

## ¿Ojos que no ven, corazón que no siente?

### El uso de Keywords y Metatags en la publicidad por internet

La revolución digital y la “era de la información” han traído muchos cambios, haciendo que varíe por completo nuestra forma de entender el mundo y de interactuar con él. También nos ha traído herramientas publicitarias completamente novedosas, que no existían antes de existir internet y que han surgido como productos específicos de ésta industria. No se trata de adaptaciones o variaciones de herramientas publicitarias utilizadas para la televisión, radio o medios impresos, como podrían ser los “banners” y los “pop ups” entre otros, sino de herramientas esencialmente distintas, sin paralelo o equivalente en otros medios, específicas a la forma de funcionamiento de Internet y, en particular, a la necesidad que tiene el usuario de este medio de “navegar” y utilizar herramientas de búsqueda para obtener la información que necesita.

Nos referimos a los *metatags* y los *keywords*. En el presente trabajo, hacemos una aproximación al concepto y tratamiento de estas herramientas, desde el punto de vista del derecho publicitario, el derecho de marcas y el derecho de la competencia.

Un *metatag* es una palabra o frase que el responsable de una página web introduce en el código fuente de la misma para ayudar a los buscadores como Google o Yahoo a saber cuál es su contenido, de modo que las búsquedas que contengan tal palabra o frase arrojen como resultado a la página que contiene el *metatag*. Así, los *metatags* sirven para informar a los consumidores –a través de los buscadores- sobre el contenido más relevante de la página, así como para especificar cierta información técnica de la cual pueden valerse los navegadores para mostrar la página, como el grupo de caracteres usado, tiempo de expiración del contenido, posibilidad de dejar la página en “*cache*” o calificar el contenido del sitio (“para adultos”, “violento”, etc.).

---

<sup>1</sup> Abogado. Especialista en Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual. Socio en Hernández & Cía. Abogados. Miembro de la Comisión Permanente de Ética de Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria-CONAR. (Artículo publicado originalmente en *Actualidad Jurídica* No. 229 - diciembre de 2012)

Pero, como en el fondo son una declaración del propietario de la página, puede ocurrir que no respondan al contenido real, o a la verdadera relevancia. Por ejemplo, si el dueño de la marca X (competidora de la marca Y) introduce como *metatag* de su página web la palabra o frase "Y", las personas que están buscando páginas relacionadas con la marca Y, obtendrán dentro de los resultados de su búsqueda la página que en realidad pertenece a X.

Los Keywords, también llamados AdWords, son herramientas comerciales que forman parte importante del negocio de las empresas de buscadores como Google o Yahoo, y en realidad de cualquier página, blog o portal que tenga una herramienta y una funcionalidad de búsqueda, como YouTube, Blogger, Facebook o Twitter. El servicio de *keywords* permite que cualquier persona pueda comprar un aviso publicitario que aparece en la pantalla cada vez que se realiza una determinada búsqueda que coincide con la "palabra clave" contratada. Si usted nota que cada vez que hace una búsqueda de X le aparece (no entre los resultados mismos de la búsqueda, pero sí en la misma página) un aviso publicitario, eso es producto de un keyword.

El uso clásico de keywords es que aparece un vínculo o "enlace patrocinado" del anunciante en una sección lateral o inferior de la página, con apariencia muy similar a los resultados de la búsqueda misma. El enlace (que en este caso es, en realidad, un aviso publicitario, puede o no contener la palabra clave (la que el usuario está buscando). Cuando se sigue el enlace, éste conduce a una página determinada por el anunciante.

La práctica ha evolucionando y con toda seguridad va a seguir evolucionando. Hoy día existen variaciones y nuevas modalidades, como cuando el aviso no aparece ya en la forma de un "enlace patrocinado", sino abiertamente como un "banner" o una ventana emergente. Asimismo, existen modalidades un tanto más agresivas en las cuales el servicio, con ayuda de un software especial, no se limita a desplegar un aviso en la página de resultados, sino a causar que automáticamente aparezca una nueva ventana, que puede contener un anuncio o llevar a otra página (por ejemplo la página del competidor) cada vez que un usuario ingresa a un sitio web contenido en una lista predeterminada.

Si bien el uso de estas herramientas publicitarias no está muy desarrollado en nuestro medio, considerando el contexto globalizado en el que vivimos, así como la velocidad con que progresa el comercio digital y la penetración de internet, es sólo cuestión de tiempo que ello ocurra. Así, el objetivo de este artículo es aproximarnos a los principales conflictos legales que el uso de estas herramientas suele producir, delineando el marco conceptual de las instituciones jurídicas destinadas a resolverlos.

La utilización de estas herramientas ha sido cuestionada en diversas instancias, y las cortes extranjeras, principalmente en los Estados Unidos y Europa, han resuelto a la fecha un número importante de casos relacionados, aunque no puede realmente identificarse un patrón consistente de criterios. El tema no ha sido tocado aún por en Indecopi o por las cortes nacionales. Ciertamente, el uso incorrecto de estas herramientas puede estar reñido con las leyes sobre propiedad industrial (marcas), con las leyes sobre libre y leal competencia y/o con las normas que regulan la actividad publicitaria.

Los principios que están detrás de dichas normas y que se debe evitar contravenir son: 1) que no se confunda a los consumidores sobre el origen de los bienes o servicios identificados con las marcas (que el consumidor no crea que X e Y, son la misma cosa, o que vienen del mismo proveedor o de proveedores relacionados), 2) que no se produzca un daño indebido al prestigio o la fuerza distintiva de una marca, 3) que no se esté difundiendo un mensaje engañoso o denigrante, y 4) que no se produzca una explotación indebida o predatoria de la reputación ajena.

Es una práctica relativamente común, sobre todo en los mercados más desarrollados, que las empresas adquieran avisos publicitarios que se despliegan en la página web del buscador y que aparecen cuando se realiza una búsqueda que incluye la "palabra clave" respectiva. Y es común que además de su propia marca, la palabra clave sea una marca competidora, puesto que ello es una forma eficiente de llegar al público objetivo al que se quiere dirigir la publicidad. Las palabras clave o keywords pueden ser no sólo marcas propiamente dichas, sino también nombres propios o de celebridades, frases publicitarias características (las que pueden o no estar protegidas como lemas comerciales) y puede también tratarse de aseveraciones publicitarias de uso no exclusivo, referidas a la calidad o las características de un producto.

Desde el punto de vista del derecho publicitario, el uso de un keyword o "palabra clave" puede ser un problema si es que implica o soporta un mensaje engañoso. Por ejemplo, en el caso de que el fabricante de una mantequilla de grasa animal utilice una marca de margarina, o la misma palabra "margarina" (producto hecho de aceites vegetales) como palabra clave para colocar sus avisos publicitarios. En la medida que la publicidad propiamente dicha, visible para el consumidor, no afirme que su producto es margarina o está hecho de aceites vegetales, se podrá argumentar que la publicidad no es engañosa y que la palabra clave es simplemente una forma de enfocar la publicidad en un determinado público, distinta de la publicidad misma, siendo lícito el ofrecer una opción alternativa a los consumidores que buscan margarina, ofreciéndoles

algo parecido, pero distinto, como es una mantequilla. Podrá incluso decirse que la opción publicitaria corre el riesgo de ser ineficiente, porque apunta la publicidad a consumidores improbables, que se sabe están buscando un producto de características distintas.

Las cortes norteamericanas, sobre todo recientemente, suelen entender que no puede sostenerse que la palabra clave constituya una aseveración publicitaria si no aparece en la publicidad misma y que la simple compra de un keyword no constituye una aseveración publicitaria<sup>2</sup>.

Pero no puede descartarse que las cortes consideren que en determinadas circunstancias, sea necesario no sólo que la publicidad misma no contenga una aseveración engañosa, sino también que indique expresamente que no cumple la cualidad que los consumidores están buscando a través de la palabra clave. Por ejemplo, en el caso de un producto sucedáneo químico cuya publicidad aparece activada por la palabra clave "saludable" o natural". Así, por ejemplo, en el caso *Soaring Helmet Corp. v. Nanal, Inc.* (2011 WL 39058 (W.D. Wash. Jan. 3, 2011)), el razonamiento de una corte de los Estados Unidos para denegar una solicitud de desestimación sumaria, pareciera sugerir que la compra misma de un keyword podría, en ciertas ocasiones, constituir una afirmación publicitaria.

Con relación a los metatags, dado que éstos tampoco son visibles para el usuario o consumidor, su utilización por sí misma difícilmente podrá ser calificada como una aseveración publicitaria, por lo que el análisis dependerá también del contenido de la publicidad contenida en el enlace que aparece como resultado de la búsqueda y en la página a la que éste conduce.

De otro lado, comprar una keyword para colocar un aviso que utilice la marca competidora junto con la marca propia, pero cumpliendo los requisitos legales de la publicidad comparativa (básicamente, que el mensaje sea veraz y de contenido comprobable objetivamente) no debería representar mayor problema. Por ejemplo, si la empresa de bebidas SAN BENITO compra el keyword SANTA ROSA para desplegar (junto a los resultados de las búsquedas que incluyen (SANTA ROSA) una publicidad que indique "*SAN BENITO cuesta la mitad de precio de SANTA ROSA en sus presentaciones de un litro.*"

---

<sup>2</sup> Por ejemplo, *Montana Camo, Inc. v. Cabela's, Inc.* (2011 WL 744771 (D. Mont. Feb. 23, 2011)), también, *Heartbrand Beef, Inc. v. Lobel's of New York, LLC* (2009 WL 311087 (S.D. Tex. Feb. 5, 2009))

Cabe notar que, en publicidad, para evaluar el mensaje es fundamental ver la integridad del aviso publicitario y, si fuese el caso, de toda la campaña. Así, habrá que analizar el contexto y circunstancias de la búsqueda realizada por el usuario en relación con la palabra clave, el contenido del aviso primario (el enlace patrocinado, banner o ventana emergente), el contenido de la página a la cual conduce un click en el aviso primario y, eventualmente, los avisos relacionados (que formen parte de una misma campaña) en otras páginas o incluso en otros medios.

Con relación al derecho de marcas, el factor fundamental de análisis de una posible infracción consiste en determinar si el uso de una marca ajena es un uso a título de marca y si éste genera en los consumidores un riesgo de confusión o asociación respecto al origen empresarial del producto. En este aspecto, las cortes extranjeras también suelen distinguir los casos en que la marca ajena se usa simplemente como keyword o metatag y no es visible a los consumidores, de los casos en que la marca sí aparece de modo visible en el resultado de búsqueda o en la publicidad respectiva.

Así, por ejemplo, cuando la empresa Geico demandó a Google por vender el keyword "Geico" la corte consideró que el uso de una marca como keyword para activar el despliegue de publicidad no implicaba una infracción del derecho de marcas, en la medida que la marca no aparecía en el link publicitario desplegado y no era visible para el consumidor, pero aclaró que si la marca apareciese en el link publicitario ello podría generar confusión y, por lo tanto, constituir una infracción marcaria.

Sin embargo, la jurisprudencia comparada no es en absoluto uniforme. En otro caso, la empresa Playboy demandó a los navegadores Netscape y Excite por vender keywords como "Playboy" y "Playmate," a anunciantes interesados en desplegar publicidad para adultos junto a los resultados de búsquedas que incluyeran dichas palabras, registradas como marcas. La corte consideró que, en la medida que la publicidad desplegada (en este caso banners) no incluyera una identificación de su origen (que deslindara frente a la famosa marca) el uso del keyword podía constituir una infracción marcaria en la modalidad de "confusión en el interés inicial", así como un posible caso de dilución (daño al poder distintivo de una marca famosa). En similar sentido, en casos más recientes las cortes han considerado que el simple uso de una marca como keyword constituye una infracción del derecho de marcas (ver por ejemplo, *Binder v. Disability Group, Inc.*, 772 F. Supp. 2d 1172 (C.D. Cal. 2011)).

En otro caso, relativo al uso de metatags y el derecho de marcas, la empresa Brookfield demandó a West Coast por utilizar la palabra "moviebuff" como metatag, siendo que ésta era una marca registrada de Brookfield. Pese a que

West Coast era dueña del nombre de dominio (problema aparte que excede el ámbito de éste trabajo) la corte consideró que el uso del metatag implicaba una “desviación de tráfico” del sitio web de WC y que ello era una forma de infracción marcaria.

Sin embargo, para ejemplificar lo diversa que ha sido la jurisprudencia extranjera, en 1-800 Contacts, Inc. vs. Whenu.com, Inc. et. al., una corte determinó que no existía infracción en el caso de una empresa que vendía un software que hacía aparecer una ventana emergente con publicidad de competidores cada vez que alguien ingresaba a la página web del demandante.

Sin embargo, en otro caso (Edina Realty, Inc. v. TheMLSonline.com.) otra corte consideró, al contrario, que una práctica similar constituía un “uso en el comercio”, no autorizado, de una marca y que no calificaba como una de las excepciones de usos válidos permitidos, por lo que sancionó la infracción.

En otro caso interesante, Playboy demandó a una de sus ex-modelos (denominadas “Playmates”) por incluir las palabras “Playboy” y “Playmate” como metatags de su sitio web. En esta oportunidad la corte consideró que no había un caso de publicidad engañosa o uso ilícito de marcas, puesto que la demandada había sido, en efecto, una “Playmate del año” de Playboy, tomando en cuenta además la advertencia específica en su sitio web de que éste no estaba patrocinado ni relacionado en forma alguna por la empresa Playboy. En este caso, la corte estableció como criterio, con relación a los metatags, que no existe infracción marcaria cuando una marca es incluida “de buena fe” dentro de los listados de contenido de un sitio web (como son el código fuente y los metatags), puesto que éstos no son visibles para el usuario del navegador y por lo tanto no pueden causar confusión.

Finalmente, un aspecto fundamental a considerar, es que el derecho peruano, como es evidente, tiene particularidades importantes con relación al derecho extranjero, y en particular el derecho anglosajón. Si bien el derecho de marcas y el derecho publicitario se rigen, básicamente, por las mismas reglas esenciales (no confusión y no inducción a error), nuestro derecho de la competencia tiene ciertos aspectos que no están tratados necesariamente de la misma manera. Así, mientras los supuestos de la competencia desleal en el derecho anglosajón están muy ligados al derecho de marcas y la propiedad intelectual (y por lo tanto al riesgo de confusión) nuestra legislación, de influencia europea y particularmente española, está orientada por reglas de carácter un tanto más subjetivo como la “libre y leal competencia”.

En tal sentido, además de los problemas que de suyo significa aplicar las reglas del derecho marcario (riesgo de confusión y, eventualmente, dilución de marcas famosas) y del derecho publicitario (inducción a error, publicidad engañosa o denigrante) y que hemos tratado de ejemplificar, existen reglas específicas en nuestro ordenamiento que probablemente enriquecerán el tratamiento de los casos que se presenten a nivel local. En particular, nos referimos a los artículos 10.1 y 10.2 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, que tipifica como ilícitos aquellos actos que *"no configurando actos de confusión, tienen como efecto, real o potencial, el aprovechamiento indebido de la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro agente económico"* incluidos (pero no excluyentemente) los actos capaces de generar un riesgo de asociación con un tercero, y que indica que los mismos *"pueden"* (pero no necesariamente) materializarse mediante la utilización de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual.

Nos espera, entonces, más temprano que tarde, asistir a un proceso sumamente interesante de discusión y aplicación de nuestras leyes sobre propiedad industrial, publicidad y competencia desleal con relación a estas nuevas herramientas publicitarias. Estaremos atentos.