

Pontificia Universidad Católica del Perú

From the Selected Works of Alejandro Castro

February, 2015

Psicología cognitiva de las marcas y confusión desleal. Aportes para la represión de la competencia desleal

Alejandro Castro, *Pontificia Universidad Católica del Perú*



Available at: <https://works.bepress.com/>

[alejandro_castro_intellectual_property_consumer_psychology/1/](https://works.bepress.com/alejandro_castro_intellectual_property_consumer_psychology/1/)

Psicología cognitiva de las marcas y confusión desleal

Aportes para la represión de la competencia desleal

Alejandro **CASTRO ANGULO***

MARCO NORMATIVO

- **Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo N° 1044 (26/06/2008):** arts. 2, 9 y quinta disposición complementaria final.
- **Disposiciones Complementarias a la Decisión 486, Decreto Legislativo N° 1075 (28/06/2008):** art. 98.

INTRODUCCIÓN

La Propiedad Intelectual y la Represión de la Competencia Desleal son dos disciplinas que se intersectan expresamente¹ en los actos de competencia desleal referidos a la confusión y actos de explotación indebida de la reputación ajena. Con relación a la confusión desleal², dada su naturaleza normativa³, nos encontramos ante un acto de competencia desleal que debe ser analizado en el mercado⁴, siendo la marca el bien que materializa, en la mayoría de los casos, este comportamiento prohibido⁵.

Al ser la marca el bien por el cual se perpetra el acto de competencia desleal, resultará necesario analizar el comportamiento desleal dentro del mercado, por lo cual los principios marcarios correspondientes al análisis registral ceden ante esta circunstancia. Así, el analista deberá tomar en consideración todos los factores que rodean a la confusión desleal y, en particular, el papel que juega la marca dentro de un contexto comercial. Para tales efectos, a lo largo de la presente entrega, desarrollaremos algunos aportes de la psicología cognitiva respecto a los fenómenos psicológicos que producen las marcas en la mente de los consumidores.

Finalmente, reflexionaremos si es factible considerar los aportes de la psicología cognitiva

El autor explica que cuando un acto de competencia desleal se ha perpetrado a través del uso de una marca, será necesario tomar en consideración, al analizar dicho comportamiento, todos los factores que rodean a la confusión desleal, y de manera particular el papel que en tal contexto comercial cumple la marca, la cual en virtud de su naturaleza tiene un componente psicológico que debe tomarse en consideración. En tal sentido, desarrolla en el presente artículo algunos aportes de la psicología cognitiva respecto a los fenómenos psicológicos que producen las marcas en la mente de los consumidores, aportes que podrían considerarse dentro de un análisis de confusión desleal como acto de competencia desleal.

TEMA RELEVANTE

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especializado en Propiedad Intelectual y Competencia Desleal. Actualmente cursa la carrera de Psicología del Consumidor en la Universidad ESAN.

1 A través de la cláusula general de la Ley de Represión de la Competencia Desleal se han ampliado las modalidades de actos prohibidos, como por ejemplo el abuso del sistema de propiedad industrial. Ver: Resoluciones N° 183-2010/CCD-INDECOPI y N° 1605-2011/SC1-INDECOPI.

2 Nos referiremos a lo largo del presente artículo a la confusión desleal como concepto opuesto al de confusión marcario, en tanto el análisis del primero es de naturaleza fáctica y el del segundo de naturaleza registral.

3 “El ilícito perseguido por la Ley de Competencia Desleal puede ser caracterizado como un acto antijurídico de naturaleza extracontractual, objetivo y de peligro” “(...) para aplicar la norma de competencia desleal, basta con haber infringido el deber general de conducta, aunque no se haya hecho con dolo o culpa” (SAINZ DE AJA, Borja. “El Derecho de la Competencia Desleal”. En: *El Derecho de la Competencia Desleal*. PASQUEL, Enrique; PATRÓN, Carlos A.; y, PÉREZ COSTA, Gabriela (Compiladores). Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2007, pp. 43 y 47.

4 **Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal**
Artículo 2.- Ámbito de aplicación objetivo

La presente Ley se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad. En ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos.

5 **Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal**
Artículo 9.- Actos de confusión

9.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado respecto del origen empresarial de la

dentro de un análisis de confusión desleal como acto de competencia desleal.

I. MARCAS, ESQUEMAS COGNITIVOS Y DISTINTIVIDAD ADQUIRIDA

Imagínese que somos fanáticos de los “Green Bay Packers”, un equipo de fútbol americano situado en la ciudad de Green Bay, Wisconsin, y que pertenece a la National Football League (NFL)⁶.

Ingresamos a un centro comercial en el cual se venden numerosas prendas deportivas, entre las cuales encontramos camisetas de diversos equipos de fútbol americano. Entre ellas observamos nuestra camiseta favorita: la “Green Bay” de los Green Bay Packers, la cual tiene los siguientes atributos físicos: i) número “4” en la espalda; ii) etiquetado de indicaciones; iii) rayas en las mangas; iv) etiqueta con precio; v) colores amarillo y verde; vi) el nombre “Brett Favre” en la espalda; vii) la denominación “Green Bay”; viii) etiqueta consignando el tamaño de la prenda ubicada en el cuello; ix) es una camiseta de fútbol americano; y, x) etiqueta del fabricante de la prenda ubicada en el cuello; entre otros.

Sin embargo, de todos los atributos que el consumidor pueda observar,

él prestará atención solo a alguno de ellos. Así, los colores amarillo y verde, la denominación “Green Bay” y el hecho de que sea una camiseta de fútbol americano evocarán en su memoria al equipo de fútbol americano “Green Bay Packers”.

Hasta el momento se han producido una serie de fenómenos cognitivos. Los atributos físicos de la camiseta de fútbol americano son conocidos como estímulos externos o ambientales, los cuales son capaces de afectar la conducta del consumidor dependiendo, entre otros, de la intensidad y duración de los mismos⁷.

Como el consumidor es fanático de los “Green Bay Packers” prestará atención a la camiseta de fútbol americano que corresponda a dicho equipo. Asimismo, se enfocará en los atributos que encuentre esenciales y excluirá a los demás estímulos presentes. Dicho proceso es conocido como atención selectiva, cuyo fin es el manejo efectivo de información excesiva que, en este caso, se produce en torno a la adquisición del producto⁸.

Ahora, seguramente el lector se preguntará ¿Qué influenció al consumidor a enfocarse en determinados atributos de la camiseta de fútbol americano y no en otros? La respuesta se encuentra en las redes

cognitivas que el consumidor tiene sobre determinada marca y cómo se relaciona con la conciencia inmediata y la memoria.

El consumidor que entra a la tienda a buscar la camiseta de los “Green Bay Packers”, lleva consigo una serie de esquemas cognitivos construidos con base en la información brindada por diversas marcas a lo largo de su vida. Dichos esquemas cognitivos están compuestos por redes, y estas a la vez compuestas por nodos y enlaces. Los nodos son los significados, emociones o sentimientos y los enlaces son las rutas por las cuales se interconectan los nodos de manera secuencial y en algunos casos, en forma simultánea. Este fenómeno es conocido como activación por difusión y se presenta de manera lineal y multidireccional⁹.

Para nuestro ejemplo, la marca “Green Bay Packers” condensa diversa información¹⁰, entre las cuales encontramos: composición de la marca (logo, denominación, colores, etc.), información de sus jugadores más emblemáticos, estadísticas de los juegos, emociones generadas por el fanatismo hacia el equipo, entre otra información que el consumidor ha ido almacenando a lo largo de los años, en tanto ha sido expuesto a una serie de estímulos externos que propiciarán la construcción del esquema

actividad, el establecimiento, las prestaciones o los productos propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen empresarial distinto al que realmente les corresponde.

9.2.- Los actos de confusión pueden materializarse mediante la utilización indebida de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual.

6 Ejemplo tomado del artículo titulado “*The Psychological Foundations of Trademark Law: Secondary Meaning, Genericism, Fame, Confusion, and Dilution*”, de Jacob Jacoby. En: Trademark Reporter, Volumen 91, setiembre-octubre de 2001, N° 5.

7 CHANCE, Paul. *Aprendizaje y conducta*. Capítulo 2. El Estudio del Aprendizaje y la Conducta, El Manual Moderno, 3ª edición, México, D.F., 2001, pp. 30 y 31.

8 La atención es un proceso activo (consciente y también inconsciente) mediante el cual procesamos limitada información de la enorme cantidad de estímulos presentes en el ambiente, a través de nuestros sentidos, memoria y otros procesos cognitivos. Las 4 principales funciones de la atención son: i) la detección y vigilancia de señales; ii) búsqueda; iii) atención dividida; y, iv) atención selectiva, esta última es la encargada de ignorar o restar importancia a la información que consideramos poco relevante. La concentración sobre determinada información mejora nuestra habilidad para manipularla. STERNBERG, Robert y STERNBERG, Karin. *Cognitive Psychology*. 6ª edición, Cengage Learning, Wadsworth, 2012, pp. 136-139.

9 JACOBY, Jacob. Ob. cit., pp. 1019-1023.

10 Es interesante observar el paralelismo entre la teoría de los costos de Landes y Posner, eje principal de la explicación económica del Derecho de Marcas, y el proceso psicológico que juegan las marcas en los consumidores. En el primer caso, el Derecho de las marcas está justificado por la reducción de los costos de transacción relacionada con la búsqueda de productos y/o servicios; y, en el segundo caso, la marca es un condensador de información psicológica. En ambos existe un beneficio directo para el consumidor.

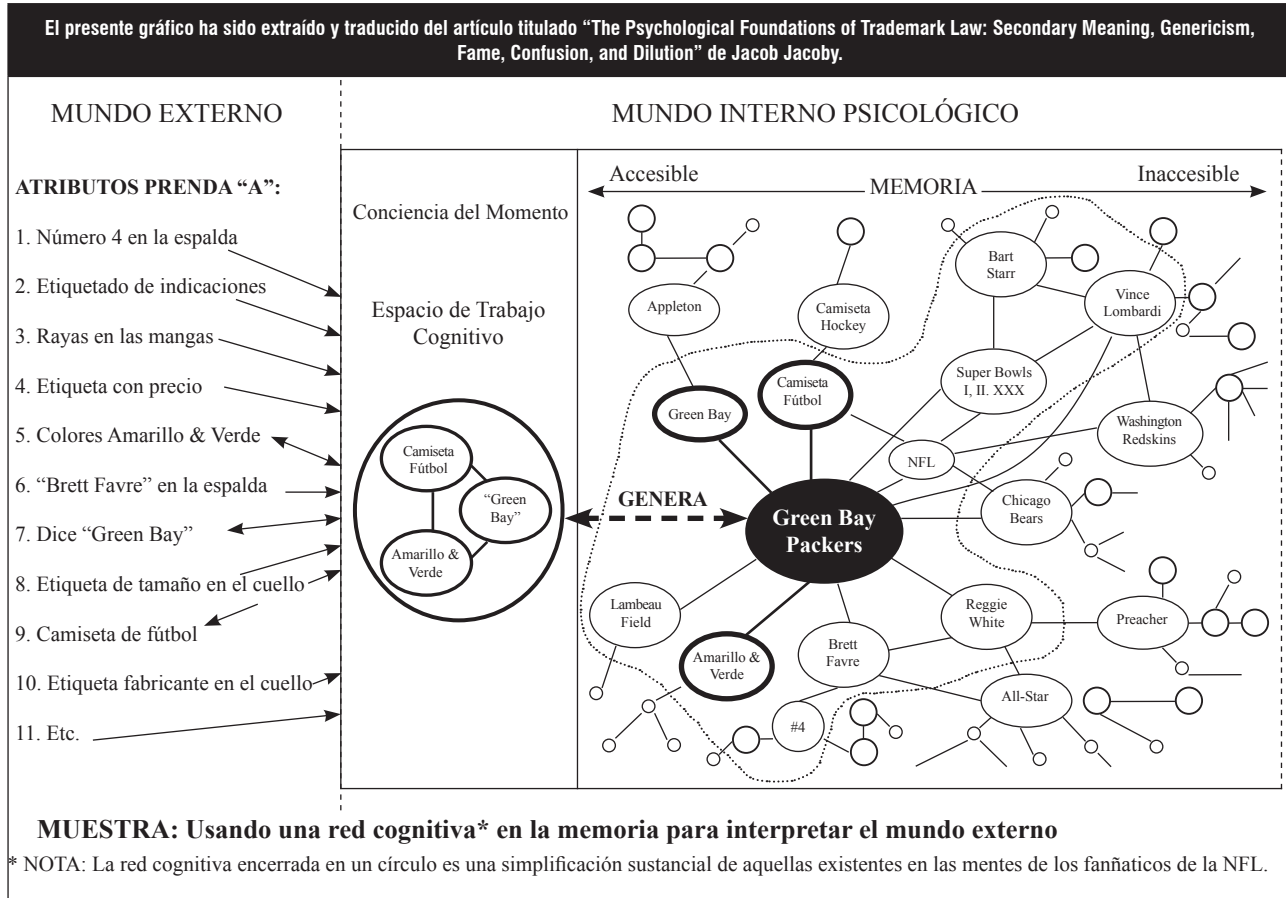
cognitivo para la marca “Green Bay Packers”.

En tal sentido, cada atributo es un nodo con un significado particular y se interrelacionará con otros nodos de acuerdo a la ruta de asociación de cada consumidor. La activación de este esquema cognitivo, que yace en la memoria, se producirá por la

estimulación de los atributos físicos de la camiseta de fútbol americano correspondiente a los “Green Bay Packers”. Del sinnúmero de información relacionada a la marca “Green Bay Packers”, se activarán los nodos más representativos y accesibles dentro de la memoria del consumidor, también conocidos como nodos-hub o centros de

asociación¹¹, y se volverán conscientes, creándose un “espacio de trabajo cognitivo”¹² (Ver gráfico de la Muestra 1).

Así, la denominación “Green Bay” es el nodo¹³ con mayor fuerza dentro del esquema cognitivo del consumidor y el que convoca mayores enlaces con otros nodos. De acuerdo



11 Dichos nodos (que son de diferentes tipos de acuerdo a la capacidad de conectividad que posean) tienen un papel esencial para la integración de la información y contribuyen a la funcionalidad de las redes cognitivas en un espectro amplio. Los nodos que tienen mayor interconectividad (hub) son conocidos también como “rich club”: “Such collectives of high-degree nodes and their interconnecting edges are referred to as a ‘rich club’, a network attribute that tends to further boost the influence of its members by facilitating their mutual interactions. A related concept is that of the structural core, determined by a process of recursive pruning of nodes of increasing degree that reveals subsets of nodes that are highly resilient by virtue of being densely interconnected”. Van de Heuvel, Martijn P.; y, Sporns, Olaf. Network hubs in the human brain. En: *Trends in Cognitive Sciences*. Diciembre 2013, Vol. 17, N° 12. Recuperado del sitio web: <<http://www.cell.com/trends/cognitive-sciences/abstract/S1364-6613%2813%2900216-7>>.

12 La consciencia incluye tanto el sentimiento de estar “presente” (*awareness*) como su contenido específico, que puede estar bajo la influencia de la atención. Como consecuencia, la consciencia y la atención se intersectan y cumplen 3 roles para la cognición: ayuda a monitorear nuestras interacciones con el ambiente, nos brinda una sensación de continuidad (vincula el pasado y el presente-identidad) y nos permite controlar y planear nuestras acciones a futuro. STERNBERG, Robert y STERNBERG, Karin. Ob. cit., p. 138.

13 Rebecca Tushnet señala que las marcas “ocupan” un lugar en nuestro espacio mental y los departamentos de *marketing* se pelean por estas “propiedades” y su posterior manejo inteligente con el fin de contrarrestar las posibles infracciones por dilución. TUSHNET, Rebecca. “Gone in Sixty Milliseconds: Trademark Law and Cognitive Science”. En: *Texas Law Review*. N° 86, 2008, pp. 515-517.

al gráfico de la MUESTRA 1: el (i) nodo-hub “Green Bay” se enlaza con otros 10 nodos, entre los cuales encontramos, (ii) los colores de la (iii) camiseta de fútbol americano. Como consecuencia, la influencia del nodo-hub “Green Bay” llevó a que el consumidor se enfocara en ciertos atributos físicos de la camiseta de fútbol americano correspondiente a la marca “Green Bay”.

El fenómeno cognitivo descrito en los párrafos precedentes es producto de la adquisición de distintividad de la marca “Green Bay Packers” y su grado de notoriedad¹⁴. En este punto es importante precisar que para la psicología cognitiva, la distintividad de una marca corresponde al grado de exclusividad de ciertos nodos de la memoria del consumidor. Solo en este caso la marca ha adquirido distintividad, lo cual debe estar presente al momento de analizar la confusión desleal materializada en el uso de un bien de propiedad intelectual, en particular la marca.

II. CONFUSIÓN DESDE LA PSICOLOGÍA COGNITIVA¹⁵

Desde la psicología cognitiva, podemos diferenciar los siguientes tipos de confusión: i) confusión sobrevenida; ii) confusión reversa; iii) confusión sobre el objeto;

iv) confusión sobre el origen empresarial; v) confusión múltiple; y, vi) confusión subliminal. Del mismo modo, encontramos diferentes tipos de confusión en nuestra legislación:

i) confusión directa; ii) confusión indirecta; y, iii) confusión por asociación. A continuación presentamos un cuadro comparativo entre ambos tipos de confusión:

Confusión cognitiva	Confusión desleal
<p>Confusión sobrevenida: La confusión sobrevenida implica que el consumidor posea una red cognitiva para el producto o servicio de la empresa establecida, antes de que sea expuesto a estímulos de información que emanen de un producto o servicio de la empresa entrante. De esta manera, la red cognitiva del consumidor para el primer producto o servicio es usada para interpretar la información entrante, por tanto confundiendo el segundo producto o servicio con el primero.</p>	<p>La empresa pequeña entrante usará una marca que cause riesgo de confusión con una marca notoria correspondiente a una empresa grande. Este supuesto es asimilable al tipo de confusión directa.</p>
<p>Confusión reversa: El consumidor no tiene una red cognitiva preexistente para el producto o servicio de la empresa establecida, pero ha desarrollado una red cognitiva para el producto o servicio de la empresa entrante. Al ser expuesto a un estímulo externo proveniente del producto o servicio establecido, la red cognitiva para el producto o servicio entrante es usada para interpretar la información, confundiendo al producto o servicio de la empresa establecida con el producto o servicio de la empresa entrante¹⁶.</p>	<p>En nuestra legislación no existe una norma pensada en prevenir situaciones en las cuales una empresa grande ingrese al mercado de una empresa pequeña y genere en el consumidor la percepción de que la marca de la empresa pequeña pertenece a la empresa grande¹⁷.</p>
<p>Confusión sobre el objeto: El consumidor interpretará que el objeto observado es conocido, en tanto existe un esquema cognitivo previamente construido. Por ejemplo, el consumidor puede observar una guitarra denominada “Gypson” creyendo que se trata de la marca de guitarra “Gibson”. En este caso, el consumidor interpretó la información externa de conformidad con el esquema cognitivo previo¹⁸.</p>	<p>Confusión directa: Ocurre cuando los consumidores pueden asumir que los bienes, servicios o establecimientos de un concurrente en el mercado guardan identidad con los que corresponden a otro concurrente. Esta confusión podría ocurrir a causa de una extrema similitud en signos, presentación o apariencia general de los bienes, los servicios o los establecimientos en cuestión.</p>

14 En el Derecho de Marcas, una marca es distintiva cuando cumple con los requisitos de los artículos 134 y 135 de la Decisión 486, es decir, si es inherentemente distintiva. Si es así, la marca está a un paso de ser otorgada, quedando pendiente analizar el artículo 136, literal a) de la Decisión 486. En tal sentido, la distintividad e inclusive el análisis de riesgo de confusión, son “exámenes de laboratorio”, mientras que para la psicología cognitiva, la distintividad es un fenómeno fáctico correspondiente al grado de estímulos efectivos que el consumidor reciba del exterior. A mayor presencia de la marca, mayor será su notoriedad en las redes cognitivas del consumidor.

15 Es importante precisar que la exposición de los tipos de confusión, desde la psicología cognitiva, corresponden a las infracciones marcarías por confusión dentro del ámbito del cuerpo normativo denominado Restatement (Third) of Unfair Competition, del Common Law Norteamericano. HUNTER, Dan. *The Oxford Introductions to U.S. Law. Intellectual Property*. Oxford University Press, Inc. New York, 2012, pp. 136,137,138, 165 y 166.

16 Traducción libre de: “Forward and reverse confusion are relatively easy to differentiate. In order to have forward confusion, the consumer must possess a cognitive network for the first-comer’s product or service before being exposed to stimulus information emanating from the second-comer. In this way, the consumer’s cognitive network for the first-comer is used to interpret the incoming information, thereby confusing the second-comer with the first-comer. In contrast, in the case of reverse confusion, the consumer has no pre-existing cognitive network for the first-comer, but has developed a cognitive network for the second-comer. Upon being exposed to an outside stimulus emanating from the first-comer, the cognitive network for the second-comer is used to interpret the incoming information, resulting in the first-comer being confused with the second-comer. JACOBY, Jacob. Ob. cit., p. 1042.

17 “The doctrine of reverse confusion is designed to prevent (...) a larger, more powerful company usurping the business identity of a smaller senior user”. *Commerce National Ins., v. Commerce Insurance Agency, Inc.*, (3rd Cir.2000).

18 JACOBY, Jacob. Ob. cit., p. 1043. También conocida como confusión sobrevenida.

<p>Confusión sobre el origen empresarial: El consumidor reconoce que el objeto expuesto no es el mismo que conoce; sin embargo, se confunde y cree que el nuevo objeto también pertenece al mismo titular. En este caso, se modifica el esquema cognitivo del producto o servicio que el consumidor ya conocía, conectando un nodo adicional conteniendo la nueva información¹⁹.</p>	<p>Confusión indirecta: Ocurre cuando los consumidores pueden diferenciar claramente bienes, servicios o establecimientos distintos, pero pueden pensar, equivocadamente, que pertenecen al mismo concurrente en el mercado, cuando en realidad pertenecen a dos concurrentes distintos. Esta confusión podría ocurrir a causa de algunas similitudes en signos, presentación o apariencia general de los bienes, servicios o establecimientos en cuestión.</p>
<p>Confusión múltiple: El consumidor reconocerá que los productos o servicios pertenecen a titulares distintos pero creerá que entre ellos existe una alianza comercial²⁰</p>	<p>Confusión en la modalidad de riesgo de asociación: Ocurre cuando los consumidores pueden diferenciar los bienes, servicios o establecimientos de un concurrente en el mercado frente a los de otro concurrente, pero pueden, como consecuencia de la similitud existente entre algunos elementos que caracterizan las ofertas de ambos, considerar que entre estos existe vinculación económica u organizativa, cuando en realidad dicha vinculación no existe.</p>
<p>Confusión subliminal: La nueva marca usará asociaciones con una marca previa debajo de los niveles de conciencia²¹.</p>	<p>No existe norma expresa o jurisprudencia para este tipo de confusión.</p>

Al observar el cuadro comparativo concluimos que existe identidad entre los tipos de confusión cognitiva y la normativa legal de la confusión desleal. Además, es importante precisar que los supuestos de confusión cognitiva son analizados en forma concurrente con factores

adicionales para establecer el riesgo de confusión²²; similar situación se presenta en nuestra legislación nacional²³.

Por lo tanto, queda por establecer si efectivamente existe armonía entre el análisis fáctico propuesto por la

psicología cognitiva y algunos casos resueltos por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal²⁴.

III. ANÁLISIS CASUÍSTICO A LA LUZ DE LA PSICOLOGÍA COGNITIVA EN MARCAS

La Comisión de la Represión de la Competencia Desleal del Indecopi es competente para analizar casos en los cuales se discuta la existencia de confusión cuando el denunciante no sea titular de un registro marcario o cuando siéndolo, los elementos materia de análisis no sean parte del bien protegido por las normas de propiedad intelectual. Del mismo modo, la Comisión de Signos Distintivos del Indecopi será competente para aplicar el Decreto Legislativo N° 1044 cuando los actos por confusión se refieran a algún elemento de propiedad intelectual inscrito y el denunciante sea el titular de la marca²⁵.

Al respecto, encontramos el caso en el cual Molitalia denunció a la Señora Trinidad porque esta última estaría comercializando la golosina denominada “Mini Mellows” en una presentación que resultaría

19 JACOBY, Jacob. Ob. cit., p. 1044.

20 Ibidem, p. 1045.

21 Ibidem, p. 1046.

22 Los factores más reconocidos, para establecer el riesgo de confusión, provienen del caso Polaroid Corp. v. Polarad Electronics Corp., 287 F.2d 492, 495 (2d Cir. 1961).

23 Resolución N° 031-2011/CCD-INDECOPI y Resolución N° 006-2013/CCD-INDECOPI.

24 Por límites de extensión, no se podrán abordar los casos referidos a acciones por infracción en marcas registradas, relativos a la confusión desleal y explotación indebida de la reputación ajena.

25 **Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal**

Disposiciones Complementarias Finales

QUINTA.- Actos de competencia desleal vinculados a la afectación de derechos de propiedad intelectual

La competencia administrativa para la aplicación de esta Ley en la determinación y sanción de actos de competencia desleal en la modalidad de actos de confusión y actos de explotación indebida de la reputación ajena que se encuentren vinculados a la afectación de derechos de propiedad intelectual se encuentra asignada a la Comisión de Propiedad Intelectual correspondiente, conforme lo indique la legislación especial en dicha materia, y únicamente si la denuncia de parte fuera presentada por el titular del derecho o por quien estuviera facultado para ello.

Decreto Legislativo N° 1075, Disposiciones Complementarias a la Decisión 486

Artículo 98.- Competencia desleal

Las denuncias sobre actos de competencia desleal, en las modalidades de confusión y explotación de la reputación ajena, que estén referidos a algún elemento de la propiedad industrial inscrito, o a signos distintivos notoriamente conocidos o nombres comerciales, estén o no inscritos, serán de exclusiva competencia de la autoridad nacional competente en materia de propiedad industrial, según corresponda, siempre que las referidas denuncias sean presentadas por el titular del respectivo derecho.

Serán igualmente de competencia de los órganos de propiedad industrial, las denuncias sobre actos de competencia desleal, en las modalidades de confusión y explotación de la reputación ajena, que comprendan elementos de propiedad industrial y elementos, que sin constituir derechos de propiedad industrial, estén relacionados con el uso de un elemento de propiedad industrial.

confundible con la golosina comercializada por Molitalia. La Comisión de Represión de la Competencia Desleal señaló que si bien los términos “Mini Mellows” se presentaban en ambas marcas, y también eran parte de una estandarización en dicha clase de productos, elementos adicionales en el empaque permitían su diferenciación. Por lo tanto, la Comisión declaró infundada la denuncia²⁶.

La Comisión realizó un examen superficial. Tal como mencionáramos en el acápite denominado Marcas y Esquemas Cognitivos, la distintividad marcaría en el mercado se produce cuando existe un esquema mental construido en la memoria de los consumidores. En tal sentido, lo razonable sería analizar si efectivamente la marca “Mini Mellows” y la combinación de colores en el empaquetado de Molitalia, habrían generado algún tipo de distintividad a nivel psicológico, a pesar de tratarse de

una marca débil a nivel jurídico²⁷, y posteriormente analizar el tipo de confusión que corresponda.

De otro lado, en el caso City Toys contra Wannabe, la denunciante señaló que Wannabe estaría copiando las características innovadoras (ciudadela para niños) que habría integrado dentro de su local destinado para la realización de actividades de entretenimiento para niños. La Comisión de Represión de la Competencia Desleal declaró infundada la denuncia en tanto los consumidores podrían diferenciar claramente el origen empresarial de cada establecimiento siendo inexistente el riesgo de confusión²⁸. Este tipo de análisis genera una serie de preguntas: ¿El *trade dress* de City Toys habría adquirido distintividad en el mercado relevante de acuerdo al análisis de la psicología cognitiva? ¿Es posible señalar algún tipo de confusión? ¿Sería también posible hablar de dilución?²⁹.

La respuesta, al igual que en el caso “Mini Mellows”, es integrar criterios provenientes de la psicología cognitiva que ayuden a reprimir, eficazmente, actos de competencia desleal que generen riesgo de confusión, cuyo objetivo esencial es proteger al consumidor. Asimismo, consideramos que otros actos de competencia desleal también deberían ser tomados en consideración al momento de integrar criterios de la psicología cognitiva³⁰.

CONCLUSIÓN

Consideramos que en la actualidad existe suficiente información para cambiar el paradigma sobre el análisis de la marca en el mercado, cuyo sustento es el sentido común o primeras impresiones. A lo largo del presente artículo, hemos demostrado que la marca, dada su naturaleza, tiene un componente psicológico a tomar en consideración y obviarlo puede generar efectos negativos contra el proceso competitivo y, por ende, contra el consumidor.

26 Resolución N° 224-2011/CCD-INDECOPI de fecha 21 de diciembre de 2011.

27 Es importante analizar el trabajo empírico propuesto por Thomas R. Lee, Eric D. DeRosia y Glenn L. Christensen. Los autores concluyen que las reglas de distintividad inherente planteadas en el caso *Abercrombie & Fitch v. Hunting World* resultarían vacías, en tanto una marca jurídicamente descriptiva o evocativa podría tener un alto grado de distintividad en el mercado. Así, la marca “Mini Mellows” de Molitalia podría ser altamente distintiva e inclusive ser objeto de dilución. LEE, Thomas R.; DEROSIA, Eric D. y CHRISTENSEN, Glenn L. *An Empirical and Consumer Psychology Analysis of Trademark Distinctiveness*. Marzo, 2009.

28 City Toys vs. Wannabe es un caso de *trade dress* resuelto con base en el precedente de observancia obligatoria recaída en la Resolución N° 030-2005/CCD-INDECOPI de fecha 7 de marzo de 2005 (Bembos vs. Renzos). En dicho precedente se desarrolló el derecho denominado “derecho a imitar” y sus límites, compuestos por los bienes de propiedad intelectual y el deber de diferenciación.

29 En el caso *Hershey Foods Corp. V. Mars, Inc.*, 998 F. Supp. 500 (M.D. Pa. 1998) se aceptó la investigación propuesta por Jacob Jacoby y se demostró que, efectivamente, los colores naranja, amarillo y marrón de la empaquetadura de los productos distinguidos por la marca “Reese’s” y la superficie particular de la mantequilla de maní, habían generado un esquema cognitivo exclusivo en el consumidor. Por lo tanto, el uso de los mismos colores en el empaquetado del producto de Mars Inc. (M&M’s) diluiría a la marca “Reese’s”.

30 Coincidimos con la propuesta de Schiantarelli al señalar que la Comisión de Signos Distintivos también debería tener competencia para aplicar la Ley de Represión de la Competencia Desleal en otros supuestos como es el caso de la dilución marcaría. SCHIANTARELLI GONZALES, Juan Pablo. “El Decreto Legislativo N° 1044 y el conflicto de competencia al interior del Indecopi en torno a los actos de competencia desleal relacionados con la propiedad industrial”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 176, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2008, pp. 47-54.