

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**ASPECTOS JURÍDICOS Y SOCIALES DE LA PUBLICIDAD SUBLIMINAL Y LA
IMPORTANCIA DE SU REGULACIÓN**

SELVYN RENATO PÉREZ PÉREZ

GUATEMALA, MAYO DE 2013

HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL III	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV	Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V	Br. Rocael López González
SECRETARIO	Licda. Rosario Gil Pérez

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ

EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera fase:

Presidente	Licda. Mirza Eugenia Irungaray López
Vocal	Lic. Jaime Amilcar Gonzáles Dávila
Secretario	Lic. David Sentés Luna

Segunda fase:

Presidente	Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo
Vocal	Licda. Edna Mariflor Irungaray López
Secretario	Lic. Marco Tulio Escobar Herrera

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sostenidas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público)



LIC. JOSÉ ALBERTO GODÍNEZ RODRÍGUEZ

CALZADA ROOSEVELT, EDIF. TIKAL FUTURA, TORRE LUNA, NIVEL 19, OFI. B

TEL. 53167323

COLEGIADA NO. 9,300

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 17 de Enero de 2013

Dr. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Dr. Bonerge Amilcar Megía Orellana:

En atención a la resolución de fecha **dieciocho de octubre del año dos mil doce**, emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, en la cual fui nombrado asesor de tesis del **Br. SELVYN RENATO PÉREZ PÉREZ**, sobre el tema titulado **"ASPECTOS JURÍDICOS Y SOCIALES DE LA PUBLICIDAD SUBLIMINAL Y LA IMPORTANCIA DE SU REGULACIÓN"**, en virtud de lo cual rindo a usted el dictamen siguiente:

Los métodos de investigación: científico, deductivo-inductivo e histórico, fueron utilizados adecuadamente durante la elaboración de la tesis en mención. Así como las técnicas de investigación entre ellas la técnica bibliográfica, técnica jurídicas, técnica de campo y técnica documental. En la elaboración del trabajo de tesis la redacción del informe final fue adecuada y acorde al contenido de la investigación.

Las conclusiones y recomendaciones que se desprenden de la investigación son coincidentes, ya que para su elaboración fueron tomados en consideración los aspectos fundamentales de cada capítulo desarrollado en el trabajo de investigación y la bibliografía que apoyo el análisis técnico es pertinente.

El contenido científico y técnico de la tesis representa un aporte significativo en virtud de que la investigación referida estableció un análisis relacionado con la problemática de la actividad publicitaria comercial, donde se pretende persuadir en perjuicio de los consumidores y usuarios y la forma en que se puede alcanzar una legislación interna justa que llene vacíos legales existentes para favorecer el ejercicio pleno de los derechos que conlleven a resguardar en primera instancia los intereses de los consumidores o usuarios.



En virtud de lo anteriormente expuesto, el trabajo de investigación descrito reúne los requisitos de forma y de fondo que se establecen en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. En consecuencia rindo **DICTAMEN FAVORABLE** por los que la misma puede continuar con el trámite para su revisión y aprobación.

Sin otro particular me suscribo de usted con muestras de consideración y respeto.



Lic. José Alberto Godínez Rodríguez
Colegiado No. 9,300

Licenciado
JOSE ALBERTO GODINEZ RODRIGUEZ
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria

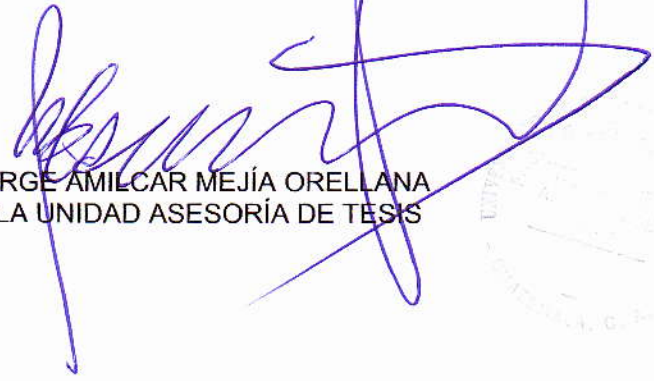
Guatemala, Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 24 de enero de 2013.

Atentamente, pase a la LICENCIADA TERESA DE JESUS VÁSQUEZ VILLATORO DE GONZÁLEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante SELVYN RENATO PÉREZ PÉREZ, intitulado: "ASPECTOS JURÍDICOS Y SOCIALES DE LA PUBLICIDAD SUBLIMINAL Y LA IMPORTANCIA DE SU REGULACIÓN".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultada para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".



DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

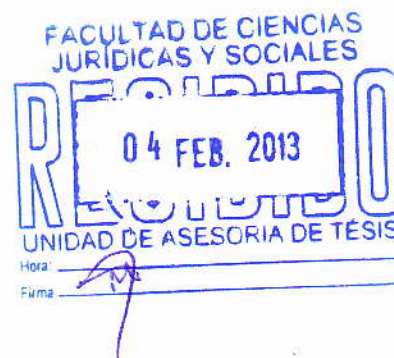
cc.Unidad de Tesis
BAMO/iyf.

LICDA. TERESA DE JESUS VÁSQUEZ VILLATORO DE GONZÁLEZ
2. AVENIDA 4-29 ZONA 5 MIXCO, GUATEMALA
TEL. 24267213 54145452
COLEGIADO NO. 4630



Guatemala, 04 de febrero del año 2013

Dr. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable Doctor Mejía:

En virtud de la resolución de fecha veinticuatro de Enero del año dos mil trece, emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, en la cual fui nombrado revisor de tesis del **Br. SELVYN RENATO PÉREZ PÉREZ**, sobre el tema titulado "**ASPECTOS JURÍDICOS Y SOCIALES DE LA PUBLICIDAD SUBLIMINAL Y LA IMPORTANCIA DE SU REGULACIÓN**", me permito informarle que he procedido a revisar el trabajo en mención.

Con el sustentante de la tesis **SELVYN RENATO PÉREZ PÉREZ**, hemos sostenido varias sesiones de trabajo, durante las cuales fueron evaluados los requisitos establecidos en el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que puedo afirmar:

- Contenido científico y técnico de la tesis: la investigación fue realizada con observancia de consideraciones doctrinarias y legales, desarrolló aspectos fundamentales de la institución de la publicidad subliminal, sus principales características, antecedentes históricos y doctrinarios, principios y la forma en que la regulación de dicha institución puede contribuir a alcanzar aspectos de prohibición derivado de la publicidad subliminal.

- En la investigación realizada se utilizaron los siguientes métodos y técnicas de investigación:

- Método científico, a través del contraste de la hipótesis planteada con la realidad mediante el análisis, comprobación y abstracción de elementos teóricos;
- Método deductivo inductivo, puesto que la investigación partió desde el conocimiento de las características de la institución de la competencia



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 10 de abril de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante SELVYN RENATO PÉREZ PÉREZ, titulado ASPECTOS JURÍDICOS Y SOCIALES DE LA PUBLICIDAD SUBLIMINAL Y LA IMPORTANCIA DE SU REGULACIÓN. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/sllh.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



Rosario



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La competencia desleal en la doctrina.....	1
1.1 Antecedentes.....	1
1.2 Definición.....	7
1.3 Características.....	9
1.4 Causas y consecuencias	11

CAPÍTULO II

2. Regulación nacional e internacional de la competencia desleal.....	13
2.1 La Constitución Política de la República de Guatemala.....	13
2.2 Código Civil.....	16
2.3 Ley de Propiedad Industrial.....	16
2.4 Código de Comercio	26
2.5 Ley de Protección al Consumidor y Usuario	27
2.6 Ley del Organismo Ejecutivo.....	28
2.7 Código Penal.....	28
2.8 Ámbito internacional de protección legal contra la competencia desleal	29

CAPÍTULO III

3. La competencia desleal en el derecho comparado	33
3.1 República de Argentina	33
3.2 República de España	34
3.3 República de Colombia	37
3.4 República de Chile	40

CAPÍTULO IV

4. La publicidad subliminal y los actos que constituyen competencia desleal	43
4.1 Consideración preliminar	43
4.2 La publicidad subliminal	44
4.2.1 Definición de publicidad	44
4.2.2 Definición de la publicidad subliminal o manipuladora	46
4.2.3 Breves antecedentes del surgimiento de la publicidad subliminal	48
4.2.4 La Ley de Protección al Consumidor y Usuario y la regulación de las normas respecto a la publicidad manipuladora o subliminal	54
4.3 Cómo determinar la publicidad manipuladora o subliminal	61
4.4 Inexistencia de un marco jurídico adecuado en Guatemala que regule la competencia desleal técnica y adecuadamente	62

CAPÍTULO V

Pág.

5. Necesidad de regular la publicidad subliminal.....	69
5.1 Legislación comparada en materia de publicidad subliminal relevante.....	69
5.2 Bases para la creación del marco normativo	76
5.2.1 Importancia que entren en vigencia las iniciativas que se encuentran pendientes de aprobación al respecto en el congreso de la república..	76
5.2.2 Bases para un marco normativo.....	78
CONCLUSIONES.....	89
RECOMENDACIONES	91
BIBLIOGRAFÍA.....	93



INTRODUCCIÓN

El presente informe de investigación se elabora por el interés que evidenció de una manera muy particular como se está suscitando en la realidad lo que se denomina competencia desleal a través de la publicidad subliminal; en virtud del avance que ha experimentado la sociedad en la implementación de nuevas tecnologías.

En virtud de lo anterior, se concluye que el derecho debe ir a la par de los cambios que se han experimentado en la sociedad, y en este caso, en materia de publicidad subliminal como una forma de competencia desleal. Sin embargo, a pesar de que se suscitan estas circunstancias, no existe una normativa adecuada técnicamente que sirva para la protección entre los comerciantes en esta materia.

El principal objetivo de esta investigación fue establecer la competencia desleal que se genera dentro del comercio, ya que existen instituciones que prohíben por ejemplo, prácticas desleales que benefician a determinada empresa y perjudican a otra dentro de las formas de publicidad comercial que existen.

Se ha abordado la temática de que es lo que sucede en el caso de la publicidad subliminal, debido a que trascienden el pensamiento humano para influir en determinadas conductas y preferencias. Se ha convertido en una industria pujante, con empresas especializadas, escuelas, tratados, teorías y sistemas que se relacionan íntimamente con la psicología individual y social y estudian todos los medios para



hacer efectiva la propaganda por medio de la prensa, la radio, ulteriormente y con eficacia la televisión.

La investigación comprende cinco capítulos los cuales se dividen en la forma siguiente: en el capítulo primero se desarrolla el tema de la competencia desleal en la doctrina; en el capítulo segundo se aborda el tema de regulación nacional e internacional de la competencia desleal; en el capítulo tercero la competencia desleal en el derecho comparado; en el capítulo cuarto la publicidad subliminal y los actos que constituyen competencia desleal; y finalmente en el capítulo quinto la necesidad de regular la publicidad subliminal.

Los métodos que se utilizaron para la elaboración de la presente tesis fueron: científico para desarrollo formal de la investigación, deductivo-inductivo para analizar y concluir, e histórico para fundamentar lo planteado. Las técnicas de investigación empleadas son: bibliográfica consiste en fichas de trabajo y bibliográficas, estudio de doctrina y legislación aplicable; técnicas de campo, consiste en la observación y análisis del entorno; técnicas jurídicas, consisten en la interpretación de las normas jurídicas; técnicas documental, en la cual se concluyó estudio comparativo y análisis de contenido

Sirva el presente estudio, para realizar un pequeño pero significativo aporte esperando que este informe sea tomado en cuenta como un marco normativo específico que regule lo relativo a la publicidad subliminal.

CAPÍTULO I

1. La competencia desleal en la doctrina

1.1 Antecedentes

Es importante antes de abordar el tema de la competencia desleal determinar que estas prácticas se generan dentro de un marco en que el comercio se ha desarrollado a tal grado que resulta siendo común que se suscite entre empresarios o comerciantes.

Es evidente, que antes de que apareciera el comercio como tal, en las primeras épocas de la historia, el hombre únicamente trabajaba y producía para satisfacer sus propias necesidades, ya que no existían muchas formas de actividad económica productora, pero esto cambió, debido a que las sociedades, evolucionan y progresan.

El dinero como medio de intercambio de productos y servicios ha sido el detonante para la expansión del comercio. En tiempos remotos el dinero no era considerado tal como se concibe en la actualidad.

Partiendo de lo que indica la Colección de Textos Económicos, la productividad del hombre se fue desarrollando así: "Un jalón importante en la trayectoria del perfeccionamiento de los instrumentos de trabajo fue la invención del arco y la flecha, con la que se hizo un gran progreso en la caza. Este progreso hizo que naciese la ganadería primitiva y los cazadores comenzaron a domesticar animales.



La domesticación de los animales permitía utilizar el ganado como fuerza de tiro y, con la fundición de los metales, aparecieron las herramientas de metal, haciéndose con su empleo, más productivo el trabajo agrícola. Con la agricultura, las tribus primitivas comenzaron a pasar a la vida sedentaria".¹

En la obra citada se indica que "el trabajo no creaba excedente alguno después de cubrir las necesidades de vida más elementales; es decir, no arrojaba ningún plus producto. Y la especialización de los hombres en la caza y de las mujeres en la recolección de alimentos vegetales y en los cuidados de la casa, contribuyó a elevar en cierta medida la productividad del trabajo." ²

Con la ayuda de instrumentos de producción rudimentarios, y en la medida que fueron desenvolviéndose las fuerzas productivas y que la ganadería nómada (el pastoreo) y la agricultura ya más desarrollada, los individuos comienzan a especializarse en distintos tipos de actividades productivas.

Así las comunidades de los primeros pastores lograron importantes progresos en la ganadería, lo que permitió más productividad, la cual les dio acceso a obtener cierto exceso de elementos derivados de su actividad productiva.

¹ Robbins Lionel traducción por Daniel Cosío Villegas. **Fondo de cultura económica**. pág.4.

² **Ob. Cit.** pág. 5.



Con todo esto del desarrollo y perfeccionamiento de la productividad, surge una pregunta muy importante, ¿Qué hacían los hombres con ese plus producto?, se perdía porque se descomponía y lo enterraban como desperdicio. Posiblemente la respuesta sea positiva en parte, ya que precisamente eso sucede en nuestros días, pero también está la situación que revela la Colección de Textos Económicos.

“En las tribus de pastores fue formándose cierto excedente de ganado, de productos lácteos, de carne, pieles y lana. Al mismo tiempo estas tribus experimentaban la necesidad de productos agrícolas. Agricultores y ganaderos sentían la necesidad de los objetos que no podían producir en su propia economía.

Todo esto condujo al desarrollo del cambio. Se desarrollaron la alfarería, la fabricación de tejidos, la fabricación de arados, de hachas, de armas, resultando más difícil cada vez hacer estos trabajos al mismo tiempo que los agrícolas y ganaderos”.³

Por otra parte el perfeccionamiento de los medios de producción permitieron que se generara cada vez más plus producto, o sea ese excedente que queda después de cubrir las necesidades del sustento del productor y de su familia.

Este llamado plus producto entonces, no puede ser otra cosa que la mercancía que se utilizaba como el medio de intercambio de bienes, tal como lo señala la Colección de Textos Económicos: “Mercancía es el producto que no se destina directamente al consumo, sino al cambio, a la venta en el mercado.

³ Ob. Cit. pág.7.



A medida que el cambio fue extendiéndose y convirtiéndose en un fenómeno usual, se destacó poco a poco una mercancía que las gentes recibían de buen grado a cambio de otra cualquiera. Así nació el dinero".⁴

El aparecimiento del comerciante en la sociedad, también fue el siguiente paso esencial para el crecimiento del comercio y con ello, las denominadas relaciones de consumo, en donde coexisten dos polos opuestos, el comerciante, mercader o proveedor y el cliente, consumidor o usuario.

En ese orden de ideas se puede leer en la Colección de Textos Económicos, que el surgimiento de estos polos opuestos, se establece así: "Con el desarrollo de la producción de mercancías aparecieron los mercaderes, quienes movidos por su afán de ganancias, comparaban las mercancías a los productores para llevarlas al mercado, situado a veces a bastante distancia del lugar de producción, y venderlas a los consumidores".⁵

El consumidor y comerciante en las relaciones de consumo permitieron el aparecimiento de mercados locales, donde se intercambiaban mercancías a cambio de otras. A estos mercaderes conforme se van especializando en su actividad mercantil lucrativa, se les denominaba a través de la historia como mercader, comerciante, fabricante, importador, exportador, empresario, vendedor, etc., así en la actualidad en nuestro país se les define, según se define en la legislación de Guatemala.

⁴ Becker, Gary S. **La naturaleza de la competencia**. pág. 23.

⁵ Becker, Gary S. **Ob. Cit.** pág.12.



Comerciante. "Son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren a lo siguiente: 1. La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios. 2. La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios. 3. La banca, seguros y fianzas. 4. Los auxiliares de los anteriores".⁶

Entonces, derivado de todo lo anotado anteriormente, se puede decir, que el comercio se traduce en una actividad exclusivamente del ser humano que consiste en un cambio o intercambio con el propósito de obtener una ganancia o lucro y que implica o tiene como finalidad un lucro.

Sin embargo al enfrentarse de manera sedentaria y empezar a generar riquezas se inicia un periodo en el que se produce más satisfactores de los que pueden consumir y con ese motivo y para efecto de no desperdiciarlos empieza a intercambiarlos con otras comunidades haciendo con esto, el comercio.

Es de considerar también el hecho de una expresión que fue acuñada por Adam Smith que en materia de economía, cuando se refiere a "la mano invisible para indicar que, mientras los individuos y las empresas están interesadas exclusivamente en su propio interés, están incentivados a través del ámbito de la competencia -como si fuera por medio de una "mano invisible"- a promover el interés del público".⁷

⁶ Artículo 2 del Código de comercio de Guatemala.

⁷ Douglas Jr, Adam Smith. *Obra la riqueza de las naciones*. pág. 177.

Es aquí en donde se analiza el porqué de la riqueza de algunas naciones en relación a otras, y como bien lo dice el autor referido, se debe a las medidas relacionadas con la competencia o competitividad. En realidad la competencia resulta esencial en todos los aspectos de la vida independientemente de las motivaciones y la organización de los productores.

De acuerdo a algunos estudiosos como el caso de Alberto Berovitz Rodríguez Cano se ha referido respecto al origen de la competencia desleal al caso de que esta vinculado con el hecho de que la misma se regule como prohibitiva. Dice que "surge en el siglo XIX de la mano del liberalismo económico. Ello es así porque una de las conquistas de la Revolución Francesa consiste en la denominada libertad de industria y de comercio, dicho en otros términos, en la libertad de competir".⁸

Por ello, surge a lo largo del siglo XIX la protección contra la competencia desleal. En Francia surge esa protección como fruto de la labor jurisprudencial basada en la interpretación de la norma del Código Civil francés sobre la responsabilidad extracontractual establecida en el artículo 1382. Sin embargo, en Alemania la necesidad de proteger a los empresarios contra la competencia desleal fructificó en la Ley de 7 de junio 1909.

La protección tanto por la vía jurisprudencial en Francia, como por la vía legislativa en Alemania, partía de una premisa fundamental para que pudieran reprimirse los actos de competencia desleal.

⁸ Thowonson, Reuters. **Apuntes de derecho mercantil**. pág. 231.

Esa premisa básica consistía en la exigencia de que quien ejercitara la acción por competencia desleal fuera precisamente un competidor del empresario autor de los actos incorrectos y que tales actos pudieran perjudicarlo.

Si no existía una relación de competencia directa entre el empresario afectado y el autor de los actos, entonces, no podría existir competencia desleal. Al no haber competencia, no podía haber competencia desleal.

En definitiva, en la regulación tradicional de la competencia desleal, se trataba de proteger a los empresarios frente a las actuaciones incorrectas de sus competidores directos que pudieran perjudicarlos, y es así como ha evolucionado hasta en la actualidad, aspectos relacionados con la competencia desleal en cada uno de los países y que sus antecedentes.

Por lo tanto, la misma se ha regulado en base a las prácticas que se han observado y que los legisladores han tenido la voluntad política de incluirlas en algunas legislaciones, tanto a nivel nacional como internacional como se verá más adelante.

1.2 Definición

Se debe antes, definir la contrapartida de la competencia desleal, que es la competencia propiamente dicha. Es evidente que la competencia entre las empresas, analizando propiamente en el orden de la economía de mercado y del comercio, se considera como “el medio óptimo para satisfacer la oferta y la demanda en la economía y sirve a los intereses de los consumidores y de la economía en su conjunto.

En ocasiones la competencia económica se ha comparado a las competiciones deportivas, porque en ambos casos el mejor debe ganar. En la competencia económica, el ganador deberá ser la empresa que proporcione el producto más útil y eficaz o que preste el servicio de la forma más económica y en los términos más satisfactorios (para el consumidor).

No obstante, este resultado solamente puede lograrse si todas las partes se desempeñan según cierto conjunto de reglas básicas, o sea, si la competencia se desarrolla dentro de determinados límites definidos por el derecho; pero puede ser tentador infringir estas reglas”.⁹

Es por ello que donde existe competencia, es factible que se produzcan actos que transgreden estos límites, llamados actos de competencia desleal.

La competencia desleal se suscita sobremanera en las marcas y demás signos distintivos, ya que estos además de ser indicadores de la procedencia empresarial de los productos o servicios, acreditan la calidad de los mismos y constituyen un mecanismo publicitario de gran efectividad.

En el orden comercial o mercantil, incluso industrial, es evidente de que el hecho de que se publicite su producto o servicio contribuiría a mejorar sus ingresos o ganancias.

⁹ Dulcal, José. **Competencia desleal**. pág. 65.

Conforme el Diccionario: “la competencia desleal representa el comportamiento anticompetitivo, también llamado competencia desleal son las prácticas contrarias a los usos honestos en materia de industria y de comercio”.¹⁰

El Diccionario jurídico de Manuel Capitant la define como: “delito civil, a veces coincidente de un delito penal, y que consiste en que una persona cuya profesión suponga tener clientela, (comerciante, industrial, médico, etc.) quite a otra de la misma profesión todo o parte de su clientela, mediante actos lesivos de los principios de honestidad que son ley de la profesión”.¹¹

1.3 Características

Dentro de las principales características de la competencia desleal se pueden señalar las siguientes:

1. Se le ha denominado también comportamiento anticompetitivo, partiendo del hecho de que resulta positivo la competición, pero a través de reglas claras y sin provocar conflictos a otros competidores.
2. Se trata de prácticas contrarias a los usos honestos en materia de la industria y el comercio, refiriéndose a determinadas actividades que son contrarias a la honestidad y que generalmente trasciende a un delito de fraude o estafa.

¹⁰ Diccionario Jurídico Espasa Calpe, pág. 256.

¹¹ Capitant, Henri. **Vocabulario jurídico**. pág. 132.



3. Generalmente estas prácticas se realizan por los propios empresarios o comerciantes en contra de otros de igual categoría.
4. Existe practicas marcadas que radican en determinar que se trata de competencia desleal y entre ellas, se encuentran:
 - a) El dumping de precios que es el hecho de vender a un precio inferior al costo del producto;
 - b) El engaño que es hacer creer a los compradores que el producto tiene un precio diferente al real;
 - c) Denigración que es difundir una información errónea o falsa sobre determinados productos que los competidores tienen, o publicar o hacer publicidad acerca de comparaciones que no son relevantes;
 - d) Confusión, que es buscar parecerse a un competidor para que el consumidor compre sus productos en vez de los del competidor;
 - e) Dependencia económica, que significa exigir condiciones leoninas al proveedor cuando se le compra casi toda su producción, circunstancia que el proveedor de estas ventas tiene que aceptarlas porque depende de las mismas;
 - f) desviación de la clientela y explotación de la reputación ajena.

5. Al calificar una conducta de desleal se requiere que se cumplan ciertos requisitos en el ámbito de aplicación, no solo territorial, de carácter objetivo y subjetivo.
6. Existe en cada uno de los países una protección interna y a nivel internacional, contra la competencia desleal, existe el convenio de la Unión de París de 1883, que se constituye en el instrumento jurídico más importante y en el que existen un gran número de Estados que son parte, incluyendo en el caso de Guatemala.

1.4 Causas y consecuencias

Estas se determinan en base a las conductas ejecutadas por quienes realizan las prácticas desleales en la competición dentro del mundo del comercio, y los fines fundamentalmente el lucrativo y ampliar el marco de actuación a través de eliminación de los competidores más relevantes a consideración de ellos.

Las consecuencias, anteriormente a la existencia de un marco regulatorio, no existían consecuencias de carácter jurídico, sino más bien moral, sin embargo, se puede señalar lo siguiente:

- a) Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las normas existentes, no solo en el ámbito moral, sino legal.



- b) Sin embargo de lo anterior, la ventaja tiene que ser significativa, con el objeto de que lesione derechos de los sujetos pasivos.

- c) Se provoca en todo caso, un trato discriminatorio al consumidor o usuario, en materia de precios de venta que lógicamente se refuta desleal a no ser que se alegue una causa justificada, pero esta tiene que ser bien definida y clara.

CAPÍTULO II

2. Regulación nacional e internacional de la competencia desleal

2.1 La Constitución Política de la República de Guatemala

La Carta Magna contempla en tres artículos, el 43, 119 y 130, aspectos fundamentales en materia de competencia y economía de mercado, tales como: los deberes que tiene el Estado de proteger la economía de mercado e impedir prácticas que restringen la competencia y que, por lo tanto, son perjudiciales a los intereses y bienestar de los consumidores.

La Constitución Política de la República que data del año 1986 en el artículo 130 establece en forma clara la prohibición de Monopolios y Privilegios, el cual dice así: "Artículo 130. Prohibición de monopolios. Se prohíben los monopolios y privilegios. El Estado. Limitará el funcionamiento de las empresas que absorban o tiendan a absorber, en perjuicio de la economía nacional, la producción en uno o más ramos industriales o de una misma actividad comercial o agropecuaria.

Las leyes determinarán lo relativo a esta materia. El Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores."

A la norma constitucional citada, se le debe hacer un análisis detenido, pues no sólo se limita a prohibir los monopolios en forma per se de los monopolios y los privilegios.

En el mismo texto establece como función del Estado las siguientes: Limitar el funcionamiento de empresas que absorban o tienden a absorber la producción de uno o más ramos industriales o de una actividad comercial o agropecuaria, en perjuicio de la economía nacional.

La Constitución delega en las leyes ordinarias la regulación de las funciones establecidas en el párrafo anterior al establecer "las leyes determinarán lo relativo a esta materia". También establece otras atribuciones del Estado como lo son:

- a) Proteger la economía de mercado
- b) Impedir las asociaciones que tiendan a restringir la libertad de mercado o perjudicar a los consumidores. En esta norma constitucional el legislador en forma general incorporó los elementos del objeto de una ley de competencia, como lo son:
 - i. Preservar y promover la libre competencia,
 - ii. Incrementar la eficiencia económica y el bienestar del consumidor,
 - iii. El control de los actos de concentración económica, los acuerdos restrictivos o los arreglos entre empresas, fusiones o adquisiciones,
- c) El abuso de la posición de mercado dominante, que limiten el acceso a los mercados o de cualquier forma restrinjan indebidamente la competencia, afectando de forma adversa el comercio nacional, internacional o el desarrollo económico.

d) Impedir el funcionamiento de prácticas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes y medios de producción en detrimento de la colectividad; y

e) Prohibir las prácticas monopólicas y privilegios.

Asimismo la Constitución Política establece como obligaciones fundamentales del Estado según el artículo 119.

Y como obligaciones del Estado entre otras las siguientes:

a) Impedir el funcionamiento de prácticas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes y medios de producción en detrimento de la colectividad; Con base en esta norma el Estado de Guatemala debe impedir el funcionamiento de prácticas excesivas como lo son los acuerdos restrictivos, carteles y los abusos de posición de dominio.

a) La defensa de consumidores y usuarios en cuanto a la preservación de la calidad de los productos de consumo interno y de exportación para garantizarles su salud, seguridad y legítimos intereses económicos;

b) La defensa de los intereses económicos del Consumidor es obligación del Estado, y al promover la competencia en el mercado, esto trate como beneficio productos de mejor calidad a un precio más competitivo, en beneficio de consumidor.

c) Promover el desarrollo ordenado y eficiente el comercio interior y exterior del país, fomentando mercados para los productos nacionales;

d) Otra obligación del Estado es el fomento de los mercados, y qué mejor forma de fomentarlos que eliminar las barreras de entrada o de salida de los mismos para los agentes económicos puedan desarrollar sus actividades sin ninguna restricción artificial.

f) Crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros.

La competencia como política de Estado y aplicada a través de un ordenamiento jurídico, es a la vez un instrumentó de transparencia y de certeza jurídica para los inversionistas nacionales y extranjeros, al saber que en el país existen los mecanismos legales para proteger su inversión de actos o conductas que puedan limitar su desarrollo económico.

2.2 Código Civil

Las relaciones civiles y comerciales de algún modo también se rigen por normas generales del Derecho Civil y que se encuentran contenidas en el Código Civil. Se rige también el derecho de obligaciones que no es más que el conjunto de relaciones, por lo común patrimoniales que establecen vínculos entre dos o más personas, por el deber jurídico de dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Puig Peña, define el Derecho de Obligaciones así:

a) "Desde el punto de vista objetivo: Es aquella rama del Derecho, integrada por el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones emanadas de los llamados derechos de crédito.

b) Desde el punto de vista subjetivo: Es la suma de atribuciones y deberes que surgen de las relaciones jurídicas creadas con ocasión de estos Derechos.

El código civil en el libro V del artículo 1251 al 2177 regula el Derecho de Obligaciones, dividido en dos partes: La primera parte comprende las obligaciones en general; la segunda comprende, los contratos en particular. Son los hechos jurídicos por virtud de los cuales se originan o nacen las obligaciones creando el vínculo jurídico entre acreedor y deudor.

c) La ley: son las obligaciones expresamente determinadas en el código civil y leyes especiales.

d) El contrato: son las obligaciones derivadas de un contrato basado en la soberanía del principio de la autonomía de la voluntad; ya que obliga a las partes a su cumplimiento y constituye una declaración de voluntad libremente manifestada por dar nacimiento a una obligación.

e) Cuasi-contrato: son las obligaciones que resultan de los hechos voluntarios y lícitos que obligan al autor para con terceros.

f) Delito: es fuente de obligaciones porque al cometer un delito o infringir la ley penal también se es responsable de la acción civil, para el pago de daños y perjuicios que ha sufrido el ofendido".¹²

Existe en determinado momento, cuando se suscitan las relaciones comerciales o civiles entre personas derivado del derecho de obligaciones o de los contratos, también se suscitan formas de responsabilidad civil.

Código Civil. Artículo 1645. Toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

En términos generales, la responsabilidad civil, se constituye en aquella que se origina por el hecho ilícito y el riesgo creado que se traduce en la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otros y por eso se dice que es fuente de las obligaciones.

Esta responsabilidad civil entonces, se puede derivar de actos propios, por actos de terceros, por daños causados por cosas inanimadas y por animales.

¹² Puig Peña, Federico. **Derecho civil**. pág. 234.

2.3 Ley de Propiedad Industrial

Se encuentra contenida en el Decreto 57-2000 del Congreso de la República de Guatemala, y dentro de los aspectos considerar en su creación es el hecho de que la Constitución Política de la República de Guatemala reconoce y protege el derecho de libertad de industria y comercio, así como el derecho de los inventores, como derechos inherentes a la persona humana, garantizando a sus titulares el goce de la propiedad exclusiva de sus creaciones, de conformidad con la ley y los tratados internacionales de los cuales el Estado de Guatemala es parte.

Así también, tuvo como fundamento, el hecho de que se reconoce que el Estado de Guatemala es parte del Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial, texto adoptado en Estocolmo, el 14 de Julio de 1967 y su enmienda del 28 de septiembre de 1979.

Por lo que debe promover por medio de su legislación interna los mecanismos necesarios para tutelar adecuadamente los derechos de los inventores y creadores de modelos de utilidad y diseños industriales y los de titulares de marcas de fábrica o de comercio y nombres comerciales.

Se indica que reconociendo que el Estado de Guatemala forma parte de la Organización Mundial de Comercio, esta obligada a velar porque su legislación nacional en materia de propiedad industrial, cumpla con los estándares de protección que contempla el Acuerdo sobre los Aspectos de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

Se reconoce comprometido el Estado de Guatemala, de regular esta ley, en base a que también forma parte del Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial.

El Artículo 1 de dicha ley, establece que el objeto de la misma, es la protección, estímulo y fomento a la creatividad intelectual que tiene aplicación en el campo de la industria y el comercio, y en particular, lo relativo a la adquisición, mantenimiento y protección de los signos distintivos, de las patentes de invención y de los modelos de utilidad y de los diseños industriales, así como la protección de los secretos empresariales y disposiciones relacionadas con el combate de la competencia desleal.

El título V que trata sobre la represión de la competencia desleal, reúne el marco jurídico sobre el cual se desarrolla aspectos fundamentales de la competencia desleal y fundamentalmente los siguientes artículos:

Artículo 172. Disposiciones generales. Se considera desleal todo acto que sea contrario a los usos y prácticas honestas del comercio realizado en toda la actividad comercial e industrial.

Para que exista un acto de competencia desleal, no es necesario que quien lo realice tenga la calidad de comerciante, ni que haya una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto.

En caso de contradicción entre las disposiciones de este capítulo y las que sobre la misma materia contemple el Código de Comercio y cualesquiera otras leyes, prevalecen las primeras para el caso específico de la competencia desleal en materia de propiedad industrial.

Artículo 173. Actos de competencia desleal en materia de propiedad industrial. Constituyen actos de competencia desleal en materia de propiedad industrial, entre otros, los siguientes:

a) Todo acto u omisión que origine confusión o un riesgo de asociación o debilitamiento del carácter distintivo de un signo, con respecto a los productos, los servicios, la empresa o el establecimiento ajenos;

b) La utilización, la promoción o la divulgación de indicaciones o hechos falsos o inexactos capaces de denigrar o de desacreditar los productos, bienes, los servicios, la empresa o el establecimiento ajenos o que puedan inducir a error con respecto a la procedencia, la naturaleza, el modo de fabricación, la aptitud para su empleo, uso o consumo, la cantidad u otras características de los productos o servicios propios o ajenos;

- c) La utilización por un tercero de un producto que esté protegido por las leyes de propiedad intelectual para moldear, calcar, copiar o de otro modo reproducir ese producto a fin de aprovechar con fines comerciales los resultados del esfuerzo o del prestigio ajenos, salvo que el acto esté tipificado como delito;
- d) El uso de un signo distintivo cuyo registro esté prohibido;
- e) El uso en el comercio de un signo cuyo registro esté prohibido conforme esta ley;
- f) El uso no autorizado de un secreto empresarial ajeno, así como cualquier acto de comercialización, promoción, divulgación o adquisición indebida de tales secretos; y
- g) El uso no autorizado en el comercio de etiquetas, envoltorios, envases y demás medios de empaque o presentación de los productos o de identificación de los servicios de un comerciante o de copias, imitaciones o reproducciones de los mismos que puedan inducir a error o confusión sobre el origen de los productos o servicios.

Artículo 174. Secretos empresariales. Para los fines de esta ley, tendrá la calidad de secreto empresarial la información que tenga un valor comercial por el hecho de que su propietario la mantiene reservada y que: No sea, como conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida, ni fácilmente accesible para personas que se encuentran en los círculos en los que normalmente se utiliza.

Artículo 175. Actos desleales relativos a secretos empresariales. Constituyen actos de competencia desleal en materia de secretos empresariales, entre otros, los siguientes:

- a) Explotar, sin autorización de su propietario, un secreto empresarial al que se ha tenido acceso violando una obligación de reserva resultante de una relación contractual o laboral;
- b) Comunicar o divulgar, sin autorización de su propietario, el secreto empresarial referido en la literal anterior en provecho propio o de un tercero, o para perjudicar a dicho propietario;
- c) Adquirir un secreto empresarial por medios ilícitos o contrarios a los usos comerciales honestos;
- d) Explotar, comunicar, promocionar o divulgar un secreto empresarial que se ha adquirido por los medios referidos en la literal anterior;
- e) Explotar un secreto empresarial que se ha obtenido de otra persona sabiendo, o debiendo saber, que la persona que lo comunicó adquirió el secreto por los medios referidos en la literal c), o que no tenía autorización de su propietario para comunicarlo;
- f) Comunicar, promocionar o divulgar el secreto empresarial obtenido conforme la literal;
- g) en provecho propio o de un tercero, o para perjudicar al propietario del secreto empresarial.



Artículo 176. Medios desleales. Un secreto empresarial se considerará adquirido deslealmente cuando la adquisición resultara, entre otros, del incumplimiento de un contrato u otra obligación, del abuso de confianza, de la infidencia, del incumplimiento de un deber de lealtad o la instigación a realizar cualquiera de estos actos.

Artículo 177. Durante un plazo de cinco años, para el caso de productos farmacéuticos, o de diez años tratándose de productos químicos agrícolas o para la protección de cultivos, contados a partir de la fecha de otorgamiento de la primera autorización de comercialización de Guatemala, de una nueva entidad química o de un producto nuevo que utiliza o incorpora esa nueva entidad química.

La autoridad sanitaria o fitosanitaria competente no podrá conceder otro registro, licencia o autorización de comercialización respecto a entidades químicas o productos iguales o similares haciendo uso por referencia dentro de expedientes abreviados o procedimientos simplificados, de la información o datos de prueba que le hubieren sido proporcionados por el primer registrante, salvo que éste o el titular de la información o datos de prueba, según el caso, diese su consentimiento por escrito con firma legalizada.

El vencimiento de los plazos establecidos no tendrá como efecto el que la información o datos de prueba protegidos pierdan su carácter de confidenciales, si se hubiesen presentado bajo esa reserva.

La inobservancia a lo establecido en el párrafo precedente constituirá uso comercial desleal, que dará lugar a las acciones judiciales que correspondan en contra de quienes se beneficien de ello, sin perjuicio de la responsabilidad de la autoridad o funcionarios que dieron lugar a tal práctica.

Lo establecido en este artículo no perjudicará la facultad de la autoridad sanitaria competente para divulgar la información o datos que puedan, total o parcialmente, cuando sea necesario para proteger la vida, la salud o la seguridad humana o la vida animal o vegetal o el medio ambiente.

En todo caso, la autoridad deberá asegurarse que la información o datos de prueba no sean utilizados directa o indirectamente en beneficio de terceros no autorizados.

Artículo 177 bis. A los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderá por:

- a) Información o datos de prueba: la información o datos cuya generación es el resultado de un esfuerzo considerable, que pueden o no tener, total o parcialmente, el carácter de secreto empresarial en el sentido de esta Ley y que se presenten con el propósito de obtener un registro sanitario o fitosanitario;
- b) Producto nuevo: todo producto o composición farmacéutica o químico agrícola que no ha sido previamente autorizado para su comercialización en Guatemala;

c) Nueva entidad química: todo principio activo, compuesto químico o molécula que no ha sido previamente evaluado por la autoridad sanitaria o fitosanitaria competente de Guatemala, con motivo de la presentación de una solicitud de registro sanitario o fitosanitario.

2.4 Código de Comercio

El Código de Comercio que data de 1970 contiene varios artículos (del 361 al 367) dedicados a tipificar, prohibir y sancionar todas aquellas conductas y actos que afectan los derechos tanto de competidores como de los mismos consumidores, tal es el caso de la competencia desleal.

En esta materia, es de importancia señalar ciertas prohibiciones que conllevan a que se reúna el marco normativo para regular lo relativo a la competencia desleal.

En primer lugar, también, reúne una serie de principios, como la buena fe, la verdad sabida que debe versar en todas las relaciones comerciales o mercantiles.

Adicionalmente, es conveniente señalar la siguiente normativa: "Artículo 361. (Prohibición de Monopolios). Todas las empresas, tienen la obligación de contratar con cualquiera que solicite los productos o servicios que prestan, observando igualdad de trato entre las diversas categorías de consumidores".

Como se observa en la anterior norma, parece contradictorio el título del artículo al referirse a que los monopolios están prohibidos, y a la vez, establece una obligación de trato igual a las diversas clases de consumidores, siempre estableciendo una obligación de no discriminación, propia de una ley de defensa del consumidor moderna.

Realmente esta norma no desarrolla los principios establecidos en la Constitución Política en el artículo 130, ni tampoco desarrolla la obligación del Estado establecida en los incisos señalados del artículo 119 de la misma norma constitucional.

2.5 Ley de Protección al Consumidor y Usuario

Esta ley ya fue relacionada arriba, sin embargo, es importante señalar que es de relevancia para la promoción de la competencia leal y establece los derechos del consumidor y las obligaciones de los agentes proveedores del mercado.

Asimismo, define los actos prohibidos a los vendedores de bienes y servicios. En este sentido, cabe resaltar que las prohibiciones están vinculadas con actos que restringen o pueden dañar la libre competencia, tal es el caso del acaparamiento, desabastecimiento o negativa a vender a fin de provocar alzas en los precios de productos, así como también todas aquellas prácticas lesivas a los derechos de los consumidores en materia de cantidad y calidad de los bienes y servicios.

De esta manera, esta ley reforzaría algunas de las disposiciones de la competencia desleal, pero no de forma concreta y posiblemente por ello, poca efectiva.

2.6 Ley del Organismo Ejecutivo

Uno de los claros avances es que se ha incorporado el área de competencia como campo de acción en el marco del funcionamiento del sector público, particularmente en el nivel del gobierno central.

Al respecto, la Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto 114-97 del Congreso de la República que incorpora en el cuadro de funciones del Ministerio de Economía lo que se refiere a “hacer cumplir el régimen jurídico relativo al desarrollo de las actividades productivas no agropecuarias, del comercio interno y externo, de la protección al consumidor, del fomento de la competencia, de la represión legal de la competencia desleal, de la limitación al funcionamiento de empresas monopólicas”, como lo indica el artículo 32 de dicho cuerpo normativo.

2.7 Código Penal

También, este código, se relacionó y arriba los delitos que se han considerado por parte de los legisladores para determinar los ilícitos relacionados con la competencia desleal.

En una regulación diferente a la establecida en la Constitución Política y en el Código de Comercio, el Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República, que está vigente desde 1973, éste tipifica ciertas figuras o conductas en los artículos 340 y 341, dan especial trato al acaparamiento de bienes con el fin de ocasionar escasez y subir los precios.



2.8 Ámbito internacional de protección legal contra la competencia desleal

A) Convenio de la unión de París

La protección internacional contra la competencia desleal nació con el Convenio de la Unión de París, firmado en 1883, de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de Ginebra de 1996.

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 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 dicho, sino también al dominio de las industrias agrícolas y extractivas y a todos los productos fabricados o naturales.

Los nacionales de cada uno de los países de la Unión gozan 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 concedan actualmente o en el futuro a sus nacionales, todo ello sin perjuicio de los derechos especialmente previstos por el presente Convenio.

2.6 Ley del Organismo Ejecutivo

Uno de los claros avances es que se ha incorporado el área de competencia como campo de acción en el marco del funcionamiento del sector público, particularmente en el nivel del gobierno central.

Al respecto, la Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto 114-97 del Congreso de la República que incorpora en el cuadro de funciones del Ministerio de Economía lo que se refiere a "hacer cumplir el régimen jurídico relativo al desarrollo de las actividades productivas no agropecuarias, del comercio interno y externo, de la protección al consumidor, del fomento de la competencia, de la represión legal de la competencia desleal, de la limitación al funcionamiento de empresas monopólicas", como lo indica el artículo 32 de dicho cuerpo normativo.

2.7 Código Penal

También, este código, se relacionó y arriba los delitos que se han considerado por parte de los legisladores para determinar los ilícitos relacionados con la competencia desleal.

En una regulación diferente a la establecida en la Constitución Política y en el Código de Comercio, el Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República, que está vigente desde 1973, éste tipifica ciertas figuras o conductas en los artículos 340 y 341, dan especial trato al acaparamiento de bienes con el fin de ocasionar escasez y subir los precios.

En consecuencia, aquéllos 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.

Dentro de la normativa más importante de resaltar, se encuentra:

Artículo 10. Competencia desleal.

a) 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.

b) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.

c) 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;

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.



B) Reglamento centroamericano sobre prácticas desleales de comercio

Fue aprobado mediante Resolución No. 12-95, del 12 de diciembre de 1995. Establece, la preparación de los instrumentos jurídicos reglamentarios de comercio que se aprobaron a fin de contar con normas claras que regulen las relaciones de comercio intracentroamericanas, sobre prácticas desleales de comercio.

Contiene los procedimientos que deben llevarse a cabo para hacer valer derechos compensatorios por prácticas desleales de comercio que se realicen dentro de la región por países centroamericanos, como por países fuera de la región.



CAPÍTULO III

3. La competencia desleal en el derecho comparado

3.1 República de Argentina

No cabe duda que el común denominador de los países, en los cuales se ha establecido que cuentan con un marco normativo relacionado con la prohibición legal de las prácticas desleales en materia de competencia, es el hecho de que estos países responden en sus normativas a normas internacionales, como las ya citadas, y en el caso de Guatemala, no es la excepción.

Así también, se evidencia que en cada uno de estos países, la normativa no es muy extensa, pero si clara respecto a que debe comprenderse por competencia desleal y las consecuencias legales de ello. Adicionalmente, que los marcos normativos han sido reformados y que los mismos datan de tiempos bastante recientes.

En el caso de la República de Argentina, rige la ley 22-262 del uno de agosto de 1980, la ley constituye el cuerpo fundamental en materia de criterios de interpretación para determinar cuándo una conducta es lesiva de la competencia.

La ley de Defensa de la Competencia tipifica básicamente conductas penales, aunque también prevé medidas de otra naturaleza. Además, dispone una competencia administrativa especial como autoridad de inicio de la investigación, estableciendo así un régimen especial con respecto con respecto a la persecución penal ordinaria.

En principio general de la ley es la prohibición de los actos y conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios que limiten, restrinjan ó distorsionen la competencia, o que constituyan abuso de una de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar en perjuicio para el interés económico general.

Los damnificados por los actos prohibidos pueden ejercer la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios ante la justicia con competencia en materia comercial.

3.2 República de España

Este país es uno de los más avanzados en materia de competencia desleal y como se verá más adelante, respecto a la regulación sobre la publicidad engañosa y publicidad subliminal.

Se trata de un país bastante avanzado en materia de comercio, y de conformidad con su Constitución de 1978, se regula esencialmente el principio de libertad de empresa.

Este principio entre otras cosas, indica que se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

Agrega que así, los profesionales pueden competir en el mercado, sin embargo, se exige que la lucha concurrencial no se realice de manera incorrecta sino que el ejercicio de la libertad de empresa. Las conclusiones que se pueden extraer son que la manifestación de la libertad de empresa es la libertad concurrencial y sus límites vienen marcados por la lealtad.

Existe un conjunto de normas legales que tienen por objeto la determinación de los actos desleales y la represión de los mismos. Por las funciones que desarrolla, el Derecho de la competencia desleal, pertenece, según los autores, a la llamada "Constitución económica", por esta expresión se alude a normas contenidas en leyes ordinarias que tienen función configuradora, y por lo tanto constitucional, de la economía de mercado.

Se ha hecho una clasificación de los actos desleales atendiendo al interés jurídico protegido en materia penal, como se verá más abajo y los engloba en tres grandes grupos:

- a) Actos de deslealtad frente a los competidores;
- b) Actos de deslealtad frente a los consumidores;
- c) Actos de deslealtad frente al mercado.

El ingreso en la Comunidad Económica Europea exigía, en efecto, la introducción en el Derecho mercantil y económico de una disciplina de la competencia desleal que estableciese condiciones concurrenciales similares a las que reinan o imperan en el conjunto de los demás Estados miembros.

Finalmente, a la necesidad de adecuar el ordenamiento concurrencial a los valores que se encuentran en la constitución económica. La Constitución española de 1978 hace gravitar el sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad de competencia.

De ello se deriva, para el legislador, la obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles eventualmente de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado.

Esta nueva vertiente del problema en general desconocida por el Derecho tradicional de la competencia desleal, ha constituido un estímulo adicional de la máxima importancia para la emanación de la nueva legislación. La Ley ha incorporado las orientaciones más avanzadas del Derecho comparado, desvinculando la persecución del acto del tradicional requisito de la relación de competencia, que sólo tiene acomodo en el seno de una concepción profesional y corporativa de la disciplina.

3.3 República de Colombia

En este país existe una ley específica que regula esta materia. De acuerdo a lo escrito por José Elías del Hierro Hoyos "en el año de 1.996, mediante la expedición de la ley 256, se desarrolló en Colombia la nueva reglamentación sobre competencia desleal, tomando como base garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado".¹³

Estas disposiciones se aplicarán no solamente a aquellas personas que tengan la calidad de comerciante, sino también a cualquier participante en el mercado colombiano.

En concordancia con lo establecido en el Convenio de Paris, La Ley 256 de 1996 considera como competencia desleal: "Todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado."

Los actos de competencia desleal consagrados en la legislación Colombiana se presentan como una lista enumerativa y no taxativa, sobre la base de una prohibición general.

¹³ Parra Rodríguez. **La competencia desleal en Colombia**, pág. 22-27.



En este orden de ideas, los actos de competencia desleal expresamente consagrados en la ley 256 de 1.996 son los siguientes:

1. Actos de desviación de la clientela.
2. Actos de desorganización interna de las empresas.
3. Actos de confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.
4. Actos de engaños o inducción al público, error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.
5. Actos de descrédito mediante la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas, y cualquier otro tipo de práctica.
6. Actos de comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propio o ajeno con el de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. También es desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comparables.
7. Actos de imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales.

8. Actos de explotación de la reputación ajena.
9. Actos de divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente.
10. Actos de inducción a ruptura contractual.
11. Actos que conlleven a la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica.
12. Pactos desleales de exclusividad por medio de los cuales se restrinja el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios.

Los fundamentos de creación de este marco normativo son: Que el artículo 333 de la Carta Política de 1991, establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero advierte que la libertad a ellas reconocida habrá de ejercerse dentro de los límites del bien común.

Las normas sobre competencia desleal procuran proteger a los competidores frente a conductas de sus colegas que van en contra de las costumbres mercantiles y que intentan privarlos de parte de su mercado y también a los terceros en general que se ven afectados por dichas conductas.

Por lo tanto, para que esa deslealtad exista basta que la actuación en cuestión sea incorrecta y pueda perjudicar a cualquiera de los participantes del mercado.

3.4 República de Chile

Es cada vez mayor la preocupación que los distintos ordenamientos jurídicos demuestran por la protección de los agentes partícipes en actividades económicas y dicha preocupación es asumida con fuerza por los diferentes legisladores del mundo.

Tal es el caso de las normativas económicas referidas a la competencia desleal, tema que ha sido tratado con diferente atención por el legislador nacional.

Chile ve la competencia desleal como un fenómeno complejo: puede afectar o no la libre concurrencia en el mercado, puede afectar o no a los consumidores. Sin embargo, ella siempre se dirige, por definición, contra otro u otros agentes del mercado, sea en materia de bienes, sea en materia de servicios.

El derecho chileno, estima que se complementa sobretodo en lo referido a la integración interpretación y juzgamiento con elementos que ha tomado como base, de la legislación de las leyes de España, Argentina y Colombia.

En este país existe una ley específica que regula esta materia. El decreto 38-691 de reciente creación, es decir, del 16 de febrero del 2007.

Considerando que la Constitución garantiza la libertad para emprender actividades económicas, siempre que no sean contrarias a la moral, el orden público o la seguridad nacional y que estas se realicen respetando las normas legales que lo regulen, se hace obvio que existe un llamado del constituyente para que el legislador proceda a dictar los marcos jurídicos necesarios para el desarrollo.

El decreto 38-691, esta ley tiene por objeto sancionar los actos de competencia desleal cometidos en el mercado nacional realizado por cualquier agente que opere en él. Además esta puede permitir una mayor defensa para aquellos agentes económicos que hoy se ven afectados de manera considerable.

La ley se aplica para los casos de competencia desleal que estén fuera del ámbito de actuación del Tribunal de Libre Competencia o corresponda a las situaciones contempladas en la ley de protección de los derechos del consumidor.

Se presume actos de competencia desleal en el mercado nacional, aquellos que, de acuerdo a las circunstancias del caso, se revelan objetivamente idóneos para:

1. Mantener o incrementar la participación, propia o de un tercero, en el mercado.
2. Poner barreras al ingreso.
3. Impedir un legítimo y natural aumento de participación en el mercado, o



4. Eliminar agentes participes en el mercado.

Se considera acto de competencia desleal, y por lo tanto ilícito de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades.

La referida ley pretende proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal.

CAPÍTULO IV

4. La publicidad subliminal y los actos que constituyen competencia desleal

4.1 Consideración preliminar

No cabe duda que el avance en materia de comercio en las sociedades, especialmente las más evolucionadas, acarrearán una serie de problemas que trascienden en perjuicio de los consumidores y usuarios aunque evidentemente, la competencia desleal como tal, se pueda producir entre comerciantes, precisamente para la captación de mayores utilidades derivado de la preferencia del consumidor o usuario de los productos o bienes o servicios que las empresas proporcionan.

Actos de competencia desleal que aún no se encuentran regulados en varias legislaciones y en el caso de Guatemala también resulta lo mismo, es el hecho de que se empleen prácticas ilegales que no se quedan únicamente en una publicidad engañosa como se ha entendido en el medio guatemalteco, sino en una publicidad que aparte de ser engañosa, no se evidencia, como lo es la publicidad subliminal como se verá y explicará más adelante.

Esta claro que en sociedades como Estados Unidos y España, se ha evidenciado esta situación que se concibe como formas o prácticas ilegales y abusivas, que lesionan derechos de los consumidores y especialmente la libertad de elección en el caso de los consumidores y usuarios, y que siendo evidente esta circunstancia, se propone en este trabajo que se regule dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.

4.2 La publicidad subliminal

4.2.1 Definición de publicidad

El Diccionario de La Lengua Española define la publicidad como la "Cualidad o estado de público", "Conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos. " Y " Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores usuarios, etc.". ¹⁴

Guillermo Cabanellas, por su parte define la publicidad "Como conjunto de procedimientos psicológicos de que los comerciantes o industriales se valen para atraer y retener la atención del público, para convertirlo en clientela, como compradores o usuarios de ciertos productos especialmente, en los cuales se recargan los gastos que la publicidad origina".

Serra Moret expresa que este arte de dar a conocer las excelencias de un artículo, de un servicio o de una idea, por todos los medios imaginables, es hoy el más eficaz auxiliar del comercio.

El proceso psicológico de la captación por medio de la publicidad comprende: atraer la atención, grabar en la memoria, suscitar el interés, avivar el deseo, crear la voluntad, para lograr la adquisición, suscripción o inscripción.

¹⁴ Diccionario Enciclopédico Espasa Calpe. pág. 343.



Se ha convertido en una industria pujante, con empresas especializadas, escuelas, tratados, teorías y sistemas que se relacionan íntimamente con la psicología individual y social y estudian todos los medios para hacer efectiva la propaganda por medio de la prensa, la radio fusión ulteriormente y con eficacia estragadora a veces la televisión, los carteles, letreros luminosos, atracciones, exposiciones, y todo cuanto pueda llamar la atención del presunto cliente o adepto.

Rafael de Pina en su Diccionario de Derecho define publicidad como "Posibilidad para las partes de tomar conocimiento de las actividades del proceso y para los terceros la de asistir a las audiencias".

La publicidad para las personas no interesadas es un medio de combatir la desconfianza del público hacia los tribunales, que encuentra aliento en el procedimiento escrito, sustraído a la fiscalización del pueblo.

De manera muy concisa y certera Philip Kotler y Gary Armstrong en su libro Fundamentos de Mercadotecnia definen publicidad como "Cualquier forma pagada de presentación no personal y de promoción de ideas, bienes o servicios, que hace un patrocinador identificado".

La actividad publicitaria consta de tres etapas dependientes entre si y que representan el elemento que estimula a las personas o consumidores a la adquisición del producto.

Estas etapas son:

- i. La presentación comercial favorable del producto.
- ii. La presentación del empaque en cada producto presentado separadamente.
- iii. La imagen del producto presentada por los medios de comunicación masiva.

Como se pudo notar en las definiciones presentadas por todos los autores mencionados anteriormente la publicidad posee un carácter comunicativo que tiene como objetivo principal la persuasión, para lograr la venta del bien o servicio que anuncian.

4.2.2 Definición de la publicidad subliminal o manipuladora

“Lo subliminal no solo lo constituyen imágenes y/o símbolos ocultos, subliminal es toda percepción que llega al cerebro de forma inadvertida”.¹⁵

La palabra precisa para designar el término subliminal en lengua castellana es el del fenómeno psicológico del sub consciente. En el mensaje subliminal o subconsciente, la información no está escondida por medio de algún recurso técnico especial.

Estos mensajes son recibidos por el receptor sin la intervención directa de su voluntad y sin tomar conciencia de lo que está observando o recibiendo.

¹⁵ consulta a Internet. www.personalesmensajes.com.html. 16-12-2012.

En la percepción subliminal se emplean técnicas que consisten en esconder estímulos que pueden ser visuales, sonoros, olfativos o kinestésicos dentro de otros mensajes aparentemente inofensivos, tales como anuncios comerciales, un discurso político, un video, una canción, un spot publicitario, un afiche, etcétera.

El autor Nikolai Berdiaev manifestó que la publicidad es una vulgar forma de hipnotismo.

El pintor mexicano Rodríguez Lozano afirmó que la publicidad es una estupidez y una de las cosas más dañosas que existen.

Adlai Stevenson no vaciló en asegurar que bajo el influjo de una política sedante y de las técnicas de la propaganda comercial, nos hemos engañado hasta casi perder la noción de la realidad.

Otro norteamericano, el profesor Henry Skolimowski, ha sido mucho más rotundo en sus palabras aseverando que la distorsión del lenguaje, la violación de la lógica y la corrupción de los valores son armas comunes de operación de la publicidad.

Las opiniones anteriores se contraponen con las posturas de quienes piensan que la publicidad ha colaborado a expandir conocimiento de lo antes se encontraba en el anonimato.

De lo anterior se puede extraer lo siguiente:

1. La publicidad subliminal tiene relación directa con la publicidad comercial, en donde se pretende persuadir a los usuarios o consumidores para adquirir un producto que en forma simple no podrían adquirir o lo pensarían empleando tiempo para ello, y al final podrían decidir que no, a través de la publicidad subliminal, se quiere incursionar en el subconsciente del ser humano, para que adquiera dicho producto sin pensarlo tanto.
2. Que la publicidad subliminal tiene relación directa con la mente, la conciencia, el subconsciente, y por lo tanto, podría tener su naturaleza propia en la psicológica o psiquiatría.
3. La publicidad subliminal tiene que ver con el engaño, con la manipulación, y la persuasión obligada que se quiere hacer de las personas para que adquieran un producto o hagan lo que deseen a favor de quien la provoca.

4.2.3 Breves antecedentes del surgimiento de la publicidad subliminal

Pareciera que no es novedoso el hecho de esconder estímulos que pueden ser visualizados por un sujeto en los mensajes que se transmiten que tengan como objetivo persuadir a las personas. En la antigüedad a las personas que engañaban defraudando se les llamaba jauner es decir, bandido, esta palabra se remonta al vocablo hebreo de Jawan.

En Alemania se les denominaba Tiuschen que significa falsear, engañar, afirmar cosas falsas. Este tipo de engaño se relacionaba con la industria y el comercio.

Ya en la antigüedad, la primera mención registrada sobre la aplicación de la percepción subliminal podría ser la realizada en los escritos de Demócrito años cuatrocientos antes de Cristo, quien sostuvo que mucho de lo perceptible no es percibido por nosotros. Platón hablaba de esta noción en su escrito a Timeo.

Aristóteles explicó de modo más detallado los umbrales de la conciencia subliminal en su *Pervia Naturalia*, hace casi dos mil años atrás y parece ser el primero en sugerir que los estímulos no percibidos de modo consciente bien podrían afectar los sueños.

Más tarde el filósofo Montaigne se refirió a dicho fenómeno de la percepción subliminal en 1580 y en 1698 Leibniz también propuso la noción que dice "Existen innumerables percepciones prácticamente inadvertidas, que no son distinguidas lo suficiente como percibir las o recordarlas, pero que se vuelven obvias a través de ciertas conciencias". Para Leibniz esas acciones eran realizadas por provocaciones que casi ni se notan, pero que son capaces de provocar una actitud.

Durante la última parte del siglo XIX y principios del XX Freud y sus colegas investigaron nuevos conceptos y teorías sobre el subconsciente y el inconsciente. Freud dijo en su estudio sobre los sueños que estos tienen tres características principales:



1) protegen el dormir al convertir el material potencialmente perturbante en imágenes propias del soñar:

2) representan la realización del deseo;

3) Los estímulos del sueño son transformados de manera simbólica antes de surgir en el sueño, sobre todo aquellos estímulos que amenazan al individuo.

En 1919 Poetzle estableció con firmeza una relación entre los estímulos subliminales, la sugestión posthipnoticas y la neurosis compulsiva. Un individuo realiza los actos que se le han indicado o programado para que haga sin ningún conocimiento de porque está haciendo dichas cosas.

La relación entre los estímulos subliminales y las sugestiones posthipnoticas es demasiado importante.

El estudio de la percepción subliminal volvió a llamar la atención del público a finales de la década de 1950. Los científicos que estudiaban el comportamiento habían experimentado con las teorías de Poetzle durante treinta años.

En 1956, el diario Sunday times publicó una crónica sobre lo que parecía ser una nueva amenaza para la integridad de la mente humana. Se trataba de la publicidad subliminal inventada por James Vicary, un investigador de mercado americano.

Sin embargo, en ese mismo año, el mismo periódico publicó otro artículo que informaba que ciertos anunciadores norteamericanos estaban experimentando con los efectos subliminales para tratar de insinuar mensajes comerciales a la gente que había dejado sus defensas comerciales.

Citó el caso de un cine de Nueva Jersey que “pasaba anuncios de helados en la pantalla a intervalos regulares mientras se proyectaba el filme.

Estos mensajes duraban decimos de segundo, siendo demasiado cortos para que le publico los reconociera conscientemente pero lo suficiente mental largos para que los absorbiera el subconsciente”.¹⁶

Esto propicio que en el Reino Unido el British Institute of Practitioners in advertising se tomó el trabajo de editar un folleto subliminal communication en 1958 que impulso la prohibición de emplear ese método a sus 243 agencias,.

Uno de los párrafos del folleto decía así: La libre elección del público a aceptar o rechazar forma parte de todas las formas de publicidad profesionalmente aceptadas, y no parece que se de en los receptores de la comunicación subliminal.

¹⁶ Packard, Vance. *Las formas ocultas de propaganda*. pág. 52.

En esos días Aldous Huxley en una entrevista en televisión citó la opinión de un investigador según el cual una vez estableció el principio de que algo funciona, se puede estar absolutamente seguro de que la tecnología empleada va a perfeccionarse constantemente.

De allí dedujo Huxley la conclusión de que, "para 1964, sería posible manipular a la gente tanto políticamente como de otras formas, y advertía al auditorio del peligro de ser persuadidos por debajo del nivel de elección y razón, a votar a un determinado candidato, sin percatarse de que estaban siendo persuadidos".¹⁷

En este tiempo los legisladores y el público fueron sacudidos por las implicaciones involucradas en la percepción subliminal y sub auditiva. Aunque nunca se entró en vigor se introdujo una ley en seis de las legislaturas estatales y en el senado de los Estados Unidos con el fin de prohibir legalmente el uso de técnicas subliminales en los medios de comunicación masiva.

Sin embargo, el carácter polémico de la publicidad subliminal en su dimensión persuasiva, dadas las connotaciones negativas que la aproximan a la mentira y a la pérdida de libertad en el receptor, influye en el comportamiento manipulando, seduciendo sin importarle las consecuencias que pueden derivarse de la aplicación de estas técnicas.

¹⁷ Brown, Jack. **Técnicas de Persuasión**. pág. 173.

Otro de los antecedentes importantes en el caso de la publicidad subliminal es el fenómeno de los sueños. El estudio de los sueños ha facilitado que se incurriera dentro de los fenómenos subliminales.

Durante más de un siglo los análisis del sueño han suministrado una técnica importante para demostrar la existencia de información inducida subliminalmente en el pensamiento de las personas sometidas a pruebas durante periodos extensos.

Sin embargo, los sueños son uno de los sucesos empíricos principales que tienen lugar con regularidad y a través de los que se pueden estudiar los procesos inconscientes.

Esto se ha logrado a través de la utilización de las sugerencias poshipnóticas y la información provocada subliminalmente.

4.2.4 La Ley de Protección al Consumidor y Usuario y la regulación de las normas respecto a la publicidad manipuladora o subliminal

Cabe señalar que las normas que se encuentran contenidas en la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, son de reciente creación y no regulan absolutamente nada con la publicidad manipuladora o subliminal, sino que se refiere a la publicidad engañosa.

El artículo 20 de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, indica: "Publicidad engañosa. Se prohíbe la publicidad engañosa que induzca al consumidor o usuario a error mediante ardid o engaño, para defraudarlo en su patrimonio en perjuicio propio o de tercero".

Como se analiza del concepto anterior, pareciera que se está frente a un ilícito penal. En el Código Penal, el artículo 263 regula la estafa y dice textualmente: "Comete estafa quien, induciendo a error a otro, mediante ardid o engaño, lo defraudare en su patrimonio en perjuicio propio o ajeno. El responsable de este delito será sancionado con prisión de seis meses a cuatro años y multa de doscientos a diez mil quetzales".

Aparte de lo anterior, la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, regula algunas formas de publicidad engañosa, y al respecto se señalan las siguientes:

- i. Con respecto a los bienes deficientes, usados o reconstruidos. El artículo 21 de la Ley indica: "Cuando se ofrezcan al público bienes con alguna deficiencia o que sean usados o reconstruidos deberá indicarse esa circunstancia en forma precisa, notoria y previa a la venta y hacerse constar este extremo en los propios artículos, etiqueta, envolturas o empaques, así como en la factura o en el documento que acredite la transferencia de propiedad del bien, indicándose en dichos documentos las garantías de que goza el bien o producto de que se trate".

En ese sentido, se encuentra prohibido que cuando en algún establecimiento comercial o mercantil diga ofertas, éstas además de ello, deben de tener el precio y la condición en que se encuentra el producto, porque si no se estaría frente a una publicidad engañosa.

- ii. En el caso de las promociones, ofertas o liquidaciones de temporada. El artículo 24 de la Ley indica: "En las ofertas, promociones o liquidaciones de temporada de bienes y servicios, los proveedores deberán indicar en su publicidad, el plazo o en su caso, el número de unidades o el volumen de mercaderías a promocionar, así como las condiciones del negocio ofrecido.

Si no se indicare el plazo de duración se entenderá que la oferta, promoción y liquidación de temporada, durará hasta por lo menos un mes contado a partir de la difusión del último anuncio.

Cuando se trate de promociones cuyo incentivo consista en la posibilidad de participar en concursos o sorteos, el anunciante deberá informar al público sobre el monto o montos, la forma del concurso o sorteo, el número de premios indicando en que consisten y el plazo en que se podrán reclamar.

El anunciante está obligado a difundir los resultados de los concursos o sorteos inmediatamente después de efectuados por medios idóneos".

- iii. Respecto al defecto de los bienes. El artículo 44 de la Ley indica: En caso de constatare que un bien de consumo adolece de un defecto que constituye un peligro o riesgo aún utilizándolo adecuadamente, el proveedor del mismo deberá retirarlo del mercado o sustituirlo por otro a su costo.

En todo caso, el proveedor deberá devolver al consumidor o usuario, lo pagado por el producto, contra la presentación de éste en su respectivo envase cuando proceda y el producto que acredite la adquisición del mismo”.

De acuerdo a lo anterior, no cabe duda que existe un sin fin de formas que pueden emplearse para provocar en el consumidor y usuario que recurra a un error por la publicidad o información proporcionada en determinado bien o producto, y que hace posible que exista incomodo por parte del sujeto pasivo y que provoque la presentación de una denuncia que como se determinó puede ser en el orden administrativo o bien en el orden penal.

Las consecuencias de la publicidad de este tipo, no sólo son para el consumidor y usuario, sino también lo son para el Estado e incluso para la empresa que proporciona el bien o servicio, la empresa proveedora, ya que puede que a través de la inconformidad del cliente, se produzca una sanción administrativa, o incluso penal a la entidad, analizándolo desde el punto de vista legal, sin embargo, comercialmente, también, se va creando un desprestigio.

Este problema no puede ser visto muy generalmente en las grandes empresas, las grandes cadenas de supermercados, restaurantes, incluso aquellas que tienen sucursales en distintos lugares del mundo, ya que con la introducción en los años setenta y ochenta aproximadamente del concepto de calidad total, lo que se pretende es precisamente eso, brindar mejor calidad en el servicio a los clientes, porque eso hace crecer más a la empresa.

A pesar de lo anterior, también, existen formas que se producen en este tipo de publicidad en empresas transnacionales o de grandes dimensiones en distintos ámbitos de cobertura de bienes o servicios.

Sin embargo, tales problemáticas han sido consideradas por los estados del mundo, y es por ello, que se ha reglamentado tratando de evitar esos abusos de que son objeto los consumidores y usuarios.

Sin embargo de lo anterior, no cabe duda que a nivel internacional, de alguna manera existen normas que prohíben estas prácticas desleales, y para ello, es importante señalar las Directrices de las Naciones Unidas sobre la Protección del Consumidor, ampliación de las directrices para la protección del consumidor de manera que incluyan directrices sobre modalidades de consumo sostenible.

El veintidós de marzo del año de mil novecientos noventa y nueve, la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas recomendó al Consejo Económico y Social de esa organización que adopte el proyecto de resolución que sigue a continuación para su inclusión en las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor.

Se recomendó al Secretario General, tomando como base las recomendaciones formuladas en la reunión interregional del Grupo de Expertos sobre la protección del consumidor y el consumo sostenible, celebrada en Sao Paulo (Brasil) del 28 al 30 de enero de 1998, teniendo como base los siguientes argumentos:

- i. Observando con reconocimiento que, como pidió el Consejo en su decisión 1998/215, de 23 de julio de 1998, la Mesa de la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible en su séptimo período de sesiones organizó consultas de composición abierta entre Estados.

Consciente de que sigue habiendo una gran necesidad de asistencia en la esfera de la protección del consumidor, en particular los países en desarrollo y, en los países con economías en transición, reconociendo la repercusión que han tenido las directrices en muchos países para la promoción de un desarrollo económico y social justo, equitativo y sostenible al ser aplicadas por los gobiernos, reconociendo también la importante función de la sociedad civil.

En particular de las organizaciones no gubernamentales, en el fomento de la aplicación de las directrices, entonces, decide presentar a la Asamblea General las directrices, que se analizarán más adelante.

En virtud de que se hace necesario mantener una protección adecuada en las relaciones que se suscitan entre consumidores, usuarios y proveedores de bienes y servicios.

Además, de que en países como Guatemala, en donde a partir del año dos mil tres, se propicia una ley que como se verá más adelante, tiene repercusiones positivas para aseverar que estamos ante una aproximación de la problemática en que se encuentran los consumidores y usuarios.

- ii. Además, tiene el objeto principal intentar equiparar la legislación internacional a la legislación nacional de los Estados partes, miembros de la Organización de las Naciones Unidas.

Con lo anterior, se pretende como objetivo facilitar las modalidades de producción y distribución que respondan a las necesidades y los deseos de los consumidores.

Instar además de quienes se ocupan de la producción de bienes y servicios y de su distribución a los consumidores a que adopten estrictas normas éticas de conducta.

Ayudar a los países a poner freno a las prácticas comerciales abusivas de todas las empresas tanto a nivel nacional como internacional, que perjudiquen a los consumidores

Facilitar la creación de grupos independientes de defensa del consumidor; fomentar la cooperación internacional en la esfera de la protección del consumidor; promover el establecimiento en el mercado de condiciones que den a los consumidores una mayor selección a precios más bajos; promover un consumo sostenible.

- iii. De acuerdo a lo anterior, resulta siendo claro entonces, que existe una desventaja jurídica y material entre los consumidores y usuarios, frente a los proveedores de bienes y servicios.

Hay necesidad de legislar, no sólo a nivel nacional sino internacional y, que debe propiciar la creación de leyes nacionales en el caso de Guatemala a partir de lo que internacionalmente se legisle, circunstancia entonces, que deja a la zaga una serie de ventajas que pudieran tener los consumidores y usuarios. Se debe pensar entonces, que a cometidamente el Estado de Guatemala, de acuerdo a sus objetivos, propicia la creación de leyes como la Ley de Protección al Consumidor y Usuario.

Después de la promulgación de ésta ley, los consumidores y usuarios, estaremos muy lejos de poder observar adecuaciones jurídicas a través de creación de leyes y reformas de otras con respecto de éstos temas, que minimicen los abusos de que son objetos consumidores y usuarios, tomando en consideración que vivimos en una sociedad de consumo, situación aprovechada por pocos en perjuicio de muchos, en este tipo de publicidad lesiva.

4.3 Cómo determinar la publicidad manipuladora o subliminal

Una vez señalados los conceptos de publicidad engañosa, conviene detenerse a analizar la forma de cómo se puede llegar a determinar la publicidad engañosa, y qué requisitos debe reunir la publicidad comparativa para que esté permitida.

Para determinar si una publicidad es engañosa, debe tenerse en cuenta todos sus elementos. Y principalmente las siguientes indicaciones:

a) Las características de los bienes o servicios, tales como su disponibilidad, su naturaleza, su ejecución, su composición, el procedimiento y fecha de fabricación o su prestación, su carácter apropiado, sus utilidades, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial, o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados, y las características esenciales de las pruebas o controles efectuados sobre los bienes o servicios.

b) El precio o su modo de fijación, y las condiciones de suministro o bienes o prestación de servicios.

c) La naturaleza, características y derechos de los anunciantes, tales como su identidad y su patrimonio, sus cualificaciones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios que haya recibido o sus distinciones.

4.4 Inexistencia de un marco jurídico adecuado en Guatemala que regule la competencia desleal técnica y adecuadamente

Como se ha establecido en Guatemala no existe un marco normativo específico que regule lo relacionado a la competencia desleal, existen normas dispersas, y más se refieren a aspectos de carácter administrativo.

Este fue uno de los motivos, por los cuales los legisladores, a través de una iniciativa de ley, pretenden penalizar la competencia desleal y dentro de los aspectos más importantes que se regulan en esta iniciativa, se encuentran los siguientes:

1. Corresponde a la Iniciativa 3003 presentada el 12 de mayo de 2004 al Congreso de la República.

Dentro de los motivos, se han señalado los siguientes:

La competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa.

La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general, se concibe como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el Artículo 130 de la Constitución Política de la República.

2. La iniciativa de Ley responde a ese objetivo específico: Garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado.

Promover y defender el ejercicio de la libre competencia y libre concurrencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores, así como prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica.

No constituyen monopolios los derechos de propiedad intelectual e industrial protegidos por las leyes específicas que regulan la materia.

3. A los efectos de esta ley se entiende por:

a) Libertad económica: el derecho que tienen todas las personas a dedicarse a la actividad económica de su preferencia sin más limitaciones que las derivadas de los derechos de los demás y las que establezcan la Constitución Política y leyes ordinarias de la República.

b) Actividad económica: toda manifestación de producción o comercialización de bienes y de prestación de servicios dirigida a la obtención de beneficios económicos.

c) Libre competencia: aquella actividad en la cual existan las condiciones para que cualquier sujeto económico, sea oferente o demandante, tenga completa libertad de entrar o salir del mercado, y quienes están dentro de él, no tengan posibilidad, tanto individualmente como en colusión con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio.

4. Conductas prohibidas

- a. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o practica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en la fijación de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b. La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c. El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento y distribución.
- d. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- f. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos o subastas públicas.

Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el párrafo anterior, no estén amparadas por las exenciones previstas en la presente ley.

5. Dentro del análisis del contenido, se puede referir a lo siguiente: En el capítulo primero se regulan los acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas; un sistema de control flexible de los acuerdos que limitan la competencia en el mercado guatemalteco, y se prohíbe tanto el ejercicio excesivo del poder económico como aquellas conductas unilaterales que por medios desleales sean capaces de falsear sensiblemente la competencia.
6. En el capítulo segundo. "De las concentraciones económicas", se establece un régimen de control de aquellas que por su importancia y efectos, pudieran alterar la estructura del mercado guatemalteco en forma contraria al interés público.
7. En el capítulo tercero, "De las ayudas públicas", se instituye un sistema que permitirá analizar estas con criterios de competencia y, llegado el caso, prevenir sus efectos indeseables desde la perspectiva de los intereses generales.
8. La aplicación de la Ley en cuanto se trata de garantizar el orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos, se encomienda a dos nuevos órganos administrativos.



El Consejo Superior de Custodia de la competencia, con funciones de resolución y, en su caso, de propuesta, y la Intendencia de Custodia de la competencia, al que se encarga la institución de los expedientes.

Estos últimos tienen carácter especial, tanto por la esencial complejidad de la materia como por la precisión de dotar al sistema de la independencia necesaria respecto del Gobierno de la República todo ello sin perjuicio del control judicial de sus actos.

9. El procedimiento aplicable, que se contempla en esta ley, acoge los principios de economía, celeridad y eficacia, así como el de garantía de la defensa de los administrados, e incluye aquellos trámites especiales demandados por su propia naturaleza.
10. Por último, se establece un régimen de sanciones que garantiza el cumplimiento de la Ley, tanto en sus aspectos formales como en los sustantivos.

Otras responsabilidades y resarcimiento de daños y perjuicios.

Las sanciones a que se refiere la presente Ley se entenderán sin perjuicio de otras responsabilidades que en cada caso procedan.



La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional.

El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles vigentes.

CAPÍTULO V

5. Necesidad de regular la publicidad subliminal

5.1 Legislación comparada en materia de publicidad subliminal relevante

Luego del análisis de lo que se ha escrito hasta este momento dentro de la investigación, no cabe duda que el hecho de que se realice un tipo de publicidad como la que se aborda en este estudio, constituye prácticas desleales de competencia.

En la conducta o bien una acción lesiva hacia los consumidores y usuarios, pero que la realiza como sujeto activo, los comerciantes, pues, el fin de ello, es propiciar la conducta de los consumidores o usuarios en los productos que ellos realizan, para obtener una preferencia, lo cual lógicamente les va a generar mayores ingresos y utilidades.

Cabe señalar que una de las legislaciones bastante avanzada en esta materia es la que se regula en España, y que es de reciente creación.

1. Ha tenido como fundamento el hecho de que la adhesión de España a las Comunidades Europeas implica, entre otros, el compromiso de actualizar la legislación española en aquellas materias en las que ha de ser armonizada con la comunitaria.

2. El Consejo de las Comunidades Europeas aprobó con fecha 10 de septiembre de 1984 una directiva relativa a la armonización de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los países miembros en lo que afecta la publicidad engañosa.
3. La legislación general sobre la materia está constituida en España por la Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad, norma cuyo articulado ha caído en gran parte en desuso, por carecer de la flexibilidad necesaria para adaptarse a un campo como el de la publicidad, especialmente dinámico, y por responder a presupuestos políticos y administrativos alejados de los de la Constitución.
4. Las circunstancias precedentes aconsejan la aprobación de una nueva Ley general sobre la materia, que sustituya en su totalidad al anterior Estatuto y establezca el cauce adecuado para la formación de jurisprudencia en su aplicación por los Jueces y Tribunales. En tal sentido, el Estado tiene competencia para regular dicha materia.

La publicidad, por su propia índole, es una actividad que atraviesa las fronteras. La ley no sólo ha seguido las directrices comunitarias en la materia, sino que ha procurado también inspirarse en las diversas soluciones vigentes en el espacio jurídico intereuropeo.

5. El contenido de la Ley se distribuye en cuatro Títulos. En los Títulos I y II se establecen las disposiciones generales y las definiciones o tipos de publicidad ilícita.

Se articulan asimismo las diferentes modalidades de intervención administrativa en los casos de productos, bienes, actividades o servicios susceptibles de generar riesgos para la vida o la seguridad de las personas.

6. En el Título III, constituido por normas de derecho privado, se establecen aquellas especialidades de los contratos publicitarios que ha parecido interesante destacar sobre el fondo común de la legislación civil y mercantil.

Estas normas se caracterizan por su sobriedad. Se han recogido, no obstante, las principales figuras de contratos y de sujetos de la actividad publicitaria que la práctica del sector ha venido consagrando.

7. En el Título IV se establecen las normas de carácter procesal que han de regir en materia de sanción y represión de la publicidad ilícita, sin perjuicio del control voluntario de la publicidad que al efecto pueda existir realizado por organismos de autodisciplina.

En este sentido se atribuye a la jurisdicción ordinaria la competencia para dirimir las controversias derivadas de dicha publicidad ilícita.

Esta es una de las innovaciones que introduce esta Ley, decantándose por una opción distinta a la contemplada en el Estatuto de la Publicidad de 1964.

Este último contempla la figura de un órgano administrativo, «El Jurado Central de Publicidad», competente para entender de las cuestiones derivadas de la actividad publicitaria.

8. Por último, en la Disposición Transitoria se establece que las normas que regulan la publicidad de los productos, conservarán su vigencia hasta tanto no se proceda a su modificación para adaptarlas a lo dispuesto en la presente Ley.

En cuanto a su contenido las normas más importantes se deben señalar y, se encuentran las siguientes:

- a. Artículo 1. La publicidad se regirá por lo dispuesto en esta Ley y en las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias.
- b. Artículo 2. A los efectos de esta Ley, se entenderá por:
 - Publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.
 - Destinatarios: Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance.

c. Artículo 3. De la publicidad ilícita. es ilícita:

- La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.
- La publicidad engañosa.
- La publicidad desleal.
- La publicidad subliminal.
- La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

d. Artículo 4. Es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor.

Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios.

e. Artículo 5. Para determinar si una publicidad es engañosa, se tendrá en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a:

i. Las características de los bienes, actividades o servicios, tales como:

- Origen o procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad y novedad.
- Calidad, cantidad, categoría, especificaciones y denominación.
- Modo y fecha de fabricación, suministro o prestación.
- Resultados que pueden esperarse de su utilización.
- Resultados y características esenciales de los ensayos o controles de los bienes o servicios.
- Nocividad o peligrosidad.

ii. Precio completo o presupuesto o modo de fijación del mismo.

iii. Condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios.

iv. Motivos de la oferta.

v. Naturaleza, calificaciones y derechos del anunciante, especialmente en lo relativo a:

- Identidad, patrimonio y cualificaciones profesionales.
- Derechos de propiedad industrial o intelectual.
- Premios o distinciones recibidas.

vi. Servicios post-venta.

f. Artículo 6. Es publicidad desleal

- i. La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades.
- ii. La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, y, en general, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.
- iii. La publicidad comparativa cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado.

- g. Artículo 7. A los efectos de esta Ley, será publicidad subliminal la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.

5.2 Bases para la creación del marco normativo

5.2.1 Importancia que entren en vigencia las iniciativas que se encuentran pendientes de aprobación al respecto en el congreso de la república

Es evidente de que tal y como se ha expuesto en Guatemala no existe un marco normativo que regule lo que respecta a la publicidad subliminal, y mucho menos que se conciba a la misma como parte de actos de competencia desleal.

Sin embargo, si existen algunos indicios que dan la pauta, en el caso de los legisladores, para pretender que se regule en el ordenamiento jurídico aspectos de publicidad derivado del uso y consumo de cigarrillos y de bebidas alcohólicas.

Pues es notorio que se pueda observar la estimulación que se produce en cuanto a estos productos para su consumo, sin que se incluyan aspectos de advertencia a los consumidores sobre el daño que se produce, lógicamente esto va en beneficio de los ingresos y utilidades que puedan adquirir quienes los distribuyen.

En ese sentido, existen en el Congreso de la República las siguientes iniciativas:

1. La iniciativa número 3170 que se refiere a la aprobación de reformas al decreto 90-97 del congreso de la República que contiene el Código de Salud.

Esta iniciativa tiene como materia regular la publicidad y consumo perjudicial del tabaco y sus derivados. Expone la importancia de que cuando se trate de productos que producen daños, deben regularse la obligatoriedad de los proveedores de estos bienes, de que debe advertirse al público de los daños que puede ocasionar en la salud.

2. Además, que estas formas de advertencia deben ir actualizándose e incluyéndose en normas y reglamentos relacionados en materia tributaria, y aduanera.
3. También se refiere a la obligación que la Constitución Política de la Republica de Guatemala, le impone al Estado de Guatemala, en cuanto al control de calidad de los productos alimenticios y de todos aquellos que puedan afectar la salud.

En concreto se refiere a que en todos los productos en donde se establezca que su consumo es dañino para la salud, debe ser autorizada la publicidad por parte de una entidad que debe crearse ante el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.

4. En el mismo sentido existe la iniciativa 3060 y 3056 del Congreso de la República.

5.2.2 Bases para un marco normativo

Derivado de lo que se ha establecido en el desarrollo del presente trabajo de investigación, se hace imprescindible que los legisladores tomen en consideración las siguientes bases para la conformación de un marco normativo que establezca aspectos de prohibición derivado de una publicidad subliminal y que esto constituya parte de una competencia desleal en el derecho de consumo, a favor de los consumidores y usuarios. Dentro de los aspectos que debieran contemplarse, se encuentran los siguientes:

1. Es importante señalar que en Guatemala no existe una Ley que regule lo que respecta a la publicidad, lo que si sucede en otros países, como en el caso de España que se citó en este trabajo.
2. Cuando se regula una ley respecto a la publicidad, debe considerarse los varios tipos que existen de publicidad, dentro de los cuales se encuentra la publicidad subliminal.
3. Se debe establecer entonces, un marco normativo que regule lo que respecta a la Publicidad y podría denominarse Ley General de Publicidad.

4. En su contenido, debiera estipularse lo que respecta a la percepción subliminal que implica la captación de un estímulo, que, por diversas circunstancias, baja intensidad, falta de atención o breve duración del mismo, no alcanza la representación consciente y, sin embargo, determina en alguna medida y modo la conducta de una persona al margen de su voluntad consciente.

Es decir, que debe aclararse en sus primeros artículos, las definiciones importantes en este caso, en cuanto a los mensajes subliminales.

El mensaje subliminal intenta traspasar al ser humano por medio del inconsciente, sin que la persona se dé cuenta.

5. En este caso, se debe tomar en cuenta lo anotado en la parte de arriba de este trabajo, en cuanto al inconsciente Freud decía: "(...) nos hemos visto a aceptar que existen procesos o representaciones anímicas de gran energía que, sin llegar a ser conscientes, pueden provocar en la vida anímica las más diversas consecuencias, algunas de las cuales llegan a hacerse conscientes como nuevas representaciones".¹⁸

6. Es decir, el mensaje subliminal es aquel que es "interiorizado" por el sujeto sin que haya mediado de parte de él una actitud consciente para hacerlo. Dicho mensaje puede provocar en la vida anímica del sujeto las más diversas consecuencias.

¹⁸ Freud Sigmund. Ob. Cit. pág. 232.

7. Definir que es publicidad subliminal tomando como ejemplo, como se regula en la Ley General de Publicidad de España que indica que “es aquella que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogos pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida”.¹⁹
8. También es de considerar que existen tres tipos de estímulos subliminales:
 - a. los visuales: palabras o dibujos camuflados en un anuncio publicitario, una película, aviso televisivo, etc.
 - b. los auditivos: mensajes de baja intensidad que se esconden tras algún tipo de música o sonido, y
 - c. los visuales de corta duración: proyección de una imagen sobre otra en un veinticuatroavo de segundo.
9. Además que una de las técnicas más utilizadas en la percepción subliminal es la de pasar de una forma rápida una serie de imágenes, una tras otra, con escaso margen para registrarlas en la mente.

A veces se aplica de forma tan rápida que apenas es posible captar conscientemente el mensaje explícito (no subliminal).

¹⁹ Ley General de Publicidad de España, www.legislacion.es.com.thlm. Día de consulta: 16-12-2012.

Otra técnica es el uso de ciertos sonidos que pueden impactar en la mente y pueden estimular los recuerdos y hacer que se asocien ideas determinadas a esa música. Nuestras emociones pueden ser utilizadas para provocar un deseo de respuesta.²⁰

10. Debe considerarse que los estímulos en la publicidad subliminal están orientados a motivar la contratación de servicios o la adquisición de productos, al igual que toda publicidad.

La publicidad es un esfuerzo pagado, transmitido por medios masivos de comunicación como objeto de persuadir, esta debe cumplir tres criterios esenciales:

- a. La comunicación será pagada.
 - b. La comunicación se transmitirá al público a través de los medios masivos de comunicación.
 - c. La comunicación tratara de persuadir.
11. La publicidad es información que se transmite a través de los medios masivos de comunicación los cuales son: radio, cine, revistas, televisión o computadora.

²⁰ Sigmud Freud. **Ob. Cit.** pág. 153.

12. Hay diferentes tipos de publicidad:

- a. Publicidad de estimulación de demanda primaria: Su propósito es educar a los compradores potenciales en cuanto a los valores fundamentales del tipo de producto, en lugar de destacar una marca específica dentro de la categoría del producto:
- b. Publicidad de estimulación de demanda selectiva: Su propósito es señalar los beneficios particulares de una marca en comparación con las de la competencia.
- c. Publicidad de respuesta directa: Es un tipo de publicidad que solicita al receptor del mensaje actuar de inmediato.
- d. La publicidad de respuesta retardada: Confía en la imaginación y los temas de mensajes que destacan los beneficios y las características satisfactorias de una marca.
- e. La publicidad empresarial: Funciona para establecer una actitud favorable hacia una compañía como un todo.

13. También es claro para todos que para lanzar mensajes contrarios a la moralidad cristiana no hacen falta técnicas subliminales, sólo basta con encender la televisión, la radio, la computadora que esté conectada a Internet.

En fin, todos los medios de comunicación masiva y otros menores, para encontrarnos con mensajes claros, evidentes y entendibles por cualquiera que tenga uso de razón.

14. En la sociedad de la información actual, en la que se multiplican los mensajes, se satura de imágenes e ideas al consumidor y la competencia se transforma en una guerra mediática en la que todo vale, estrategias como la publicidad subliminal se convierten a veces en la única manera para hacer posible que un producto se venda.

Se trata de una técnica que raya la ilegalidad, pero lo cierto es que se ha utilizado, aunque no nos hayamos dado cuenta. De hecho se trata de eso, de que no percibamos que estamos recibiendo ese mensaje.

15. El rasgo fundamental de la publicidad tal vez sea su ausencia de códigos definidos, o al menos su búsqueda continua de métodos, formas y estrategias para renovar la eficacia comercial de nuestros productos en un mercado en el que todo está creado, todo se copia y nada sorprende a un público prevenido.

Por eso, si por la vía consciente es cada vez más difícil hacer oír nuestro mensaje, hay quienes se adentran en la peligrosa selva de lo subliminal para provocar la reacción del destinatario.

La llamada publicidad subliminal lo que busca es llegar a ese subconsciente para programarlo a través de estímulos inconscientes que responden a los intereses de quienes están manipulando con fines comerciales el mecanismo más íntimo, profundo y complicado del sistema nervioso humano.

16. A muchas personas se les hace difícil aceptar la posibilidad de ser manipulados por el subconsciente precisamente porque el estímulo no se percibe. Pero precisamente porque no se percibe, es subliminal. La efectividad de los mensajes subliminales ha sido un continuo tema de discusión.

Algunos profesionales de la conducta humana aseguran que los estímulos ocultos dentro de la publicidad tienen muy poco o ningún efecto en los individuos. Otros, en cambio, señalan esa práctica como una de orden inmoral, atrevida y peligrosa para la sociedad.

Un mensaje subliminal es un estímulo que ha sido diseñado para programar la mente humana a través de la percepción no consciente. Desde un planteamiento meramente fisiológico, hay que considerar que el ojo humano es lento y sólo percibe conscientemente imágenes transmitidas a determinadas velocidades.

17. La estrategia de la publicidad subliminal no debe confundirse con otras técnicas publicitarias, más suaves pues operan a un nivel consciente, pero con el mismo objetivo de llegar sin llamar la atención, de provocar la venta sin decirlo abiertamente.

Es el caso de la llamada publicidad implícita, cuyo ejemplo más reciente y polémico lo encontramos en aquellas series de televisión en las que los personajes consumen productos reales con marcas conocidas.

18. Las consecuencias de la publicidad subliminal, caso de que su eficacia sea real, algo que aún está por comprobar pueden ser terribles pues supone que quien dirige los medios controla a los consumidores y les obliga a actuar según sus intereses.

19. Se debe incluir también aspectos contemplados para el caso de la publicidad engañosa. Este tipo de publicidad es aquella que induce de forma voluntaria a error y que este error pueda inducir a un comportamiento económico o perjudicar a un competidor.

También es publicidad engañosa la que silencia datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios siempre que dicha omisión induzca a error a los destinatarios.

Para determinar si una publicidad es engañosa se deben tener en cuenta aspectos como el origen o procedencia del producto, la calidad, cantidad o categoría, el modo y fecha de fabricación, los resultados que se pueden obtener de su utilización, la nocividad o peligrosidad, las condiciones de adquisición, o la identidad, patrimonio y calificaciones profesionales del anunciante.

20. La publicidad engañosa es aquella que voluntariamente hace creer a una persona que va a seguir un proceso de adelgazamiento dirigido por un médico, especialista en endocrinología, y cuando se presenta en la consulta sólo lo recibe una persona sin titulación que le indica que se tome unas pastillas.

En estos anuncios se induce a error de forma voluntaria al consumidor, ya que se redactan los anuncios dando por sentado que el tratamiento estará dirigido por un facultativo, mientras que en realidad, sólo se trata de una persona sin preparación médica.

21. Incluir la publicidad desleal, que es la que trata de provocar descrédito, denigración o menosprecio. Se trata de una publicidad que trata de inducir a la confusión entre diferentes productos o marcas o menciona en su argumento a otras empresas de forma injustificada.

Publicidad desleal es también aquella que compara de forma abusiva, y cuyas comparaciones no se apoyan en características esenciales, afines y objetivamente demostrables.

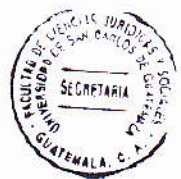
22. Debe quedar expresamente prohibida este tipo de publicidades que se han analizado en este trabajo, y se deben incluir las sanciones que corresponda a los infractores en caso de cometan los supuestos que deben estipularse al respecto.

23. También deben existir en la ley mecanismos para denunciar los mensajes subliminales, y que como se dijo arriba, son aquellos que se emiten con el fin de que el que los observa que es una gran masa de personas, provoque un estímulo que ha sido diseñado para programar la mente humana a través de la percepción no consciente.

Los mensajes subliminales buscan llegar al subconsciente para programarlo a través de estímulos que apelan al sexo y a la muerte por el impacto emocional que estos provocan. También se utilizan complementos, es decir, estímulos que no apelan ni a la muerte ni a lo sexual pero que responden a los intereses de quienes están manipulando con fines comerciales el mecanismo más íntimo, profundo y complicado del sistema nervioso humano.

De ese modo, al quedar prohibidos, existirán niveles de prevención general y especial, pues al establecerse sanciones de carácter administrativo, también deben estipularse los supuestos en cuanto a que actos se pueden considerar lesivos a los usuarios o consumidores y por lo tanto, deben ser abordados por la vía de lo penal.

24. Por último, a pesar de que debe incluirse que estos mensajes subliminales se provocan a través de los medios de comunicación, hace especial relevancia en el caso del uso del Internet pues este es el "lugar" más grande del mundo para exponer millones de anuncios de todo tipo. Se puede decir que también Internet está plagada de anuncios relacionados con sexo.



CONCLUSIONES

1. Dentro de la libre competencia y la competencia desleal, se desarrollan las conductas y actos que se suscitan en el comercio y que juegan un papel importante tanto los proveedores de bienes o servicios como los consumidores. Específicamente en materia de competencia desleal generalmente se provoca entre los mismos proveedores de bienes o servicios.
2. La competencia desleal se regula en la legislación guatemalteca, en el Código Civil, Código de Comercio, Ley de Propiedad Industrial, Ley de Protección al Consumidor y Usuario, Código Penal, sin embargo, todas estos cuerpos normativos no han sido suficientes para combatirla.
3. Existe un marco normativo internacional que protege la competencia desleal del cual Guatemala es parte, sin embargo, existe legislación comparada, en la que se ha regulado para contrarrestar esta problemática una Ley específica denominada precisamente de competencia desleal, y de carácter penal, en donde se establecen todas las figuras delictivas que pudieran generarse de estos hechos.
4. Parte de la competencia desleal se pueden encontrar los mensajes subliminales y la publicidad subliminal que tiende a que se adquiera el producto o bien en masa, por parte de los usuarios o consumidores, lo cual ha sido unánime la posición de los países del mundo de considerarla lesiva y por lo tanto prohibida.

5. No existe un marco normativo específico que regule lo relativo a la publicidad y dentro de ello, la publicidad que debe ser prohibida, como el caso de la publicidad subliminal, lo cual ocasiona un perjuicio a la sociedad, que en general es el consumidor y usuario de los productos que se ven involucrados en este tipo de publicidad.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que los legisladores, evalúen la situación en que se encuentran los proveedores de bienes o servicios los consumidores y usuarios en cuanto a la competencia desleal. La legislación que ampara lo relativo a la competencia y la competencia desleal no es suficiente para contrarrestar la problemática actual de la competencia desleal.
2. Autoridades como la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor y Usuario tiene la obligación de propiciar a través de iniciativas de ley los cambios legislativos correspondientes ante el congreso de la República. Para intervenir en el tema de la competencia desleal, para que puedan tener las empresas de actuar y denunciar por mandato legal como representantes de los consumidores o usuarios.
3. En Guatemala, no existe una Ley General de Publicidad, por lo tanto, los legisladores deben pronunciarse respecto a realizar estudios que conlleven a solucionar la problemática que afronta la sociedad guatemalteca, como producto de la publicidad subliminal y otros tipos de publicidad que son lesivos a los intereses de la sociedad.
4. El congreso de la República de Guatemala tiene que adecuar y reformar el Decreto número 2-70 Código de Comercio de Guatemala de acuerdo a las nuevas tecnologías y formas de trabajo.



5. La Comisión respectiva del Congreso de la República de Guatemala tiene la obligación de promulgar una ley que regule y controle la publicidad; una Ley General de Publicidad, en donde se incluyan conceptos, definiciones, supuestos para sanciones administrativas y penales.



BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. Tomo I. Guatemala: Editorial Vile, 1996.

BORDA, Guillermo. **Teoría general del derecho**. Tomo III. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 1985.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, S.R.L., 1981.

DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. **Títulos y contratos de crédito, quiebras**. México: Editorial Mexicana, 1992.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. **El negocio jurídico**. Madrid, España: Editorial Civitas, 1985.

DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso. **Instituciones del derecho civil**, Tomo I. Madrid, España: Editorial Civitas, 1991.

FARINA, Juan Manuel. **Contratos comerciales modernos**. 2ª. Edición actualizada. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1997.

GARIBOTTO, Juan Carlos. **Teoría general del acto jurídico**. Buenos Aires, Argentina: Edición de Palma, 1991.

HERRERA, Flavio. **Las obligaciones. Curso de derecho romano**. Guatemala: Colección JURITEX Ciudad Universitaria, 1996.

LOVECE, Graciela; Gherzi, Carlos. **Contrato de tiempo compartido**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universitaria, (s.f.).



MARTÍN LOMBARDA, Pablo. **Las nuevas formas de dominio**. Argentina: Colegio de Abogados de La Plata, 2000.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario De Ciencias Jurídicas, Políticas Y Sociales**. Editorial Heliasta, S.R.L., 1979.

PINEDA SANDOVAL, Melvin. **Fundamentos de derecho**. Guatemala: Editorial Servi prensa C.A., 2000.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. **Instituciones de Derecho Mercantil**. Madrid, España: Editorial Derecho Reunidas, 1995.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de Derecho Mercantil**. Guatemala: Editorial Servi prensa C.A., 1978.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho Mercantil Guatemalteco**. Guatemala: Editorial Universitaria, 1990.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código de Comercio. El Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-70, 1970.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala Decreto Ley 106, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

Código Penal. Carlos Arana Osorio, Jefe de Gobierno de la Republica de Guatemala, Decreto número 17-73, 1974.



Código Procesal Penal. Congreso de la Republica Guatemala, Decreto 51-92, 1997.

Ley de Propiedad Industrial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 57-2000, 2000.

Convenio de Paris. Congreso de la República de Guatemala, para la Protección de la Propiedad Industrial, Decreto Número 11-98, 1983.