hurgar en su naturaleza, para poder acometer posteriormente su enfrentamiento.

La publicidad comercial desleal en Internet es una conducta que se da en al ámbito mundial. Ocurre al nivel de todo el planeta. No es una cuestión de uno o dos países, ni siquiera de un continente, afecta a todo el orbe en su conjunto.

En este sentido el ordenamiento jurídico de un país - considerado de manera aislada - no puede procurar hacerle frente al fenómeno de la deslealtad publicitaria en la red. Dicha carencia radica en una limitación en cuanto a la aplicación espacial de cualquier norma estatal: **su territorialidad.**

Las normas se aplican dentro de un determinado territorio. Así, las normas peruanas se aplican en territorio peruano, de la misma manera como las normas argentinas se aplican en territorio argentino.

Para atacar un problema de carácter mundial, los estados tienen una herramienta otorgada por el derecho internacional: **los tratados, acuerdos o convenios internacionales.**

Debemos partir de una premisa, cuando nos encontramos frente a problemas mundiales que afectan a todos los países del orbe tenemos que entender que tales problemas no son patrimonio de cada sociedad estatal vista de manera independiente, sino de la colectividad mundial en su conjunto, es decir, como asegura Remiro Brotóns, nos encontramos ante la existencia de una verdadera **sociedad internacional**, que no es otra cosa que la sociedad de los estados soberanos; y es precisamente su soberanía la que le permite al estado celebrar válidamente convenios internacionales, porque la firma de un tratado no significa una cesión de soberanía, sino una ratificación de la misma, es simplemente la dimensión exterior de la soberanía de un estado, y a la vez, una forma idónea de enfrentar un problema de índole mundial.¹³⁶

¹³⁶ Antonio Remiro Brotóns y otros. "La existencia de un orden jurídico es - como señaló R. Ago - una realidad objetiva cuya existencia se verifica en la historia. La virtualidad del derecho internacional está confirmada por la experiencia, la práctica de los estados y la jurisprudencia; pero, respondiendo a las características de la sociedad internacional, se trata de un derecho distinto de los derechos estatales y hasta, por comparación, más importante, tanto por su menor institucionalización, consecuencia de la estructura social, como por la inadecuación de sus medios en relación con sus objetivos y las necesidades presentes de dicha sociedad (...)

La sociedad internacional es original y básicamente es la sociedad de los estados soberanos e independientes en situación de yuxtaposición. Se trata de una sociedad horizontal, escasamente institucionalizada, con un número limitado de sujetos que partiendo del principio de su igualdad formal - la igualdad soberana - persiguen su coexistencia y, eventualmente, articula una cooperación para satisfacer intereses comunes mediante organizaciones intergubernamentales que reciben de la cabeza jupiteriana de los estados una cierta subjetividad (...)

Un estado, por el hecho de serlo, es soberano. Pero la soberanía, concepto clave, es deslizante y proteica. Entendida como absoluta o poder de decidir y actuar como venga en gana - es incompatible con el derecho y todos los esfuerzos por acomodarla en él parecen un artificioso juego intelectual. Esta dimensión política de la soberanía flamea en la profunda gruta de los intereses vitales o dominantes de los estados, tanto más peligrosa cuanto son éstos más fuertes, y ha de tenerse en cuenta, no para allanarse a ella, sino para no acabar apostatando del orden jurídico por culpa de sus limitaciones.

El principio fundamental de la soberanía del estado responde a la idea de función: la soberanía es el conjunto de competencias atribuidas al estado por el derecho internacional, ejercitables en un plano de independencia e igualdad respecto de los otros estados. Su manifestación más importante en las relaciones internacionales es la capacidad de los estados para obligarse con otros y empeñar su responsabilidad internacional en caso de incumplimiento. Como señaló la Corte de La Haya en el asunto Wimbledon, todo convenio por el que un estado se compromete a hacer o no hacer una cosa trae consigo una restricción al ejercicio de sus derechos soberanos en el sentido de imprimirle una dirección determinada, pero la facultad de asumir compromisos internacionales, lejos de ser un abandono de soberanía, es un atributo de la misma. (...)

La coexistencia de una pluralidad de entes soberanos, de estados, en la sociedad internacional llama, en evitación de conflictos, a la articulación de normas que regulen la distribución de competencias entre ellos. Es ésta una función del derecho internacional que ha venido dictada históricamente por la peculiar conformación de estos sujetos. Los estados son entes territoriales, en primer lugar, pues ejercen sus poderes en el marco de sus respectivos territorios, con exclusión de los poderes de los otros entes soberanos (competencia territorial). Son entes, en segundo lugar, que cuentan con una población, determinada primordialmente por el vínculo de la nacionalidad, lo que conduce a una atribución de competencias sobre estas personas, los nacionales, cuando se encuentran fuera de su territorio (competencia personal). Son entes, en tercer lugar, que coexisten y mantienen relaciones en la sociedad internacional con otros sujetos (competencia exterior). (...) La soberanía del estado implica, hacia el exterior, la capacidad para participar directamente en las relaciones internacionales en condiciones de independencia - esto es, adoptando libremente las propias decisiones en el marco de las

Se deben buscar elementos de concordancia entre los distintos estados, respecto a la represión de la publicidad desleal en Internet, apuntando a la consecución de un bien común universal.¹³⁷

El derecho internacional le proporciona a los estados soberanos las herramientas jurídicas necesarias – entiéndase convenios, por ejemplo – para que satisfagan sus intereses y los de la comunidad internacional en su conjunto.¹³⁸

Experiencias concretas de intentos de unificación legislativa en cuanto a buscar la represión de conductas desleales en el comercio mundial pueden advertirse en la celebración del Convenio de la Unión de París (CUP), en el establecimiento de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en la formación de la Cámara Internacional de Comercio (CIC), y últimamente, en la constitución de la Organización Mundial del Comercio (OMC), llevada a cabo sobre las bases del Acuerdo General sobre Tarifas Aduaneras y Comercio (GATT)

normas y obligaciones internacionales del estado – e igualdad jurídica, pese a las diferencias de orden político, económico, social, cultural o de cualquier otra especie que puedan darse entre los estados.

Esta capacidad se traduce en la aptitud del estado para participar en la formación de normas generales, asumir compromisos mediante tratados y actos unilaterales”. Derecho Internacional. Ed. Mc Graw Hill. Madrid 1997. p. 3-4, 75-76, 82

¹³⁷ Antonio Truyol y Serra. “El fortalecimiento de los acuerdos regionales está en función de la mayor dificultad de entendimiento en el ámbito universal, que resulta de la diversidad cultural, política, económica y social entre pueblos de tan diversa procedencia y tradición como los que hoy constituyen la sociedad internacional. Cuantos más factores comunes, dentro de diversidades culturales, haya entre los miembros de una sociedad internacional, más firme y estable será su orden de convivencia. La situación, a consecuencia de la expansión misma del derecho internacional cristiano europeo en zonas de culturas diferentes que pasan a convertirse en protagonistas activos de la vida internacional, se caracteriza en todo caso por un pluralismo de hecho en las nociones del derecho y la justicia (...)

Nunca ha sido, pues, tan necesaria como hoy una cooperación internacional a escala mundial. Los progresos de la técnica han dado a los medios de destrucción de que el hombre dispone una fuerza tal que amenaza con aniquilar todo el esfuerzo de milenios en la búsqueda de una civilización plenamente humana (...)

Hay que rebasar el carácter individualista del derecho internacional tradicional y sustituirlo progresivamente por un derecho internacional centrado en la primacía de un bien común universal que no podrá a la larga desconocerse sin perjuicio para unos y otros, y en la promoción de la persona humana sobre la base del respeto de sus derechos fundamentales a todos los niveles” Fundamentos de derecho internacional público. Ed. Tecnos. 4º edición. Madrid 1977 p. 168-169

¹³⁸ Antonio Carrillo Salcedo. “Los estados, en efecto, son soberanos e independientes, pero han de hacer frente a problemas comunes y viven en un mundo interdependiente, en el que el derecho internacional facilita y regula sus relaciones de coexistencia y cooperación. Tanto si se trata de las relaciones comerciales internacionales como de la navegación aérea, de la prevención de la contaminación marina como del aprovechamiento y explotación de los recursos del mar, de las relaciones diplomáticas como de las relaciones consulares, etc. Los estados tienen necesidad de normas jurídicas que satisfagan sus intereses y los de la comunidad internacional en su conjunto. No es extraño por ello que cuando una norma

3.2.1 El Convenio de la Unión de París (CUP)

Uno de los primeros intentos de unificación legislativa a escala mundial sobre aspectos comerciales fue el Convenio de la Unión de París (CUP), celebrado en dicha ciudad el 20 de marzo de 1883 entre once países: España, Bélgica, Brasil, Francia, Guatemala, Italia, Países Bajos, Portugal, Salvador, Servia y Suiza, constituyendo una unión internacional para la protección de la propiedad industrial.

El Convenio, concluido en marzo de 1883 fue completado por un protocolo interpretativo en Madrid en 1891, y ha sido revisado en Bruselas en diciembre de 1900, en Washington en junio de 1911, en La Haya en noviembre de 1925, en Londres en junio de 1934, en Lisboa en octubre de 1958, en Estocolmo en julio de 1967, y finalmente enmendado en 1979. Actualmente forman parte de este Convenio más de 140 países, entre los cuales se encuentra el Perú.

El Convenio está abierto a todos los estados del orbe. Los instrumentos de ratificación o de adhesión se deben depositar ante el director general de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)¹³⁹

El Convenio se aplica a la propiedad industrial en su acepción más amplia, con inclusión de las invenciones, las marcas, los dibujos y modelos industriales, los modelos de utilidad (una especie de 'pequeña patente' establecida en las leyes de unos pocos países), los nombres comerciales (la designación bajo la cual se lleva a cabo una actividad industrial o comercial), las indicaciones geográficas (indicaciones de procedencia y denominaciones de origen) y la represión de la competencia desleal.¹⁴⁰

jurídica existe y está en vigor, tanto si es de naturaleza convencional como consuetudinaria, sea cumplida con frecuencia y observada espontáneamente" Curso de derecho internacional público. Ed. Tecnos. Madrid 4ª edición 1996 p. 141-142

¹³⁹Convenio de la Unión de París. Artículo 21 inciso 1: "todo país externo podrá adherirse a la presente acta y pasar, por tanto, a ser miembro de la unión. Los instrumentos de adhesión se depositarán ante el director general"

¹⁴⁰Convenio de la Unión de París. Artículo 1 incisos 1, 2, 3: "los países a los cuales se aplica el presente convenio se constituyen en unión para la protección de la propiedad industrial. La protección de la propiedad industrial tiene por objeto las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio,

Las disposiciones fundamentales del convenio pueden agruparse en tres: las relativas al trato nacional, al derecho de prioridad y a las normas comunes.

En virtud de las disposiciones sobre trato nacional, el convenio estipula que, en lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, cada estado contratante tendrá que conceder a los nacionales de los otros estados contratantes la misma protección que a sus propios nacionales.

También quedan protegidos por el convenio los nacionales de los estados que no sean contratantes siempre que estén domiciliados o tengan establecimientos industriales o comerciales efectivos y reales en un estado contratante.¹⁴¹

De esta manera se entiende que el territorio en el cual se aplicará el convenio es el territorio de los países de la unión

En el convenio se establece el derecho de prioridad en relación con las patentes (y modelos de utilidad, donde existan), marcas y dibujos y modelos industriales. Significa este derecho, que sobre la base de una primera solicitud de patente de invención o de un registro de una marca regularmente presentada en uno de los estados contratantes, el solicitante podrá, durante cierto lapso (doce meses para las patentes y los modelos de utilidad; seis meses para los dibujos y modelos industriales y las marcas), requerir la protección en cualquiera de los demás estados contratantes; esas solicitudes posteriores serán consideradas

las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la competencia desleal. La propiedad industrial se entiende en su acepción más amplia y se aplica no sólo a la industria y al comercio propiamente dichos, sino también al dominio de las industrias agrícolas y extractivas y a todos los productos fabricados o naturales, por ejemplo: vinos, granos, hojas de tabaco, frutos, animales, minerales, aguas minerales, cervezas, flores, harinas"

¹⁴¹Convenio de la Unión de París. artículos 2, 3:

"artículo 2, inciso 1. los nacionales de cada uno de los países de la unión gozarán en todos los demás países de la unión, en lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, de las ventajas que las leyes respectivas conceden actualmente o en el futuro a sus nacionales, todo ello sin perjuicio de los derechos especialmente previstos por el presente convenio. En consecuencia, aquellos tendrán la misma protección que éstos y el mismo recurso legal contra cualquier ataque a sus derechos, siempre y cuando cumplan las condiciones y formalidades impuestas a los nacionales.

artículo 3. quedan asimilados a los nacionales de los países de la unión aquellos nacionales de países que no forman parte de la unión que estén domiciliados o tengan establecimientos industriales o comerciales efectivos y serios en el territorio de alguno de los países de la unión"

como presentadas el mismo día de la primera solicitud. En otras palabras, las solicitudes posteriores tendrán prioridad sobre las solicitudes que otras personas puedan presentar durante los citados plazos por la misma invención, modelo de utilidad, marca o dibujo y modelo industrial.¹⁴²

En el convenio se estipulan algunas normas comunes a las que deben atenderse todos los estados contratantes. Así tenemos que en relación con las patentes, aquellas concedidas en los diferentes estados miembros de la unión para la misma invención son independientes entre sí, teniendo derecho el inventor a ser mencionado como tal en la patente.

Con relación a las marcas, las condiciones de presentación y registro de las marcas se rigen en cada estado contratante por la ley interna, en consecuencia no se podrá rechazar una solicitud de registro de una marca presentada por un ciudadano de un estado contratante, ni se podrá invalidar el registro, por el hecho de que no hubiera sido presentada, registrada o renovada en el país de origen. Asimismo se deben proteger las marcas colectivas.

Con relación a los dibujos y modelos industriales, aquellos tienen que estar protegidos en todos los estados contratantes, y no se podrá denegar la protección por el hecho de que los productos a los que se aplica el dibujo o modelo no son fabricados en ese estado.

Con relación a los nombres comerciales, aquellos estarán protegidos en todos los estados contratantes sin obligación de depósito o de registro.

Con relación a las indicaciones de procedencia, todos los estados contratantes tienen que adoptar medidas contra la utilización directa o indirecta de

¹⁴²Convenio de la Unión de París. Artículo 4, incisos a1 y c1:

“inciso a1. quien hubiere depositado regularmente una solicitud de patente de invención, de modelo de utilidad, de dibujo o modelo industrial, de marca de fábrica o de comercio, en alguno de los países de la unión o su causahabiente, gozará, para efectuar el depósito en los otros países, de un derecho de prioridad, durante os plazos fijados más adelante (...)

indicaciones falsas concernientes a la procedencia del producto o la identidad del productor, fabricante o comerciante.

Con relación a las administraciones nacionales, cada estado contratante tiene que contar con un servicio especial de propiedad industrial y una oficina central para la comunicación al público de las patentes, de los modelos de utilidad, de las marcas y de los dibujos y modelos industriales. En el Perú el encargado de estos menesteres es el Indecopi.

En relación con la competencia desleal, los estados contratantes están obligados a asegurar una protección eficaz contra la deslealtad en la competencia.¹⁴³

El artículo 10 bis del Convenio contiene una cláusula general prohibitiva bastante amplia, siendo el parámetro usado el concepto de "usos honestos en materia comercial", es decir, aquello que se presente contrario a tal concepto será considerado desleal. Además contiene una pequeña lista enunciativa, a manera de ejemplo de tres tipos de actos desleales, a saber: actos de confusión, actos denigratorios y engañosos. Para que se configure la causal de deslealtad basta que la conducta se enmarque en la cláusula general prohibitiva, no siendo necesario que también concuerde con alguno de los casos específicos de la lista.¹⁴⁴

La Unión de países posee una asamblea y un comité ejecutivo. Cada estado miembro de la Unión que se haya adherido por lo menos a las

Inciso c1. los plazos de prioridad arriba mencionados serán de doce meses para las patentes de invención y los modelos de utilidad, y de seis meses para los dibujos o modelos industriales y para las marcas de fábrica o de comercio"

¹⁴³ Web site de la OMPI. URL: <http://www.wipo.int/spa/general/ipip/paris.htm#note1> martes 21 de marzo del 2000

¹⁴⁴ Convenio de la Unión de París. Artículo 10 bis. "Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal. Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial. En particular deberán prohibirse:

1. cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor.

2. las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor

disposiciones administrativas y a las cláusulas finales del Acta de Estocolmo de 1967 es miembro de la asamblea.

Los miembros del comité ejecutivo son elegidos entre los miembros de la Unión, excepto en el caso de Suiza, que es miembro ex officio. Al 01 de enero de 1997 el comité ejecutivo contaba con 35 miembros.

Corresponde a la asamblea el establecimiento del programa y presupuesto bienal de la oficina internacional, en lo que respecta a la Unión de París.

3.2.2 La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) conocida también por su denominación en inglés World Intellectual Property Organization (WIPO) es una organización intergubernamental con sede en la ciudad de Ginebra, Suiza.¹⁴⁵

El Convenio que le dio origen se firmó en Estocolmo el 14 de julio de 1967, enmendado luego el 28 de setiembre de 1979. La OMPI es uno de los 16 organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas.

Una de las principales funciones de la OMPI consiste en promover la protección de la propiedad intelectual en el mundo entero a través de la cooperación de los estados, armonizando las legislaciones nacionales sobre esta materia.¹⁴⁶

3. las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos”

¹⁴⁵ Convenio de creación de la OMPI. Artículo 10°, Inciso 1°: “se establece la sede de la organización en Ginebra”

¹⁴⁶ Convenio de creación de la OMPI. Artículo 3° Fines de la organización. Los fines de la organización son: Inciso i: “ fomentar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo mediante la cooperación de los estados, en colaboración, cuando así proceda, con cualquier otra organización internacional”

Artículo 4° Para alcanzar los fines señalados en el artículo 3°, la organización, a través de sus órganos competentes y sin perjuicio de las atribuciones de cada una de las diversas Uniones:, Inciso i: “ fomentará la adopción de medidas destinadas a mejorar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo y a armonizar las legislaciones nacionales sobre esta materia”

La propiedad intelectual comprende dos ramas principales: la propiedad industrial, dentro de la cual se encuentra la represión de la competencia desleal, y el derecho de autor.¹⁴⁷

Actualmente forman parte de la OMPI más de 160 países, entre los cuales se encuentra el Perú.

La propiedad industrial trata principalmente de la protección de las invenciones, las marcas, los diseños industriales, así como de la represión de la competencia desleal.

En lo referente a las invenciones, marcas y diseños industriales se protegen derechos exclusivos de explotación, mientras que en la represión de la competencia desleal no se procura proteger derechos exclusivos directamente, sino que se acometen de manera frontal los actos de competencia contrarios a los usos honrados en materia comercial.

De acuerdo a lo reseñado en el web site de la OMPI, la represión de la competencia desleal se dirige contra los actos o prácticas, en el ejercicio del comercio o los negocios, que son contrarios a los usos honrados, principalmente contra los actos de confusión, denigratorios y engañosos; actos que pueden inducir a error al consumidor al momento de realizar su elección de compra o venta.

El objetivo que persigue la OMPI consiste en reforzar la cooperación de las naciones soberanas en materia de propiedad industrial. Se trata de que esa protección sea adecuada, fácil de conseguir y, una vez obtenida, respetada de manera efectiva.

¹⁴⁷ Convenio de creación de la OMPI. Artículo 2° Definiciones. A los efectos del presente convenio se entenderá por: Inciso viii: "propiedad intelectual, los derechos relativos (...) a la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico"

La protección de la propiedad industrial no constituye un fin en sí misma, es sólo un medio de fomentar la actividad creativa, la industrialización, las inversiones y las actividades comerciales honradas. Todo ello, para contribuir a aportar más seguridad y bienestar, menos pobreza y más belleza a la vida de los seres humanos.¹⁴⁸

3.2.3 La Cámara Internacional de Comercio (CIC)

La Cámara Internacional de Comercio (CIC) conocida también por su denominación en inglés International Chamber of Commerce (ICC) se creó en 1919. La CIC es una de las más importantes organizaciones comerciales del mundo, es una entidad representativa que se expresa con autoridad a favor de las corporaciones comerciales de todos los sectores en cada parte del globo.

La CIC promueve un comercio abierto e internacional y un sistema de inversión y economía de mercado. El pequeño grupo de visionarios líderes del comercio fundadores de la CIC se hacían llamar los mercaderes de la paz "the merchants of peace", y es que ellos tenían la convicción que el comercio es una poderosa herramienta para lograr la paz y la prosperidad, convicción que aun permanece en el horizonte de la CIC.

Debido a que las compañías y asociaciones miembros están involucrados en el comercio internacional, la CIC tiene la autoridad suficiente para elaborar reglas que gobiernen la conducta del comercio en todas las fronteras. A pesar que estas reglas son voluntarias, son observadas en la infinidad de miles de transacciones cada día y se han convertido en parte importante del entramado del comercio internacional.

¹⁴⁸ Web site de la OMPI. Tomado el jueves 23 de marzo del 2000. URL: <http://www.wipo.int/spa/main.htm>

La CIC otorga servicios esenciales, entre los cuales está la Corte de Arbitraje de la CIC, la institución líder en arbitraje.

Expertos y líderes en negocios miembros de la CIC establecen una posición preponderante en asuntos de política de negocios e inversión, así como en asuntos técnicos y sectoriales. Estos asuntos abarcan tópicos tales como cuestiones financieras, información tecnológica, telecomunicaciones, ética de marketing, medio ambiente, transporte, derecho de competencia y propiedad intelectual, entre otros.

Hoy en día la CIC agrupa a miles de compañías y asociaciones como miembros en más de 130 países. Perú cuenta con un comité nacional de la CIC. Los comités nacionales de las capitales más importantes del mundo coordinan con sus miembros para tratar la problemática de la comunidad bursátil y para hacer saber a los gobiernos los puntos de vista de los negocios formulados por la CIC; no por nada el lema de la CIC es “la organización mundial del comercio”.

Uno de los temas de mayor preocupación de la CIC es la comunicación en el libre mercado, entendida como un cúmulo de reglas coherentes con el desarrollo mercantil.

La CIC, a través de un miembro de su presidencia, el señor Helmut Maucher, dio a conocer hacia abril de 1999 algunos puntos de vista de la institución respecto del desarrollo publicitario en el mundo. Lo hizo en un documento conocido como “Reglas y libertad en la publicidad”, en el marco de un seminario sobre asuntos publicitarios.¹⁴⁹

La CIC propone un equilibrio entre las reglas que rigen el ámbito publicitario y la libertad, es decir, cuando se postulan nuevas regulaciones, primero se debe

¹⁴⁹ Helmut Maucher. Miembro de la presidencia de la CIC. “Rules and freedom in advertising”. Bruselas 27 de abril de 1999. Traducción de Ursula Paredes y Yolanda Valencia. Tomado del web site de la CIC. URL: http://www.iccwbo.org/home/news_archives/1999/advertising_matters.asp

discutir qué clase de libertad está a la vista. La libertad para conseguir información sobre nuevos productos es esencial para la libre elección del consumidor.

Cuando se comunica algo en una publicidad no sólo hay hechos concretos, la buena publicidad también emplea el placer, al procurar persuadir al potencial consumidor a adquirir el producto publicitado, utilizando para ello emociones, sueños y diversión. Finalmente dependerá del consumidor escoger su propio balance particular entre lo informativo y lo sugestivo.

La comunicación y la información son herramientas esenciales en cualquier economía. Producir más y obtener mayor bienestar en una economía de libre mercado es un proceso, y la publicidad y el marketing son fundamentales en la búsqueda de tales objetivos.

La comunicación comercial mejora la eficiencia del mercado proporcionando a los consumidores la información necesaria para tomar decisiones correctas. La publicidad también facilita la competencia entre los productores, ayuda a innovar el mercado, abre un mercado a aquéllos que no se han establecido y contribuye al dinamismo del comercio. Todo esto beneficia al consumidor y ayuda a incrementar la riqueza en la sociedad.

Las empresas que promocionan sus productos y servicios están tan interesadas en la satisfacción del interés de sus clientes a largo plazo en todos los aspectos, como lo está el propio consumidor.

La CIC tiene una limpia y transparente manera de pensar respecto a los productos comercializados. Reglas sí, prohibiciones absurdas no, se suele decir al interior de la CIC. Todos los bienes legalmente manufacturados y legalmente comercializados, deberían también ser legalmente publicitados, aún aquellos bajo grandes presiones político-comerciales.

3.2.4 La Organización Mundial del Comercio (OMC)

La Organización Mundial del Comercio (OMC) conocida también por su denominación en inglés World Trade Organization (WTO) fue creada el 15 de abril de 1994 en Marrakech, Marruecos, y entró en vigencia a partir del 01 de enero de 1995. Su formación se dio dentro del marco de las conversaciones llevadas a cabo en la Ronda de Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).

El sistema de comercio adoptado por la OMC tiene base en lo estructurado por el GATT desde 1948, el cual se ocupó durante años principalmente del comercio de mercancías, mientras que la OMC abarca no sólo ello, sino también el comercio de servicios.

La OMC es un organismo internacional encargado de la administración de las normas que rigen el comercio mundial. La base de este sistema está dada por los Acuerdos de la OMC, los cuales han sido elaborados y negociados por la mayoría de los países que participan en el comercio mundial. Tales acuerdos son básicamente contratos que obligan a los gobiernos a mantener su política comercial dentro de ciertos límites convenidos; aunque son negociados por los gobiernos, su meta es ayudar a los agentes económicos en el desarrollo de su actividad mercantil.

Podemos advertir algunos notorios propósitos en la actividad de la OMC. El propósito fundamental del sistema económico de la OMC es ayudar a que el tráfico comercial circule con la máxima libertad posible, siempre que no se produzcan efectos secundarios desfavorables. Esto implica por una parte la eliminación de obstáculos, y por otro lado, proporcionar a los particulares, empresas y gobiernos el conocimiento respecto a las normas que rigen el comercio mundial, ofreciéndoles la seguridad de que las políticas económicas

adoptadas no sufrirán cambios repentinos. En pocas palabras, las normas tienen que ser previsibles y transparentes.

Otro propósito de la OMC es servir de foro para la celebración de negociaciones comerciales, toda vez que los acuerdos de la OMC son negociados por la comunidad de países comerciantes, después de amplios debates y controversias.

Un tercer propósito de la OMC es la solución de diferencias. Las relaciones comerciales suelen contener intereses contrapuestos. Los acuerdos de la OMC necesitan ser interpretados y fruto de esta interpretación es común que surjan ciertos conflictos. La forma idónea de resolver estas discrepancias es a través de un procedimiento imparcial, basado en un fundamento jurídico convenido. Este es el motivo que inspira el proceso de solución de diferencias estipulado en los acuerdos de la OMC.

Junto con los propósitos antes reseñados, la OMC supervisa las políticas comerciales nacionales, brinda asistencia técnica y cursos de formación para los países en desarrollo, y coopera activamente con otras organizaciones internacionales.¹⁵⁰

¹⁵⁰Web Site de la OMC. "La Organización Mundial del Comercio nació en 1995, lo que la convierte en una de las organizaciones internacionales más jóvenes. La OMC es la sucesora del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), establecido tras la segunda guerra mundial. Así pues, aunque la OMC cuenta con pocos años de vida, el sistema multilateral de comercio, que originalmente se estableció en el marco del GATT, existe desde hace ya 50 años (...) En los últimos 50 años, hemos asistido a un crecimiento excepcional del comercio mundial. Las exportaciones de mercancías aumentaron en un promedio anual del 6 por ciento y en 1997, el total de los intercambios comerciales era 14 veces superior al nivel alcanzado en 1950. El GATT y la OMC han contribuido a crear un sistema comercial fuerte y próspero que ha permitido lograr un crecimiento sin precedentes. El sistema se creó mediante una serie de negociaciones, o rondas, celebradas en el marco del GATT. Las primeras rondas se centraron principalmente en las reducciones arancelarias, si bien posteriormente las negociaciones incluyeron otras cuestiones como las medidas antidumping y no arancelarias. La última ronda – la Ronda de Uruguay, que se desarrolló entre 1986 y 1994 – dio lugar a la creación de la OMC (...)

La Organización Mundial del Comercio (OMC) es el único organismo internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países. Su principal propósito es asegurar que las corrientes comerciales circulen con la máxima facilidad, previsibilidad y libertad posibles.

El resultado es la certidumbre. Los consumidores y los productores saben que pueden contar con un suministro seguro y con una mayor variedad en lo que se refiere a los productos acabados, los componentes, las materias primas y los servicios que utilizan, mientras que los productores y los exportadores tienen la certeza de que los mercados exteriores permanecerán abiertos a sus actividades.

Otra consecuencia es que el entorno económico mundial se vuelve más próspero, tranquilo y fiable. En la OMC las decisiones suelen adoptarse por consenso entre todos los países miembros, para después ser ratificados por los respectivos parlamentos. Las fricciones comerciales se canalizan a través del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, centrado en la interpretación de los acuerdos y compromisos, que tiene por objeto garantizar que las políticas

Los acuerdos de la OMC son amplios y multidisciplinarios porque son documentos que contienen cuestiones de diferente índole, como pueden ser: vestido, textiles, agricultura, telecomunicaciones, servicios bancarios, normas industriales, contrataciones públicas, propiedad intelectual, entre muchos más. Estos textos se basan en cinco principios. Así tenemos que el sistema de comercio de la OMC debe ser no discriminatorio, libre, previsible, competitivo y más ventajoso para los países menos adelantados.

Un comercio sin discriminaciones implica aceptar la aplicación de dos condiciones: la de la nación más favorecida NMF y la del trato nacional. La condición de NMF consiste en que ningún país debe ser discriminado por sus interlocutores comerciales por causa alguna, es decir, se concede a todos los países de forma igualitaria la condición de NMF.

La condición de trato nacional consiste en que las mercancías importadas y las producidas en el país deben recibir un trato igualitario, al menos después de que las mercancías extranjeras hayan entrado en el mercado interno.

Se debe alentar la consecución de un comercio más libre, de manera gradual y mediante negociaciones. La apertura de los mercados puede ser beneficiosa, pero exige a la vez cierto nivel de adaptación. Los acuerdos de la OMC permiten que los países introduzcan cambios gradualmente, mediante la llamada "liberalización progresiva". Por lo general, se concede a los países en desarrollo plazos más largos para cumplir sus obligaciones.

comerciales de los distintos países se ajusten a éstos. De ese modo, se reduce el riesgo de que las controversias desemboquen en conflictos políticos o militares. Mediante la reducción de los obstáculos al comercio, el sistema de la OMC también contribuye a eliminar otro tipo de barreras que se interponen entre los pueblos y las naciones

Los pilares sobre los que descansa este sistema – conocido como sistema multilateral de comercio – son los acuerdos de la OMC, que han sido negociados y firmados por la gran mayoría de los países que participan en el comercio mundial y ratificados por sus respectivos parlamentos. Esos acuerdos establecen las normas jurídicas fundamentales del comercio internacional. Son esencialmente contratos que garantizan a los países miembros importantes derechos en relación con el comercio y que, al mismo tiempo, obligan a los gobiernos a mantener sus políticas comerciales dentro de unos límites convenidos en beneficio de todos. Aunque son negociados y firmados por los gobiernos, los acuerdos tienen por objeto ayudar a los productores de bienes y de servicios, los exportadores y los importadores a llevar adelante sus actividades. El objetivo es mejorar el bienestar de la población de los países miembros"

URL: http://www.wto.org/wto/download/inbr_s.pdf miércoles 22 de enero del 2000.

Un comercio previsible se condice con el hecho que las empresas, los inversores y los gobiernos extranjeros deben confiar en que no se establecerán arbitrariamente obstáculos comerciales para el desarrollo de su actividad. La promesa de no crear o aumentar obstáculos comerciales es tan importante como reducirlo, ya que la promesa permite que las empresas tengan un mejor panorama respecto de sus oportunidades futuras. Mediante la estabilidad y la previsibilidad se alientan las inversiones, se generan empleos y los consumidores se aprovechan de los beneficios de una leal competencia; el resultado de todo ello es crucial y alentador: la posibilidad del consumidor de elegir entre varias opciones y el poder obtener precios más bajos. Así tenemos que, por medio del sistema multilateral de comercio los gobiernos procuran dar estabilidad y previsibilidad a las actividades económicas.

En un comercio competitivo se desalientan las prácticas desleales. El sistema de comercio de la OMC está consagrado al logro de una competencia libre, leal y sin distorsiones, lo cual implica procurar la obtención de condiciones equitativas de comercio. Las cuestiones son complejas y las normas tratan de determinar lo que es leal y lo que no lo es, y de qué manera los gobiernos pueden responder, en particular mediante la aplicación de derechos de importación adicionales calculados para compensar el perjuicio ocasionado por la deslealtad en el comercio.

Se reconoce ampliamente que el sistema de la OMC contribuye al desarrollo de los países menos adelantados, a los cuales se les concede una mayor flexibilidad en cuanto al tiempo que necesitan para aplicar los acuerdos. Los acuerdos de la OMC incorporan las disposiciones anteriores del GATT que prevén una asistencia especial y concesiones comerciales para los países en desarrollo.

Más de las tres partes cuartas de los miembros de la OMC son países en desarrollo y países en proceso de transición hacia una economía de mercado.

Durante los siete años y medio de duración de la Ronda de Uruguay más de 60 de esos países aplicaron autónomamente programas de liberalización del comercio.

Cuanto más libre es el comercio, mayor es el crecimiento económico.

Todos los países – desarrollados y en vías de desarrollo – tienen activos de distinta índole: humanos, naturales, financieros, industriales, que pueden ser utilizados para producir bienes y servicios para sus mercados internos o para competir en el exterior, los cuales al ser comercializados producen un beneficio entre los agentes de dicho tráfico. Se aplica en este caso, el principio económico de la ventaja comparativa, el cual precisa que los países prosperan, en primer lugar, aprovechando sus activos para concentrarse en lo que pueden producir mejor, y luego intercambiando estos productos por los productos que otros países producen mejor.

Gran parte de las empresas reconocen que cuanto más grande es el mercado, mayor es su potencial, toda vez que pueden lograr su dimensión más eficiente y pueden conseguir captar una gran cantidad de consumidores. Las políticas comerciales liberales, que permiten la circulación sin restricciones de bienes y servicios, multiplican los beneficios que implica el producir los mejores productos al mejor precio. El éxito comercial es dinámico. La capacidad de competir adecuadamente con determinados productos puede desplazarse de una empresa a otra cuando cambia el mercado o cuando la aparición de nuevas tecnologías hace posible la fabricación de productos mejores y más baratos. Es importante indicar que para que este sistema funcione correctamente es de capital importancia que el tráfico comercial se realice de una manera leal y transparente. Actualmente forman parte de la OMC más de 130 países, entre los cuales se encuentra el Perú.

Se puede afirmar que las experiencias de celebrar el Convenio de la Unión de París (CUP), el establecer la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el formar la Cámara Internacional de Comercio (CIC) y el constituir la Organización Mundial del Comercio (OMC), se han convertido en los pilares mercantiles mundiales de un verdadero sistema global de comercio. Es decir, el ser humano a comenzado a tomar conciencia de su verdadera dimensión universal, en la cual el intercambio de bienes y servicios hace mucho tiempo traspasó las fronteras de los países considerados de manera aislada. Así, ante esta constatación fáctica sólo nos queda procurar que el tráfico comercial se desprenda de cualquier vestigio de deslealtad, elemento anómalo que impide un funcionamiento idóneo del mercado mundial.

Que duda cabe, que las experiencias mercantiles antes descritas apuntan al logro de tal objetivo.

**“el mundo no tiene edad,
la humanidad se desplaza,
simplemente;
estás en occidente,
pero libre de habitar en tu oriente,
tan antiguo como te sea necesario”
(Arthur Rimbaud)**

CAPÍTULO CUARTO

EL ROL DEL DERECHO FRENTE A LAS MANIFESTACIONES DE COMPETENCIA DESLEAL PRODUCIDAS A RAÍZ DE LA EXPOSICIÓN DE PUBLICIDAD COMERCIAL EN INTERNET

A lo largo de la historia, el hombre se ha servido de innumerables instrumentos para hacer su vida más llevadera. Así tenemos que en épocas muy remotas, nuestros antepasados se toparon con el fuego y gracias a él pudieron combatir las gélidas inclemencias del medio ambiente y darles cierto punto de cocción a sus alimentos. Luego descubrirían la rueda, la cual les fue de suma utilidad en sus rudimentarios medios de transporte.

A los inviernos le siguieron las primaveras, y en dicho devenir fueron apareciendo otros elementos que continuarían haciendo más grata la vida del homo sapiens en el tercer planeta; así se sucedieron la aleación de los metales, la domesticación de plantas y animales, el mejoramiento de las técnicas de riego y cultivo, el uso del papel, etcétera.

A la par con el desarrollo técnico, el ser humano fue desarrollando, casi sin percibirlo, distintas disciplinas, que al igual que los instrumentos mecánicos, le

servían para convivir socialmente. Nos estamos refiriendo a las ciencias exactas y a las ciencias sociales.

Dentro de las ciencias exactas, el álgebra, la aritmética, y demás disciplinas matemáticas ayudarían al hombre, principalmente a construir sus edificaciones, caminos y puentes con un mayor grado de precisión.

De la misma manera, el ser humano, al ser eminentemente gregario se relaciona con sus pares, lo cual conlleva a la aparición de disciplinas que comenzarían a estudiar dicha interacción social desde distintos enfoques. Así tenemos que la política se encarga de estudiar la relación del hombre con el estado en el cual vive, la economía estudia la forma como el hombre administra y distribuye los escasos bienes que posee, la medicina se encarga de velar por la salud física y mental del hombre; y a la par con estas disciplinas, aparece el derecho, el cual inicialmente procuraba suprimir los conflictos surgidos entre las personas, pero que luego cambia dicho enfoque, dirigiéndose más hacia la canalización de tales conflictos, entendiendo que el aspecto conflictivo del hombre es consustancial a su naturaleza.

Como precisa César Manzanos, uno de los objetivos capitales del derecho en la actualidad no es solucionar los conflictos sociales, sino regular los parámetros en los que se desarrollan, procurando evitar los probables efectos perjudiciales que pudieran acarrear a la sociedad.¹⁵¹

¹⁵¹César Manzanos Bilbao. "...uno de las funciones centrales actuales del derecho frente a los diversos conflictos sociales (laborales, fiscales, bélicos, ecológicos, familiares, mercantiles, étnicos, etcétera) no es la solución de los mismos, sino la regulación normativa de las condiciones en las que se producen con el fin de neutralizar algunos de sus efectos y normalizar su percepción (...) el derecho no es sino la plasmación de algunos de los criterios formales que habrían de regir las relaciones personales, grupales, organizativas, nacionales o internacionales y que las rigen en la medida que los operarios que tienen poder para aplicar las leyes tienen interés o poder para hacerlas cumplir a los agentes en litigio. En la medida que el conflicto normalmente supone una postura de ruptura de las reglas de juego formales (léase legales) el derecho se convierte simplemente en la constatación más (sic) de alteración de la normalidad que legitima la intervención de los sistemas de control formal coercitivos (militar, policial, jurídico-penal o carcelario) para tratar de eliminar los síntomas del conflicto (guerra, terrorismo, violencia social). No obstante, todo conflicto tiene un final. El fin de un conflicto va en función del costo del mismo. Por eso el final de un conflicto no significa que la situación conflictiva y los factores estructurales que lo producen hayan desaparecido. Significa que a corto plazo determinadas soluciones se han impuesto o han resultado aceptadas por las partes en litigio. Normalmente se habrán alcanzado algunos de los objetivos y otros no (...) La detención de un conflicto es el resultado, no de la imposición de la voluntad del más fuerte, sino de una interacción de los adversarios. Es el potencial vencido quien realiza la paz, quien intenta hacer entender a su adversario que el fin del conflicto es posible. Normalmente el más fuerte mantiene el conflicto desencadenado si no puede eliminar al adversario antes que ceder, a no ser que el cúmulo de

El derecho está íntimamente vinculado con la noción de justicia, y ser justos es como decía una máxima romana SUI CUIQUE TRIBUERE, darle a cada cual lo suyo. Al pretender canalizar los conflictos sociales el derecho no hace otra cosa que facilitarle a los seres humanos la obtención de paz con justicia.¹⁵²

Se puede afirmar que el derecho, tal como lo afirma Tosca Hernández, es la expresión tangible de determinadas prácticas sociales, es decir, el ámbito en el cual se manifiestan los conflictos propios de los distintos grupos sociales. En este sentido, el derecho contribuye en la formación y mantenimiento de un orden social determinado.¹⁵³

Queda claro que la participación del derecho en la sociedad se puede manifestar de dos maneras. Puede adquirir una expresión pasiva, al permanecer inactivo frente a los cambios sociales, o puede expresarse activamente al comprometerse con lo que ocurre en el devenir histórico de la sociedad en su conjunto.

contradicciones que le genera el conflicto, desencadene en él costos que no le merezcan la pena: procesos de pérdidas económicas irreparables, altas dosis de deslegitimación política, etc. Así pues, el conflicto finaliza con la eliminación de uno de los adversarios o porque el coste subjetivo del conflicto se torna superior al coste subjetivo de la detención del mismo". *Derecho y sociedad*. María José Afón y otros (coordinadores). Ed. Tirant lo blanch. Valencia 1998. p. 446-447

¹⁵²Fernando de Trazegnies. "El derecho de nuestro tiempo no abandona la justicia; sólo que la reivindica desde una perspectiva social, sistemática, antes que desde una visión diádica e intersubjetiva: la justicia debe presidir el sistema en su conjunto, sin perjuicio de que muchas de las soluciones particulares sean indiferentes desde el punto de vista moral y respondan a criterios fundamentalmente técnicos: implantar el seguro obligatorio de automóviles y suprimir así el análisis de la culpa personal para determinar la reparación del daño, no es acabar con la moralidad del derecho. No se trata, entonces, de una renuncia a la moral en general, sino de una renuncia a valores jurídicos basados en una moralidad que ya no satisface: el nihilismo de la sospecha es un método y no una doctrina; más allá del bien y del mal, se reconstruyen otras categorías éticas y otras instituciones jurídicas con características diferentes, quizá menos presuntuosas, más atentas a las realidades cotidianas e históricas, preocupadas no solamente de su valor para el individuo en particular sino para la sociedad en general". *El derecho civil ante la post-modernidad*. En: *Revista Derecho* N° 45. Lima Fondo Editorial PUCP. Diciembre 1991. p. 332-333

¹⁵³ Tosca Hernández. "El fenómeno jurídico puede concebirse como la expresión histórica formalizada de valores y reglas que surgen en la praxis de los hombres con el fin, a su vez, de articular sus relaciones sociales. Esto significa reconocerle al derecho una doble función: la de codificar normas (selecciona y formaliza reglas y valores sociales), y en tal sentido contiene funciones ideológicas-justificativas, y la de coaccionar a fin de mantener la cohesión social. Pero también se acepta, desde otro enfoque, que el derecho constituye una práctica social específica, en donde se expresan históricamente los conflictos de los grupos sociales en la delimitación formal y la reproducción de las relaciones de poder; en otras palabras, en la creación y mantenimiento de un orden social determinado. Desde esta perspectiva se rescata el significado del derecho en las relaciones históricas de dominación-sumisión y por ende en su vinculación con el ejercicio del poder". *El derecho en la dinámica orden-obediencia de los sistemas de significación social*. En: *Sentido y razón del derecho. Enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática*. Roberto Bergalli (coordinador). Editorial Hacer. Barcelona 1992. p. 37

4.1 ¿ Inacción o Compromiso?

Frente a los cambios sociales el derecho se encuentra ante una disyuntiva: actuar o no actuar, es decir, permanecer inactivo o comprometerse con su entorno. Cada opción tendrá sus propios efectos, y será en la práctica donde se verán reflejadas tales consecuencias.

4.1.1 Laissez – Faire, Laissez - Passer

Como afirma José Ramón García Menéndez, la expresión *laissez-faire*, *laissez-passer*, dejar hacer, dejar pasar, le es atribuida a Gournay a fines del siglo XVIII, y sintetiza el pensamiento liberal económico de la época.¹⁵⁴

Básicamente lo que encarna el término '*laissez faire, laissez passer*' es una no-intervención del estado en los asuntos de la sociedad. Se desprende el interés general del individuo de su interés particular. Por una parte el protector del interés general del individuo es el estado, mientras que el que garantiza el interés individual de las personas es la sociedad civil, y cuanto menos entorpezca el estado la protección del interés individual de las personas, mayor beneficio logrará obtener la sociedad civil.¹⁵⁵

¹⁵⁴ José Ramón García Menéndez. *El equilibrio sutil*. Ed. Tifón Madrid 1989. p. 78

¹⁵⁵ José Ramón García Menéndez. "...Hegel fue un acérrimo defensor de la economía liberal y, desde una fecha tan temprana como es a principios del siglo XIX, se manifiesta filosóficamente atormentado por el desgarramiento interno del liberalismo, crisis que merece el apelativo de 'gran drama de la sociedad moderna'.

Por otro lado, en Hegel, el estado y la sociedad civil, como instituciones sociales, tienen distintos objetivos: mientras el estado persigue el interés general del individuo, la sociedad civil tiene como fin la defensa del interés individual. En otras palabras, a la sociedad civil le corresponde la esfera, el momento individual: los individuos se relacionan entre sí y para sí (trabajan, producen, realizan intercambios) con una voluntad racional. 'Tal es, por ejemplo, el mundo de la economía política del *laissez-faire, laissez-passer*, mundo que había impresionado a Hegel...', escribe Jean Hippolite.

Por su lado, Ernst Bloch va más allá y nos dice que la sociedad civil, en Hegel, es la sociedad burguesa, generada en 1789, la misma en que pensaba Adam Smith cuando escribía su *Riqueza de las Naciones*, aquella en que la suma de fines individuales resultaba el interés colectivo. El estado, en cambio y siguiendo a Bloch, se configura en el pensamiento hegeliano como la voluntad general sustancializada, donde el individuo como miembro ideal del estado, como ciudadano, se distingue del individuo como miembro real de la sociedad afectado por el 'egoísmo' particular; diferenciación que recuperará Marx cuando éste analice la revolución francesa y la efectividad de las tablas de derechos ciudadanos.

El estado, en definitiva y según Hegel, se erige en un espíritu objetivo, con una propia autonomía de racionalidad que '...se eleva por encima del *laissez-faire, laissez-aller*, que es principio que guía a todo individuo, sobre todo al poderoso, en sus negocios (...)

Es necesario subrayar que Hegel, aún afirmando que el estado por su naturaleza está por encima de la sociedad civil, quiere mantener el liberalismo burgués incrustado en su seno. En otras palabras, Hegel percibe la desigualdad y la creación de pobreza en la sociedad civil, por eso propone la superación de la misma, pero no del estado, que continuaría dentro del marco del liberalismo, sin alterar su carácter clasista, burgués (...) la inalterabilidad de las relaciones capitalistas de producción situaba la superación de la sociedad civil en el estado liberal como una propuesta estrictamente ideal". op. cit. p. 79-80.

Aplicando la doctrina del *laissez-faire*, *laissez-passer* al derecho, tendríamos que el derecho, según esta doctrina debería abstenerse de intervenir en las relaciones sociales, porque de hacerlo podría afectar la realización de la planificación divina. Recordemos que la fundamentación filosófica del pensamiento liberal económico, en el cual se inserta la doctrina del *laissez-faire*, *laissez-passer*, propone la existencia de un orden natural, dentro del cual la voluntad humana importa poco. Se afirma que si el hombre actúa libremente, aunque lo haga de manera egoísta, terminará obteniendo no sólo su bienestar individual, sino el de toda la sociedad. Al orden natural de las cosas no debe contraponérsele reglamentación humana alguna, porque hacerlo acarrearía atacar los designios de la divina providencia.¹⁵⁶

El pensamiento clásico liberal – económica y políticamente – ha sido históricamente superado, y hoy se habla de un neoliberalismo, donde el estado adquiere un papel más trascendente, donde la inacción frente a las relaciones sociales conflictivas no es concebida más. De la misma manera, creemos que el derecho no puede asumir la doctrina del *laissez-faire*, *laissez-passer*, no sólo por una cuestión de devenir histórico, sino fundamentalmente porque la dinámica del mundo actual nos sugiere la asunción de posturas acordes con los fenómenos propios de nuestra era, llámese, globalización, navegación espacial, biogenética, y demás realidades que exigen planteamientos novedosos, creativos, satisfactorios y eficaces. El derecho no puede mantenerse indiferente frente a los abusos que se puedan cometer en nombre de un mal entendido progreso.

¹⁵⁶Guillermo Aznarán Castillo. "Principales propuestas de la escuela clásica o liberal. Filosóficas. Se propone la existencia de un orden natural, al margen de la voluntad del hombre; éste si actúa libremente y de acuerdo a sus propios y exclusivos intereses, en realidad está asegurando no solamente su bienestar individual, sino también el de la sociedad. Inclusive si un individuo actúa egoístamente en su empeño por lograr su particular felicidad, en realidad está posibilitando la felicidad de todos. Este planteamiento resulta funcional a la demanda de no-intervención del estado, porque ésta se asume, entorpecería la realización de la planificación divina. El orden natural, noción que existió desde los filósofos griegos y romanos, no debe ser contrariado con reglamentaciones humanas; en este sentido, cualquier acción humana, simplemente estará impidiendo que los designios de la divina providencia se concreten. En consecuencia, este orden natural es superior a todas las intervenciones y adaptaciones artificiales producto de las leyes humanas (...) la intervención estatal es sustituida por la intervención de la divina providencia; esta sustitución, según los liberales, es benigna para la sociedad, porque así habría una mejor organización social" *Crítica al liberalismo económico*. Ed. Magisterial. Lima 1995. p. 29-30

4.1.2 Regular sin recortar

Descartada la postura del *laissez-faire*, *laissez-passer* del derecho frente a los conflictos sociales, la apuesta por asumir es la del compromiso, es decir, el derecho debe comprometerse con la sociedad de su tiempo. Puede hacerlo procurando suprimir los conflictos sociales o intentando simplemente canalizarlos. Nos inclinamos – siguiendo a Trazegnies – por la segunda opción, aquella que implique regular el conflicto, pero sin recortar el carácter conflictual de la naturaleza humana.¹⁵⁷

4.1.2.1 La responsabilidad extracontractual y la ley especial como variables sancionadoras de la competencia desleal

Regular sin recortar el fenómeno de la deslealtad en el comercio, implica adoptar un sistema eficaz de sanción contra los perjudiciales efectos que tal deslealtad representa.

Como lo señalamos al final del capítulo segundo, la doctrina nos presenta dos maneras de procurar reprimir la competencia desleal: mediante el principio de la responsabilidad extracontractual, o a través de la adopción de una ley especial.

El sistema de la responsabilidad extracontractual - como indicamos en su oportunidad - se aplica en los países que no cuentan con una ley especial sobre represión de la competencia desleal. Se entiende que la deslealtad en el comercio

¹⁵⁷Fernando de Trazegnies. "Nadie puede pensar seriamente en suprimir los conflictos sociales: el hombre por naturaleza es conflictivo, porque cada hombre es una perspectiva sobre le mundo que pretende imponer su punto de vista, cada hombre tiene una voluntad de poder que choca con la de los demás hombres (...). Hay un poder de la razón, un poder de la cultura, un poder de la tecnología, un poder de la solidaridad, quizá incluso un poder de la santidad. Cada vez que tratamos de convencer a alguien, cada vez que proponemos algo, cada vez que juzgamos una situación desde nuestro punto de vista, estamos ejerciendo un poder que se confronta y se mide con otros poderes. Y de ahí surge el conflicto (...) los conflictos son sanos porque expresan la vitalidad de una sociedad, la distribución adecuada del poder entre todos sus miembros. El derecho no pretende entonces, suprimir el conflicto sino canalizarlo y convertirlo en positivo (...) cuando el derecho logra elevar el conflicto del nivel físico al nivel espiritual, esa agresividad y ese deseo de poder del hombre toman un sentido positivo: en vez de matarse unos a otros, los hombres intentarán superarse en la habilidad del discurso, en la creatividad artística, en la competencia comercial, en la capacidad de invención y de renovación tecnológica (...) el derecho, en su afán de establecer el orden, no debe destruir el conflicto, sino sublimarlo, llevarlo a niveles y a condiciones en que a través del conflicto los hombres se superen unos a otros, y en esta forma, cada uno se supere a sí mismo". Este maravilloso mundo cambiante. op. cit. p. 16-17

es un acto ilícito. El marco jurídico está dado por una norma positiva dentro del sistema de responsabilidad extracontractual del respectivo cuerpo legal, similar en la mayoría de los casos, al artículo 1969 del código civil peruano: "aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo". Es decir, en este sistema actuar deslealmente en el comercio implica dañar ilícitamente a otro, dicho en otras palabras, es cometer un daño concurrencial indebido, lo cual debe ser reprimido para permitir un normal funcionamiento del mercado.

El sistema de la responsabilidad extracontractual contiene un obstáculo insalvable respecto de su eficacia para pretender solucionar un problema de índole mundial, como lo es la deslealtad publicitaria en Internet, nos referimos a la territorialidad de cada ordenamiento positivo. Es decir, los países que tienen este sistema sólo pueden atacar el problema respecto de las personas domiciliadas en su territorio. Así tenemos que, en el caso de Francia, por ejemplo, las normas de responsabilidad extracontractual de su código civil, sólo le serán oponibles a las personas domiciliadas en Francia. Los no domiciliados escapan a su capacidad sancionadora. Por eso creemos que este sistema es insuficiente para atacar el problema de la publicidad desleal en la red.

El segundo sistema proporcionado por la doctrina para reprimir la deslealtad en el comercio es la aplicación de una ley especial, la cual a su vez se enmarca dentro de un determinado sistema de regulación publicitaria.

Los sistemas de regulación publicitaria son tres: el sistema autoregulatorio, el jurídico y el mixto. El sistema publicitario autoregulatorio es el recogido en los códigos de éticas publicitarios, el sistema publicitario jurídico es el comprendido en el ordenamiento positivo, sea en el código civil, en una ley estatal especial o en un convenio internacional. Por último el sistema mixto es el que comprende la aplicación de ambos, asumiendo una complementariedad de los mismos.

Lo que queda claro es que la regulación de la actividad publicitaria es fundamental para garantizar la lealtad en el tráfico mercantil.¹⁵⁸

Ahora bien, cuando se enfrenta el problema de la deslealtad publicitaria en la red, debemos advertir que nos encontramos ante dos posibles supuestos. En primer lugar, podemos estar en el caso de agentes publicitarios domiciliados en el Perú, y en segundo término, ante agentes no domiciliados en el país. La manera de enfrentar cada supuesto amerita un enfoque distinto.

4.1.2.2 El caso de los agentes publicitarios domiciliados en el Perú. El sistema mixto de regulación publicitaria. La autorregulación publicitaria. La complementariedad entre el CONAR y el INDECOPI

Cuando los agentes publicitarios se encuentran domiciliados en el Perú el sistema idóneo de regulación es el mixto, es decir, aquél que complementa el sistema autorregulatorio con el estatal o jurídico.

La autorregulación publicitaria es un sistema a través del cual los anunciantes, las agencias y los medios de comunicación acuerdan establecer ciertas conductas éticas, las cuales se comprometen a cumplir para lograr un adecuado accionar publicitario en el mercado. Se percibe al sistema como beneficioso para todos.¹⁵⁹

¹⁵⁸Gabriela Bardales y Raquel Reinoso. "En nuestro país, la publicidad se ha desarrollado al influjo de la situación económica o política imperante, y en el actual marco de liberalización de los mercados y de incremento de la competencia, está cobrando mayor relevancia como herramienta eficaz y directa para que las empresas hagan conocer sus productos a los consumidores. Sin embargo, la verdadera libertad de elección del consumidor hace indispensable la existencia de información adecuada y veraz, pues no elige libremente quien no dispone de todos los elementos para hacerlo o recibe información distorsionada. Desde este punto de vista, la regulación de la publicidad es vital si se quiere garantizar que la competencia entre las empresas se circunscriba a prácticas que no vayan en perjuicio de los consumidores o de los consumidores o de los competidores, y para ello es necesario observar la práctica publicitaria de las empresas anunciadoras, pues el grado de regulación dependerá del grado de madurez alcanzado, no sólo por el mercado, sino también por las empresas que lo integran". La praxis legal y ética de la publicidad en el Perú. En: Cuadernos de difusión de ESAN. Lima N° 5. Junio 1995. p. 69

¹⁵⁹José Gómez Segada y Carlos Lema Devesa. "La autorregulación en la actividad publicitaria es un sistema mediante el cual los profesionales publicitarios se someten voluntariamente a unas normas de conducta cuyo cumplimiento es encomendado a un órgano de control que puede actuar de oficio o a instancia de los interesados, sean competidores o consumidores". La autodisciplina en el derecho comparado y en el derecho español. ADI. T. VII. Madrid 1981 p. 40

Como afirma Fernando Raventós, la autorregulación publicitaria no puede ir contra la regulación positiva de cada país, y si ello ocurre se convierte en ilícita.¹⁶⁰

La autorregulación publicitaria supone la aceptación voluntaria y el posterior cumplimiento de las pautas éticas acordadas por los agentes publicitarios. La función de la autorregulación consiste en supervisar la calidad de la información, salvaguardar la credibilidad de la publicidad, y vigilar el cumplimiento de los principios publicitarios de legalidad, decencia, veracidad y lealtad.

Los códigos de ética recogen estas normas autorregulatorias en un campo ordenado y sistemático. En un código de ética publicitario se establecen los parámetros dentro de los cuales se debe enmarcar todo anuncio publicitario. Así tenemos que para un código de ética publicitario cualquiera, un anuncio debe ser veraz, comprobable fácticamente, correcto, honesto, lícito, reconocible como anuncio, original en cuanto a su creación y fundamentalmente leal en la competencia.

En el Perú el ente deontológico actual es el Consejo de Autorregulación Publicitaria CONAR, el cual vela por la adecuada observancia del código de ética publicitaria del Perú, teniendo como fin el incentivar el desarrollo de la industria publicitaria dentro del cumplimiento de los llamados principios publicitarios de legalidad, decencia, veracidad y lealtad.

El CONAR está formado por la Asociación Nacional de Anunciantes ANDA, la Asociación Peruana de Agencias de Publicidad APAP y la Asociación de Radio y

¹⁶⁰ Fernando Raventós. "La regulación deontológica o ética, conocida también como autorregulación o autodisciplina, está basada en un conjunto de reglas de conducta dictadas por el gremio publicitario (conformado por el denominado triángulo publicitario: los anunciantes, las agencias y los medios), aplicables sólo a aquellas personas que voluntariamente han aceptado cumplirlas, y respaldadas por sanciones, ya que las reglas carentes de sanción no son consideradas de autodisciplina, sino simples recomendaciones. Es importante anotar que la regulación ética no puede contradecir los preceptos de la regulación jurídica, puesto que de ser así devendría en ilícita. En este sentido, se puede afirmar que toda regulación ética para que sea válidamente exigible debe encontrarse siempre encuadrada dentro del marco jurídico fijado por el estado. Las normas éticas pueden ser más exigentes que las normas jurídicas, pero nunca más permisivas que éstas. En ambas formas de regulación la normativa es muy similar en su esencia, la diferencia estriba en la obligatoriedad, impuesta verticalmente en las normas jurídicas y voluntariamente aceptada en las normas éticas". La regulación de la publicidad comercial en el Perú. En: Realidad legal de las comunicaciones. José Perla Anaya (editor) Editorial Deyco Lima Marzo 1990 p. 99

Televisión ARTV, es decir, reúne a los tres pilares de la industria publicitaria: anunciantes, agencias de publicidad y medios de comunicación social; quienes deciden crear el código de ética publicitaria, el cual contiene las pautas de conducta, a las cuales se someten y se comprometen a cumplir.

El CONAR empezó sus funciones el 25 de febrero de 1998 y desde entonces ha cumplido básicamente dos funciones. En primer lugar, se encarga de difundir las normas del código de ética publicitaria y junto a ello, sirve como interlocutor entre las partes cuando se presenta un caso de conflicto con las normas de ética establecidas por la industria publicitaria.

El CONAR cuenta en su organización con dos instancias, a saber, la primera instancia la forma la comisión permanente de ética y la segunda instancia está compuesta por la junta directiva, la cual actúa sólo en casos de apelación respecto de los fallos de la comisión permanente. Los procedimientos ante el CONAR son simples, rápidos y económicos

Respecto a la eficiencia del CONAR, a dos años de su creación, Julio Luque Badanes, presidente de la comisión permanente de ética, en una reciente entrevista afirma que el balance es positivo, toda vez que los involucrados en los casos presentados ante el CONAR han acatado los fallos del mismo, a pesar de no tener fuerza legal. Se ha mostrado coherencia y unidad de criterios al resolver los casos, por cuanto el total de fallos apelados fueron confirmados por la junta directiva. Otro aspecto a destacar es el valioso grupo de casos resueltos vía conciliación, mecanismo ideal de solución de conflictos para el CONAR.

Lo negativo en este lapso es la poca difusión que ha tenido el CONAR como ente encargado de velar por los derechos de los agentes publicitarios.

Por lo general los afectados recurren al INDECOPI antes que al CONAR.¹⁶¹

¹⁶¹Redacción de ANDA. Ante la pregunta ¿cuál es su evaluación de los primeros dos años de funcionamiento del CONAR?, el ingeniero Julio Luque Badanes responde: "En general muy positiva. Tal vez lo más destacable es la disposición que han mostrado todas las empresas involucradas a acatar los fallos de la comisión de ética a pesar de que como sabemos dichos fallos no tienen fuerza legal. Ha quedado demostrado que la fuerza moral del gremio es para muchos inclusive más importante que la propia ley, al extremo que hemos tenido varios casos en los cuales los denunciados han preferido retirar o

En este punto se podría advertir cierto conflicto de competencias entre el CONAR y el INDECOPI, por cuanto la ley señala que la institución responsable de sancionar las infracciones en cuestiones publicitarias es el INDECOPI. Aclarando este tema el ingeniero Luque Badanes indica que no existe ningún conflicto entre el INDECOPI y el CONAR, en realidad ambos se complementan. Lo que ocurre es que, de acuerdo al CONAR, los conflictos publicitarios debieran preferentemente procurar ser solucionados en el ámbito interno, es decir, entre los propios agentes publicitarios, aplicándose el principio de subsidiariedad, según el cual, la intervención estatal sólo debe darse cuando al interior del gremio publicitario no se pudo alcanzar una salida satisfactoria. Se pueden señalar dos limitaciones respecto de la supervisión estatal de la publicidad. La primera se da por el evidente conflicto de intereses entre el INDECOPI y el estado, al ser éste el primer anunciante publicitario del país. La segunda limitación es más de carácter técnico-jurídico, al estar un organismo estatal imposibilitado de sancionar campañas publicitarias basadas en principios éticos. El marco normativo en el cual debe y tiene que operar el INDECOPI es la ley, y de acuerdo a la ley todo lo que no está expresamente prohibido está permitido. Muchas veces en una campaña publicitaria se afecta el aspecto moral de una persona, y como tal situación no esté tipificada en una norma positiva, el INDECOPI no lo podría sancionar. El código de ética permite precisamente atacar estos supuestos.¹⁶²

modificar sus campañas sin ejercitar su legítimo derecho de defensa. Otra razón de satisfacción es el hecho de que el 100% de los fallos que fueron apelados a la junta directiva (la segunda instancia del CONAR) fueron confirmados por ésta íntegramente, mostrando coherencia y unidad de criterios. Una tercera razón de satisfacción es la importante cantidad de casos que se han resuelto por conciliación de las partes, que es para nosotros el mecanismo ideal. Como negativo podría mencionar la poca difusión que hemos tenido. Creo que existen aún muchas empresas y consumidores que no saben que pueden recurrir al CONAR cuando sienten que sus derechos son lesionados por una determinada campaña publicitaria". Entrevista al ingeniero Julio Luque Badanes. *En*: Revista del ANDA N° 22 Lima Abril 2000 p. 4

¹⁶²Redacción de ANDA. Ante la pregunta la ley indica claramente que la institución responsable por sancionar las infracciones en temas publicitarios es el INDECOPI, en este contexto ¿cuál es la razón de ser del CONAR?, ¿existe conflicto entre dos instituciones, una privada y la otra estatal, que en principio tienen la misma función?, el ingeniero Luque Badanes responde: "Desde nuestro punto de vista no existe ningún conflicto entre INDECOPI y el CONAR. Simplemente pensamos que los conflictos al interior del gremio (anunciantes, agencias y medios) es preferible solucionarlos internamente, es decir, aplicamos el principio de subsidiariedad, según el cual la intervención de un tercero de mayor nivel (en este caso el estado) sólo debe ocurrir cuando no se produce una solución satisfactoria para todos en la instancia inferior. Creemos además que la supervisión estatal de la publicidad tiene una serie de limitaciones. La primera y más evidente es el conflicto de intereses que se genera al ser hoy el estado el primer anunciante en el país. Pero la limitación más importante es la imposibilidad que tiene un organismo estatal de sancionar campañas basado en principios morales y/o éticos. La misión de un ente de supervisión estatal es hacer cumplir la ley, pero sabemos que desde un punto de vista legal, todo lo que no está expresamente prohibido está permitido. Ocurre que existen muchas situaciones en las cuales la inmensa mayoría de personas pensamos que, por ejemplo, se ofende la dignidad de las personas pero que al no estar explícitamente contemplados en la ley un organismo estatal no puede sancionar. En el CONAR actuamos basados en nuestro código de ética, que nos permite revisar este tipo de casos" op. cit. p. 4-5

En todo caso, la adopción de un sistema mixto de regulación publicitario permite la coexistencia del sistema autorregulatorio y del sistema jurídico o estatal. La regulación jurídica suele vislumbrar su eficacia cuando se trata de aplicar sanciones, y por otro lado la autorregulación nos brinda un valioso aporte al desarrollar standards en el área de la moral y de la ética. Queda claro que dichos standards estarán siempre vinculados a una sociedad determinada.

Finalmente será el afectado por la publicidad desleal el que decida si recurre al CONAR o al INDECOPI, precisamente ésta es la ventaja de contar con un sistema mixto de regulación publicitario cuando nos encontramos en el supuesto de los agentes publicitarios domiciliados en el Perú.

El código de ética publicitaria del Perú entró en vigencia en marzo de 1998, contiene las pautas de conducta aplicables a todos los anunciantes, agencias de publicidad y medios de comunicación, aunque no formen parte del ANDA, APAP o ARTV.

Los principios generales del código de ética están recogidos en el mismo, y señalan lo siguiente:

- a. La libertad de industria y de comercio se enmarcan dentro de un sistema de economía social de mercado, lo cual beneficia a toda la sociedad y donde la publicidad se convierte en una herramienta ideal para el normal funcionamiento de dicha economía de mercado.
- b. La información es vital para el desarrollo de la colectividad, implica libertad, comunicación y expresión, fomenta la transparencia en el mercado al permitir que los ciudadanos lleven a cabo elecciones de consumo de una manera más racional y fundamentada

- c. La actividad publicitaria supone un cúmulo de obligaciones y deberes para con la sociedad, lo cual se advierte en las normas éticas aceptadas voluntariamente para el logro del bien común.
- d. La publicidad es sugestiva e informativa, adquiriendo un matiz persuasivo respecto del consumidor.
- e. La publicidad se rige por los llamados principios publicitarios de legalidad, decencia, veracidad y lealtad. Es decir, toda publicidad debe ser legal, decente, veraz y leal en el comercio. La sociedad tiene derecho a recibir la información publicitaria bajo estos parámetros.
- f. Se someten a las normas del código de ética, no sólo los anunciantes, agencias y medios, miembros del CONAR, sino toda persona natural o jurídica que participe en la actividad publicitaria, sea de manera activa o pasiva.¹⁶³

El código de ética publicitaria del Perú se basa en el código internacional de práctica publicitaria de la Cámara Internacional de Comercio.

La última edición del código internacional de práctica publicitaria de la Cámara Internacional de Comercio es de abril de 1997, el mismo fue creado en 1937 y revisado en 1949, 1955, 1966, 1973, 1987, y finalmente en 1997.¹⁶⁴

Como se señala en la introducción del código, debemos entender que el código es una verdadera manifestación del reconocimiento de la comunidad comercial de sus responsabilidades sociales respecto de las comunicaciones mercantiles. La globalización de la economía mundial y la intensa competencia derivada de ella, requiere que la comunidad comercial internacional adopte ciertas reglas uniformes de carácter autorregulatorio.

¹⁶³ Código de ética publicitaria del Perú. Principios generales. Lima. Edición revisada en Julio de 1999

Se entiende a la publicidad como un medio de comunicación entre vendedores y consumidores, en este sentido la libertad de comunicación es un principio fundamental.

La cámara internacional de comercio busca promover, a través de este código, la obtención de altos standards en las comunicaciones comerciales, lo cual debe conducir a lograr una mayor eficiencia en el funcionamiento de los mercados internacionales, lo que terminará beneficiando al ciudadano común y corriente, en tanto consumidor

El código se aplica a todo tipo de publicidad comercial, es decir, a aquella que promueve la adquisición de cualquier forma de bien y servicio. Por lo tanto, debe ser acatado por todos los involucrados en la publicidad, sean publicistas o especialistas en marketing, practicantes de publicidad o medios de comunicación en general.

El código debe ser aplicado en su letra y espíritu. Debido a las diferentes características de los diversos medios de comunicación, como son la prensa, televisión, radio, películas, carteles, correo convencional, fax, e-mail, Internet, etc., una publicidad aceptable en un medio puede no serlo necesariamente en otro. La publicidad, por lo tanto, debe ser apreciada por su impacto probable en el consumidor, teniendo en cuenta el medio utilizado.

El código se aplica al contenido total de una publicidad, incluyendo todo lo expresado en él, sean palabras, números, presentaciones visuales y efectos sonoros.

El código contiene ciertas definiciones adoptadas para la aplicación del mismo, así tenemos que:

¹⁶⁴ ICC International Code of Advertising Practice. Introduction. 1997 Edition

- a. Por publicidad se entiende cualquier forma de dar a conocer bienes y servicios, sin considerar el medio utilizado.
- b. Por producto se entiende cualquier bien o servicio.
- c. Por consumidor se entiende cualquier persona a quien va dirigida una publicidad, o a quien razonablemente se espera que llegue. Es decir, se refiere no sólo al consumidor real, sino también al potencial.

De acuerdo al código toda publicidad debe ser legal, decente, honesta y verdadera (artículo 1°).

El código precisa que los lineamientos autorregulatorios señalados en él, deben ser implementados en cada país por las entidades pertinentes (artículo 23°). Siguiendo esta directiva el CONAR adoptó el código de ética publicitaria del Perú, basado precisamente en el código internacional de práctica publicitaria de la Cámara Internacional de Comercio.

La Comisión de Publicidad y Marketing de la Cámara Internacional de Comercio adoptó en abril de 1998 ciertas pautas generales aplicables en asuntos de publicidad y marketing en Internet, las cuales deben ser asumidas como principios para un desarrollo responsable de la publicidad y el marketing en Internet, así como de la world wide web, los servicios en línea y las redes electrónicas.

Como se indica en la introducción de las pautas generales¹⁶⁵, la promesa global de nuevas tecnologías en las comunicaciones se ha convertido en un asunto de gran interés público, a medida que los agentes económicos y los gobiernos discuten las mejores maneras de introducir estas tecnologías y de compartir con los consumidores los beneficios que ofrecen.

¹⁶⁵ICC Guidelines of advertising and marketing in Internet. Introduction April 1998

Uniendo el uso cotidiano del ordenador y de la pantalla de televisión a la transmisión instantánea de las telecomunicaciones, estas tecnologías están otorgando nuevos significados en la entrega de información, entretenimiento y servicios comerciales, uniendo cada vez más al comercio y a los consumidores.

Los consumidores están facultados, más que nunca, a dialogar con los productores y expresar con precisión sus necesidades y deseos particulares.

Las pautas buscan mejorar la confianza de los usuarios al verse expuestos a publicidad comercial en la red.

Es preciso recordar que tanto los códigos de ética como las pautas de la Cámara Internacional de Comercio están siempre sujetos a la legislación vigente de cada país. Es decir, son sólo lineamientos generales que podrán ser adoptados o no por cada país, y será al interior de cada país donde se apliquen o no.

Las normas autorregulatorias tienen dos parámetros dentro de los cuales se desenvuelven: primero está su falta de coercibilidad, nadie está obligado a cumplir una norma ética, se cumple con ella porque se cree que se debe hacer. En segundo lugar los códigos de ética son adoptados por cada país, donde existe una entidad respectiva que vela por el cumplimiento del código, es decir, las normas éticas terminan siendo territoriales. Así el Perú cuenta con su código de ética, que es aplicado por el CONAR, de la misma manera que Chile o Brasil cuentan con sus respectivos códigos de ética.

Como se puede advertir el fenómeno publicitario en Internet rebasa las fronteras, y si bien el sistema mixto de regulación es eficaz en los casos de agentes publicitarios domiciliados en el Perú, se convierte en insuficiente cuando hablamos del caso de los agentes publicitarios no domiciliados en el Perú, en este último supuesto el marco normativo debe variar.

Cabe precisar que los agentes publicitarios domiciliados en el Perú, a la par del sistema mixto de regulación, pueden recurrir para la solución de sus conflictos a una conciliación o arbitraje, mecanismos alternativos que siempre están al alcance de los afectados en cualquier tipo de controversia. Este supuesto requiere del consentimiento de ambas partes para su concreción.

Las normas autorregulatorias se basan en standards éticos o morales aplicables en el desarrollo de la actividad publicitaria. La moral – que duda cabe – es propia de un tiempo y lugar determinado, es decir, responde a cada sociedad de manera diferente. Por lo tanto resulta inviable pretender la dación de normas de conducta universales, por cuanto, lo que es correcto, por ejemplo, para la sociedad iraquí actual, mayoritariamente musulmana, no tiene porqué ser correcto para la sociedad peruana actual, mayoritariamente católica. Somos diferentes y es precisamente desde dicha diferencia que debemos procurar armonizar las interrelaciones comerciales de las distintas sociedades del orbe. Debemos, como decía José María Arguedas, buscar la unidad desde la diversidad.

4.1.2.3 El caso de los agentes publicitarios no domiciliados en el Perú. El sistema jurídico de regulación publicitaria. Hacia la creación de un convenio internacional sobre publicidad comercial en Internet. La ejecutabilidad del convenio. El arbitraje internacional. La realidad del cibertribunal peruano: modelo de rapidez y eficiencia.

Es precisamente en la intención de buscar la unidad desde la diversidad, que planteamos como salida viable – desde el punto de vista jurídico – la adopción de un convenio internacional sobre publicidad comercial en Internet, el cual sea ejecutable a través de un arbitraje internacional, para los casos en los cuales los anunciantes y las agencias de publicidad no se encuentren domiciliados en el Perú.

Como señala Monroy Cabra, los tratados internacionales son acuerdos entre estados o sujetos de derecho internacional encaminados a regular su comportamiento recíproco.¹⁶⁶

Los tratados pueden ser bilaterales, si se realiza sólo entre dos estados o multilaterales si se realiza entre más de dos estados. A su vez los tratados multilaterales pueden ser cerrados, reservados a un restringido número de estados o pueden ser abiertos, es decir, pueden ser suscritos por cualquier estado sin restricción.

Los tratados en la práctica internacional adquieren distintas denominaciones, a saber: pactos, acuerdos, declaración, convenios. Por pacto se entiende el compromiso bilateral o multilateral referente a aspectos políticos de los estados. Por acuerdo se entiende el compromiso interestatal no supeditado a ratificación. Por declaración se entiende la afirmación de dos o más estados acerca de cuestiones específicas, sean políticas o económicas. Por convenio se suele indicar el compromiso que determina las relaciones entre los estados en algún tema en concreto.

Entendiendo que el tema de la publicidad comercial en Internet es un tópico concreto creemos conveniente denominar convenio al tratado internacional que se refiere a tal asunto. Aunque queda claro que las distintas nomenclaturas sólo tienen un efecto práctico y no jurídico, es decir, podría denominarse al acuerdo de cualquiera de las formas antes descrita, o incluso llamarlo sólo tratado.

El convenio internacional sobre publicidad comercial en Internet debe ser multilateral y abierto a la firma o a la adhesión de todos los países del orbe.

El convenio debe contener ciertas definiciones para intentar uniformizar criterios al momento de evaluar alguna situación de deslealtad publicitaria en la

¹⁶⁶Gerardo Monroy Cabra. Manual de derecho internacional público. Editorial Temis. Bogotá 1986 p. 55

red. Sería conveniente que contara con ciertas definiciones como Internet, world wide web, publicidad comercial, anunciante, agencia de publicidad, internauta, consumidor, entre otras.

Junto con ello debe contar con una cláusula general prohibitiva lo suficientemente amplia que tenga como único parámetro la buena fe comercial objetiva, es decir, se entenderá que determinada actividad publicitaria en la red es desleal cuando sea contraria a la buena fe comercial objetiva. Lo que se entienda por buena fe comercial objetiva será algo totalmente coyuntural, dependerá de lo que se entienda por ello en cada sociedad, en un determinado tiempo y espacio.

Ahora bien, la ejecutabilidad del convenio se puede realizar a través de un tribunal jurisdiccional internacional o un tribunal arbitral. Nos inclinamos por la figura arbitral porque la consideramos más eficaz para resolver los problemas de deslealtad publicitaria en la red. El tribunal arbitral nos ofrece respecto del tribunal jurisdiccional, soluciones más rápidas y eficientes, en cuanto a la satisfacción de los intereses de las partes involucradas, quienes se someten libre y voluntariamente a la competencia arbitral.

El arbitraje es el mecanismo mediante el cual dos o más partes deciden someter un conflicto existente o latente al discernimiento o arbitrio de un tercero imparcial. Se evita, de esta manera, la competencia de un tribunal jurisdiccional estatal o supraestatal, para someterse a la competencia de un tribunal arbitral.

El arbitraje pretende brindar el acceso a una justicia eficiente, a la cual las partes en conflicto se acercan en virtud a su libertad de elegir quien dirima su controversia.¹⁶⁷

¹⁶⁷Roque Caivano. "Si una persona – en su esfera de libertad y autonomía de voluntad – puede renunciar a un derecho propio, parece un principio natural que pueda también entregar la suerte de su derecho a la decisión de un particular que le inspire confianza. La jurisdicción, en definitiva, no importa un ejercicio monopólico a través de los órganos del estado; al ser una función establecida en el interés y protección de los particulares, éstos podrán, en el campo de los derechos que pueden disponer libremente, escoger un sistema privado, al que – por añadidura – la propia ley otorga naturaleza jurisdiccional. El arbitraje puede ser así una de las fórmulas a través de las cuales se asegure a los ciudadanos el acceso a una justicia eficiente, administrada por las mismas partes dentro de su esfera de libertad y en el marco de sus derechos disponibles.

Como indica Zaida Osorio, las características más saltantes del arbitraje son que, se trata de un medio de solución de controversias, la solución del conflicto es decidida por el árbitro, el arbitraje surge de la voluntad de las partes, en el arbitraje hay ausencia de competencia judicial, su procedimiento se realiza con rapidez y en forma sencilla, rige el principio de economía en el procedimiento arbitral, se precisa la intervención de expertos, el arbitraje es un procedimiento donde se cumple con el principio de privacidad, y donde existe amplitud en el examen del asunto controvertido.¹⁶⁸

Tal como lo señala Ulises Montoya, para determinar cuándo nos encontramos ante un arbitraje internacional existen distintos criterios como el caso en que las partes tengan domicilio o nacionalidades diferentes, que el acuerdo de arbitraje se celebre en un estado distinto al del domicilio de las partes, o que el objeto de la controversia se encuentre situado fuera del estado del domicilio de las partes.

Para la convención europea sobre arbitraje comercial internacional, un arbitraje es internacional cuando las partes que se someten a él tienen en el momento de estipular el convenio arbitral su residencia habitual o domicilio en estados diferentes.

Por último, la ley modelo de la comisión de las naciones unidas para el desarrollo mercantil internacional, conocida por las siglas CNUDMI en castellano y UNCITRAL en inglés, en su artículo 1º precisa que un arbitraje es internacional si se presenta cualquiera de estos factores alternativos: a. las partes en un acuerdo de arbitraje tienen al momento de la celebración de ese acuerdo sus

Analizando su función en la sociedad se ha dicho que acaso ninguna institución de las que encierra el ordenamiento jurídico de un país, revele con más hondo significado el sentido que el derecho ocupa en su vida social, como la institución del arbitraje. El conjunto de normas que tienen por misión científica repartir con criterio de justicia, los distintos bienes humanos entre los miembros de una colectividad, está destinado, por la propia naturaleza de las cosas, a sufrir la ruda prueba que los científicos de los intereses afectados le plantean diariamente. Y puestos frente a la necesidad de ordenar igualmente esos conflictos e intereses, el derecho, antes de llegar al puro mecanismo coactivo de la intervención inapelable del poder público, idea una serie de mecanismos de conciliación que tratan de restablecer, en la medida de lo posible, el interrumpido orden de la convivencia social. Tal es precisamente el papel que asume el arbitraje dentro del problema general de las instituciones jurídicas". Negociación, conciliación y arbitraje. APENAC. Lima Febrero 1998 p. 228

¹⁶⁸ Zaida Osorio Ruiz. El arbitraje comercial. Librería y Ediciones Jurídicas LEJ. Lima Setiembre 1997 p. 34

establecimientos en estados diferentes; o b. uno de los lugares siguientes está situado fuera del estado en el que las partes tienen sus establecimientos: 1. el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje, o 2. el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o c. las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un estado.¹⁶⁹

Cabe precisar que la ley peruana de arbitraje ley 26572 de enero de 1996, en su artículo 91º recoge el mismo texto del artículo 1º de la ley modelo del UNCITRAL, salvo en lo estipulado en el inciso c.

Básicamente nos encontramos ante un arbitraje internacional, cuando las partes que acuerdan someterse a arbitraje se encuentran domiciliadas en distintos países, o son de nacionalidades diferentes.

Las personas involucradas en un conflicto de índole internacional suelen desconfiar en someterse a los tribunales del país de la otra parte, por ello quienes realizan intercambios mercantiles a través del mundo prefieren servirse del arbitraje para solucionar sus probables conflictos.¹⁷⁰

¹⁶⁹Ulises Montoya. El arbitraje comercial internacional. *En*: Derecho internacional económico. Beatriz Ramacciotti, Fabián Novak, Dante Negro (editores). Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Octubre 1993 p. 72-73

¹⁷⁰Roque Caivano. "La inexistencia de un tribunal internacional que permita resolver conflictos derivados del tráfico mercantil internacional, es una de las principales causas por las que quienes comercian más allá de sus fronteras hayan optado desde siempre por la utilización del sistema arbitral para dirimir sus litigios. Parece obvio: las partes tienen una natural desconfianza a someterse a los tribunales estatales del país al que pertenece una de ellas. Nadie quiere litigar ante los jueces nacionales de su contraria. Se ha dicho que el arbitraje es absolutamente necesario en el tráfico internacional al punto que resultaría difícil concebir un comercio dinámico sin esta fórmula alternativa para la solución de las disputas. Es una de las respuestas más adecuadas para complicaciones e imprevisibles derivaciones que surgen de cualquier negociación por simple que sea. Su importancia aumenta cuando se deben resolver conflictos entre empresarios de distintos países, regidos por leyes y sistemas jurídicos y procesos diferentes, que provocan en el litigante una natural preocupación cuando debe someterse a tribunales extraños. La creciente competencia en los mercados mundiales y la intervención cada vez más activa de los gobiernos en las transacciones mercantiles internacionales exigen intensificar el uso de esta forma de entendimiento, capaz de ventilar, cordialmente, los agravios que se producen en la vida de los negocios. El arbitraje es un medio que acerca a los empresarios de distintos orígenes, lenguas, costumbres y recursos. Él es en sí mismo un símbolo de la buena voluntad que debe reinar entre los contratantes". op. cit. p. 243

Las partes pueden someterse a un arbitraje institucional o a un arbitraje ad-hoc. El arbitraje institucional es el desarrollado por una entidad determinada, como podría ser un centro de arbitraje internacional cualquiera, el cual cuenta con un reglamento interno, en el cual se estipula el procedimiento arbitral que será utilizado en la dirimencia arbitral. En el arbitraje ad-hoc no existe ninguna institución que administre el arbitraje, sino que las partes directamente eligen a los árbitros y el procedimiento al cual se someten.

Tanto el arbitraje institucional como el ad-hoc pueden a su vez ser de derecho o de conciencia. El arbitraje de derecho supone la sujeción a un determinado ordenamiento positivo, en cambio el arbitraje de conciencia o de equidad supone que los árbitros dictaminan su laudo de acuerdo a su leal saber y entender, sin tener necesariamente que sujetarse a legislación alguna. Ahora bien, el asumir un arbitraje ad-hoc no quiere decir que no se tendrá en cuenta ninguna norma jurídica, sino que las legislaciones sólo se utilizan como un patrón general de criterios y no como una cuestión vinculante con el fallo de los árbitros.

La parte central del arbitraje está dada por el convenio arbitral, es decir, el acuerdo de voluntades por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no, sean o no materia de un proceso arbitral (artículo 9º ley 26572).

Se entiende además, que el convenio arbitral se ha formalizado, cuando a pesar de no existir acuerdo previo, por iniciativa de una de las partes involucradas se somete una controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver el conflicto, mediando asentimiento posterior de la otra u otras partes a dicho sometimiento (artículo 10º tercer párrafo ley 26572).

Adaptando el convenio arbitral al fenómeno publicitario en la red, el anunciante de publicidad en Internet puede someterse al arbitraje de algún centro de arbitraje internacional mediante la colocación de un banner en su web site.

El internauta, si lo desea, podría perfeccionar el convenio arbitral, clickeando sobre el banner del centro de arbitraje, lo cual lo haría ingresar al web site del centro, desde donde podría someterse a la competencia arbitral de dicho centro, rellenando, por ejemplo, un formulario tipo. De esta manera el cibernauta estaría asumiendo sin más formalidades, que ante cualquier conflicto surgido por la exposición de tal publicidad quedará sometido él - al igual que el anunciante - al arbitraje del centro cuyo formulario de sometimiento voluntariamente completó.

Como señala Caivano, en el Perú la nueva ley de arbitraje, ley 26572, ha recogido el moderno concepto de convenio arbitral autosuficiente, eliminando la vieja distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral.

La cláusula compromisoria era el acuerdo por el cual las partes sometían a arbitraje cualquier conflicto futuro, pero una vez surgido el mismo debían celebrar un compromiso arbitral donde en cumplimiento de tal cláusula compromisoria sometían a decisión arbitral la controversia ahora existente. Era todo un procedimiento, que solía acabar en un proceso judicial engorroso, sin el cual el arbitraje no podía celebrarse. En cambio, actualmente, con el nuevo concepto de convenio arbitral autosuficiente, se puede afirmar que la cláusula contenida en un contrato por el cual las partes hayan acordado someterse a arbitraje es suficiente para que puedan acudir al arbitraje sin necesidad de celebrar un nuevo acuerdo de voluntades.¹⁷¹

Las partes al someterse a arbitraje pueden pactar las normas que regirán el proceso directamente o pueden hacerlo indirectamente al remitirse al reglamento interno del centro de arbitraje al cual libremente se han sometido.

¹⁷¹ Roque Caivano. op. cit. p 255

Lo característico del arbitraje es su flexibilidad, informalidad y economía respecto de la justicia ordinaria.¹⁷²

Entre las instituciones internacionales que ofrecen servicios de arbitraje especializados en materias comerciales, tenemos a la International Reclamation Stock, la International Federation of the Seed Trade, la International Wool Textile Organization, la American Arbitration Association, la Asociación Italiana de Arbitraje, la Indian Council Arbitration, la Japan Comercial Arbitration Association, la London Court of International Arbitration, los Tribunales de Arbitraje Adjuntos a la Cámara de Comercio de Amsterdam, Bruselas, Frankfurt, Zurcí, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, la Cámara Internacional de Comercio de París.¹⁷³

Junto a estas renombradas instituciones, ha hecho su aparición en la red de redes el **cibertribunal peruano**, con la intención de resolver los conflictos relacionados con el uso de las redes informáticas y las nuevas tecnologías.

¹⁷² Roque Caivano. "El arbitraje es en esencia, producto del consentimiento de las partes que deciden desplazar la jurisdicción natural de los jueces ordinarios hacia los árbitros. Dentro de su esfera de libertad, las partes también pueden pactar las normas por las que tramitarán el proceso, sea en forma directa mediante el dictado de las reglas a las que deberán ceñirse los árbitros, o en forma indirecta, mediante la remisión a reglas de procedimientos dictadas por la institución arbitral a la que las partes se someten. También pueden las partes encomendar a los propios árbitros la confección de las reglas de procedimiento. La característica principal que se observa en el procedimiento arbitral es su mayor flexibilidad e informalidad, pues está pensado para que la decisión pueda tomarse en forma en forma más expeditiva y económica. Sin embargo, esa mayor libertad formal no significa que puedan vulnerarse las garantías del debido proceso. Es conveniente por ello que las reglas de procedimiento no impongan a los árbitros pautas tan rígidas que conviertan el juicio en una versión abreviada del procedimiento judicial. Las normas procedimentales del arbitraje deben apuntar a contemplar los principios esenciales que brinden a las partes la tranquilidad de que el juicio estará enmarcado en mínimas pautas de seguridad, y que en lo meramente instrumental permitan la amplitud de movimientos de los árbitros. Por principio, si las partes han confiado en que esas personas son las más idóneas para resolver el fondo de la disputa, han de confiar también en que sabrán imprimir al juicio la mecánica que mejor convenga a la naturaleza del caso, pero debiendo en todos los casos respetar las reglas mínimas que garanticen un juicio justo y equitativo. En suma: debe ser flexible y amplio, pero marcando los límites que eviten una absoluta discrecionalidad por parte de los árbitros. Éstos deben dirigir el procedimiento con cierta libertad, evitando convertirlo en una cuestión burocrática o ritualista, pero manteniendo ciertas premisas inmanentes: igualdad entre las partes, posibilidad de audiencia y derecho a una solución intrínsecamente justa". op. cit. p. 259

¹⁷³ Ulises Montoya. op. cit. p. 74

EL CIBERTRIBUNAL PERUANO

El cibertribunal peruano, tal como se indica en su web site <http://www.cibertribunalperuano.org> es una asociación sin fines de lucro cuyo objetivo principal es la resolución de conflictos y controversias derivadas del uso de las tecnologías de la información, mediante la aplicación de la conciliación y el arbitraje. En tal sentido, es competente para evaluar controversias relacionadas al comercio electrónico, contratación electrónica, contratos informáticos, propiedad intelectual, propiedad industrial, derechos de autor, conflictos entre nombres de dominio, actos de competencia desleal en la red, teletrabajo, publicidad y marketing en Internet, protección del consumidor, protección de la intimidad, responsabilidad civil y todos aquellos temas en los que, a petición de parte nacional o extranjera, se solicite su intervención. Sus resoluciones o acuerdos conciliatorios son reconocidos en el Perú como cosa juzgada; es decir, producen todos los efectos de una sentencia consentida y ejecutoriada (artículo 1° del reglamento interno del cibertribunal peruano).

Presentada la solicitud de conciliación y arbitraje, el cibertribunal peruano operará como un ente mediador y conciliador entre las partes. De no arribar a un acuerdo conciliatorio o de llegarse a un acuerdo conciliatorio parcial, actuará en un segundo nivel como tribunal arbitral, aunque se puede acudir directamente al arbitraje.

La comunicación entre los representantes del cibertribunal peruano se desarrollará mediante correo electrónico. Las sesiones de conciliación y las audiencias de arbitraje se realizarán utilizando en algunos casos el correo electrónico y en otros se aplicarán sesiones de chat y de video conferencia entre las partes en conflicto y el tribunal, así como entre los vocales del tribunal. Se usarán sistemas de encriptación que asegurarán la confidencialidad de las comunicaciones.

Si la solicitud de conciliación o arbitraje es presentada por una sola parte, se publicará en el web site del cibertribunal peruano una reseña de la solicitud o demanda para alentar la respuesta de la contraparte. En el caso específico de la publicidad comercial en la red, el anunciante podría poner en su web site un banner con el logo del cibertribunal peruano, el cual al ser apreciado por el internauta podría ser clickeado por él, así ingresaría al web site del cibertribunal peruano, donde leería la reseña respectiva del anunciante, donde éste se somete al arbitraje del cibertribunal peruano, en caso la exposición de su publicidad origine alguna controversia con los internautas o con algún competidor. Si el usuario sufre algún tipo de daño por la exposición de dicha publicidad, también se someterá al arbitraje, siendo el cibertribunal peruano quien dirima el conflicto.

En este sentido el cibertribunal peruano desea establecer convenios con las empresas que publicitan en la red para que éstas exhiban el logo del cibertribunal peruano en forma de link en sus respectivos web sites. Ello significaría que cualquier conflicto derivado en el ciberespacio por la actividad comercial de dicha empresa, sería ventilado ante el cibertribunal peruano, evitando las tediosas discusiones para fijar al juez competente y la ley aplicable.

De esta manera se daría confianza y seguridad al internauta que se ve expuesto a la publicidad en Internet, por cuanto en caso surgiera alguna controversia tendría a quien recurrir para que vele por sus derechos. Y de parte de los empresarios anunciantes también se produciría un beneficio valorizable económicamente porque al agregar el logo del cibertribunal peruano su web site adquiriría un valor agregado, ya que habría un mayor número de internautas dispuestos a apreciar la publicidad que cuenta con dicho logo. Se produciría un mayor nivel de clickeo (click through) sobre los banners publicitarios de sus web sites, y recordemos que ésta es una de las variables que determina el mayor o menor ingreso económico para los anunciantes en la red. **A mayor nivel de clickeo, mayor cantidad de potenciales compradores y por ende, mayor ganancia.**

Para otorgarle seguridad al procedimiento arbitral, una vez nombrados los árbitros, el cibertribunal peruano notificará a las partes la fecha y hora de la audiencia, así como la clave pública que permitirá encriptar y desencriptar los mensajes enviados por las partes al cibertribunal y viceversa, y adjuntará las reglas del procedimiento arbitral regulado por el cibertribunal (artículo 34° tercer párrafo del reglamento interno del cibertribunal peruano).

Es menester precisar que los árbitros son competentes para promover una conciliación en todo momento. Si antes de la expedición del laudo, las partes concilian sus pretensiones, los árbitros dictarán una orden de conclusión del proceso, adquiriendo lo acordado la autoridad de cosa juzgada. Si lo piden ambas partes y los árbitros lo aceptan, la conciliación se registrará en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes, en cuyo caso se ejecutará de la misma manera que un laudo. Cuando la conciliación es parcial, continúa el proceso respecto de los demás puntos controvertidos (artículo 44° del reglamento interno del cibertribunal peruano).

El tribunal arbitral del cibertribunal peruano decidirá el conflicto basado en un arbitraje de equidad o conciencia, es decir, utilizando su leal saber y entender o la *lex mercatoria*, es decir la costumbre mercantil. Las cuestiones jurídicas – como el convenio internacional sobre publicidad en Internet – pueden ser utilizadas como patrón general de criterios, mas no existe obligación de sujetarse a determinadas legislaciones y menos adecuar a ellas el laudo arbitral (artículo 51° del reglamento interno del cibertribunal peruano).

La utilización de un arbitraje institucional no implica no aplicar el convenio sobre publicidad en Internet, lo que ocurre es que el mismo puede ser utilizado como uniformizador de pautas generales sobre el fenómeno publicitario en la red, sirviéndose básicamente de una cláusula general prohibitiva lo suficientemente amplia como para poder encajar en ella cualquier tipo de deslealtad publicitaria acaecida en la red.

Respecto al laudo arbitral que emita el tribunal arbitral del cibertribunal peruano, el mismo deberá contener: el lugar y fecha de expedición, los nombres de las partes y de los árbitros, la cuestión sometida a arbitraje y una sumaria referencia a las alegaciones y conclusiones de las partes, la valoración de las partes en que se sustente la decisión, los fundamentos razonados para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas, y por último la decisión que dirime el conflicto. La resolución será comunicada a las partes por correo electrónico debidamente encriptado y en formato de gráfico, como podría ser en un archivo JPG o GIF, para evitar alguna alteración en el texto. Las partes deberán comunicar el recibo mediante comunicación electrónica o firma electrónica, de ser posible, en la imagen del archivo electrónico. Su publicación, así como una breve reseña del proceso, en el web site del cibertribunal peruano, se realizará con la debida autorización de las partes (artículo 54° del reglamento interno del cibertribunal peruano).

El laudo es definitivo, contra él no procede recurso de apelación, salvo pacto de las partes en contrario. El tribunal expedirá copia certificada del laudo a solicitud de las partes (artículo 56° del reglamento interno del cibertribunal peruano).

En la parte final de la solicitud de conciliación y/o arbitraje existe una cláusula de sometimiento a la competencia del cibertribunal peruano, para evitar cualquier tipo de confusión, y que indica que: "Toda desavenencia o controversia que pudiera derivarse de los servicios o negocios que se puedan derivar de esta página web, incluidas las de nulidad o invalidez, serán resueltas mediante fallo definitivo e inapelable de conformidad con los reglamentos de conciliación y arbitraje del cibertribunal peruano a cuyas normas las partes se someten en forma incondicional". La presente cláusula debe aparecer al clickear sobre el banner del cibertribunal peruano, el cual a su vez, deberá aparecer en un lugar visible del home page del web site del anunciante. De esta manera el internauta

sólo tendrá que aceptar también el sometimiento a tal arbitraje al llenar el respectivo formulario de dicho mecanismo, a sólo un click de distancia. Así de fácil y sencillo.

El cibertribunal peruano puede llegar a convertirse – si los internautas y anunciantes en línea así lo deciden – en un excelente modelo de rapidez y eficiencia en la resolución de controversias por el uso de redes informáticas y nuevas tecnologías, valiéndose para ello de una idónea utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, es decir, de la conciliación y fundamentalmente del arbitraje.

Todo dependerá del vertiginoso devenir informático, mucho más rápido que el lento desarrollo de las tradicionales instituciones jurídicas. Sólo el tiempo nos mostrará si esta propuesta llega a consolidarse.

4.2 Urbi et orbi. ¿Hacia dónde vamos?. La globalización del tercer planeta rebasa al derecho: un nuevo desafío.

En 1989 cayó el muro de Berlín y con él se empezó a derrumbar el sistema internacional reinante en ese momento: la bipolaridad. Después de la segunda guerra mundial y con el advenimiento de la llamada guerra fría, el mundo se polarizó en dos bloques: uno capitalista, con los Estados Unidos de Norteamérica a la cabeza, y otro, socialista, con la Unión de República Socialistas Soviéticas, como líder.

La desestructuración del modelo socialista trajo consigo la posterior y paulatina desaparición de la bipolaridad mundial, dando paso a la fragmentación

del paisaje económico mundial, es decir, a la formación de grupos regionales que se van gestando a la luz de la globalización.¹⁷⁴

Es en este mundo fragmentado donde logra su mayor desarrollo el fenómeno de la globalización, al interior del cual, se lleva a cabo con gran dinamismo la intensa utilización de las redes informáticas y las nuevas tecnologías, y donde la publicidad en Internet adquiere cada día mayor relevancia económica.¹⁷⁵

La globalización es el proceso mediante el cual las relaciones humanas interactúan a escala mundial. Esta interacción se da a todo nivel: político, cultural, religioso y fundamentalmente económico. Lo que ocurre en una sociedad determinada se vincula – en virtud principalmente al avance tecnológico – con la realidad de otra sociedad geográficamente distante pero virtualmente cercana.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Luis Alberto Restrepo. "Al terminar los años ochenta, se derrumba uno de los dos polos que habían definido el sistema internacional durante la segunda mitad del siglo XX. Las relaciones internacionales han quedado sin parámetros. El contexto global aparece desestructurado y fluido. Por el momento, las mayores responsabilidades internacionales se han redistribuido entre distintas combinaciones interestatales de algunas potencias industrializadas.

La economía y la cultura van adquiriendo un nuevo peso frente a la ideología y las armas. Hacia el futuro, se dibuja un conjunto mundial fragmentado en bloques regionales que se van configurando al impulso de una creciente globalización. Se agravan las tensiones económicas entre el norte, por un lado, y el sur y el antiguo este socialista, por el otro. Se multiplican los conflictos étnicos y culturales y la descomposición social, tanto en el sur como en el este" Hacia un nuevo orden mundial. En: Análisis Político N° 14 Setiembre-Diciembre 1991 p. 74

¹⁷⁵ Luis Alberto Restrepo. "Las relaciones económicas internacionales están dominadas por tres grandes mutaciones que afectan, en primer lugar, el horizonte de circulación de los bienes (globalización), luego, las dimensiones óptimas para la organización del mercado (conjuntos regionales) y, finalmente, la estructura de los flujos (prevalencia de los flujos inmateriales). De estos tres cambios, la globalización económica es el fenómeno central: genera y condiciona la formación de los conjuntos regionales y la creciente primacía de los flujos inmateriales. En la base de la actual mutación histórica mundial está, pues, la globalización de la actividad económica. La 'revolución' informática está generando por sí sola enormes excedentes y sus aplicaciones son una fuente casi inagotable de nuevas tecnologías derivadas. Este desarrollo está cambiando la tecnoestructura mundial. No sólo revoluciona las condiciones de circulación de los bienes sino su misma producción, cada día más automatizada. Pero la transformación más significativa proviene de la aplicación de la informática a la organización y gestión empresarial. Nace la empresa mundial. Se globaliza la economía. Por ahorro de lenguaje, denominaremos aquí esta doble innovación – tecnológica y empresarial – con el término de 'globalización'. Ante todo, se globalizan los flujos de bienes. El proceso más espectacular tiene que ver con las finanzas. En ese campo, la globalización implica veloces desplazamientos de grandes masas de capital por el mundo entero. En distinta medida, están en curso procesos similares en lo que toca a la circulación de conocimientos, tecnologías, bienes de capital y de consumo. Salvo un derrumbe catastrófico del sistema comercial y financiero mundial, la internacionalización de la actividad económica conduce a una estrecha interdependencia global, aunque, desde luego, profundamente asimétrica. La globalización está presionando a todas las economías nacionales hacia la 'apertura' al mercado mundial. En el sur y en el este, impone el 'ajuste' a las condiciones internacionales del mercado. En consecuencia, trae consigo una drástica reducción de la intervención del estado y una sujeción general a las reglas de la competencia. Estimula las privatizaciones, suprime servicios sociales y subsidios, genera desempleo, inflación, etc. No existe hoy ninguna economía que pueda evadir totalmente este proceso. La crisis del este se debe, fundamentalmente, a la incapacidad del modelo socialista para insertarse eficazmente en él" op. cit. p. 80-81

¹⁷⁶ Boaventura de Souza Santos. "En las últimas tres décadas, las interacciones transnacionales han sufrido una dramática intensificación, que va desde la globalización de sistemas productivos y transacciones financieras, hasta la diseminación de información e imágenes a través de los medios de comunicación masivos y las tecnologías de la comunicación, hasta el desplazamiento masivo de personas, como turistas, trabajadores migrantes o refugiados. La gama y el alcance extraordinarios de estas interacciones transnacionales han llevado a algunos autores a ver en ellas una separación cualitativa de formas previas de relaciones mundiales, un nuevo fenómeno llamado 'globalización', 'formación global', o 'cultura global'.

En este sentido Beatriz Ramacciotti nos dice que:

“...el progreso científico ha transformado al planeta en una unidad más y más interconectada, donde lo que sucede en una parte del mundo, repercute directa o indirectamente en todo el resto, realidad que algunos describen como los de una aldea universal”
177

Como afirma Alain Touraine el significado de la globalización es que la información que se intercambia a través de las nuevas tecnologías está presente en todas partes, es decir, no se relaciona con ninguna sociedad en particular, produciéndose muchas veces una falta real e integral de comunicación entre las diferentes culturas.¹⁷⁸ Se debe procurar subsanar tal carencia, teniendo en cuenta otro aspecto de la globalización: la interacción. No basta estar bien informados, debemos intentar estrechar vínculos con gente de otras latitudes, interactuar con ellos, apostar por un entendimiento mutuo.

La globalización ha dado lugar, como indica Ugarteche, a la aparición de un nuevo paradigma tecnológico, el paradigma de la información. Nunca como hoy se

Giddens define la globalización como la intensificación de las relaciones sociales a nivel mundial que vincula localidades distantes, de tal manera que los acontecimientos locales son modelados por eventos que tienen lugar a muchas millas de distancia y viceversa”. La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. ILSA Bogotá 1998 p. 37-38

¹⁷⁷ Beatriz Ramacciotti. El actual panorama mundial. En: Derecho Internacional Económico. Beatriz Ramacciotti, Fabián Novak, Dante Negro (editores) Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Octubre 1993 p. 201

¹⁷⁸ Alain Touraine. “Las informaciones, como los capitales y las mercancías, atraviesan las fronteras. Lo que estaba alejado se acerca y el pasado se convierte en presente. El desarrollo ya no es la serie de etapas a través de las cuales una sociedad sale del subdesarrollo, y la modernidad ya no sucede a la tradición; todo se mezcla; el espacio y el tiempo se comprimen. En vastos sectores del mundo se debilitan los controles sociales y culturales establecidos por los estados, las iglesias, las familias o las escuelas, y la frontera entre lo normal y lo patológico, lo permitido y lo prohibido, pierde su nitidez (...) Miles de millones de individuos ven los mismos programas de televisión, toman las mismas bebidas, usan la misma ropa y hasta emplean, para comunicarse de un país a otro, el mismo idioma. Vemos como se forma una opinión pública mundial que debate en vastas asambleas internacionales, en Río o en Pekín, y que en todos los continentes se preocupan por el calentamiento del planeta, los efectos de las pruebas nucleares o la difusión del sida. ¿Basta con ello para decir que pertenecemos a la misma sociedad o a la misma cultura?. Ciertamente, no. Lo característico de los elementos globalizados, ya se trate de bienes de consumo, medios de comunicación, tecnología o flujos financieros, es que están separados de una organización social particular. El significado de la globalización es que algunas tecnologías, algunos instrumentos, algunos mensajes, están presentes en todas partes, es decir, no están en ninguna, no se vinculan a ninguna sociedad, ni a ninguna cultura en particular, como lo muestran las imágenes, siempre atractivas para el público, que yuxtaponen el surtidor de nafta y el camello, la coca-cola y la aldea andina, el blue jean y el castillo principesco. Esta separación de las redes y las colectividades, esta indiferencia de los signos de la modernidad al lento trabajo de socialización que cumplen las familias y las escuelas, en una palabra, esta desocialización de la cultura de masas, hace que sólo vivamos juntos en la medida en que hacemos los mismos gestos y utilizamos los mismos objetos, pero sin ser capaces de comunicarnos entre nosotros más allá del intercambio de los signos de la modernidad. Nuestra cultura ya no gobierna nuestra organización social, la cual, a su vez, ya no gobierna la actividad técnica y económica. Cultura y economía, mundo instrumental y mundo simbólico, se separan”. ¿Podremos vivir juntos?. Fondo de cultura económica. Buenos Aires. Diciembre 1997. p. 9-10

manejó la cantidad de información que se mueve por la red. Este es el hábitat en el cual se inserta la denominada sociedad virtual.¹⁷⁹

Ahora bien, la globalización, como dice Rodolfo Reyna, tiene como objetivo primordial lograr la unificación de la economía, la obtención de un mercado único y mundial.¹⁸⁰

La publicidad comercial en Internet se desarrolla dentro el marco de la globalización, es decir, tiene un alcance y una relevancia que afecta a todo el orbe. Este carácter universal del fenómeno publicitario en la red no debe llevarnos a enfocar la patología de la deslealtad comercial como un factor totalizante. El hecho que un determinado mensaje publicitario sea expuesto en Internet, no debe conllevar la aplicación de un standard universal de interpretación de dicho anuncio.

Pueden existir mensajes publicitarios uniformes, pero el público receptor será siempre diferente. No es lo mismo que un determinado anuncio publicitario en

¹⁷⁹Oscar Ugarteche. "La sociedad virtual se introduce en este mundo globalizado post muro de Berlín. La virtualidad yace en lo inmaterial de su sustento. Las redes de comunicación que se han abierto mediante la revolución del nuevo paradigma productivo han abierto un mundo nuevo y descartado el mundo viejo. Hay elementos que conforman la globalización y otros que le hacen a la naturaleza del cambio de paradigma, en el sentido de Kuhn. Uno de los resultados de la introducción del paradigma de la información a mediados de los años 70 fue la aceleración y masificación de la información. Más información se transmite hoy en día que en toda la historia de la humanidad, y ésta se duplica a un ritmo tan vertiginoso que se puede considerar infinito. Si la humanidad duplicaba su acervo de conocimientos en tanto títulos impresos cada mil años hasta el invento de la prensa de Guttenberg, y cada 120 años hasta el invento de la máquina de escribir en las postrimerías del siglo XIX, hoy en día se duplica cada par de meses y éste debe ser ya un dato obsoleto (mayo 1998) (...) La globalización y la revolución de la información han ido de la mano con el cambio de paradigma tecnológico. Sería impensable el mundo como lo conocemos a fines del siglo XX sin los avances de la ciencia que tenemos hoy en día. Esto ha tenido resultados muy positivos para la recuperación de la productividad en los países desarrollados porque ha permitido ahorrar mano de obra, materias primas y energía, además de haber acelerado el ritmo de innovación (...) Con la aceleración de la información y la comunicación interactiva en tiempo real, el espacio o su sentido se perdió. Por ratos podemos estar en conversaciones de correo electrónico con cualquier parte del mundo, ver en el cable como tiran misiles digitales que entran por el tubo de una chimenea en Irak, mientras cenamos y todos estamos en todas partes" La globalización. Un ensayo teórico para iniciados. En: Socialismo y Participación N° 82 Lima Setiembre 1998 p. 122-124

¹⁸⁰Rodolfo Reyna y otros. "Evidentemente estamos en medio de una tendencia mundial, que viene evolucionando hacia una economía única en el mundo. La meta es una economía unificada, un solo mercado. La economía mundial habrá de funcionar como una unidad real de producción, mercado, flujo de capitales, información y fuerza de trabajo. El elemento causal y determinante para alcanzar la globalización es la revolución científico-tecnológica, principalmente en el campo de la tecnología de la información o telemática (...) La globalización de la economía anuncia que el mundo ingresa a un periodo de prosperidad, que beneficiará a los países y personas participantes en este proceso y marginará o beneficiará escasamente a quienes no juegan rol alguno, y en todo caso, el desarrollo de este mundo marginal será una tarea más del mundo de avanzada (...) Este comercio global es impulsado por las telecomunicaciones y la economía; así como estamos siendo testigos de la creación de un mercado global único, las telecomunicaciones formarán una sola red mundial que tengan en los satélites y la fibra óptica los elementos tecnológicos para comunicar cualquier cosa, en cualquier parte del mundo, en cualquier forma: voz, texto, datos, imagen y a la velocidad de la luz (...) En una economía globalizada y bajo el impulso de una revolución científico-tecnológica, predomina la tendencia a una plena libertad de comercio entre las naciones, estimulando la competitividad y con resultados en la producción, con altos índices de productividad, calidad óptima y precios cada vez más bajos (...) Globalización es el proceso de integración de las economías hacia la conformación de un solo mercado mundial,

la red, por ejemplo, sea apreciado por el internauta canadiense, a que el mismo mensaje sea observado por un internauta japonés. Estamos ante patrones culturales diametralmente opuestos.

Para encarar el problema de la deslealtad publicitaria en Internet debemos partir del respeto a la diferencia cultural de cada sociedad habitante del mundo. El hecho de que el planeta esté globalizado, que la misma información llegue a todos por igual, no quiere decir que las sociedades que reciben dicha información sean similares, en muchos casos ni siquiera son parecidas.

La interpretación publicitaria relevante, en Internet o en cualquier otro medio de comunicación, es la del consumidor; es decir, lo que hará que determinada publicidad sea percibida como desleal, será lo que la sociedad en la cual vive cada consumidor asuma como un acto desleal. La apreciación viene desde abajo, desde los sentidos del internauta, ya sea un real o potencial consumidor.

En este sentido la adopción de un convenio internacional sobre publicidad en Internet que contenga una cláusula general prohibitiva lo suficientemente amplia como para abarcar en ella a las distintas realidades sociales, responde a la necesidad de contemplar el fenómeno publicitario en la red desde la constatación fáctica de la diversidad cultural del mundo. En última instancia, será desleal lo que cada sociedad determine que lo sea.

La globalización es un fenómeno, como dirían los antiguos romanos *urbi et orbi*, es decir, de alcance mundial. Es preciso entenderlo en su real dimensión ecuménica, por cuanto afecta a todos, querámoslo o no. La aldea global es una realidad de la cual no podemos escapar.¹⁸¹

impulsada por la revolución científico-tecnológica, principalmente en el área de las telecomunicaciones". Globalización e innovación tecnológica. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Julio 1993. p. 3-4, 24, 67

¹⁸¹ René Ortiz Caballero. "La revolución tecnológica de fines del siglo XX ha permitido la comunicación de las experiencias y ha abierto un nuevo espacio, por primera vez en la historia, a la interdependencia solidaria de una ciudadanía global. La nueva visión que subyace en el desarrollo alternativo es la integración de utopías parciales, múltiples y acumulativas, basadas en proyectos endógenos locales y en una amplia alianza de valores éticos y de intereses comunes frente a las amenazas colectivas. La globalización desde abajo es un esfuerzo común, consensuado y genuinamente democrático de la nueva

En palabras del genial Víctor Hugo, deberíamos tener por patria al mundo y por nación a la humanidad.

Es de capital importancia tomar conciencia que el fenómeno de la deslealtad publicitaria en Internet no puede ser abordado de manera sesgada, entendiéndolo sólo como una cuestión que afecta únicamente a los operadores publicitarios de la red. No es un problema de un grupo de personas vinculadas al entorno informático, afecta a la sociedad internacional en su conjunto.

Internet – aunque actualmente en muchos casos de manera aún potencial – involucra al consumidor en tanto habitante del planeta Tierra, en tanto internauta del ciberespacio. Es decir, consumidores reales o potenciales, nos guste o no, somos todos. Y es desde esa óptica globalizadora que debemos acometer su estudio. Las instituciones jurídicas deben, imperiosamente, amoldarse a dicha inevitable realidad.

Con relación a esto último, es interesante recordar las palabras de un hombre sumamente acucioso, cuyo mensaje sigue teniendo plena vigencia aún en estos tiempos actuales...virtuales, que le llaman:

"...a medida que se realizan nuevos descubrimientos, se revelan nuevas verdades y cambian costumbres y opiniones con la mudanza de las circunstancias, las instituciones han de progresar también y mantenerse al ritmo de los tiempos"

(Thomas Jefferson)

Como decíamos al iniciar nuestro trabajo, desde una computadora, debidamente acondicionada, en cualquier lugar del orbe, se puede, a sólo un click de distancia, ingresar a un mundo fascinante, a un nuevo medio de conexión, al ciberespacio, a lo inimaginable por nuestros abuelos, a las supercarreteras de la información, a lo que desde hace no mucho tiempo se conoce como **Internet**.

**"Ya es la víspera. Acojamos, pues, todos los
influidos de vigor y de ternura real. Y a la aurora,
armados de una ardiente paciencia,
entraremos en las espléndidas ciudades"
(Arthur Rimbaud)**

**"...y se corría a ochenta kilómetros por hora
hacia las luces que crecían poco a poco, sin
que ya se supiera bien por qué tanto apuro, por
qué esa carrera en la noche entre autos
desconocidos, donde nadie sabía nada de los
otros, donde todo el mundo miraba fijamente
hacia delante, exclusivamente hacia delante"
(De La autopista del sur
Julio Cortázar)**

CONCLUSIONES

Las conclusiones a las que llegamos deben ser apreciadas simplemente como una deducción natural de nuestra investigación, y si alguna utilidad se puede hallar en ellas, esperamos sea la de precisar las ideas vertidas a lo largo de nuestra enriquecedora y gratificante aventura intelectual.

1. Internet es una red de redes, una suerte de metared que contiene información de distinta índole, llámese académica, militar, religiosa, ideológica, y fundamentalmente comercial, de rápido crecimiento, a la cual se puede acceder desde cualquier computadora debidamente equipada, en cualquier lugar del orbe, utilizando el protocolo de comunicación TCP/IP. Se puede explorar, acceder, buscar o simplemente apreciar información en forma de texto, audio o video sobre un conjunto diverso de temas; a esta búsqueda de información, relevante o no, se le conoce como "navegar" o "surfear" por la red. En este sentido Internet no es otra cosa que una gran fuente de información de todo tipo, de alcance mundial, disponible para cualquier persona que cuente con una computadora debidamente equipada y conectada a ella. Es conocida como la red.

2. Si bien Internet tuvo un origen militar, adquiriría luego relevancia académica, científica y comercial. Es con el paso del tiempo que evolucionó hasta convertirse en una red de acceso público, con una evidente predominancia, en la actualidad, del aspecto mercantil.
3. El recurso más usado de Internet es la world wide web, www, w3, o simplemente la web, la cual nos permite navegar por la red utilizando los hipertextos, cuyos enlaces nos comunican con innumerables web sites. Para su funcionamiento, la web se sirve de un formato de lenguaje informático denominado html.
4. Internet puede ser entendida como un medio de comunicación social atípico, y cuya atipicidad viene dada por el hecho de que en ella no sólo se publicitan productos, sino que también se puede comercializar lo que se publicita. De alguna manera la red no es un medio de comunicación más, sino que se está convirtiendo en el más idóneo de ellos, por cuanto, luego de ver la publicidad uno puede decidir comprar en el mismo instante, haciendo sólo un simple click con el mouse del ordenador.
5. La presentación publicitaria en Internet ha variado conforme ha avanzado el aspecto tecnológico de la red, así tenemos que de los originarios banners estáticos, se pasó a la publicidad a través del correo electrónico y las listas de interés, llegando en la actualidad a producirse una forma de mini spot al estilo de la televisión, con la aparición de los "superstitials". Junto a ello a los banners se les ha dado dinamismo, agregándoles efecto multimedia, gracias al uso de los programas tipo applet.

6. Se puede hablar de la existencia de un cibernautalector de publicidad en Internet, alguien que generalmente observará sólo el banner, es decir, la parte llamativa del anuncio, sin entrar a clickear sobre él para apreciar la página publicitada. Haciendo un símil podríamos afirmar que el banner es a los titulares de los periódicos convencionales, como el web site del anunciante lo es al íntegro de la noticia contenida en el diario. En la mayoría de los casos el cibernautalector de publicidad suele clickear sobre un banner o un superstitial casi por curiosidad.

7. De acuerdo a datos de la empresa eMarketer se prevé que para el año 2000 la inversión norteamericana de publicidad en Internet bordeará los 6 mil 100 millones de dólares. En cuanto a la inversión mundial la revista Business Perú calcula para el mismo año una cifra alrededor de los 6 mil 700 millones de dólares.

8. De acuerdo a un reporte de la empresa Nua Internet Service se calcula que hacia junio del 2000 existen 332 millones 660 mil usuarios de Internet en el mundo. Un mercado virtual cada día más real.

9. Por competencia desleal en nuestra sociedad occidental globalizada de principios del nuevo milenio se puede entender aquella disciplina enmarcada dentro de un sistema de economía de mercado, que busca fundamentalmente obtener compradores y/o vendedores de bienes y/o servicios, iniciando una nueva clientela o afianzando una existente, sirviéndose para ello de mecanismos indebidos contrarios a la moral comercial y a las directrices generales que guían el correcto y normal desarrollo de la actividad económica.

- 10.** La publicidad comercial es aquella actividad mediante la cual las personas naturales y/o jurídicas dan a conocer a los consumidores - reales o potenciales - sus ofertas de bienes y/o servicios con una finalidad de intercambio, es decir, esperando vender y/o comprar lo que publicitan, lo cual implica obtener un beneficio susceptible de valoración económica. Podemos advertir en la publicidad comercial dos aspectos diferenciados: un carácter informativo y un carácter sugestivo. Es decir, en toda publicidad comercial se informa sobre la naturaleza del producto o servicio que se pretende vender y a la vez se persuade al consumidor para que prefiera el producto publicitado y no el de la competencia.
- 11.** La publicidad comercial está dirigida al público consumidor, es a él a quien se debe persuadir para que adquiera los bienes y/o servicios publicitados, por lo tanto el consumidor debe contar con herramientas ideales para poder hacer acertadas elecciones de compra y/o venta. Es por ello que la publicidad, que no es otra cosa que la principal de tales herramientas, debe expresarse en términos legales, veraces, auténticos y fundamentalmente de leal competencia.
- 12.** Los principios publicitarios de legalidad, veracidad, autenticidad y leal competencia se aplican cualquiera sea el medio de comunicación utilizado, ya sea la radio, la televisión, la prensa escrita o Internet; lo primordial es la difusión de la publicidad; si se lleva a cabo dicha difusión entonces se deben aplicar los principios publicitarios, ya sea que estos principios sean recogidos en una norma jurídica o en una norma ética.
- 13.** En el mercado interactúan comerciantes y consumidores, y en la medida que dicha interacción no se realice bajo parámetros de corrección mercantil, como son la buena fe comercial, la no-inducción al riesgo de confusión al consumidor y el respeto irrestricto a reglas de juego leales y

transparentes, el sistema mismo de economía de mercado puede sufrir serios trastornos en su funcionamiento, acercándose casi sin percibirlo a un indeseable colapso económico.

14. La práctica mercantil demuestra que la cláusula general prohibitiva alcanza un alto nivel de eficacia en cuanto a reprimir conductas desleales se refiere. En este sentido, la prohibición establecida en una cláusula general faculta que determinadas conductas mercantiles no detalladas taxativamente puedan ser incluidas en su concepto, toda vez que el normal desarrollo de las prácticas comerciales llevan aparejadas la probable aparición de novedosos comportamientos contrarios a los buenos usos mercantiles. La existencia de la cláusula general prohibitiva adquiere connotada significación porque impide que la normativa comercial actual quede desfasada e inaplicable a las nuevas conductas desleales, como puede ser la actuación publicitaria desleal de algunos agentes mercantiles en la red de redes. La cláusula general prohibitiva es un concepto coyuntural, es decir, responde a un tiempo y lugar determinado. Lo que se entiende por desleal dependerá de cada sociedad y del tiempo histórico que dicha sociedad viva.
15. La misión del Indecopi es ser el facilitador de la leal y honesta competencia en el Perú, y su visión es lograr juntos que la leal y honesta competencia contribuya a generar bienestar para todos. En pocas palabras el Indecopi no es otra cosa que el árbitro del mercado peruano, al cual debe promover, impulsar y consolidar, garantizando un desarrollo económico leal y transparente.
16. El normal y leal funcionamiento del mercado se lleva a cabo, fundamentalmente, a través de la emisión de una información veraz y adecuada, lo cual, al final de cuentas, se constituye en la principal

garantía de poder alcanzar los niveles de calidad y eficiencia que la sociedad en su conjunto pretende, o en todo caso, merece.

17. Son tres los aspectos que hay que tener en cuenta a efectos de determinar si a la publicidad realizada a través de Internet se le aplican las normas peruanas sobre represión de la competencia desleal, es decir, el decreto ley 26122, y sobre publicidad, es decir, el decreto legislativo 691 y su reglamento el decreto supremo 020-94-ITINCI; ellos son: a. la publicidad como objeto del acto, b. el anunciante como sujeto del acto, y c. el medio de comunicación social como intermediario en la realización del acto.
18. Sólo se aplicará la ley peruana cuando concurren tres condiciones, a saber: a. la publicidad comercial se difunda fácticamente en el Perú, b. el anunciante de tal publicidad se encuentre domiciliado en territorio peruano, y c. la difusión de la publicidad se realice a través de un medio de comunicación que opere o se edite en el Perú.
19. La publicidad comercial desleal en Internet es una conducta que se da en al ámbito mundial. Ocurre al nivel de todo el planeta. No es una cuestión de uno o dos países, ni siquiera de un continente, afecta a todo el orbe en su conjunto. En este sentido el ordenamiento jurídico de un país, considerado de manera aislada, no puede procurar hacerle frente al fenómeno de la deslealtad publicitaria en la red. Dicha carencia radica en una limitación en cuanto a la aplicación espacial de cualquier norma estatal: su territorialidad.
20. Debemos advertir la existencia de una verdadera sociedad internacional, que no es otra cosa que la sociedad de los estados soberanos; y es precisamente su soberanía la que le permite al estado celebrar válidamente convenios internacionales, porque la firma de un tratado no

significa una cesión de soberanía, sino una ratificación de la misma, es simplemente la dimensión exterior de la soberanía de un estado, y a la vez, una forma idónea de enfrentar un problema de índole mundial.

21. Experiencias concretas de intentos de unificación legislativa en cuanto a buscar la represión de conductas desleales en el comercio mundial pueden advertirse en la celebración del Convenio de la Unión de París (CUP), en el establecimiento de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en la formación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), llevada a cabo sobre las bases del Acuerdo General sobre Tarifas Aduaneras y Comercio (GATT). Estas experiencias se han convertido en los pilares mercantiles mundiales de un verdadero sistema global de comercio. Es decir, el ser humano ha comenzado a tomar conciencia de su verdadera dimensión universal, en la cual el intercambio de bienes y servicios hace mucho tiempo traspasó las fronteras de los países considerados de manera aislada. Así, ante esta constatación fáctica sólo nos queda procurar que el tráfico comercial se desprenda de cualquier vestigio de deslealtad, elemento anómalo que impide un funcionamiento idóneo del mercado mundial.

22. Uno de los objetivos capitales del derecho en la actualidad no es solucionar los conflictos sociales, sino regular los parámetros en los que se desarrollan, procurando evitar los probables efectos perjudiciales que pudieran acarrear a la sociedad. El derecho es la expresión tangible de determinadas prácticas sociales, es decir, el ámbito en el cual se manifiestan los conflictos propios de los distintos grupos sociales. En este sentido, el derecho contribuye en la formación y mantenimiento de un orden social determinado

- 23.** Aplicando la doctrina del *laissez-faire*, *laissez-passer* al derecho, tendríamos que el derecho, según esta doctrina debería abstenerse de intervenir en las relaciones sociales, porque de hacerlo podría afectar la realización de la planificación divina. El derecho, desde nuestra óptica, no puede mantenerse indiferente frente a los abusos que se puedan cometer en nombre de un mal entendido progreso.
- 24.** Descartada la postura del *laissez-faire*, *laissez-passer* del derecho frente a los conflictos sociales, la apuesta por asumir es la del compromiso, es decir, el derecho debe comprometerse con la sociedad de su tiempo. Puede hacerlo procurando suprimir los conflictos sociales o intentando simplemente canalizarlos. Nos inclinamos por la segunda opción, aquella que implique regular el conflicto, pero sin recortar el carácter conflictual de la naturaleza humana.
- 25.** Regular sin recortar el fenómeno de la deslealtad en el comercio, implica adoptar un sistema eficaz de sanción contra los perjudiciales efectos que tal deslealtad representa. La regulación de la actividad publicitaria es fundamental para garantizar la lealtad en el tráfico mercantil.
- 26.** Cuando se enfrenta el problema de la deslealtad publicitaria en la red, debemos advertir que nos encontramos ante dos posibles supuestos. En primer lugar, podemos estar en el caso de agentes publicitarios domiciliados en el Perú, y en segundo término, ante agentes no domiciliados en el país.
- 27.** Cuando los agentes publicitarios se encuentran domiciliados en el Perú el sistema idóneo de regulación es el mixto, es decir, aquél que complementa el sistema autorregulatorio con el estatal o jurídico. La regulación jurídica suele vislumbrar su eficacia cuando se trata de aplicar sanciones, y por otro lado la autorregulación nos brinda un

valioso aporte al desarrollar standards en el área de la moral y de la ética. Queda claro que dichos standards estarán siempre vinculados a una sociedad determinada. Finalmente será el afectado por la publicidad desleal el que decida si recurre al CONAR o al INDECOPI, precisamente ésta es la ventaja de contar con un sistema mixto de regulación publicitario. En este supuesto los afectados pueden recurrir también a una conciliación o arbitraje, lo cual implica un consentimiento de ambas partes.

28. Para los casos en los cuales los anunciantes y las agencias de publicidad no se encuentren domiciliados en el Perú planteamos la adopción de un convenio internacional sobre publicidad comercial en Internet, el cual sea ejecutable a través de un arbitraje internacional. En este supuesto el CONAR y el INDECOPI no tienen competencia para actuar, por cuanto sus normas son territoriales, es decir, se aplican únicamente a las personas domiciliadas en el Perú.
29. El convenio internacional sobre publicidad comercial en Internet debe ser multilateral y abierto a la firma o a la adhesión de todos los países del orbe. Sería conveniente que contara con ciertas definiciones para intentar uniformizar criterios al momento de evaluar alguna situación de deslealtad publicitaria en la red, como Internet, world wide web, publicidad comercial, anunciante, agencia de publicidad, internauta, consumidor, entre otras.
30. El convenio debe contar con una cláusula general prohibitiva lo suficientemente amplia que tenga como único parámetro la buena fe comercial objetiva, es decir, se entenderá que determinada actividad publicitaria en la red es desleal cuando sea contraria a la buena fe comercial objetiva. Lo que se entienda por buena fe comercial objetiva

será algo totalmente coyuntural, dependerá de lo que se entienda por ello en cada sociedad, en un determinado tiempo y espacio.

- 31.** La ejecutabilidad del convenio se puede realizar a través de un tribunal jurisdiccional internacional o un tribunal arbitral. Nos inclinamos por la figura arbitral porque la consideramos más eficaz para resolver los problemas de deslealtad publicitaria en la red. El tribunal arbitral nos ofrece respecto del tribunal jurisdiccional, soluciones más rápidas y eficientes, en cuanto a la satisfacción de los intereses de las partes involucradas, quienes se someten libre y voluntariamente a la competencia arbitral.
- 32.** Las personas involucradas en un conflicto de índole internacional suelen desconfiar en someterse a los tribunales del país de la otra parte, por ello quienes realizan intercambios mercantiles a través del mundo prefieren servirse del arbitraje para solucionar sus probables conflictos.
- 33.** Las partes al someterse a arbitraje pueden pactar las normas que regirán el proceso directamente o pueden hacerlo indirectamente al remitirse al reglamento interno del centro de arbitraje al cual libremente se han sometido. Lo característico del arbitraje es su flexibilidad, informalidad y economía respecto de la justicia ordinaria.
- 34.** El cibertribunal peruano es una asociación sin fines de lucro cuyo objetivo principal es la resolución de conflictos y controversias derivadas del uso de las tecnologías de la información, mediante la aplicación de la conciliación y el arbitraje. Es competente para evaluar controversias relacionadas al comercio electrónico, contratación electrónica, contratos informáticos, propiedad intelectual, propiedad industrial, derechos de autor, conflictos entre nombres de dominio, actos de competencia desleal en la red, teletrabajo, publicidad y marketing en Internet,

protección del consumidor, protección de la intimidad, responsabilidad civil y todos aquellos temas en los que, a petición de parte nacional o extranjera, se solicite su intervención. Sus resoluciones o acuerdos conciliatorios son reconocidos en el Perú como cosa juzgada; es decir, producen todos los efectos de una sentencia consentida y ejecutoriada.

35. La utilización de un arbitraje no implica no aplicar el convenio sobre publicidad en Internet, lo que ocurre es que el mismo puede ser utilizado como uniformizador de pautas generales sobre el fenómeno publicitario en la red, sirviéndose básicamente de una cláusula general prohibitiva lo suficientemente amplia como para poder encajar en ella cualquier tipo de deslealtad publicitaria acaecida en la red.

36. La globalización es el proceso mediante el cual las relaciones humanas interactúan a escala mundial. Esta interacción se da a todo nivel: político, cultural, religioso y fundamentalmente económico. Lo que ocurre en una sociedad determinada se vincula – en virtud principalmente al avance tecnológico – con la realidad de otra sociedad geográficamente distante pero virtualmente cercana. La globalización ha dado lugar a la aparición de un nuevo paradigma tecnológico, el paradigma de la información.

37. La publicidad comercial en Internet se desarrolla dentro el marco de la globalización, es decir, tiene un alcance y una relevancia que afecta a todo el orbe. Este carácter universal del fenómeno publicitario en la red no debe llevarnos a enfocar la patología de la deslealtad comercial como un factor totalizante. El hecho que un determinado mensaje publicitario sea expuesto en Internet, no debe conllevar la aplicación de un standard universal de interpretación de dicho anuncio. Pueden existir mensajes publicitarios uniformes, pero el público receptor será siempre diferente.

- 38.** La adopción de un convenio internacional sobre publicidad en Internet que contenga una cláusula general prohibitiva lo suficientemente amplia como para abarcar en ella a las distintas realidades sociales, responde a la necesidad de contemplar el fenómeno publicitario en la red desde la constatación fáctica de la diversidad cultural del mundo. En última instancia, será desleal lo que cada sociedad determine que lo sea.

BIBLIOGRAFÍA **Agrupando y Advirtiendo**

Para un mayor orden en su revisión hemos agrupado la Bibliografía en dos rubros, a saber: **Bibliografía Convencional** y **Bibliografía En Línea**, es decir, aquella obtenida a través de Internet.

A manera de advertencia al lector, es preciso señalar que en lo referente a la Bibliografía En Línea, se ha colocado como fecha de la misma, el día en que se **visitó** el Web Site respectivo. Al momento de impresión del presente trabajo la información obtenida en los mencionados Web Sites puede haber variado o incluso desaparecido.

BIBLIOGRAFÍA CONVENCIONAL

ALCAÍN, María Dolores

CAMPOS ALBERCA, Julia

FAINSTEIN LAMUEDRA, Graciela

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Elena

MALDONADO MARTÍNEZ, Ángeles

1997 América Latina en Internet. Manual y fuentes de información.
CINDOC. Madrid. 263 pp.

AZNARÁN CASTILLO, Guillermo

1995 Crítica al liberalismo económico. Ed. Magisterial. Lima

BAIG, Edward

STEPANER, Marcia

GROSS, Neil

1999 "Privacidad en peligro. La Internet quiere saber todo acerca de usted. ¿Qué debería revelar? En: Revista Business Perú N° 56 Lima Mayo

BARDALES MENDOZA, Enrique

1998 "El conflicto entre los nombres de dominio en Internet y los derechos sobre marcas". En : Revista Derecho y Sociedad N° 13. Lima Octubre

BARDALES, Gabriela

REINOSO, Raquel

1995 "La praxis legal y ética de la publicidad en el Perú". En: Cuadernos de difusión de ESAN. N° 5 Lima Junio

BAYLOS, Hermenegildo

1978 Tratado de Derecho Industrial. Editorial Civitas Madrid

BERNALES BALLESTEROS, Enrique

1996 La constitución de 1993. Análisis comparado. Ed. Ciedla. Lima

BISSO, Juan Carlos

2000 "Internet en rápido crecimiento" En: Telecom. Perú Informativo de Osiptel. Lima Enero-Marzo Año I N° 1 pp. 1-4

BLUME FORTINI, Ernesto

1997 "La Constitución Económica". En: Revista Themis N° 36 Lima

BORGES, Jorge Luis

1976 "El Perú". En: La Moneda de Hierro.

CAIVANO, Roque

1998 Negociación, conciliación y arbitraje. APENAC. Lima Febrero

CALABRESSI, Guido

MELAMED, Douglass

1992 "Reglas de la propiedad, reglas de la responsabilidad e inalienabilidad. Un vistazo a la catedral" En: Revista Thémis N° 21 Lima

COASE, Ronald Harry

1994 La empresa, el mercado y la ley. Alianza Editorial Madrid 224 pp.

DE SOUZA SANTOS, Boaventura

1998 La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. ILSA Bogotá

DE TRAZEGNIES, Fernando

1990 La Responsabilidad Extracontractual. Biblioteca para Leer el Código Civil. Vol. IV Tomo II Fondo Editorial PUCP Lima

DE TRAZEGNIES, Fernando

1991 El derecho civil ante la post-modernidad. En: Revista Derecho Nº 45. Lima Fondo Editorial PUCP. Diciembre

DE TRAZEGNIES, Fernando

1995 “Este maravilloso mundo cambiante” (entrevista). En: Revista La Banca. Lima Mayo

DIEZ CANSECO, Luis José

1985 La Publicidad Comparativa Tesis de Licenciatura Lima 317 pp.

ENRICO, Roger

1988 La guerra de las Colas. Ed. Norma. Colombia.

ERICKSON, B.F.

1991 Introducción general a la publicidad. Ed. Player SA. Madrid.

FALCÓN, Grimanesa

1999 "Sobrevivencia creativa. Estrategias de las agencias de publicidad frente a la crisis" En: Revista Business Perú N° 56 Lima Mayo

FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos.

1989 "La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias". En: Estudios de derecho de la publicidad. Compilación. Universidad Santiago de Compostela.

FOLEY, John

1997 Ética en la publicidad. Documento del Consejo Pontificio para las Comunicaciones Sociales. Ciudad del Vaticano. Febrero

FONT GALÁN, Juan

1987 Constitución económica y derecho de la competencia. Ed. Tecnos. Madrid

GALLEGOS CASTILLO, Hugo

1996 "Gigantesca red informática invade el planeta. El reino de la información. Internet transforma el mundo de los negocios y la estructura misma de la sociedad" En: Revista Business Perú N° 22 Lima Julio

GARCÍA MENÉNDEZ , José Ramón

1989 El equilibrio sutil. Ed. Tifón Madrid

GILSTER, Paul

1995 El navegante de Internet. Ediciones Anaya S.A. Madrid. 645 pp. (Traducción del inglés de edición original de 1993)

GÓMEZ SEGADA, José

LEMA DEVESA, Carlos

1981 La autodisciplina en el derecho comparado y en el derecho español. ADI. T. VII. Madrid

HERNÁNDEZ, Tosca

1992 "El derecho en la dinámica orden-obediencia de los sistemas de significación social" En: Sentido y razón del derecho. Enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática. Roberto Bergalli (coordinador). Editorial Hacer. Barcelona

HUAPAYA, Fernando

1996 "Línea directa. El uso del marketing directo crece en el país". En: Revista Business Perú N° 22 Lima Julio

KRESALJA, Baldo

1993 "Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre represión de la competencia desleal" En: Revista Derecho N° 47 Diciembre pp. 13-86

LOZANO, Víctor

1996 "En la comparación está el gusto. La publicidad comparativa acrecienta su importancia" En: Revista Business Perú N° 22 Lima Julio

MAGUIÑA, Ricardo

1998 "Ética y publicidad" En: Revista Debate N° 102. Setiembre – Octubre. pp. 53-54

MANRIQUE, Nelson

1996 Todo lo que usted siempre quiso saber acerca de Internet. Lima Marzo s.p.d.i

MANZANOS BILBAO, César

1998 Derecho y sociedad. María José Añón y otros (coordinadores). Ed. Tirant lo blanch. Valencia

MENÉNDEZ, Aurelio

1988 La competencia desleal Ed. Civitas Madrid

MIFFLIN, Sandra

1999 ¿Globalización?. Un proceso desigual" En: Revista Business Perú N° 53 Lima Febrero

MIRAVALLS, Julio

1997 Navegar por Internet. Espasa Calpe S.A. Madrid, 195 pp.

MOELLER, Michael

REBELLO, Kathy

1999 "El jefe de los visionarios" (Entrevista a Bill Gates sobre el mundo más allá de windows) En: Revista Business Perú N° 57 Lima Junio

MOLINA, Concepción

1993 Protección jurídica de la lealtad en la competencia. Ed. Montecorvo. Madrid

MONROY CABRA, Gerardo

1986 Manual de derecho internacional público. Editorial Temis. Bogotá

MONTOYA, Ulises

1993 El arbitraje comercial internacional. En: Derecho internacional económico. Beatriz Ramacciotti, Fabián Novak, Dante Negro (editores). Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Octubre

ORTIZ CABALLERO, René

1996 El derecho en la sociedad postmoderna. . Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Setiembre

ORTIZ DE ZEVALLOS, Felipe

1997 "La revolución del WWW". En: Revista Perú Económico N° 09.
Mayo

OSORIO RUIZ, Zaida

1997 El arbitraje comercial. Librería y Ediciones Jurídicas LEJ. Lima
Setiembre

OTAMENDI, Juan José

1994 Comentarios a la ley de competencia desleal. Ed. Aranzadi.
Pamplona. 428 pp.

PÉREZ, Erika

"Compra segura en Internet" (Entrevista a Jürgen Wassmann)
1999 En: Revista PC Más N° 45. Lima, 29 de setiembre

PRIEST, George

1997 "Educando al mercado. Reflexiones en torno al Indecopi y la
protección al consumidor". En: Revista Ius et Veritas N 15.
Lima

RAMACCIOTTI, Beatriz

1993 El actual panorama mundial. En: Derecho Internacional
Económico. Beatriz Ramacciotti, Fabián Novak, Dante Negro
(editores) Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del
Perú. Lima Octubre

RAVENTÓS MARCOS, Fernando

1993 Normas de la Publicidad. Teoría y Práctica. Lima Agosto

RAVENTÓS MARCOS, Fernando

1990 La regulación de la publicidad comercial en el Perú. En:
Realidad legal de las comunicaciones. José Perla Anaya
(editor) Editorial Deyco Lima Marzo

REÁTEGUI VALDIVIESO, Maritza Elizabeth

1995 La interpretación jurídica de los anuncios publicitarios en el
derecho peruano y comparado. Lima 1995 Dos volúmenes
556 pp. (Tesis de Licenciatura)

REDACCIÓN ANDA

2000 Entrevista al ingeniero Julio Luque Badenes. En: Revista del
ANDA N° 22 Lima Abril

REDACCIÓN BUSINESS PERÚ

1996 “Navegando por el Perú. Tres instituciones compiten en el
mercado de Internet nacional” En: Revista Business Perú N°
22 Lima Julio

REDACCIÓN BUSINESS PERÚ

1996 “Mi propia telaraña. Intranet revolucionará las empresas” En:
Revista Business Perú N° 22 Lima Julio

REDACCIÓN BUSINESS PERÚ

1996 "Marketing en chips. Internet permite explotar al máximo la imaginación de los creativos publicitarios" En: Revista Business Perú N° 22 Lima Julio

REDACCIÓN BUSINESS PERÚ

1996 "Internet atrapa a la bolsa. ¿Desaparecerán las SAB con la red de redes?" En: Revista Business Perú N° 22 Lima Julio

REDACCIÓN BUSINESS PERÚ

1996 "Containers on line. El uso de Internet facilita el comercio exterior" En: Revista Business Perú N° 22 Lima Julio

REDACCIÓN BUSINESS PERÚ

1999 "Clase Mundial. La competencia también se globalizó" En: Revista Business Perú N° 52 Lima Enero

REDACCIÓN BUSINESS PERÚ

1999 "La esperanza electrónica. Es necesario un marco legal adecuado para el comercio electrónico en el Perú" En: Revista Business Perú N° 56 Lima Mayo

REDACCIÓN BUSINESS PERÚ

1999 "Ciberimpuesto. ¿Gravar o no gravar las ventas vía Internet?" En: Revista Business Perú N° 57 Lima Junio

REDACCIÓN BUSINESS PERÚ

1999 "Bienvenida competencia" En: Revista Business Perú N° 57
Lima Junio

REMIRO BROTONS, Antonio y otros

1997 Derecho Internacional. Ed. Mc Graw Hill. Madrid

RESTREPO, Luis Alberto

1991 "Hacia un nuevo orden mundial". En: Análisis Político N° 14
Setiembre-Diciembre

REYNA, Rodolfo y otros

1993 Globalización e innovación tecnológica. Fondo Editorial
Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Julio

REVISTA DEBATE

1998 "Vender imagen. La Publicidad en el Perú". En: Revista
Debate N° 102 Setiembre - Octubre. pp. 44-50

RIES, Al

TROUT, Jack

1990 Posicionamiento. Mc Graw Hill. 2ª ed. México. Junio

RODRÍGUEZ, Gustavo

1999 "Salir de los moldes" En: Revista Business Perú N° 53 Lima
Febrero

RUBIO CORREA, Marcial

1993 El sistema jurídico. Introducción al derecho. PUCP Fondo
Editorial 6° Ed. Lima

RUBIO CORREA, Marcial

1999 Estudio de la constitución política de 1993. Fondo Editorial de
la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Febrero

SAGER, Ira

YANG, Catherine

HIMELSTEIN, Linda

GROSS, Neil

1999 "Un nuevo ciber-orden. El triunvirato AOL/Netscape/Sun
podría ser la encrucijada de los negocios en línea del próximo
siglo" En: Revista Business Perú N° 52 Lima Enero

SALCEDO, José María

1995 Terremoto. Editorial Brasa S.A. Lima

SANTAELLA, Manuel

1989 El nuevo derecho de la publicidad. Ed. Civitas Madrid.

SIKLOS, Richard

BARRET, Amy

YANG, Catherine

CROCKETT, Roger

1999 "El monstruo Internet-TV-Cable" En: Revista Business Perú
N° 57 Lima Junio

SILVESTRIZ, Michelle

1997 "Benedetti sin tregua" (entrevista a Mario Benedetti). En:
Revista Barco de Papel Vol. I Num.2 Facultad de Derecho
Eugenio María de Hostos. Mayagüez, Puerto Rico. Mayo

STEINBERG, Charles

1969 Los medios de comunicación social. Editorial Roble.
Compilación. México.

STIGLER, George J.

1977 "La Teoría de la Información". En : Lamberton D.M.
Economía de la Información y del Conocimiento (Compilación)
México D.F.

SUÁREZ, David

1999 "El mundo según Harberger" (Entrevista a Arnold Harberger)
En: Revista Business Perú N° 57 Lima Junio

TENNANT, Roy

OBER, John

LIPOW, Anne G.

1993 Cruzando el umbral de la Internet. Berkeley, California. 120 pp.

TOURAINÉ, Alain

1997 ¿Podremos vivir juntos?. Fondo de cultura económica. Buenos Aires. Diciembre

TRUJILLO, José Antonio

1999 "Tecnologías de la información. Una nueva era. La ciencia al servicio de la administración del conocimiento En: Revista Business Perú N° 56 Lima Mayo

TRUYOL Y SERRA, Antonio

1977 Fundamentos de derecho internacional público. Ed. Tecnos. 4° edición. Madrid

UGARTECHE, Oscar

1998 La globalización. Un ensayo teórico para iniciados. En: Socialismo y Participación N° 82 Lima Setiembre

VILLANUEVA MANSILLA, Eduardo

1996 Internet. Breve guía de navegación en el ciberespacio. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Junio. 205 pp.

BIBLIOGRAFÍA EN LÍNEA

AMIGOT, Mikel

1999 "Publicidad con cuentagotas". En: Web Site de la Revista La Brújula.Net El Diario de Internet. 31 de marzo.
URL: <http://labrujula.net/comentario/marzo/miercoles.31.htm>

AMIGOT, Mikel

1999 "Muere el banner, ¡Viva el Comercio! De Internet a Intermall". Recibido vía E-mail. 26 de julio.
URL: <http://www.labrujula.net/comentario/julio/lunes.26.htm>

BEATTY, Sally

AGUILERA, Carolina

1998 "Volswagen, gran ausente en sus propios anuncios". En: Web Site de Wall Street Journal. 26 de noviembre.
URL: <http://interactivo.wsj.com>

BERGER, Beatriz

1998 "¿Hacia dónde navega el libro?" En: Diario El Comercio de Lima 09 de Noviembre
URL: <http://www.elcomerciooperu.com.pe>

BEATTY, Sally

AGUILERA, Carolina

1998 "Volswagen, gran ausente en sus propios anuncios". En: Wall Street Journal 23 de Noviembre
URL:<http://interactive.wsj.com/americas/resources/documents/s-colpub.htm>

BETAZZI, Marieu

1999 "Yahoo! compra Geocities por ...¿3560 millones de dólares?, ¿4580?, ¿3020?". En: Web Site de El Pulso en la Red. Edición N° 11. 29 de enero.
URL: <http://www.elpulso.delmercosur.com>

BINI, Rafael

1999 "Portales en pie de guerra" En: Web Site del Diario La Nación de Buenos Aires. 08 de febrero.
URL: <http://www.lanacion.com.ar>

BOTTO, José

1999 "La cultura en tiempos de Internet". Entrevista a Alejandro Piscitelli. En: Web Site de la Revista Electrónica Intermedia de El Comercio de Lima. 19 de enero.
URL: <http://www.elcomercioperu.com.pe/intermedia>

BOUNDS, Wendy

1998 "La juventud está 'perdida', pero no para las revistas" En: Wall Street Journal 18 de Diciembre
URL:<http://interactive.wsj.com/americas/resources/documents/s-colpub.htm>

CARDOCH, Fernando

- 1998 Paul Virilio, una voz de alerta frente a la revolución tecnológica. La cara oculta del progreso. En: Revista Electrónica Mouse del Diario la Tercera de Chile N° 127 16 de Abril
URL: <http://loa.copesa.cl/mouse/antes/Nro.127-1998.16.04/Nro.127B.html>

CARPINTIER, Rodolfo

- 1998 "Anuncios a la carta". En: Web Site de Commerce Net. 16 de octubre.
URL: <http://www.commercenet.org/commercenet/doc/doc6.htm>

CARPINTIER, Rodolfo

- 1998 "Internet: buscar una aguja en un pajar... En: Web Site de Commerce Net. 16 de octubre.
URL: <http://www.commercenet.org/commercenet/doc/doc2.htm>

CARPINTIER, Rodolfo

- 1998 "Internet y los trabajadores del conocimiento". En: Web Site de SMM Magazine. 16 de octubre.
URL: <http://www.smmmarket.es/smm/smm-mag/id117.htm>

CARPINTIER, Rodolfo

- 1998 "La publicidad en Internet. Un repaso actualizado". En: Web Site de SMM Magazine. 25 de enero.
URL: <http://www.smmmarket.es/smm/smm-mag/id103.htm>

CARPINTIER, Rodolfo

1998 "Publicidad en Internet". En: Web Site de SMM Magazine. 16 de octubre.

URL: <http://www.smmmarket.es/smm/smm-mag/id94.htm>

CARPINTIER, Rodolfo

1998 "Internet y el marketing 'one to one' en el tratamiento al cliente del siglo XXI. En: Web Site de SMM Magazine. 16 de octubre.

URL: <http://www.smmkt.es/smm-mag/id105.htm>

CARPINTIER, Rodolfo

1998 "El efecto económico de Internet". En: Web Site de SMM Magazine. 16 de octubre.

URL: <http://www.smmkt.es/smm/smm-mag/id98.htm>

CASAL, Fran

1999 "¿Existe la adicción a Internet?". En: Web Site de CNN en español. 09 de febrero.

URL: <http://cnnespanol.com/tec/1999/02/02/adiccion/index.html>

CASTRO, Tito

1998 "La variedad infinita". Entrevista a Nelson Manrique. En: Web Site de la Revista Electrónica Intermedia del El Comercio de Lima. 30 de noviembre.

URL: <http://www.elcomercioperu.com.pe/intermedia/protg.htm>

CERF, Vinton

1999 "Los contenidos de Internet no son controlables". En: Web Site del Diario del Navegante. 13 de abril.
URL: <http://www.el-mundo.es/navegante/diario/99/abril/12/cerf.html>

DAHL, Eduardo

1999 "La revolucionaria red se vuelve convencional". En: Web Site del Diario La Nación de Buenos Aires. 08 de febrero.
URL: <http://www.lanacion.com.ar>

DEOGUN, Nikhil

1998 "Diet Coca Cola unifica la sed con la lectura". En: Web Site del Wall Street Journal. 27 de octubre.
URL: <http://interactivo.wsi.com>

DEOGUN, Nikhil

AGUILERA, Carolina

1999 "La nueva Diet Coke busca ser símbolo de belleza y poder". En: Web Site del Wall Street Journal. 05 de enero de 1999
URL: <http://interactive.wsi.com/americas/resources/documents/s-colpub.htm>

DI COSMO, Roberto

1998 "Trampa en el cyberspacio". En: Web Site de la Escuela Normal Superior de Liens. 09 de octubre.
URL: <http://www.dmi.ens.fr/~dicosmo>

FERNÁNDEZ, Noelia

- 1998 "Los medios de comunicación en Internet". En: Web Site del Laboratorio de Comunicación Multimedia de la Universidad de Navarra. 19 de octubre.
URL:<http://www.mnlab.unav.es/seminario/resumen.97/html/noelia1.htm>

FLEMING, Paul

- 1998 "1997: ¿Hacia dónde va la publicidad en Internet?". Ponencia preparada para INETCAT 96, el Primer Congreso de Internet de Catalunya. En: Agencia de Publicidad Barcelona Virtual. 15 de octubre.
URL: <http://www.bvirtual.com>

GUAIQUIL, Rodrigo

- 1998 "Infoxicación. Sobredosis de información". En: Revista Electrónica Mouse del Diario La Tercera de Chile N° 159 26 de Noviembre
URL:<http://loa.copesa.cl/mouse/antes/Nro.159-1998.26.11/Nro.159F.html>

HOBSBAWM, Erick

- 1998 "Este es el siglo de la desigualdad" En: Diario La Nación de Argentina 19 de Noviembre
URL: <http://www.lanacion.com>

IRIARTE, Erick

- 1998 "Sobre protección de los derechos intelectuales en Internet". En: REDI Revista Electrónica de Derecho Informático N° 1 Agosto
URL: <http://derecho.org/redi/numero1/erick.shtml>

JAECKEL KOVACS, Jorge

1998 "La publicidad engañosa". En: Web Site de Teleley. 11 de diciembre.

URL: <http://www.asesor.com.pe/teleley/public2.htm>

JIJENA LEIVA, Renato

1999 "Propiedad Intelectual en Internet". En: Web Site del Boletín Jurisweb. 07 de abril de 1999.

URL: <http://www.jurisweb.com>

LOPEZ CALLEJON, R.

1998 "Elija al público de sus anuncios". En: Web Site de Editorial Recoletos. 15 de octubre.

URL: <http://www.recoletos.es/economica/archivo>

MACKENNA, Regis

1999 "Mercados interactivos". En: Web Site del Diario Clarín de Buenos Aires. 14 de enero.

URL: <http://www.clarin.com/index.html>

MANRIQUE, Nelson

1998 "La variedad infinita" En: Revista Electrónica Intermedia En Línea del Diario El Comercio de Lima 22 de Diciembre

URL: <http://www.elcomerciooperu.com.pe/intermedia/protg1.htm>

MARTÍNEZ-CORTIÑA

1998 "El lado oscuro de la red" En: Diario El País de España 30 de Octubre

URL: <http://www.elpais.es>

MARTÍNEZ, Higinio

- 1999 "La publicidad se reinventa en Internet". En: Web Site de Actualidad Económica de España. 05 de febrero.
URL: <http://www.recoletos.es/economica/info/18publinte.htm>

MARTÍNEZ VÉLEZ, Luis Guillermo

- 1999 "La Internet y el ejercicio del derecho". En: Web Site de REDI N° 10. 12 de mayo.
URL: [http://derecho.org/redi/index.cgi?/N%FAmero_10 - Mayo de 1999/martinez&0](http://derecho.org/redi/index.cgi?/N%FAmero_10_-_Mayo_de_1999/martinez&0)

MAUCHER, Helmut

- 1999 "Rules and freedom in advertising". Bruselas 27 de abril Traducción de Ursula Paredes y Yolanda Valencia. Tomado del web site de la Cámara Internacional de Comercio.
URL: http://www.iccwbo.org/home/news_archives/1999/advertising_matters.asp

MINI, Aurelio

- 1998 "¿Porqué Internet...y no más bien la nada?". En: Web Site de Páginas Aúreas. 07 de diciembre.
URL: <http://www.geocities.com/athens/acropolis/7894/internauta.html>

MONTAÑES, Fernando

- 2000 "Escaparates virtuales. Lo último en publicidad" En: Web site del diario El Mundo. Jueves 13 de julio
URL: <http://www.el-mundo.es/suordenador/SORnumeros/97/SOR072/SOR072publicidad.html>

NIEZEN, Cecilia

- 1999 "Internet, la historia prodigiosa". En: Web Site de la Revista Intermedia de El Comercio de Lima. 22 de marzo.
URL: <http://www.elcomercioperu.com.pe/intermedia>

ORTIZ HERRERA, Silvia

- 1998 "Algunos aspectos claves de las telecomunicaciones: infraestructuras, convergencia y servicio universal. Postura institucional de la Comunidad Europea" En: Archivo de la lista de interés Rediris Primera semana de Noviembre
URL: <http://www.ctv.es/users/mpq/estrado/estrado011.html>

QUICK, Rebeca y

WEBER, Thomas

- 1998 "Internet, el nuevo trineo de Santa Claus. En: Wall Street Journal 23 de Noviembre
URL: <http://interactive.wsj.com/americas/resources/documents/s-colpub.htm>

RANKIN, Bob

- 1999 "¿Qué son las Cookies?". En: Web Site de Geocities 06 de noviembre.
URL: <http://www.geocities.com/SiliconValley/Way/4302/cookies.html>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.

- 1992 Vigésima Primera Edición. Madrid
URL: <http://www.rae.es/>

REDACCION AGENCIA DE PUBLICIDAD KOBO

1999 "Banners o Banderas". En: Web Site de Agencia de Publicidad Kobo. 28 de enero.
URL: <http://www.kobo.es/publi.htm>

REDACCION AGENCIA DE PUBLICIDAD WEB DESIGN 2000

1998 "Su publicidad en Internet ". En: Web Site de Agencia de Publicidad Web Design 2000. 15 de octubre.
URL: <http://wd2000.com/publici.htm>

REDACCION REVISTA NOVATICA

1999 "Driada" En: Web Site de la Revista Novática Nº 136. 12 de febrero.
URL: <http://www.ati.es/PUBLICACIONES/novatica/1998/136/if136.html>

REDACCIÓN DE IBRUJULA.COM.

1999 "Se abre paso una fórmula para sustituir a los banners". 23 de octubre. En Web Site de iBrujula.com
URL: <http://ibrujula.com>

REDACCION LA BRUJULA.NET

1999 "La publicidad on line se duplica e inicia su despegue". En: Web Site de La Brújula.Net. 04 de mayo.
URL: <http://www.labrujula.net>

REDACCION LA BRUJULA.NET

1999 "Surge un programa que elimina las ventanas publicitarias". En: Web Site de La Brújula.Net. 20 de julio.
URL: <http://www.labrujula.net/1999/julio/martes.20.2.htm>

RIBAS, Xavier

1998 Competencia jurisdiccional en Internet. Documento actualizado a Julio de 1997. 07 de Octubre
URL: <http://www.asertel.es/cs/04004001.htm>

SARAMAGO, José

1999 "Chiapas". En: Web Site de Chiapas. 11 de marzo.
URL: <http://www.geocities.com/Hollywood/Makeup/1527/Saramago.html>

SECCIÓN TECNOLOGÍA DE EL COMERCIO DE LIMA

1999 "Medios de pago en Internet. Descripción de protocolos y consejos para comprar y vender en la Red". En: El Comercio. Sección Tecnología. 25 de octubre.
URL: <http://www.elcomercioperu.com.pe/tecno/1999/9/30/fs111n1.htm>

STIGLITZ, Joseph

1998 "Mercados imperfectos" En: Diario Clarín de Argentina 07 de Junio (Tomado del New York Times)
URL: <http://www.clarin.com>

VELARDE KOEHLIN, Carmen

1999 "Aspectos jurídicos de la publicidad a través de Internet". Nuevo desafío para el Derecho. En : Archivo de la Lista de Interés Rediris. Tomado del Web Site de Manuel Porras Quintela, citado por Erick Iriarte Primera Semana de Noviembre
URL: <http://www.ctv.es/users/mpq/estrado/estrado010.html>

WALL STREET JOURNAL

1998 “La PC, ¿la mayor enemiga de Internet?” En: Wall Street Journal. Sección Informática para todos. 10 de Noviembre
URL:<http://interactive.wsj.com/americas/resources/documents/s-info.htm>

WEB SITE DE eMARKETER

2000 Estimados comparativos de inversión publicitaria en Internet En: Web site de eMarketer Jueves 13 de Julio
URL: <http://www.emarketer.com/ereports/eadvertising/welcome.html>

WEB SITE DE NUA INTERNET SERVICE

2000 Cifras mundiales de usuarios de Internet En: Web site de Nua Internet Service Martes 18 de Julio
URL: http://www.nua.net/surveys/how_many_online/

WEB SITE DE ONLINE MARKETING

2000 “La publicidad en Internet hoy” En: Web site de Online Marketing Jueves 13 de Julio
URL: <http://www.onlinemkt.com/internet/inter2.htm#temas>

APENDICE

DIRECTORIO INTERNET

La lista de URL's que presentamos a continuación es una suerte de directorio de Internet. No es una relación completa, ni mucho menos, son sólo algunas direcciones que nos parecen interesantes de visitar. No todas tienen un contenido jurídico. Son sólo muestras arbitrarias de lo que nos ofrece la red. Al final de cuentas, son invitaciones a navegar. Si algún humanitario lector decide, por lo menos, clicar el último de estos links nos sentiremos realmente gratificados. Que la red les sea propicia.

Buscador Altavista

<http://www.altavista.com>

Buscador Yahoo!

<http://www.yahoo.com>

Buscador Excite

<http://www.excite.com>

Buscador Infoseek

<http://www.infoseek.com>

Buscador Lycos

<http://www.lycos.com>

Buscador Magellan

<http://www.magellan.com>

Buscador Metacrawler

<http://www.metacrawler.com>

Buscador Metabusca

<http://www.metabusca.com>

Buscador Geocities

<http://www.geocities.com>

Buscador Adonde

<http://www.adonde.com>

Buscador Perú

<http://www.peru.com>

Buscador Ozú

<http://www.ozu.com>

Buscador Ariadna

<http://www.ariadna.com>

Buscador Terra

<http://www.terra.com>

Red Científica Peruana

<http://ekeko.rcp.net.pe>

Pontificia Universidad Católica del Perú

<http://www.pucp.edu.pe>

Universidad de Lima

<http://www.ulima.edu.pe>

Universidad del Pacífico

<http://www.up.edu.pe>

Universidad Cayetano Heredia

<http://www.upch.edu.pe>

Revista Double Click

<http://www.doubleclick.com>

Revista Media Info

<http://www.mediainfo.com>

Revista Ad Age

<http://www.adage.com>

Revista Wired

<http://www.wired.com>

Revista Mouse

<http://loa.copesa.cl/mouse>

Revista Electrónica de Derecho Informático

<http://derecho.org/redi>

Revista iBrújula

<http://www.ibrujula.com>

Revista Intermedia

<http://www.elcomercioperu.com.pe/intermedia>

Revista Caretas de Lima

<http://www.caretas.com.pe>

Revista BusinessPerú

<http://www.businessperu.com.pe/hp.htm>

Wall Street Journal en Castellano

<http://interactivo.wsj.com>

Internet Society

<http://www.isoc.org>

Diario El Comercio de Perú

<http://www.elcomercioperu.com.pe>

Diario La República de Perú

<http://www.larepublica.com.pe>

Diario El Peruano

<http://www.editoraperu.com.pe>

Diario El País de España

<http://www.elpais.es>

Diario El Mundo de España

<http://www.el-mundo.es>

Diario del Navegante

<http://www.elmundo.es/navegante/diario/>

Diario Clarín de Argentina

<http://www.clarin.com.ar>

Diario La Nación de Argentina

<http://www.lanacion.com>

Diario El Mercurio de Chile

<http://www.elmercurio.cl>

Diario O'Globo de Brasil

<http://www.oglobo.com.br>

Diario Zero Hora de Brasil

<http://www.zh.com.br>

Diario El Tiempo de Colombia

<http://www.eltiempo.com>

Diario El Universal de México

<http://www.el-universal.com.mx>

Diario El Nuevo Día de Puerto Rico

<http://www.elnuevodia.com>

Diario El País de Uruguay

<http://www.diarioelpais.com>

Diario el Nacional de Venezuela

<http://www.el-nacional.com>

Tucows Sitio de Software Freeware y Shareware

<http://www.tucows.com>

Sports Illustrated

<http://sportsillustrated.cnn.com/>

Lista de Interés RedIris

<http://www.rediris.es>

Archivo de la Lista RedIris

<http://listserv.rediris.es/archivos>

Internet Assigned Numbers Authority IANA

<http://www.iana.org/>

The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers ICANN

<http://www.icann.org/>

Web Site de Manuel Porras Quintela

<http://www.ctv.es/users/mpq>

Cibertribunal Peruano

<http://cibertribunalperuano.com>

Teleley Compendio de Leyes Peruanas

<http://www.asesor.com.pe/teleley>

Virtual Memorial Garden Obituario Virtual

<http://catless.ncl.ac.uk/wmg>

Burundis Pasatiempo

<http://www.burundis.com>

Deremate Subasta de Bienes y Servicios

<http://www.deremate.com>

All Posters Compendio de Posters por Categorías

<http://www.allposters.com>

Photo Disc Archivo de Imágenes por Categorías

<http://www.photodisc.com>

Cool Text Sitio para Crear Logos

<http://www.cooltext.com>

Graffiti

<http://www.graffitti.org>

Poetas

<http://www.webcom.com/poetas>

Toon Dibujos

<http://www.toon.com>

Cartoon Factory Dibujos

<http://www.cartoon-factory.com>

Pilsen Callao

<http://www.pilsencallao.com>

Chim Pum Callao

<http://www.chimpum-callao.com>

Vamos Boys

<http://www.vamosboys.8k.com>

Soda Stereo

<http://www.sodastereo.com/>

Cranberries

<http://www.cranberries.com/>

Galería de Salvador Dalí

[http://members.es.tripod.de/Salvador Dali/](http://members.es.tripod.de/Salvador%20Dali/)

El Sitio del Hambre. Con sólo clicar sobre el ícono de Donate Free Food estamos ayudando a paliar el hambre de muchas personas. Los alimentos los proporcionan las empresas patrocinadoras del web site. Como dato estadístico es importante recordar que cada 3.6 segundos alguien muere de hambre. El 75 % de ellos son niños. Ayudemos a ayudar. Hagamos click aquí

<http://www.thehungersite.com/>