

MARCO LEGAL DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

**UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL SIGLO 21**



**MARCO LEGAL DE LA
PUBLICIDAD COMPARATIVA**

ROSSI SILVINA ALEJANDRA

ABOGACIA - AÑO 2010

RESUMEN

El fenómeno publicitario ha sembrado cuantiosos interrogantes entre los estudiosos de derecho a nivel nacional e internacional.

En nuestro país, lamentablemente, no contamos con una normativa específica que regule a la publicidad en su totalidad, sino que hay una serie de normas dispersas que nos orientan.

Dentro del género publicitario, la publicidad comparativa se ha caracterizado por dividir fuertemente a la doctrina, entre grandes defensores de la misma y tenaces opositores, y ha llevado a grandes marcas a los estrados judiciales.

El presente trabajo final de graduación tiene como objetivo la realización de un proyecto de ley que regule la publicidad comparativa en Argentina, considerándola una práctica publicitaria lícita, e imponiéndole algunos requisitos para su utilización. Para la elaboración de este proyecto de ley, se ha hecho un estudio pormenorizado de los argumentos a favor y en contra de la publicidad comparativa, y un análisis de las controversias judiciales mas trascendentes que ha habido en nuestro país, desde el leading case Rolex hasta el fallo que viene a dar un cambio rotundo y positivo en la utilización de esta modalidad publicitaria: el caso Isenbeck. Por ultimo, se ha considerado valioso observar el tratamiento que el derecho comparado otorga a la publicidad comparativa, obteniendo como resultado que los países mas desarrollados como Estados Unidos y los miembros de la Unión Europea han legalizado el uso de la misma.

Superar el vacío legal que hay en Argentina sobre esta temática redundará en grandes beneficios, tanto para los consumidores, los cuales se benefician con este tipo de publicidad, como para las empresas que decidan publicitar sus productos o servicios a través de la comparación con otros, teniendo en cuenta que se fortalece el derecho a la libertad de expresión y se consolida la libertad de mercado.

ABSTRACT

The advertising phenomenon has sowed large questions between the national and international right's experts.

Unfortunately, in our country, there are not specific regulations about the all advertising, but there is a series of dispersed procedure that orientate us.

Into the advertising kind, the comparative advertising has been characterized for separating the doctrine, between big defenders of this ones and others that divergent, and this has carried big companies to legal judgments.

This final report for graduation proposes to built a law project which regulates the comparative advertising in Argentina, considering it to be an advertising lawful practice, and requesting some adjustments on its application.

Across the elaboration of this law project, there has been done a detailed study about the against and in favor arguments about comparative advertising, and also, the analysis of the judicial problems that transcended the most in our country, from the leading case Rolex up to the resolution that produced an important and positive change in the utilization of this way of advertising: the Isenbeck case. Finally, it is considered valuable to observe the treatment that the comparative right gives to the comparative advertising, having as result that the most developed countries, as The United States and the members of the European Union, have legalized the use of those ones.

To overcome the legal emptiness that exists in Argentina on this subject matter will grant big benefits, not only for consumers, which are of benefit with this type of advertising, but also for the companies that decide to publicize theirs products or services across the comparison with others, considering that the free expression right and the freedom of market is consolidated.

AGRADECIMENTOS

- ◆ *A mi Papá Carlos, por inculcarme el amor hacia esta maravillosa profesión, por su apoyo incondicional en todos estos años de carrera universitaria, por su comprensión, confianza, por cada palabra de aliento antes de rendir, por su alegría ante cada objetivo cumplido, por ser mi ejemplo y mi pilar. Gracias Papi! te adoro!*
- ◆ *A mi mamá Elsi, por ser una madre ejemplar, por su constante compañía, por cada mate cebado en las largas horas de estudio, por su paciencia, por escuchar con atención mis explicaciones sobre cada materia, por darme fuerzas antes de cada examen, por cada velita prendida. Te adoro mamu!*
- ◆ *A mis hermanos Ceci, Carli y Tebi, por ser mi guía y los que con sus actos me indicaron el camino a seguir, porque a partir de hoy tenemos el orgullo de ser los 4 hermanos abogados. Los quiero con todo mi corazón!*
- ◆ *A Lucio, por estos años de compañía y amor, por brindarme tranquilidad y confianza antes de cada examen, por escuchar mis lecciones de derecho, por su gran colaboración en este Trabajo Final de Graduación. Gracias mi amor!*
- ◆ *A mis amigos, los de antes y los de ahora, los que siempre están. Gracias por brindarme su ayuda, por cada festejo compartido, por hacer de cada momento algo especial.*
- ◆ *A la Universidad Empresarial Siglo 21, por ser el establecimiento donde me formé como profesional; a sus excelentes docentes que dieron lo mejor en cada materia cursada; a María Eugenia Cantarero, por su asesoramiento y colaboración; a Ana Porta, quien nos acompaña en esta última etapa de la vida universitaria con gran dedicación; al comité evaluador, Dres. García y Vanella, por su buena predisposición y su interés en mi Trabajo final de graduación.*

INDICE

Introducción 1

CAPITULO I: INTRODUCCION A LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

Publicidad. Concepto. Diferencia con la propaganda 4
Contrato de publicidad. Concepto 6
Publicidad comparativa. Antecedentes y orígenes 6
Concepto de publicidad comparativa 7
Clasificación de la publicidad comparativa 8
Diferencias con otras modalidades publicitarias 9

CAPITULO II: POSTURAS DOCTRINARIAS: UNA DICOTOMIA DIFICIL DE SUPERAR

Argumentos a favor de la publicidad comparativa 13
Información recibida por el consumidor 14
Favorece la competencia de mercado en beneficio de los consumidores 15
La publicidad comparativa es parte del derecho de libertad de expresión 16
Colabora con la defensa de los derechos del consumidor y se
ajusta a las normas que regulan sus derechos en relación a la publicidad 17
La publicidad comparativa no infringe la ley de marcas 19
La globalización nos impulsa a dar un marco legal adecuado a
la publicidad comparativa 21
Reducción de los costos de publicidad 22
Incrementa el grado de atención del consumidor
disminuyendo las probabilidades de que sea víctima de un engaño 22
Argumentos en contra de la publicidad comparativa 23
Aprovechamiento del prestigio de la marca ajena 24
Competencia desleal 25
La publicidad comparativa denigra a la otra marca 26

Provoca confusión en el consumidor.....	28
Desvío de clientela	29
La publicidad comparativa viola la ley de marcas.....	30
La publicidad comparativa es Incompleta y subjetiva	31
Conclusiones acerca de las ventajas y desventajas de la publicidad comparativa. Nuestra opinión	32

CAPITULO III: JURISPRUDENCIA NACIONAL

Rolex c/ Orient.....	36
El caso Tango.....	40
El desafío Pepsi.....	43
Quilmes C/ Isenbeck	47
Consideraciones sobre la evolución jurisprudencial	51

CAPITULO IV: DERECHO COMPARADO

Estados Unidos	53
Unión Europea.....	55
Alemania.....	56
Reino Unido.....	57
España	57
Brasil	58
Uruguay	59
Perú.....	59
Consideraciones sobre el tratamiento de la publicidad comparativa en el contexto internacional	60

CAPITULO V: PROYECTO DE LEY

La presentación de proyectos de ley a través del sistema de Iniciativa popular.....	63
Fundamentos.....	65

Proyecto de ley de publicidad comparativa67

CONCLUSION69

BIBLIOGRAFIA.....71

ANEXOS

Relojes Rolex S.A c/ Orient S.A y otro75

Axoft Argentina S. A. c. Megasistemas S. A.....82

The Coca Cola Company y otros.....100

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III

The Coca Cola Company y otros.....107

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recursos de hecho.

The Coca Cola Company y otros s/ medidas cautelares110

Cervecería y Maltería Quilmes c/ CASA Isenbeck s/
incidente de apelación”113

INTRODUCCION

Hablar de publicidad en el siglo XXI es abarcar una temática que ha crecido de un modo avasallante, penetrando masivamente en todos los sectores sociales, en la economía, en los mercados competitivos y sin lugar a dudas en la esfera jurídica.

El consumismo parece no tener límites. Nuevos productos y marcas surgen periódicamente y, con el afán de ser los elegidos por el público consumidor, no dudan en utilizar todo tipo de herramientas publicitarias para ser conocidos y conseguir adeptos.

Es en este panorama donde la publicidad juega un rol fundamental, tanto para el sector empresarial como para los consumidores, siendo estos últimos objeto de protección en el ordenamiento vigente, con tutela constitucional.

La actualización de la legislación e instituciones jurídicas debieran ir a la par de los acelerados y a veces inesperados cambios sociales, muchas veces producto de la globalización. Sin embargo, en la práctica esto no ocurre, sino que por el contrario, se advierten prolongadas demoras en legislar aquellos espacios que conforman hoy "lagunas de derecho" que entorpecen la actividad tanto comercial como judicial, creando incertidumbre entre las partes involucradas.

Dentro de este marco, se presenta la necesidad de regular un tipo específico de publicidad que contiene diversas aristas como el derecho a la publicidad, la libertad de expresión, la protección a los consumidores, el derecho a la información, y que al no estar legislado ha llevado a los más dispares estudios doctrinarios y a jurisprudencia contradictoria, no logrando unanimidad prácticamente en ningún aspecto y llegando a conclusiones totalmente opuestas. Se está hablando de la **publicidad comparativa**, cuyo primer antecedente jurisprudencial en nuestro país data de 1971, en el cual se enfrentaron la prestigiosa marca de relojes Rolex y otra marca que intentaba posicionarse a su par en el mercado, la japonesa Orient.

El país que vio nacer este fenómeno publicitario fue Estados Unidos, y a pesar de que al comienzo hubo dudas sobre su licitud, luego se arraigó, convirtiéndose en una de las preferidas por los consumidores y empresas de publicidad.

Tanto a nivel nacional como mundial, la publicidad comparativa en un principio fue rechazada y temida, pero con el tiempo se fue descubriendo en ésta

una aliada del consumidor y del mercado competitivo, siendo hoy en día aceptada por varios países desarrollados y defendida por numerosos autores.

El siguiente trabajo pretende hacer conocer el trasfondo jurídico de esta técnica publicitaria que ha provocado el enfrentamiento de marcas internacionales y multimillonarias, haciendo un estudio pormenorizado de los argumentos doctrinarios a favor y en contra y, por supuesto, valiéndonos de jurisprudencia relevante y del tratamiento que le dan al tema en el derecho comparado, enfocándonos siempre en el sujeto mas débil: El consumidor.

Es nuestro principal objetivo para concluir este trabajo de investigación, la elaboración de un proyecto de ley que regule la publicidad comparativa, otorgándole un marco jurídico que colabore con el sector empresarial nacional e internacional, con las empresas publicitarias y con el público consumidor, quienes son los receptores de los anuncios publicitarios y a los cuales se debe resguardar.

CAPITULO I
INTRODUCCION A LA PUBLICIDAD
COMPARATIVA

INTRODUCCION A LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

Se considera de vital importancia realizar una introducción general sobre el fenómeno publicitario, partiendo de lo general para luego comprender un tema particular y específico como es la publicidad comparativa y adentrarnos exclusivamente en su definición, clasificación y comparación con otras técnicas publicitarias.

Publicidad. Concepto. Diferencia con la propaganda

Según Lorenzetti, “la publicidad es una forma de comunicación producida por una persona física o jurídica, pública o privada, con el fin de promover la contratación de productos y servicios”¹.

Avanzando de manera mas profunda, Muguillo define la publicidad desde un aspecto amplio y desde otro más específico². Así, conforme al primero, se dice que publicidad es un acto de comunicación que tiende a promover bienes o servicios cuyos destinatarios son usuarios, consumidores o clientes de cualquier tipo. Es una técnica dirigida a captar la atención del público hacia el consumo de bienes y servicios. En un sentido más específico, se puede decir que es una técnica de comunicación utilizada mediante el pago de un precio a los medios de difusión, para la obtención de un objetivo comercial que intenta un cambio o refuerzo de la actitud de las personas sometidas a su acción³.

Como vemos, la publicidad es el medio por el cual una empresa hace conocer las características y cualidades de sus productos o servicios con el fin de que sean adquiridos por el público consumidor, ya sea que éste no acostumbre a utilizar un producto o servicio similar o que utilizándolo sea de una marca de la competencia.

Sin embargo, una cuestión que no debe pasar desapercibida y que debe preocuparnos como sociedad, es que si bien la publicidad, tal como lo hemos apuntado, tiene como fin inmediato la adquisición constante de nuevos productos y servicios y hace nacer en la persona humana necesidades superfluas, pocos son los

¹ Lorenzetti, Ricardo Luis, “Contratos parte especial”, Tomo II, p. 176, Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 2003.

² Muguillo, Roberto Alfredo, “Publicidad”, p. 8, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005.

³ *Ibíd.*, p. 8 con cita de Billourou, “Introducción a la publicidad”, p. 3.

que pueden afrontar económicamente todo lo que implica estar a la altura de los nuevos productos y marcas líderes.

Esto ha ocasionado una distorsión de valores en la población, provocando que muchos sientan que estar a la altura de las nuevas tendencias sea una necesidad básica. Probablemente el responsable de esta situación es un paradigma de la sociedad capitalista que excluye al que no puede alcanzar un determinado status social, siendo discriminado por la comunidad.

A causa de esto nos encontramos ante terribles situaciones delictivas que nos demuestran que se han alterado principios éticos y morales, y se han alterado de tal forma que algunos creen ver más valor en objetos materiales antes que en la propia vida humana. Y no solo esto, sino que también este materialismo al que nos impulsa la posmodernidad lleva muchas veces a que niños y adolescentes sufran serios inconvenientes psicológicos por no poder adquirir lo que sus pares tienen, sintiéndose rechazados dentro del grupo.

Creemos que la publicidad es una herramienta necesaria y de gran utilidad, pero no deben descuidarse ciertos aspectos que, si no son controlados, pueden perjudicar al colectivo social por un excesivo engrandecimiento de lo material.

Otro punto que merece ser destacado es que muchas veces se utiliza como sinónimo los términos publicidad y propaganda, y debemos destacar que no lo son. La diferencia de la publicidad con la propaganda es que mientras en la primera el destinatario es el consumidor de productos, en la segunda lo es el consumidor de ideologías⁴.

Tanto la actividad de la propaganda como la de la publicidad tienen el mismo fin inmediato: que el destinatario adquiera su producto o servicio o se convierta en adepto de la ideología que se expone, y es por esto que la estrategia de la comparación puede darse en ambas, y si bien este trabajo se enfocará exclusivamente en la publicidad comparativa, por analogía pueden aplicarse sus conceptos a la propaganda.

⁴ Márquez Alurralde, “Régimen jurídico de las comunicaciones”, p. 5, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1986.

Contrato de publicidad. Concepto

Actualmente constituye un contrato atípico o innominado. Según Borda “hay contrato de publicidad cuando una de las partes se compromete a hacer anuncios públicos encargados por un comitente a cambio de una retribución en dinero⁵”.

Es un contrato de utilización frecuente en las sociedades modernas debido a la proliferación de nuevos productos y servicios que hacen necesaria su promoción.

Tiene la característica de tener como destinatario a un número indeterminado de personas, ya que sus medios de difusión están al alcance de todos, ya sea a través de la televisión, la radio, gráficos y desde hace algunos años también abarcan las páginas de Internet, por lo cual se hace necesario un control exhaustivo sobre lo que se publica.

Publicidad comparativa. Antecedentes y orígenes

Podemos observar dos etapas bien diferenciadas a nivel mundial en lo que respecta a la regulación de la publicidad comparativa⁶.

El modelo profesional: cuya vigencia es desde finales del siglo XIX hasta 1945 y se basa en la protección del empresario bajo el modelo económico liberal. Priman los derechos de éstos sobre los del Estado. Se consideran inapropiadas las intromisiones de un competidor en la actividad del otro, sin que sean considerados los derechos del consumidor.

Un cambio positivo y rotundo comienza con el *modelo social* (1945 hasta la actualidad). La empresa deja de ser el centro de protección para que se ubiquen allí los consumidores, considerándolo la parte débil de la relación jurídica. Es a partir de este modelo donde la publicidad comparativa comienza a ser vista por algunos como una estrategia positiva para ayudar al consumidor en la elección del producto que mejor satisfaga sus necesidades.

Los estudiosos de la publicidad comparativa coinciden en que ésta nace en Estados Unidos. En el siglo XVIII los anuncios ya mencionaban las marcas competidoras observando que captaba la atención del público⁷.

⁵ Borda, “Manual de Contratos”, p. 482, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2000.

⁶ Salvador del Barrio García, “La publicidad comparativa. Situación actual y análisis”, p. 22, España, Editorial Financial Times prentice hall, 2002.

De todos modos, la primer campaña publicitaria comparativa se realizó en ese país en 1930, la cual fue protagonizada por la empresa Chrysler, invitando al público a que “pruebe los tres”, haciendo referencia a Ford y General Motors. En ese entonces no fue bien visto este tipo de publicidad, especialmente por la Federal Trade Comisión de los Estados Unidos, aunque en 1971 la FTC cambió de opinión e impulsó la facilitación del uso de la publicidad comparativa⁸.

Así, en 1986 “mas del 50% de los 26.402 anuncios emitidos por la cadena NBC eran comparativos⁹”.

En Argentina, el primer caso que llega a los estrados judiciales es en 1971, el cual tuvo como protagonistas a la marca de relojes Rolex como parte actora y como demandada a la entonces reciente marca de relojes Orient, por una publicidad comparativa realizada por esta última.

Si bien la jurisprudencia argentina será analizada detalladamente en el capitulo III, es de destacar que a partir de este leading case la resolución de casos de publicidad comparativa no ha sido unánime, variando de manera considerable a través del tiempo, partiendo de un rechazo a este tipo de publicidad hasta llegar a aceptarla bajo ciertos parámetros.

Las causas de esta contradicción jurisprudencial tiene estricta relación con una falta de legislación apropiada en nuestro país, ya que lamentablemente no contamos con una ley general de publicidad, y menos aun con un marco regulatorio de la publicidad comparativa.

Concepto de Publicidad Comparativa

Siguiendo a Salvador Del Barrio García distinguiremos el concepto amplio y el restrictivo de publicidad comparativa. Así, en un sentido genérico se la define como “toda forma de publicidad que explícitamente nombre o identifique o implícitamente identifique una o mas marcas de la misma clase genérica de producto/ servicio, y haga una comparación entre la marca anunciada y otras marcas identificadas en

⁷Salvador del Barrio García, ob. cit., p. 23.

⁸ Muguillo, Roberto, ob.cit., p. 255.

⁹ Salvador del Barrio García, ob. cit., p. 24 con cita de Levy, R. (1987) “Big resurgence in comparative ads” p. 56-58.

términos de atributos específicos, atributos vagos o atributos globales del producto”¹⁰.

Esto implica que se considere publicidad comparativa aquella en la que se hace referencia a otras marcas sin nombrarlas expresamente, ni mostrando su logotipo. Un ejemplo sería: “Crema antiarrugas “x”, mejor que otras, dos veces mas caras”.

Desde una perspectiva restrictiva, publicidad comparativa es aquella que “compara dos o más marcas específicamente nombradas o reconocibles del mismo producto genérico o clase de servicio y realiza tal comparación en función de uno o mas atributos específicos del producto o servicio.”¹¹

A los fines de cumplimentar con los objetivos de este trabajo final de graduación, y atendiendo especialmente al proyecto del ley que del mismo surgirá, adherimos al concepto amplio de publicidad comparativa, con lo cual no será requisito indispensable que la marca de la competencia sea expuesta en la publicidad o que por la forma del envase o logotipo sea fácilmente identificable, aunque sin temor a equivocarnos afirmamos que la forma mas pura de publicidad comparativa es aquella en la cual la comparación es directa.

Clasificación de la publicidad comparativa

La publicidad comparativa puede ser clasificada según distintos parámetros. Siguiendo a Jorge Otamendi¹² la misma puede ser clasificada:

- 1) Según la forma de referirse a la competencia: Aquella en la cual en la comparación se nombra la marca competidora y/o se muestra su enseña comercial.
- 2) Según el elemento que se compara: aquella en la que se compara un producto con otro en alguna de sus características, por ejemplo el precio de venta en el mercado.

¹⁰ Ibid, p. 16, con cita de Wilson, R.D “Comparative advertising: some current considerations for managerial planning and strategy”, p. 5-22.

¹¹ Ibid., p. 14, con cita de Wilkie, W. L y Farris P.W “Comparision advertising:: problems and potencial”, p. 7-15.

¹² Otamendi, Jorge, “La competencia desleal”, Revista jurídica de la Universidad de Palermo, Octubre de 1998, p. 23. obtenido en la WWW: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N2-October1998/032Juridica01.pdf.

3) Aquella que nombra a varias marcas competitivas. Un ejemplo de este tipo es cuando en la publicidad se exponen estadísticas sobre las marcas que prefieren los consumidores y su resultado.

4) Publicidad comparativa que se basa en parámetros subjetivos como el sabor. Un ejemplo sería el famoso desafío Pepsi.

5) Publicidad comparativa en la cual se muestran ambas marcas en una situación graciosa en donde el que realiza la publicidad pareciera burlarse del competidor.

Puede ocurrir que en una misma publicidad se encuentren dos o más características de las mencionadas, por ejemplo que en un aviso se mencione la marca competidora y se comparen sus características, mostrando además un estudio realizado por una entidad independiente.

Diferencias con otras modalidades publicitarias

Con la publicidad engañosa: esta técnica publicitaria contiene información que no se ajusta a la verdad, ya sea por contener datos falsos o por omitir los verdaderos; el consumidor es inducido a error y realiza una compra¹³ con ciertas expectativas hacia el producto o servicio derivado de la publicidad y se ve decepcionado por no obtener los resultados prometidos.

La directiva 84/450 CEE del consejo de las comunidades europeas relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa, en su artículo 2 inc 2 la define como “Toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor.”

¹³ Miguel, Luis Alberto, “La publicidad, un fenómeno jurídico. Su análisis desde el derecho de la competencia, la lealtad comercial y la defensa del consumidor”, Revista de la Universidad Católica de Santiago del Estero n° 33, p. 130, junio de 2003.

Este tipo de publicidad indudablemente es ilícita, ya que como su nombre lo indica, engaña al consumidor, y está totalmente fuera de los principios de buena fe que exige nuestro ordenamiento positivo para las relaciones jurídicas.

Publicidad Subliminal: La ley general de publicidad española del año 1988 establece en su artículo 7 que “publicidad subliminal es 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”. Evidentemente, es un tipo de publicidad ilícita ya que actúa sobre el inconsciente del consumidor, el cual no efectúa su decisión de compra en base a su raciocinio sino a otros parámetros que fueron estudiados con anterioridad por publicistas y psicólogos.

La imperceptibilidad del mensaje publicitario provoca la incapacidad de defensa, de conocer el mensaje en su profundidad, vulnerando la autonomía de voluntad del consumidor¹⁴.

Publicidad Desleal: siguiendo a la ley general de publicidad española, publicidad desleal es:

a) La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona o empresa, de sus productos, servicios, actividades o circunstancias o de sus marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos.

b) 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, o de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de otros productos competidores y, en general, la que sea contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.

Como vemos, una publicidad de este tipo perjudica a los empresarios que se ven agredidos y menospreciados frente al público, y no deja de ser perjudicial para

¹⁴ Muguillo, ob.cit., p. 239.

los consumidores y la sociedad en general, ya que les resultaría intolerante un ataque denigratorio, contrario a la moral y a las buenas costumbres.

Todas estas modalidades publicitarias son ilícitas en si mismas ya que “atentan contra los principios básicos del sistema de valores imperante, fomenta la discriminación social y religiosa, infringe el principio de igualdad social, económica o cultural de los sexos, explota la confianza, credulidad o falta de experiencia del consumidor”¹⁵.

La publicidad comparativa no es ilícita per se, y lejos está de serlo. Sucede que cuando es realizada de forma denigratoria, engañosa o sin parámetros objetivos o que falten a la verdad se convierte en un tipo de publicidad ilícita como las que hemos visto ut supra. Pero si es utilizada correctamente puede ser un medio idóneo para que el consumidor, teniendo la debida información, encuentre en el producto o servicio que va a adquirir la satisfacción de sus necesidades.

¹⁵ Lorenzetti, ob. cit., p. 179, con cita de Kemelmajer de Carlucci Aída.

CAPITULO II
POSTURAS DOCTRINARIAS: UNA DICOTOMIA
DIFICIL DE SUPERAR

POSTURAS DOCTRINARIAS: UNA DICOTOMIA DIFÍCIL DE SUPERAR

En el siguiente capítulo se presentarán las posturas doctrinarias asumidas por los autores estudiosos del tema en cuanto a las consecuencias positivas que provoca la utilización de la publicidad comparativa tanto en el mercado como en la sociedad, enfrentándose a otras posturas que claramente la consideran perjudicial.

Considerar los fundamentos de ambas posturas nos enriquecerá en la elaboración del proyecto de ley, tomando de cada perspectiva lo que de mejor manera asegure los derechos del consumidor y favorezca al mercado competitivo.

ARGUMENTOS A FAVOR DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

Es sabido que la publicidad, si bien es una estrategia de venta por parte de los empresarios, también es una valiosa fuente de información para el consumidor.

A través de ésta se muestran características del producto o servicio, posibles nuevas tecnologías, precio de venta y otras tantas variables que los consumidores tienen en cuenta a la hora de comprar.

Inconscientemente el receptor de una publicidad tiende a comparar el producto que se le muestra con el de su competidor, elaborando sus propias conclusiones.

La publicidad comparativa procura facilitar esta tarea del consumidor diferenciando sus productos del de los demás en alguna o varias características.

Actualmente, la tendencia a nivel mundial es aceptar la publicidad comparativa, con una serie de requisitos para tutelar al consumidor (como en toda publicidad, debe protegérselo de que sus datos sean ciertos, verificables, etc.) y para proteger también a las empresas competidoras.

Cumpliendo ciertas exigencias que se basan fundamentalmente en la buena fe, la admisión de la publicidad comparativa puede ser un gran aliado de la sociedad de consumo, y una técnica que incentive el desarrollo de mejores productos y a un precio razonable para el consumidor.

Entre sus defensores encontramos no solo a aquellos que la consideran beneficiosa para el consumidor, sino también a grandes empresas que la utilizan en

el extranjero y a muchas agencias publicitarias que ven en la publicidad comparativa una ingeniosa labor¹⁶.

A continuación analizaremos los argumentos a favor de la publicidad comparativa:

Información recibida por el consumidor

Si bien en este siglo estamos asistiendo a la “era del consumismo y la publicidad” y su intensidad nos sorprende día a día, se debe contemplar que la persona humana desde que existen los anuncios publicitarios se ha visto informado por éstos y le ha despertado la sensación de estar al tanto de las últimas novedades. Es conocida entre los estudiosos de la rama publicitaria la anécdota de que encontrándose el famoso escritor y poeta británico Rudyard Kipling (1865-1936) de vacaciones, recibe un envoltorio con revistas que le había enviado un amigo, el cual para ahorrar dinero había quitado de las mismas, las páginas que contemplaban publicidades. Al ver esto Kipling respondió a su amigo que “él mismo hubiera podido escribir las historias de aquellas revistas, o reconstruido sus textos, mientras que los anuncios mutilados lo privaban de la verdadera información¹⁷”.

Constantemente estamos expuestos a publicidades, ya sea por medio televisivo, gráfico o radial que procuran señalarnos cuál es el producto o servicio que debemos elegir. Muchísimas marcas nos ofrecen el mismo producto, pero cada uno con alguna característica positiva o negativa que lo hace diferente de los demás. Es en este momento donde la información es trascendental para el consumidor, ya que será decisiva en cuanto a la elección del producto, y si bien la información es uno de los fines de todo anuncio publicitario, la publicidad comparativa es más específica en cuanto informa precisamente qué distingue a su producto del de otras marcas. Lo dicho asume mayor relevancia si se tiene en cuenta que “la publicidad se constituye en uno de los principales elementos de elección utilizados por las audiencias a la hora de decidirse por una determinada marca¹⁸”. Así, en una publicidad común se nombran características que quizás ofrecen también muchas otras marcas, sin indicarle al consumidor lo que verdaderamente lo distingue del resto.

¹⁶ Otamendi, Jorge, “Publicidad comparativa, un cambio de tendencia?”, LL, 1994 - C p. 850.

¹⁷ Márquez Alurralde, Ob. Cit. p. 1, con referencia a la anécdota de Loustalan en su tesis “La publicité dans laprese francaise”, Pau 1993, p. 29.

¹⁸ Salvador García del Barrio, ob. cit., p. 34.

En relación a esto, Spolansky nos dice que la publicidad comparativa concede el derecho a los competidores para que demuestren “lo que son con relación a otros y garantiza el derecho a la información objetiva al consumidor que es el destinatario final del sistema competitivo”.¹⁹

La información se presenta entonces no solo como un derecho sino también como el deber de advertir y aconsejar con el fin de guiar a la otra parte en sus decisiones²⁰.

Si una empresa tiene la posibilidad de demostrar por qué su producto es mejor que el de la competencia, no se encuentra razón válida por la que no pueda hacerlo. Realizada en términos de respeto hacia la otra marca, la comparación informa y esto no hace más que colaborar con el consumidor.

El derecho a la información del que gozan los consumidores es una garantía que a partir de la reforma de la Carta Magna de 1994 ha adquirido raigambre constitucional, consagrado en el artículo 42 de la Constitución Nacional cuando expresa: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a una información adecuada y veraz”.

Favorece la competencia de mercado en beneficio de los consumidores

La publicidad comparativa pone de manifiesto las bondades de un producto frente a otros, y como consecuencia los defectos de estos últimos.

El público requiere transparencia de mercado y competencia intensiva²¹, por lo que, siempre que no se menoscabe o denigre a la marca competidora, la comparación puede ayudarla a mejorar y a ponerse a la altura de las nuevas tendencias.

La publicidad comparativa puede derribar el mito de que cierta marca sea la mejor, lo cual redundaría en una expansión del mercado, ya que podrán ingresar nuevas marcas y aspirar a posicionarse en el ranking de los elegidos. Este tipo de publicidad, por la manera en que atrae la atención del público, es especialmente conveniente en pequeñas o nuevas empresas que lancen un producto, ya que así se

¹⁹ Spolansky, Norberto, “El delito de competencia y el mercado competitivo”, p. 56, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 1997.

²⁰ Carriquiri, Ana; Díaz Palacios, Eugenia; Guersi, Carlos Alberto, “Derechos y Responsabilidades de las empresas y consumidores”, p. 69, Buenos Aires, Editorial Organización Mora Libros, 1994.

²¹ Burkhart Menke, “La publicidad comparativa”, LL, 1995-A p. 985.

puede interrumpir el poder de mercado de otras sociedades mercantiles, brindándole más opciones al consumidor²².

Además, la comparación puede convertirse en una crítica que impulse a la competencia a mejorar su calidad, obteniendo como resultado una mejora general en la fabricación y superioridad de productos y servicios.

En cuanto a la comparación de precios, esta ventaja se vuelve todavía mas importante, ya que obliga a las empresas que están sacando demasiado provecho de sus ventas, a colocarlas a un precio razonable, que no obstante otorgar beneficios a los productores, sea acorde a la posibilidad que tengan los usuarios de pagarlos.

La publicidad comparativa es parte del derecho de libertad de expresión

La Constitución Nacional consagra y protege la libertad de expresión. Así, en su artículo 14 establece: “Todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa” y en su artículo 32: “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”.

La libertad de expresión, según Bidart Campos, es “el derecho a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar un conjunto de ideas, opiniones, críticas, creencias, etcétera a través de cualquier medio: oralmente, mediante símbolos, y gestos, en forma escrita, a través de la radio, el cine, el teatro, la televisión, etcétera.”²³

Este derecho, hace posible no solo que la persona pueda hacer público sus ideas y pensamientos, sino que lo haga sin temor a ser reprimido, “es la libertad de expresar y publicar todo lo que el ciudadano quiera y de ser protegido contra la censura legal y castigo por su ejercicio²⁴”.

Lo que debemos preguntarnos es, si la actividad publicitaria integra el ámbito de protección jurídica que brinda la Constitución.

²² Salvador García del Barrio, ob. cit., p 37.

²³ Becerra Ferrer, Guillermo; Haro, Ricardo; Mooney, Alfredo Eduardo, “Manual de derecho constitucional”, Tomo I, p. 308, Córdoba, Editorial Advocatus, 1999.

²⁴ González Joaquín, “Manual de la Constitución Argentina”, p.166, Editorial Angel Estrada y Cía, 1897, con cita textual de Cooley, “Principios generales de derecho constitucional de los Estados Unidos de América”, p. 274.

Tal como expresa Lorenzetti²⁵, en una primera etapa el interés primordial era la competencia leal entre las empresas, allí fue donde principalmente se desmereció la publicidad comparativa ya que se consideraba que su uso menoscababa a la competencia. Luego se considera al anuncio publicitario como un acto de libertad de expresión, digno de tutela constitucional.

No hay ninguna disposición que nos haga dudar acerca de que la publicidad es un medio para expresarse, y que por lo tanto es un derecho consagrado por la constitución. El hecho de que persiga la captación de clientela no implica que se lo aparte del sistema de libre expresión.

Sin lugar a dudas, que ningún derecho es absoluto, y en la publicidad la libertad de expresión encuentra límites concretos, como el respeto por la marca ajena, la no denigración, la veracidad y la objetividad. Estos límites, deben ser observados cuidadosamente, teniendo en cuenta que las campañas publicitarias aspiran a la masividad de destinatarios, por lo cual, cualquier menoscabo que se produzca con un anuncio publicitario es capaz de dañar a un número indeterminado y cuantioso de consumidores.

Colabora con la defensa de los derechos del consumidor y se ajusta a las normas que regulan sus derechos en relación a la publicidad.

Hasta la culminación de la segunda guerra mundial, el sistema se preocupaba por defender al empresario y a sus intereses. A mediados del siglo XX, con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), comienza a verse en el consumidor, un sujeto mas débil con relación al empresario y digno de tener una protección mayor, entonces se abre paso a una nueva categoría de derechos, y entre estos encontramos los derechos del consumidor, los cuales integran la categoría de intereses difusos “expresando el aspecto de indeterminación o propagación subjetiva del motivo a defender²⁶”.

En nuestro país, la consagración constitucional de los derechos de tercera generación ocurre con la reforma de 1994, en donde además del reconocimiento de

²⁵ Lorenzetti, ob. cit., p. 176.

²⁶ Gozaini, Osvaldo Alfredo, “Protección procesal del usuario y consumidor”, p. 95, Buenos Aires, Editorial Rubinzal – Culzoni, p. 95.

otros importantes derechos (como los derechos ambientales), el artículo 42 viene a otorgar la máxima jerarquía de protección a los usuarios y consumidores.

A nivel de legislación nacional, la ley 24.240 y sus modificatorias, procuran una reglamentación general y amplia de los derechos de los consumidores.

Es de destacar, sobre todo en lo que atañe a nuestro trabajo de investigación, los siguientes artículos:

ARTÍCULO 4º - Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización.

La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión.

ARTÍCULO 8º - Efectos de la Publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor.

La ley de lealtad comercial 22.802 también en su artículo 9 protege al cliente en lo referente a la publicidad:

ARTICULO 9º - Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios.

Y en la resolución 100/83, que reglamenta la ley 22.802, se contempla expresamente a los análisis comparativos. Así, en su artículo 29 dice:

ARTICULO 29º - Análisis Comparativos - Cuando a los fines de verificar el cumplimiento de la ley resulte necesario efectuar el análisis de dos o mas productos en forma comparativa (Por ejemplo: para verificar la veracidad de una publicidad comparativa), los mismos se realizarán en presencia de todos los interesados, a los

que se citará en la forma prevista en el artículo 26, bajo apercibimiento de que si dejaren de comparecer se tendrá por definitivo el resultado del análisis realizado, dejándose constancia en protocolo o acta firmada por los concurrentes al acto.

Con lo cual, al considerar una posible situación de publicidad comparativa, se deja a la luz que ésta no es ilegal siempre que no contenga falsedades.

Se ha afirmado, como lo hemos apuntado, que la publicidad comparativa aporta mas información a los consumidores. Por otro lado, si la publicidad comparativa tuviera contenido engañoso, falso o confuso, sería reprimida no por ser comparativa sino por caer en el artículo 9 de la ley de lealtad comercial.

Siempre que la publicidad comparativa sea veraz, clara, y realizada en un marco de respeto hacia la otra marca, no hay ninguna norma que la restrinja, sino todo lo contrario, integra los derechos del consumidor, otorgándole mayor asesoramiento, y aportándole herramientas a la hora de seleccionar un producto. Además, la otra marca podrá responder con otra publicidad exaltando qué virtudes no se han dicho a cerca de él y esto completará el cuadro de información del consumidor.

La publicidad comparativa no infringe la ley de marcas

Algunos autores (Miguel, Aracama Zorraquin, etc) creen ver en la publicidad comparativa una violación a la ley marcaria. Si bien analizaremos los argumentos de estos al exponer la doctrina que está en contra de la publicidad comparativa, diremos aquí por qué otros estudiosos del tema aseguran que este modelo publicitario no lesiona la ley 22.362.

La marca es un elemento indispensable en la publicidad. Es lo que hace que la gente identifique a un cierto símbolo o palabra con un producto o servicio y lo reconozca.

¿Qué puede registrarse y a través de ésta inscripción estar protegido jurídicamente?

El artículo 1 de la ley 22.362 responde este interrogante diciendo: Pueden registrarse como marcas para distinguir productos y servicios: una o más palabras con o sin contenido conceptual; los dibujos; los emblemas; los monogramas; los grabados; los estampados; los sellos; las imágenes; las bandas; las combinaciones

de colores aplicadas en un lugar determinado de los productos o de los envases; los envoltorios; los envases; las combinaciones de letras y de números; las letras y números por su dibujo especial; las frases publicitarias; los relieves con capacidad distintiva y todo otro signo con tal capacidad.

La norma reprime con prisión y multa ciertas acciones que lesionen al titular del derecho de la marca, entre ellos, el que nos interesa es el artículo 31 inc b:

Será reprimido con prisión de tres (3) meses a dos (2) años pudiendo aplicarse además una multa de \$136,80 a \$ 20.618, 90.

b) el que use una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente emitida o perteneciente a un tercero sin su autorización.

En la publicidad comparativa explícita se muestra o se nombra la marca del competidor. Esta exposición constituye un uso de la misma. Lo que no está claro es que ese uso violente la ley de marcas.

Jorge Otamendi, además de declarar su postura a favor de la publicidad comparativa, nos explica que “no se trataría, en ningún caso, de una cuestión marcaria...ya que la marca no es usada en función marcaria para distinguir un servicio o productos propios²⁷”.

En este sentido también se expidió al Excelentísima Cámara, cuando tuvo que decidir sobre el famoso caso Quilmes c/ Isenbeck, en el cual remarcó que “Lo que la ley prohíbe es el uso de la marca ajena como si fuera propia, pero no prohíbe el uso de la marca ajena como ajena, para comparar productos que ampara con los propios²⁸”.

Y si se insiste en creer ver algún tipo de ilicitud en este aspecto, compartimos con Alonso en que los derechos del consumidor sin ninguna duda tienen preeminencia sobre el derecho a la marca y el derecho al competidor.

²⁷ Otamendi, Jorge, “Derecho de marcas”, Sexta edición actualizada y ampliada, p. 262, Editorial Lexis Nexis, 2006.

²⁸ Cervecería y Maltería Quilmes c/ CASA Isenbeck, sala I, 19 de mayo de 2005.

La globalización nos impulsa a dar un marco legal adecuado a la publicidad comparativa

Muchísimos de los productos que consumimos son de origen internacional. Tan solo por citar algunos ejemplos, muchos de nosotros hemos consumido alguna vez o con habitualidad una Coca Cola, hemos ido a restaurantes de comida rápida como Mc Donalds, o hemos comprado algún producto deportivo Nike o Adidas. Esto es una muestra de que consumimos productos globales y de que la brecha entre países se esta acortando, sin importar las distancias.

La publicidad tampoco escapa a la era de la globalización. Gran cantidad de publicidades nacidas en los países de origen de las empresas multinacionales luego han sido reproducidas en nuestro país. Un claro ejemplo de esto, es el famoso desafío Pepsi o “Pepsi Challenge”, el cual tuvo origen en 1974 en USA, y se extendió a varios países del mundo, llegando a Argentina en octubre de 1993.

El problema que se plantea es el siguiente: Supongamos que una empresa internacional inicia una publicidad comparativa en su país de origen, en el cual la misma es legal. Como hemos visto es muy común que las tácticas publicitarias traspasen las fronteras llegando a otros países. Así, una publicidad comparativa comienza a reproducirse en Argentina, en donde la misma no esta contemplada por el ordenamiento jurídico, creándose una profunda incertidumbre en cuanto si ésta es lícita o no, concluyendo muchas veces en un gran litigio.

Esto asume mayor relevancia, si tenemos en cuenta que los países desarrollados, de donde generalmente provienen los productos globales, han legalizado la publicidad comparativa. Tal es el caso de los países integrantes de la Unión Europea y Estados Unidos.

Prohibir este tipo de publicidad, impediría al consumidor de marcas globales recibir la información que muestra la publicidad comparativa que se reproduce en otros países, y no solo eso, sino que quedaría en desigualdad de condiciones en relación con consumidores de otros territorios en los cuales la publicidad comparativa es legal.

Además, no debemos perder de vista, que la sociedad mundial del siglo XXI prefiere las marcas globales, tal como lo demuestra un proyecto de investigación

realizado con 3.300 consumidores en 41 países, en donde se destaca, que la mayoría de los encuestados prefiere una marca global por sobre otra²⁹.

La globalización es un hecho, y el derecho local debe adaptarse a las nuevas tendencias mundiales. Y la tendencia mundial actual, es aceptar la publicidad comparativa.

Reducción de los costos de publicidad

La publicidad comparativa atrae la atención del público con mayor eficacia que el resto, más todavía si la comparación es directa. Al tener un mayor nivel de atracción, el consumidor recuerda por más tiempo y con mayor intensidad la publicidad, y esto tiene como resultado, que el anuncio no tenga que ser repetido continuamente para que el consumidor lo retenga. Esto redundaría en un menor costo publicitario para el empresario, y a veces este ahorro puede traducirse en un precio de venta menor del producto, lo cual beneficiaría al comprador.

Tal es así que este tipo de publicidad, si bien es utilizada frecuentemente por marcas líderes (ej Mc Donalds y Burger King), otras veces es de gran utilidad para pequeñas empresas que lanzan un nuevo producto y para tener paridad de precios con sus competidores debe reducir otros costos, como los publicitarios.

De todos modos, algunos opinan que difícilmente el ahorro de los costos publicitarios sean en beneficio del consumidor³⁰.

Incrementa el grado de atención del consumidor disminuyendo las probabilidades de que sea víctima de un engaño

Es importante que el receptor de los anuncios publicitarios esté atento a su contenido. El que se encuentre más informado estará en mejores condiciones de decidir y con menos probabilidades de ser engañado.

Cotidianamente estamos rodeados de cientos de publicidades, y tanto abunda, que llegamos a perder de vista detalles que pueden sernos útiles a la hora de elegir una determinada marca.

Los anuncios comparativos aportan más información sobre características específicas que los no comparativos, y esto atrae la atención del consumidor³¹,

²⁹ Douglas, B. Holt, John A. Quelch, Earl L. Taylor, "Cómo compiten las marcas globales", Harvard Business Review, Septiembre 2004.

³⁰ O'Farrell, Miguel, "La publicidad comparativa en el derecho argentino", LL, 1995- E, p. 627.

sumado a que aumenta el interés en observar una publicidad donde una marca se atreve a nombrar a otra o exhibir su símbolo.

De este modo, se protege al público del engaño, ya que, si la publicidad contiene datos falsos, la marca con la cual ha sido comparada inmediatamente le hará saber al consumidor que se le está mintiendo, impulsándolo a vigilar la veracidad de las afirmaciones realizadas en el anuncio.

Burkhart Menke aporta su opinión diciendo que “los adversarios de la publicidad comparativa tienen en cuenta únicamente el interés de los competidores afectados³²”, dando a entender que se olvidan que el interés realmente relevante es el del consumidor.

ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

La publicidad comparativa, es objeto de muchas críticas y desde siempre ha despertado opiniones encontradas.

Los argumentos en contra, están generalmente relacionados, con la defensa del interés de las empresas que son objeto de comparación, o con la creencia de que la publicidad comparativa es parte de la propaganda desleal.

Es real que este tipo publicitario, precisa ciertas limitaciones, ya que es publicidad, y tal como se ha dicho, en la actualidad la publicidad es el quinto poder, ya que moviliza masas hacia una determinada conducta, influenciando a toda persona que viva en una sociedad civilizada, ya que todos, con mayor o menor intensidad, somos consumidores.

Los que se oponen a la publicidad comparativa, temen que se le produzca un daño irreparable a la competencia y la suelen considerar contraria a las buenas costumbres.

Lo cierto es, que los usos y costumbres en todos los ámbitos del derecho y sobre todo en el comercio, varían a través del tiempo, y si bien mucho antes se la consideró un tipo de publicidad inmoral, hace ya varios años que la concepción sobre la publicidad comparativa ha cambiado, y las normas deben *aggiornarse* a las nuevas reglas del juego en materia comercial.

³¹ Rodríguez – Bobada Rey, “Eficacia de la publicidad comparativa: una revisión desde la perspectiva del modelo de jerarquía de efectos”, Universidad de Sevilla, p. 421.

³² Burkhart Menke, “Publicidad comparativa, nuevas modalidades en Europa”, LL, 1999 – C, p. 903.

Sin embargo, los opositores a este tipo de publicidad, nos advierten sobre peligros efectivos que puede ocasionar, pero estos riesgos pueden evitarse tomando recaudos a la hora de su legislación, sin llegar a la postura extrema de prohibirla, más si se tiene en cuenta que también es elogiada por muchos beneficios, los cuales hemos visto ut supra.

A continuación analizaremos las desventajas de la publicidad comparativa según algunos autores:

Aprovechamiento del prestigio de la marca ajena

A este aprovechamiento se lo define como la utilización de la “referencia al producto o servicio ajeno, especialmente el signo distintivo que lo caracteriza, para publicitar el producto propio³³”.

El que realiza la publicidad comparativa se sirve de la posición a la cual ha llegado su adversario, para demostrar que él también tiene esas mismas virtudes o que brinda mejores resultados o un mejor precio de venta.

El que compara quiere demostrar que está a la altura de sus competidores y que pueden convertirse en una buena opción para la clientela, aunque muchas veces la publicidad comparativa también se realiza entre empresas que tienen un nivel parejo de clientela, tal es el típico caso de Wal Mart y Carrefour o Coca Cola y Pepsi, en el cual el objetivo es que el cliente de la otra marca se anime a probar su producto o servicio. En última instancia es el consumidor el que se decidirá por uno u otro.

Evidentemente, el aprovechamiento del prestigio ajeno puede suceder en la publicidad comparativa y fastidia al empresario que es comparado, pero si lo que se dice en el anuncio es verdadero, no se puede censurar el mensaje publicitario, ya que la posición de liderazgo no se compra, y la libertad de mercado significa que las puertas están abiertas a otros competidores para que el público pueda elegir con cual satisfacer sus necesidades.

³³ Miguel, Luis Alberto, Ob. cit., p. 131.

Competencia desleal

En la legislación argentina no encontramos una ley específica sobre la competencia desleal. La normativa que hace alusión a la misma es la ley de defensa de la competencia cuando alude a las prácticas anticompetitivas, la ley de lealtad comercial, y más concretamente el convenio de Paris.

El Convenio de Paris para la protección de la propiedad industrial (ratificado por ley 17.011) indica en su artículo 10 bis: [Competencia desleal]

1) 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.

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

3) 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.

Los que acuden a este convenio para demostrar que la publicidad comparativa está prohibida, dan por sentado que la misma es contraria a las buenas costumbres, que provoca confusión, o que puede contener afirmaciones falsas que desacrediten al competidor.

Sin embargo, los defensores de la publicidad comparativa aseguran que en el ordenamiento jurídico no hay ninguna norma que indique que la publicidad comparativa es desleal, por lo tanto se le exige lo mismo que a cualquier publicidad; que sea lícita, no provoque error ni confusión, ni falte a la verdad.

Con este criterio, Zapiola Guerrico indica que la prohibición de la publicidad comparativa es el resultado de una “desmesurada e incorrecta interpretación de la disciplina de la competencia desleal³⁴”.

La Asociación Argentina de Agencias de Publicidad (AAAP), en su Código de Ética, recepta la publicidad comparativa, así el artículo 19 dice:

Publicidad comparativa: los mensajes que contengan comparaciones de precios u otras características deben:

- 1) Respetar los derechos de propiedad industrial e intelectual.
- 2) Tener como finalidad informar al consumidor sobre las ventajas comprobables del producto anunciado.
- 3) Referirse a productos y calidad equiparables.
- 4) Ser exactas y reflejar la verdad, bajo las mismas condiciones.
- 5) Ser presentadas en forma objetiva de manera que la comparación sea comprobable.

Con esto, los que avalan la publicidad comparativa expresan que difícilmente un código de ética publicitario ampararía un tipo de publicidad desleal, por lo cual descartan la idea de que este tipo de mensaje publicitario lleve ínsito una competencia desleal.

La publicidad comparativa denigra a la otra marca

Según el diccionario de la real academia española denigrar significa “Deslustrar, ofender la opinión o fama de alguien”.

Hay quienes afirman que comparar es denigrar, y que es muy difícil que suceda una cosa sin la otra,³⁵ y que incluso si en el aviso publicitario se comprobara que los dichos son veraces, de todas formas se denigra al rival³⁶.

³⁴ Zapiola Guerrico, ob. cit., p. 779.

³⁵ O’ Farrell ob. cit. “La publicidad comparativa en el derecho argentino”, p. 627.

En general, los que adoptan esta postura, se basan en que, tal como lo dice el dicho, todas las comparaciones son tediosas, y que el que compara esta impregnado de subjetividad, por lo cual obviamente resaltará las virtudes de su producto sin aludir a sus defectos, ni a las ventajas que tiene el producto comparado sobre el propio, por lo cual siempre desprestigiará y rebajará al competidor.

Nuestro Código Civil veda la denigración al establecer en su artículo 953:

“El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, **contrarios a las buenas costumbres** o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. **Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto**”.

El denigrar a otro, además de ser contrario a la moral y a las buenas costumbres, supone también un obrar de mala fe, lo cual es repudiado por todo el ordenamiento jurídico vigente.

Sin temor a equivocarnos, afirmamos que todo aquel que defienda la justicia y el bienestar social, considera despreciable la denigración en cualquiera de sus manifestaciones.

Lo que está en discusión en este aspecto es que se considere que toda publicidad comparativa implique denigración.

Ya se ha expuesto el significado de la palabra denigrar, veamos ahora el significado de comparar: según la real academia española significa “Fijar la atención en dos o más objetos para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias o semejanzas”.

En palabras claras se expresó el Dr. Farrell en el caso “Tango” en donde manifiesta que “el error radica en creer que cualquier comparación denigra, cuando – por el contrario – si es verdadera ella ilustra al consumidor³⁷”.

³⁶ López, Claudia Ida Mónica, “Propaganda comparativa, ¿información leal o denigración del rival?” LL, 1992- A, p. 567

³⁷ O’Farrell, Ernesto, “La Publicidad Comparativa en la Cámara Federal en lo Civil y Comercial”, LL, 1994- C p. 9.

Un aviso publicitario puede exponer una comparación de precios, de condiciones contractuales, de características del producto y no por eso está permitido calificarla de denigratoria³⁸.

Creemos que una publicidad comparativa puede denigrar, en cuyo caso deberá ser censurada y el damnificado tendrá a su alcance todos los remedios judiciales para reparar su daño, pero eso de ninguna manera nos permite sostener que siempre que hay publicidad comparativa hay denigración.

Provoca confusión en el consumidor

Muchos aseguran que la publicidad comparativa directa, podría llegar a confundir al consumidor en lugar de colaborar con su decisión de compra, y además sostienen que la información aportada los conduciría al error.

Para llegar a esta conclusión parten de la idea de que el consumidor no está habituado a ver un mensaje publicitario donde se presenten dos marcas que compiten entre si, y que esto llevaría a que no comprenda en su totalidad el mensaje y que interprete que ambas marcas tienen algún tipo de asociación o no llegar a discernir quien es realmente el que esta promocionando su producto.

Otro elemento que puede provocar confusión en el consumidor, es que la publicidad comparativa, podría llegar a tener demasiada información, provocando que el consumidor no pueda entenderla completamente y disminuya su atención en el mensaje, provocando confusión sobre el nombre de la marca anunciante³⁹.

No podemos dejar de mencionar algunos contra argumentos que presentan otros autores sobre este punto.

Zapiola Guerrico⁴⁰ destaca que el fin de la publicidad comparativa, justamente es diferenciarse del de la competencia, y que si crea confusión, el anunciante no habrá cumplido con su cometido y la publicidad le resultará ineficaz.

Otros afirman, que “La publicidad comparativa no contiene elementos capaces de crear confusión o establecer aseveraciones falsas que puedan desacreditar a los productos”⁴¹.

³⁸ Papayannis, Diego M, “Daño Injusto y compensación en la publicidad comparativa”, University of Girona, Working papers series, N° 28, Marzo 2010.

³⁹ Salvador del Barrio García, ob. cit., p 43.

⁴⁰ Zapiola Guerrico, “La publicidad comparativa” (aspectos jurídicos), LL 1988 - C, p. 772.

La confusión que provoca un anuncio publicitario está prohibida tanto por la ley de marcas como por la de lealtad comercial, por lo cual, se podrá recurrir a la justicia para que aplique las medidas correctivas y sancionatorias a todo aquel que haga uso de esa práctica ilícita.

Por su parte Menke⁴² enumera las razones, por las cuales, la publicidad comparativa no induce a error ni provoca confusión:

- 1) Es más factible que el consumidor descubra un engaño en la publicidad comparativa que en otro tipo de publicidades por el grado de atención que despierta en el receptor.
- 2) Si la publicidad comparativa tuviera contenido confuso, la marca comparada sería la primera en alertar al público mediante otra publicidad.

Desvío de clientela

En cuanto a este aspecto, debemos adentrarnos en el derecho penal, ya que muchos autores aseguran que la publicidad comparativa ingresa en el tipo delictivo descrito en el artículo 159 del Código Penal, en el capítulo de los delitos contra la libertad de trabajo y asociación, el cual expresa:

“Será reprimido con multa de \$ 2.500 a \$ 30.000, el que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial”.

Nuñez describe la propaganda desleal como “aquella que, en perjuicio de otro establecimiento, utiliza medios competitivos reñidos con la buena fe debida en la libre concurrencia comercial o industrial⁴³”.

Algunos sostienen que la publicidad comparativa, es un tipo de propaganda desleal, inmoral, deshonesto y contraria a las buenas costumbres y usos del comercio, y por esto consideran que es un medio capaz de concretar el tipo penal.

⁴¹ RIPPE KAISER & DANIEL GERMÁN, “Publicidad comparativa y competencia desleal”, *Anuario de Derecho Comercial*, t. 8, p. 100.

⁴² Burkhart Menke, “La publicidad comparativa”, LL 1995 – A, p. 988 – 989.

⁴³ Nuñez, Ricardo, “Manual de derecho penal”, parte especial, p. 187, Córdoba, Editorial Lerner.

El artículo 159 es muy claro, pero lo que divide a la doctrina es que se considere desleal a la publicidad comparativa.

López, una fuerte opositora a este tipo de publicidad, asegura que es inaceptable que para publicitar un producto se llame a la comparación con otros de la competencia. Cada compañía puede demostrar las virtudes y ventajas de su mercancía sin necesidad de aprovecharse del prestigio ajeno. “El empleo de medios deshonestos, como la publicidad comparativa, lo torna penalmente punible⁴⁴”.

El Dr. Menke⁴⁵ replica a López manifestando que en la publicidad comparativa hay tres intereses en juego que hay que equilibrar: los del anunciante, los del competidor y el de los consumidores, sin dar preferencia a ninguno en particular, y que la prohibición de este tipo de publicidad ampara solo a firmas establecidas y no a los consumidores o a las nuevas empresas que intentan ingresar en el mercado.

También hace referencia a que la norma del Código Penal fue sancionada hace varios años; épocas en las cuales, los derechos del consumidor estaban rezagados frente al de los empresarios. Es por eso que el concepto de propaganda desleal ha variado en el tiempo, y hoy en favor del consumidor posmoderno este tipo de publicidad es valorada, sin que el artículo 159 sea impedimento alguno para su aceptación.

La publicidad comparativa viola la ley de marcas

Anteriormente se pudo observar cómo los defensores de la publicidad comparativa encuentran razones para concluir que el nombramiento o exhibición de la marca ajena no infringe la ley de marcas. Sin embargo, otros autores aseguran que una de las razones por las que no aceptan la publicidad comparativa directa, es precisamente porque creen ver en ella una contradicción con el artículo 31 inc b de la ley marcaria.

Aracama Zorraquin⁴⁶ es un convencido de que “la publicidad comparativa es un sutil modo de apoderamiento del magnetismo de la marca ajena”, y ve en ella un

⁴⁴ López, ob. cit., p. 567.

⁴⁵ Burkhart Menke, ob. cit., p. 995.

⁴⁶ Aracama Zorraquin, Ernesto, “Medios distintivos y publicidad comparativa”, p. 56, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1989; Ver también su artículo “Contra la publicidad comparativa”, p 436 y siguientes.

enemigo del empresario, invocando que además de violar la ley de marcas también viola el derecho a la propiedad del artículo 17 de la Constitución Nacional.

Permitir la utilización de la marca ajena, le quita al titular su poder exclusivo, produciendo que éste pierda el control y dominio de su imagen y estrategia publicitaria⁴⁷.

Los detractores de esta modalidad publicitaria, coinciden en que el solo nombramiento de la marca ajena constituye una infracción a la ley 22.362, e interpretan la palabra “uso” muy estrictamente, y afirman que permitir nombrar a la competencia es otorgar un arma demasiado peligrosa, donde se puede llegar a causar un daño irreparable a la competencia.

Creemos que la marca es un objetopreciado para el empresario, y que si ésta es objeto de declaraciones falsas, engañosas o denigrantes le puede causar un perjuicio incurable. Sin embargo, tal como lo hemos visto, la publicidad con esas características esta vedada por nuestro ordenamiento jurídico y el empresario que se vea afectado por este tipo de publicidad podrá accionar legalmente para el cese de ese tipo de mensajes y su consiguiente indemnización por los daños sufridos. Pero no debemos perder de vista que la publicidad comparativa no se caracteriza por ser denigratoria, ni falsa, sino que se basa en una comparación que debe ser honesta y clara, y que de no ser así deja de ser publicidad comparativa para convertirse en publicidad desleal o engañosa.

La publicidad comparativa es incompleta y subjetiva

Se acusa a la publicidad comparativa, de ser parcial al referirse solamente a las cualidades del producto y dejar de mencionar los defectos, y a su vez solo nombra las deficiencias de la marca ajena; y de carecer de objetividad ya que, obviamente, se lo observa desde el punto de vista de su creador.

Matheley expresa que la publicidad, y dentro de ella la comparativa, es siempre parcial ya que “emana de quien la formula en su propio interés⁴⁸”, mientras

⁴⁷ O'Farrell, Ernesto, “La publicidad comparativa en la Cámara Federal en lo civil y comercial”, LL, 1994 –C, p.1.

⁴⁸ Otamendi, Jorge, Revista jurídica de la Universidad de Palermo, ob. cit. Con cita de Matheley, Paul, “Le nouveau droit Francais des Marques”, p. 184.

que O` Farrell explica que en la publicidad comparativa “quien compara es juez y parte, de allí que difícilmente pueda ser objetivo⁴⁹”.

Frente a estos argumentos, se ha dicho que toda publicidad es parcial, ya que es imposible que un anuncio publicitario, que tiene un tiempo reducido de difusión, contenga toda la información referida al producto.

En cuanto a la subjetividad, lo ideal sería que toda publicidad sea objetiva, pero al ser siempre expresada por su anunciante es lógico que se adopte un punto de vista subjetivo.

Estos son problemas que afectan a todo el género publicitario y que es una tarea pendiente para las agencias de publicidad el trabajar en la completitud y objetividad, aunque no debemos olvidar la naturaleza misma de la publicidad que es persuadir a la sociedad, para lo cual se requiere el talento e ingenio de los creadores publicitarios y por lo cual son valorados según el impacto que causen y las mejoras que produce en la venta de un determinado producto o servicio.

CONCLUSIONES ACERCA DE LAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA. NUESTRA OPINION.

La eterna discusión en cuanto a la licitud o ilicitud de la publicidad comparativa, proviene de grandes argumentos a favor y en contra, y de posturas extremistas.

Es sabido que en derecho nada es absoluto, y en cuanto a temas como la publicidad comparativa, donde encontramos intereses contrapuestos, es pertinente conciliar posturas.

Creemos que la publicidad comparativa, es compatible con nuestro ordenamiento jurídico siempre que no sea denigratoria, sea clara y aporte información valiosa al consumidor, y que si bien todos los argumentos en contra son válidos, pueden evitarse con una correcta normativa legal, y con la valoración que con sana crítica racional realice el juez en caso de llegar una controversia de este tipo a los estrados judiciales.

En cuanto al consumidor, pensamos que es una excelente manera de que reciba información, ya que el cliente actual, entre tantos productos que abundan en

⁴⁹ O` Farrel, Miguel, “La publicidad comparativa en el derecho argentino”, LL, 1995 - E, p. 627

el mercado, precisa recibir pruebas en cuanto a qué aspecto se creen mejores que otros, y la publicidad comparativa, al confrontar dos o mas productos brinda evidencias, que obviamente deben ser ciertas, ya que sino ingresaríamos en el campo de la publicidad falsa o engañosa.

En relación con el empresario debemos distinguir entre el anunciante y la empresa comparada.

El anunciante, ya hemos visto que esta protegido por la Constitución Nacional contra la censura previa, por lo que prohibir la publicidad comparativa por el solo hecho de comparar e impedir que se publique, seria censurarlo, además que vería restringido su derecho a la libertad de expresión.

Además, no hay que olvidar que si bien este tipo de publicidad la realizan grandes marcas, también es muy utilizada por nuevas compañías que intentan ingresar al mercado, lo cual colabora en su posicionamiento y lo ayuda a hacerse conocido, con lo cual le abre las puertas a los consumidores a tener nuevas opciones y a combatir los indeseados monopolios.

En cuanto al empresario comparado, pensamos que si su producto satisface las necesidades de su cliente, éste no dejará de consumirlo, a lo sumo probará una nueva marca y de ahí en más será su decisión. Y si realmente el público se inclina por la empresa anunciante de la comparación es porque ha encontrado falencias en el otro producto y esto impulsará a la empresa a que se esfuerce en mejorar la calidad de su mercancía.

También asume un rol importante el de las agencias publicitarias, a las cuales se acude para promocionar un producto y que la sociedad se percate de ello. Creemos que con la prohibición de la publicidad comparativa estamos recortando una importante herramienta que utilizan estas agencias para cumplir su cometido y demostrar su ingenio, y con mas razón cuando redunde en un beneficio para el consumidor.

Además, en materia comercial vemos cómo esta práctica publicitaria se está arraigando, y las empresas comparadas empiezan a dejar de sentirse víctimas de la comparación y apuestan a resaltar sus beneficios con otra publicidad, lo cual completa el cuadro informativo del consumidor. Tal es el caso ocurrido en 2007, cuando la firma Porta se decidió a lanzar al mercado el fernet 1882, para competir con Branca. En ese entonces la empresa cordobesa Porta realizó mas de 20.000

“catas a ciegas” entre su fernet y el tradicional Branca, sin concluir en litigios, y con la sola respuesta de este último resaltando su trayectoria y sabor único.

Por todo lo expuesto, nos inclinamos a favor de la publicidad comparativa, apoyando una legislación específica en el tema que mitigue los riesgos que ésta pudiere ocasionar.

CAPITULO III
ANALISIS DE JURISPRUDENCIA NACIONAL

JURISPRUDENCIA NACIONAL

A continuación presentaremos los casos de publicidad comparativa mas relevantes que han llegado a nuestros tribunales.

Veremos como poco a poco ha ido variando el criterio jurisprudencial, el cual en un principio fue reacio a la admisión de este tipo de publicidad, hasta llegar a aceptarla y considerarla beneficiosa para el consumidor y la transparencia de mercado.

Además, es significativo apreciar la interpretación que realizan los jueces de las normas que se aplican a esta materia y su alcance.

Los casos que analizaremos son el leading case en materia de publicidad comparativa Rolex c/ Orient, el litigio entre Tango y Stradivarius, el famoso y popular desafío Pepsi, y el juicio que desató una publicidad realizada por Isenbeck en la cual se nombraba y mostraba la marca de la cerveza Quilmes.

Rolex c/ Orient

Transcurría el año 1970 cuando una publicidad gráfica despierta la atención del público y genera polémica por su contenido.

La publicidad en cuestión fue realizada por la marca de relojes Orient, y su particularidad era que nombraba a la afamada marca de relojes Rolex, y comparaba la distinción, el precio y la duración de la garantía de ambos.

Este era el contenido de la publicidad:

¿Por qué comprar un reloj desconocido si puede comprar un Rolex?

Cuando quiera tener un reloj fino, puede comprar un "Rolex". O puede comprar un "Orient", el reloj desconocido.

Cada Rolex está hecho exclusivamente con los movimientos áncoras más finos.

También está hecho así cada "Orient".

"Rolex" es un reloj para todo uso, sumergible y a prueba de golpes. También lo es "Orient".

"Rolex tiene un año de garantía. Pero "Orient" tiene dos años de garantía.

Este "Rolex" en particular cuesta 875 pesos nuevos. Este "Orient" en particular cuesta 325 pesos nuevos.

Hacemos la comparación para mostrarle que "Orient" también es un reloj muy fino. Y que no siempre hay que pagar mucho más simplemente por comprar un reloj fino.

Reloj "Orient". No será desconocido por mucho tiempo.-

A causa de esta publicidad en la que se utilizó el nombre, marca, emblema y fotografía de Rolex, se demandó a Orient por daño material y moral, y solidariamente a la empresa publicitaria Mc Carn Erickson Corporation S.A.

Tanto la agencia publicitaria como Orient S.A negaron la intención de dañar a la actora. Por su parte, Mc Carn Erickson Corporation S.A opuso falta de acción por ser intermediaria de la publicidad.

Orient negó que se hubieren producido perjuicios a la actora, y con respecto a la agencia publicitaria dijo que ésta había sido quien eligió la modalidad de la publicidad que desencadenó el pleito.

En primera instancia la demanda fue rechazada. El tribunal consideró que la publicidad no tuvo como objetivo el desvío de clientela, pero expresó que la publicidad incurrió en violación del artículo 953 del Código Civil⁵⁰, por ser un anuncio contrario a la moral y a las buenas costumbres que configuraba competencia desleal.

El motivo del rechazo de la demanda se basó en la falta de pruebas. En cuanto al daño material reclamado por la actora, no se demostró que hubieren menguado las ventas de relojes Rolex, y en relación al daño moral tampoco pudo probarse, ya que la sociedad demandante no había hecho registro de su marca y no acreditó ser titular de la misma.

La actora apeló la sentencia de primera instancia y la Cámara se expresó en sentido favorable admitiendo la demanda.

Expresó la Excelentísima Cámara que si bien el daño no se había corroborado, se podía presumir, ya que con una campaña de esas características era muy factible que se produjera la desviación de clientela, aunque su prueba sea arto dificultosa, y se caracteriza a este tipo de publicidad como competencia desleal,

⁵⁰ Artículo 953: El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto.

y explica, citando a Zabala Rodríguez, que la publicidad comparativa solo se admite si se realiza en general, pero no cuando se utiliza el nombre de la competencia sin su autorización. En relación a la cuestión marcaria dijo que no se debe ser tan estricto y aunque la marca no este inscripta, es objeto de protección.

Mientras tanto, en relación a la empresa publicitaria, ésta opuso como defensa que si bien la idea y estructura de la publicidad era de su autoría, lo había hecho con el consentimiento y autorización de Orient, lo cual la deslindaría de responsabilidad. Sin embargo, el tribunal expresó que Mc Carn Erickson es también autora principal del ilícito.

La Cámara, al no haber una legislación específica que admita o prohíba la publicidad comparativa, se valió de la siguiente legislación para condenar a las demandadas:

1) Ley 11.275 sobre identificación de mercaderías (actualmente reemplazada por la ley de lealtad comercial 22.802): en cuanto alude al impedimento de ocasionar confusión, error, o engaño en el consumidor o su defraudación sobre el origen, calidad, naturaleza de los producto etc.

2) Decreto reglamentario del 18/11/1932: en consonancia con la ley 11.275, expresaba que cualquier comunicación al consumidor debía ser hecha en forma clara y precisa de manera que no lo engañe.

3) Decreto 13474: este decreto contiene el manual de instrucciones para las Estaciones de Radiodifusión y en su artículo 9 inc 3 expresamente prohíbe la publicidad engañosa.

4) Código de prácticas leales en materia de publicidad: creado por la Cámara de Comercio Internacional en Berlín en el año 1937 el cual contiene impedimentos sobre la publicidad comparativa.

5) Código de ética profesional de las agencias publicitarias (con vigencia en 1971): en el cual se expresaba en el artículo 5 que las agencias debían competir con “lealtad y honestidad basando al obtención del negocio sobre el merito propio”.

6) El Convenio de París para la protección de la propiedad industrial: el cual en el artículo 10 bis expresa que “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”.

Este fallo fue dictado hace casi 40 años y mucha de la legislación citada por los magistrados se ha modificado, tal como el Código de ética de las agencias publicitarias, el cual actualmente reconoce y admite la publicidad comparativa y el Código de prácticas leales en materia de publicidad de la CCI, el cual si bien en sus códigos de 1937, 1949, 1955 y 1966 la rechazaron tal cual lo expuso el juez, desde 1973 aprueba expresamente este tipo de publicidad, estableciendo como requisito que no debe engañar, debe respetar las normas de competencia leal y las características a comparar deben ser objetivamente verificables; y en su edición de 1997 agrega que la comparación jamás debe denigrar a la competencia, no se debe aprovechar el prestigio ajeno y el uso de marca registrada debe ser justificado.

En cuanto a la restante normativa tenida en consideración solo se hace referencia a la publicidad desleal y engañosa, adjetivos que no coinciden con las características de la publicidad comparativa.

La resolución del caso tuvo dificultades al momento de fijar la indemnización por los supuestos daños sufridos por la firma Rolex. El inconveniente fue que en la demanda no se fijó el monto indemnizatorio, solo se hizo alusión al decir que *“la captación de su clientela que intentaba Orient debía tener relación con el costo de la propaganda y que se vería obligada a efectuar una campaña publicitaria para separar la imagen que confundió la demandada”*.

El tribunal tomó en cuenta el costo económico de la publicidad de Orient, el cual se valuó en la suma de \$27.052,70. Sin embargo, como ya se ha dicho, es muy difícil probar si efectivamente Rolex experimentó daño, ya que las ventas pueden seguir constantes pero quizás desvió a nuevos posibles compradores. Al no haber una base sobre la cual calcular el daño sufrido la Cámara evaluó en \$5000 el monto de la indemnización, en solidaridad con la empresa publicitaria.

Esta situación demuestra lo difícil que es probar el supuesto daño que se ocasiona con la publicidad comparativa. En el anuncio bajo análisis creemos que no hay denigración a la marca Rolex, sino todo lo contrario, se la compara con ella por ser un reloj de excelente calidad, y en cuanto al precio y garantía son datos totalmente objetivos de fácil comprobación, por lo cuales no puede castigarse a Orient.

Pensamos que para la época el fallo fue acorde a los usos comerciales nacionales. Es entendible que haya despertado desconcierto una publicidad de esas características, siendo la primera en nuestro país, y en los cuales los tribunales se

iban a expedir por primera vez. Vista a la luz de nuestros días mucha de la legislación utilizada como argumento en la sentencia es desactualizada y el concepto de competencia desleal ha variado a partir de la modificación del mercado competitivo.

Debemos tener en consideración que en la época en la que se dictó la sentencia no contábamos con la reforma constitucional que protege los derechos de los consumidores y usuarios ni con la ley de defensa del consumidor, por lo cual en ningún momento se hace referencia a que esa publicidad pudo haber colaborado con el público en cuanto al derecho a la información del cual es acreedor.

Aunque este precedente fue desfavorable hacia la publicidad comparativa, luego de varios años las agencias publicitarias y las empresas no se dieron por vencidas y continuaron animándose a utilizar este formato esperando un cambio de tendencia, acompañados por la aprobación de esta técnica en el ámbito internacional.

El caso Tango

En agosto de 1991 la distribuidora y productora de software “Megasistemas” lanza una publicidad en el diario “La Nación”, la cual anunciaba: “Llegó Stradivarius – Simplemente superior”, un mensaje al que estamos acostumbrados a ver con habitualidad y que no produce ningún tipo de resquemor. Pero la estrategia publicitaria no había terminado aquí, y un mes después el mismo anuncio se amplía, añadiéndose el siguiente texto: *“En Software `90 presentamos TANGO. En Software `91 presentamos STRADIVARIUS, el sistema Integrado de Gestión que ofrece 69 prestaciones mas”*, y luego mostraba una comparación entre 18 prestaciones que ofrece Stradivarius y no las ofrece el programa Tango, y aclara que Tango es una marca registrada de Axoft Argentina S.A y Stradivarius es una marca registrada de Megasistemas S.A (un dato importante es que con anterioridad Megasistemas era la distribuidora del programa Tango).

Axoft Argentina interpone demanda reclamando: que Megasistemas cese con el uso de la marca Tango y que se publique la sentencia a costa de la demandada en el diario *Ámbito Financiero* (en el cual también se había publicado el anuncio).

En primera instancia la demanda fue rechazada por considerarse una cuestión abstracta ya que la publicidad había cesado.

La sentencia fue recurrida y el Dr. Farrell fue el primero en expedirse, y su voto consistió en el rechazo de la demanda y la imposición de costas del juicio a la actora. Con claridad el juez se expidió en cuanto a estos aspectos:

Uso de la marca: es de destacar que la actora tenía pendiente el registro de la misma, por lo cual, *“no puede existir un mal uso de una marca cuando no hay tal marca”* y que, en última instancia, la ley de marcas no prohíbe la publicidad comparativa.

Además, creemos que a la demandada jamás podría atribuírsele que intentó crear confusión en el público en cuanto a la propiedad de las marcas, ya que se encarga de aclarar en el mismo anuncio que *“Tango es una marca registrada de Axoft Argentina S.A y Stradivarius es una marca registrada de Megasistemas S.A”* (cuando la primera todavía tenía en trámite la inscripción de la marca y sólo se la puede considerar propietaria de hecho).

Contenido del mensaje publicitario: La publicidad en cuestión no puede ser atacada en cuanto a objetividad y veracidad se refiere, ya que todos los datos expuestos en el anuncio son fácilmente comprobables, y si bien la actora pone en tela de juicio la comparación, en ningún momento prueba que algo de lo que allí se dice no es cierto, por lo cual el mensaje aportó al consumidor información veraz y objetiva.

Denigración de la competencia: El Dr. Farrell destaca que no se debe creer que cualquier comparación denigra, y la demanda no denigró a Axoft S.A y que si algún dato de la publicidad fuera falso sí sería reprochado por el artículo 953 del Código Civil.

Los Doctores Pérez Delgado y Craviotto no sostuvieron la misma opinión y votaron a favor de la actora para que se declare vencida a la demandada.

El primero de ellos destaca que *“no concibe ninguna utilización de la marca ajena, aun con el reconocimiento de que pertenece a otro, en tanto de esa manera se la intente desacreditar”*. Por lo tanto, aquí deberíamos tratar de desentrañar si con el anuncio publicitario se desacreditó a Axoft Argentina. Probablemente la actora haya perdido cierta categorización, pero si la perdió es porque hay un nuevo competidor que ofrece prestaciones que él no ofrecía y es la esencia de la

competencia el hacer conocer al público las bondades de un nuevo producto o servicio para adquirir nuevos clientes, y eso no merece reproche alguno. Si debemos ponderar entre el derecho de una marca a no perder la estima de la sociedad y el derecho de esta última de conocer los beneficios que ofrece otra compañía, creemos que no hay duda de que la segunda opción es la correcta y paralelamente las empresas se ven incentivadas a superarse en una competencia que tiene como beneficiario a toda la sociedad.

Vuelve al centro del asunto el artículo 953 del Código Civil, en el cual el Dr. Pérez Delgado destaca el respeto de la moral y las buenas costumbres y el rechazo por los actos que perjudiquen a terceros, y aquí recalca que no debe pasar desapercibido que Megasistemas se haya encargado dos años de la publicidad y difusión del programa Tango, enfatizando que debería haber sido más cuidadosa con una marca con la cual tuvo una estrecha relación.

Concordamos con que la relación jurídica que había unido a estas dos compañías otorga un tinte particular al análisis del fallo y que se le debía exigir a Megasistemas un respeto mayor que el que se le exige a otras empresas en situaciones donde no existió tal vínculo, pero nos permitimos decir que consideramos que no hubo una falta de respeto hacia Axoft, ya que el anuncio se limitó a decir que antes presentaron un software y que el que ahora publicitan es superior por una cantidad de prestaciones que éste ofrece y las cuales no pudieron ser demostradas como falsas por la actora.

Hay otra cuestión que destaca el Dr. Pérez Delgado y es que la demandada compara su producto con el software “Tango Gestión 3.2”, que es uno de los módulos del programa, y según la carta documento que le enviara la actora a Megasistemas, hay prestaciones que se incluyen en la comparación como “manejo de cajas, banco, valores, documentos y cuentas especiales” que si bien no las posee Tango 3.2 sí las posee el módulo de Tango Aplicaciones.

El juez opina que el haber comparado Stradivarius con solo uno de los módulos de Tango torna a la publicidad engañosa.

En esto coincidimos parcialmente. Es cierto que Megasistemas fraccionó la comparación solo hacia el programa Tango 3.2, pero debemos reconocer que esto fue expuesto en la publicidad en cuestión. Por otro lado, en la carta documento expuesta en el fallo que le enviara la actora a la demandada se expresa que *“resulta insólito que una ex distribuidora nuestra, con pleno conocimiento de causa, afirme*

por ejemplo que nuestro programa no cumple prestaciones como "Manejo de Caja, Bancos, Valores, Documentos y Cuentas especiales"; ello así cuando les consta que estos ítems son manejados a través del Módulo de Subsidiarios, Ventas Proveedores; ídem "Proyección Financiera integrada en Tiempo Real" que se cumple con la Planilla de Cálculo de Tango Aplicaciones, ídem Cálculo Automático de Diferencia de Cambio que se cumple en Contabilidad de Tango durante el cierre del ejercicio; etc. ...". Como vemos, Axoft menciona solo tres prestaciones que Tango Aplicaciones tiene, cuando según la demandada son 69 las prestaciones que posee Stradivarius y no Tango, presentando en la publicidad, como adelanto, 18. Es por eso que creemos que si Tango Aplicaciones tuviera las mismas prestaciones que Stradivarius, la defensa de la actora se hubiera preocupado en detallar cada prestación y demostrar que también la tiene Tango Aplicaciones, pero solo menciona algunas características en la carta documento.

El último voto le correspondió al Dr. Craviotto, el cual se expresó sobre los siguientes aspectos:

El magistrado considera que la publicidad de Stradivarius es denigratoria por los mismos motivos que expresara el Dr. Pérez Delgado.

Lo interesante de su voto es que expresa que la publicidad comparativa no se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento jurídico y manifiesta la necesidad de regularla, ya que de lo contrario se continúan aplicando las normas de derecho común.

La demandada fue condenada a cesar en la utilización de la marca Tango y que a su costa se publique la sentencia en el diario Ambito Financiero.

El desafío Pepsi

En la década del 70, mientras en Argentina todavía se discutía el caso Rolex, en Estados Unidos John Sculley (presidente de PepsiCo en esa época) inaugura el Pepsi Challenge (o Desafío Pepsi como se lo conoció en nuestro país) con el objetivo de aumentar sus ventas y hacerle frente al gigante Coca – Cola. La campaña consistió en invitar al público a realizar la prueba del sabor, haciéndole degustar un vaso de la bebida Pepsi y un vaso de la bebida Coca Cola (sin que se supiera cuál de ellas se estaba catando) para que exprese cual le había gustado

más, y luego se mostraba qué bebida había elegido. La campaña fue un éxito. El público eligió Pepsi y la empresa fue conquistando cada vez porciones mas grandes de mercado, obligando a Coca - Cola a cambiar la fórmula de su gaseosa y a colocar en el mercado The New Coke, con un sabor que se asemejaba al de Pepsi.

Tal fue el éxito de esta publicidad que comenzó a expandirse a nivel internacional, llegando a nuestro país aproximadamente 20 años mas tarde, en octubre de 1993, acompañado del slogan "*Sumate al desafío y deja que tu sabor decida*".

En Argentina la campaña encontró el primer obstáculo muy pronto, cuando The Coca - Cola Company solicitó una medida cautelar para que se ordene a "Baesa Buenos Aires Embotelladora S. A." y a la agencia publicitaria "David Ratto B. B. D. O. S. A." a cesar de inmediato con la campaña "Desafío Pepsi", "*por considerar ilícito y dañoso para sus derechos el recurso a la publicidad comparativa, tal como ella se encuentra concebida según el video ampliamente difundido por televisión y el aviso gráfico*".

Cabe destacar que la marca de la competencia nunca fue nombrada, pero no cabía duda alguna de que se estaba hablando de Coca Cola, ya que se mostraba su particular envase, y no debemos olvidar que en cuanto a bebidas cola el mercado esta dividido por estas dos grandes marcas.

La Cámara Federal en lo Civil y Comercial sala II ordenó la interrupción de la publicidad con el voto de todos sus miembros, y aludió a los siguientes aspectos:

Que hay un aprovechamiento de la marca Coca Cola, y que se utiliza el desafío para enaltecer a la marca Pepsi a costa de la competencia, quitándole el dominio exclusivo de su imagen y mensaje publicitario, todos supuestos que podrían ocasionar una presunción de daño.

Que en cuanto a la normativa en la que se basan para el ordenamiento de la medida cautelar se refieren a la ley de marcas, aludiendo a que el uso que hace Pepsi de la marca de Coca - Cola escapa del ámbito que le otorga el art 4 de la citada ley a su titular y al artículo 10 bis del Convenio de París, al considerarse que la publicidad fue contraria con los "usos honrados en materia industrial y comercial".

Estas consideraciones provocaron que Pepsi recusara a los jueces de la sala II, invocando el artículo 17, inciso 7 del Código Procesal Civil y Comercial de la

Nación⁵¹, por considerar que habían adelantado opinión sobre el resultado del pleito entre las partes en cuestión. Le tocó resolver a la sala III.

En primer término la sala III manifiesta que el anterior tribunal no incurrió en adelanto de opinión, y destacó el uso de los verbos en condicional con el cual se había expresado, y explica que se deben realizar consideraciones, tal como las hizo el tribunal, para fundamentar su pronunciamiento.

Por lo tanto desestima la recusación pero aporta estas reflexiones:

a) la inexistencia en nuestro derecho o en la Convención antes mencionada de una prohibición expresa de la "publicidad comparativa" en general;

b) que, como es bien sabido, en nuestro país el mercado de las bebidas "cola" se halla de tal modo absorbido por los dos afamados productos de las aquí litigantes que, cualesquiera sean las precauciones que se adopten para no mencionar o individualizar la marca del competidor, no puede quedar duda en el público acerca de cuál se trata,

c) que constituye un objetivo legítimo de todo comerciante o industrial aumentar el número de su clientela, finalidad que, con relación a mercados muy especiales, de estructura oligopólica, es difícil de lograr sin que, simultáneamente, no se reduzca en cierta medida la de la competencia, y

d) que en esta clase de conflictos no sólo debe evaluarse la mengua que sufre el derecho de propiedad industrial del reclamante sino asimismo la libertad de comercio y el derecho del público consumidor a beneficiarse con la posibilidad de escoger entre diversas alternativas y la información veraz acerca de éstas.

Es importante observar cómo esta sala se involucra más en el aspecto del consumidor, inclinándose por un equilibrio entre el interés del empresariado y el público, y el derecho que tiene éste a elegir y ser informado, en contraposición con la sala II que se concentra en la supuesta violación a la ley de marcas y a una presunción de daño que, como ya hemos visto, es muy difícil que se pueda comprobar, porque la publicidad en general (y no solo la comparativa) tiene la función natural de persuadir, por lo que si Coca Cola viera disminuida su clientela será porque el consumidor ha preferido otra marca, y el daño que se le puede

⁵¹Artículo 17: Serán causas legales de recusación: 7) Haber sido el juez defensor de alguno de los litigantes o emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado.

ocasionar a una empresa al tener menos consumidores que lo elijan es un riesgo del cual ningún empresario puede escapar y que es la esencia de la competencia.

La historia no termina aquí, ya que Pepsi interpuso un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación contra la sentencia que hizo lugar a la medida cautelar, ante lo cual ésta decidió que “*se declaran procedentes las quejas intentadas, se hace lugar a los recursos extraordinarios deducidos, y se deja sin efecto la sentencia recurrida*”, palabras con las cuales se deja abierta la puerta a Pepsi para que continúe con la campaña publicitaria que fuere motivo del litigio.

Esta fue la primera vez que un caso de publicidad comparativa llega a la Corte Suprema de Justicia, y hubiera sido una excelente oportunidad para que los miembros de la misma hubieran aportado sus reflexiones sobre este tipo de publicidad, pero solo se pronunció sobre la improcedencia de la medida cautelar.

Es de destacar que el juez de primera instancia se había declarado incompetente para resolver sobre la medida cautelar y la Cámara de Apelaciones se avocó a la resolución del caso, y esto es reprochado por la Corte.

De todas formas creemos que si bien el máximo tribunal no se expidió específicamente sobre la publicidad comparativa, es lógico que jamás se hubiera hecho lugar al recurso si la publicidad en cuestión hubiera sido contraria a la moral y a las buenas costumbres o si hubiere configurado un supuesto de competencia desleal.

Además, concuerda esta sentencia con otras resoluciones que hubo al respecto en el ámbito internacional, como por ejemplo la Corte Suprema de Alemania se expidió sobre una publicidad igual al desafío Pepsi en la que expresó que “la invitación realizada por un anunciante a probar su producto y compararlo con el de la competencia no resulta violatoria de la lealtad de la competencia⁵²”, o en México donde se declaró la licitud del “Reto Pepsi” (así se lo denominó en ese país), o en Chile donde La Fiscalía Nacional Económica expresó que la campaña Pepsi Challenge no era ni injusta ni engañosa.

Esto sin duda significa un avance en la lucha por la licitud de la publicidad comparativa, y lo confirma el hecho de que se le otorga la libertad a Pepsi para continuar con esta campaña.

⁵² Gallo, Marcelo, “Publicidad Comparativa, El Desafío Pepsi”, obtenido en la WWW <http://www.abeledogotheil.com.ar/publicaciones/Artipro4.pdf>.

Quilmes C/ Isenbeck

En mayo de 2004, Isenbeck lanza una promoción en la cual con la entrega de una tapa de cerveza Quilmes y una de cerveza Isenbeck el participante recibía de regalo un litro de cerveza Isenbeck. El contenido de la publicidad era el siguiente:

“Presentando una chapita de Isenbeck amarilla más una chapita de Quilmes, te llevás una Isenbeck de regalo. ¿Y por qué una promo así te preguntás? Es muy fácil, Quilmes es la cerveza que hoy toma la mayoría, pero Isenbeck es la mejor cerveza. ¿Cuál es la idea? Que la mayoría tome la mejor cerveza. Shhh, el que sabe, sabe; no se lo cuenten a nadie”.

La reacción de Quilmes no se hizo esperar y requirió una medida cautelar innovativa para que Isenbeck cese en la utilización de su marca.

Le tocó resolver al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal.

El juez expresó en cuanto a la publicidad comparativa que *“permite evitar el engaño por ocultamiento, característico de las prácticas publicitarias contemporáneas. Así, el consumidor no tiene un interés suficientemente concentrado como para incurrir en los gastos necesarios para hacer frente a ese tipo de engaños; los competidores sí. Frente a este panorama es la publicidad comparativa la que crea un mecanismo de incentivos para aumentar la transparencia del mercado y dar a éste no solo información positiva, seleccionada por aquellos a quienes tal información favorece, sino también información posiblemente contraria a quienes operan en los mercados”.*

Además, se refirió el magistrado a que la publicidad comparativa no provoca confusión y que si se causara algún daño a la otra marca recalca que ésa es la naturaleza de la competencia.

Y si bien hasta aquí parecía que a favor de los consumidores iba a rechazar el pedido de la medida cautelar, luego expone que las razones marcarias que presenta la actora provoca que se torne viable la imposición de la cautelar.

Expone como fundamento el Convenio de París, y pone en duda que el anuncio haya cumplido con los requisitos que debiera exigírsele a toda publicidad comparativa.

La actora había cumplido con los requisitos pertinentes para solicitar una medida cautelar, por lo que el juez resolvió ordenar a C.A.S.A Isenbeck el cese en la difusión no autorizada de la marca Quilmes.

Una vez firme la medida cautelar la demandada reemplaza en su mensaje publicitario la palabra Quilmes por un "Pip!", manteniendo la estructura anterior y esto ocasionó la ofuscación de Quilmes, la cual volvió a recurrir a los tribunales a fin de que cesen por completo estas publicaciones, a lo cual el juez resolvió ordenar a C.A.S.A Isenbeck el cese inmediato del uso de la marca Quilmes ya sea en forma expresa o tacita bajo apercibimiento de aplicarle una multa de \$10.000 diaria hasta que finalice con los actos motivos de la disputa.

Contra la decisión del a quo Isenbeck apela peticionando que se revoque la medida cautelar. Expone que Quilmes nunca acreditó la supuesta denigración y daño y que no hubo un uso comercial de la marca Quilmes sino solo una referencia.

También alude a que sólo se tuvo en cuenta la legislación marcaría y no el derecho a la libertad de expresión, el principio de legalidad, el derecho a ejercer industria lícita y el libre comercio, como así también el derecho a la libre competencia, todos protegidos por la Constitución Nacional y que es mas relevante la información que reciben los consumidores mediante esa publicidad antes que el malestar que le puede producir a Quilmes que se lo mencione en un comercial.

Resalta la empresa apelante que no puede considerarse denigratoria a la publicidad en ningún aspecto, ya que se enfatiza que "Quilmes es la cerveza que toma la mayoría" y que esto en modo algún perjudica a la marca, y cuando el anuncio expresa que Isenbeck es la mejor cerveza, remarca que es una frase muy utilizada y aceptada tanto entre los usos y costumbres comerciales como en el público consumidor e incluso recuerdan anteriores publicidades de Quilmes cuyo slogan era "la mejor cerveza".

A su vez, Quilmes declaró como falso un anuncio gráfico en el que se muestran dos etiquetas con los componentes de cada cerveza, llegando a la conclusión de que "Isenbeck es 100% cerveza", dejando entrever que Quilmes no lo es, y alude que la etiqueta que se muestra como de Quilmes ha sido fraguada y que su alusión a que Quilmes vence a los seis meses e Isenbeck al año es falso, ya que lo que Quilmes indica es que dentro de los seis meses son menores las alteraciones de sabor que pueden producirse y que Isenbeck falseó las etiquetas expuestas.

El tribunal enfatiza que la publicidad comparativa no se encuentra vedada de por sí en nuestro ordenamiento jurídico y solo será reprimida cuando se denigre o desacredite a la otra marca o cuando sea realizada de mala fe (ante lo cual se deberá demostrar que la publicidad contiene alguna falsedad), por lo cual si no se acreditan estos extremos la publicidad comparativa es legítima.

Luego de la detenida observación de la publicidad en cuestión el tribunal expresa que *“no está en discusión que aquí se hace mención de una marca ajena con reconocimiento de que otro es el titular, no se advierte “prima facie” que se la denigre o desacredite lesionando los derechos de su propietario. En efecto, de la repetida observación de ambas publicidades no surge que la demandada haya desmerecido a “Quilmes”, y ante esto descarta la posibilidad de aplicar el artículo 10 bis del Convenio de París y pone en duda el supuesto daño irreparable que se le podría ocasionar a Quilmes por el mensaje publicitario.*

Pero sí se controvierte la publicidad grafica en la que se exponían las supuestas etiquetas de cada botella, ya que no eran reales sino una imitación y si bien algunos datos son ciertos, otros eran omitidos y algunos eran denominados de distinta manera. Con respecto a este anuncio de comparación de etiquetas la sala expresó que: *“es susceptible de lesionar los legítimos derechos del titular de la marca mencionada sin autorización al intentar establecer la idea de que el producto de la accionada es superior, con fundamento en las inexactitudes señaladas. Una publicidad que pueda inducir a error al consumidor con relación a la composición o características del producto a fin de que, sobre esa base, tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, debe ser considerada como práctica comercial engañosa”.*

Con respecto a la apelación que realiza Isenbeck en relación al segundo reclamo judicial que interpuso Quilmes, la apelante expresa que cumplió con la medida cautelar impuesta por el juez y reemplazó la palabra Quilmes por un “Pip!”, y que eso es lo pudo hacer en el reducido tiempo – 8 días - que transcurrió desde la notificación de la medida cautelar hasta el nuevo reclamo interpuesto por la actora, y resalta que la ultima resolución fue una nueva medida cautelar en la cual no se cumplimentaron con los requisitos pertinentes (como la acreditación del peligro en la demora, una nueva contracautela y la posibilidad de un daño irreversible).

La Cámara opina que Isenbeck no cumplió con la orden impartida por el juez y que el reemplazar la palabra Quilmes por un “Pip!” no demuestra un acabado

cumplimiento de la cautelar porque el receptor del anuncio sabe que se está refiriendo a Quilmes (además de que continúa mostrando la chapita de la cerveza Quilmes Corona).

La Cámara revoca sin embargo la segunda resolución emitida por el juez Marcó ya que esta última expresó: *“que la accionada se abstuviera –en el futuro- de hacer referencia alguna a la marca “Quilmes” ya sea en forma expresa o tácita, explícita o implícita, tanto en la promoción como en la difusión de sus propios productos. Aquí el tribunal entiende que se está produciendo una especie de censura previa para futuros avisos y que no puede llegarse a esta extensión porque se estarían violando derechos constitucionales.*

Finalmente la Sala resolvió:

- 1) Hacer cesar a Isenbeck en la publicidad gráfica cuyo contenido es la comparación de las etiquetas de ambas cervezas.
- 2) Revocar la segunda resolución de fecha 16/06/2004 en lo referente a la ampliación en cuanto a futuros anuncios, y confirmarla en cuanto a la multa que se imponía por la desobediencia de la resolución principal.
- 3) Revocar la resolución en cuanto ordena el cese de la publicidad televisiva y continuar con la promoción del canje de tapitas.

Esta sentencia tiene una importancia trascendental en la temática de la publicidad comparativa, ya que su resultado es favorable a la utilización de la misma y a la utilización de marca ajena siempre que no ocasione confusión.

En definitiva, los tres jueces coinciden en que la publicidad comparativa es legítima siempre que no sea denigratoria ni desacredite a la otra marca, y no confunda al consumidor.

Este es un gran paso que deja abierto a las empresas la posibilidad de utilizar este tipo de publicidad sabiendo que los tribunales ya no juzgan del mismo modo que hace más de 30 años cuando Rolex venció a Orient.

Otro aspecto que a nuestro criterio merece destacarse es una encuesta realizada por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) luego del dictado de la sentencia, en la cual participaron 1.168 jóvenes⁵³.

⁵³ Obtenido en la WWW <http://www.uces.edu.ar/publicaciones/isenbeck.php>.

Las conclusiones del resultado del cuestionario fueron las siguientes:

La mayoría está de acuerdo con el resultado del litigio y con la aceptación de la publicidad comparativa, incluso permitiendo la utilización de marca ajena (publicidad comparativa directa) siempre que no se denigre a la competencia.

CONSIDERACIONES SOBRE LA EVOLUCION JURISPRUDENCIAL

Es indudable el progreso que ha tenido en materia jurisprudencial la publicidad comparativa.

Lejos quedó aquel fallo de 1971 donde ni siquiera se discutió sobre los beneficios que produce la admisión de este tipo de publicidad, y de manera lenta pero firme las decisiones judiciales fueron adaptándose a las nuevas tendencias mundiales y a encontrar en esta modalidad publicitaria una fuente de información que favorece al consumidor.

Estamos frente a un cambio trascendental que da inicio a una nueva etapa en la historia de la publicidad comparativa en Argentina, respaldada por la resolución del fallo Quilmes c/ Isenbeck, en el cual, como hemos visto, se autoriza a nombrar a la marca de la competencia siempre que no se preste a confusión ni engaño.

Creemos que llegó el momento de darle un efectivo marco legal a la publicidad comparativa, siendo que ésta ya ha recibido los elogios por parte de muchos autores, la aprobación por la sociedad, las resoluciones favorables por parte de algunos tribunales y admisión de la misma a nivel internacional.

CAPITULO IV
DERECHO COMPARADO

DERECHO COMPARADO

Describir el tratamiento legal que otorgan otros países a la publicidad comparativa es beneficioso no sólo para conocer la tendencia actual sino también para tomar ideas provechosas para la sociedad y adaptarlas a nuestro ordenamiento jurídico.

Con ese objetivo, en este capítulo reseñaremos la postura que han adoptado Estados Unidos – precursor en materia de publicidad comparativa -, la Unión Europea, y dentro de ella un apartado especial merece Alemania por su prohibición durante casi 70 años de la publicidad comparativa y el Reino Unido que, por el contrario, siempre tuvo una tendencia a favor de este tipo de publicidad. Además, destacaremos la legislación de España, teniendo en cuenta la idiosincrasia similar a la de nuestro país.

Por último, haremos mención al régimen sobre publicidad comparativa de países latinoamericanos como Brasil, Uruguay y Perú.

Estados Unidos

El precursor en materia de publicidad comparativa fue Estados Unidos, quien tiene antecedentes de esta práctica desde 1930.

En este país juega un papel trascendental la Federal Trade Commission (creada en 1914), cuya misión es defender los derechos del consumidor, promoviendo todo tipo de herramientas que colaboren con la provisión de información y protección sobre prácticas engañosas, fomentando además la libre competencia.

La Comisión alienta la utilización de publicidad comparativa, siempre que no sea engañosa y su contenido sea claro, con la clara convicción de que coopera con el perfeccionamiento de los productos y reducción de precios, incluso admite el descrédito de la marca ajena si lo que se expresa es verdadero y no induce a engaño⁵⁴.

⁵⁴ Paredes, Ricardo, “Fundamentos para la regulación de la publicidad comparativa”, p.79, Revista Abante, Vol. 7, N° 1, Abril de 2004.

Si se originara algún conflicto entre empresas por una publicidad falsa o engañosa, será el anunciante el que deberá demostrar que su publicidad es verídica (inversión de la carga probatoria).

Sin embargo, quienes en un principio obstaculizaron la emisión de publicidades comparativas fueron algunas cadenas televisivas como CBS Y LA ABC, las cuales hasta 1971 no reproducían las publicidades que nombraban a la competencia. Esto sucedió hasta que la FTC en 1972 se expidió sobre las bondades de la publicidad competencia, momento en el cual esas cadenas comenzaron a emitir publicidades comparativas, uniéndose a la postura que había mantenido la NBC, quien hasta el momento era la única que permitía publicar anuncios con comparaciones⁵⁵.

Si bien la publicidad comparativa es aceptada y valorada en USA, hay mecanismos de control para proteger al consumidor. Así, según expresa Salvador del Barrio García⁵⁶, la American Association of Advertising Agencies (AAAA), desde el momento de la creación de la publicidad se le hace un control sobre el cumplimiento de mínimos requisito del deber de no engañar y otros deberes éticos y legales.

Además cuentan con el Council of Better Business Bureaus (Consejo de oficinas para mejorar negocios) de cuyo seno se desprendieron dos mecanismos de control: la National Advertising Division (NAD) que controla los anuncios que se emiten por cualquier medio de comunicación y la National Advertising Review Board (NARB) en donde se tratan las apelaciones que se interponen por decisiones tomadas por la NAD.

Si bien estos mecanismos no tienen fuerza legal, son muy respetados por parte de las agencias publicitarias, y en general se acatan sus decisiones.

Los lineamientos de la NARB sobre publicidad comparativa son: pruebas claras sobre la superioridad del producto, no expresar la superioridad general de un producto sobre otro cuando solo se pruebe una de sus características, la comparación debe ser hecha entre productos de la misma categoría, la comparaciones deben ser justas y no exageradas.

⁵⁵ Salvador del Barrio García, ob.cit., p. 60 – 61.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 62- 63.

Unión Europea

El 23 de octubre de 1997 el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea dictan la directiva 97/55/CE sobre publicidad comparativa, lo cual era un proyecto pendiente desde hacia varios años.

En sus considerandos se hace referencia a la necesidad de tener una regulación uniforme entre los países miembros sobre la publicidad comparativa, teniendo en cuenta que la misma trasciende las fronteras, colabora con los consumidores en la demostración de ventajas de un producto sobre otro y estimula la competencia.

Se destaca el derecho básico de los consumidores a la información y que la publicidad comparativa es una manera legítima de informar a los consumidores.

Con este fin, se dispone que los países miembros de la UE tendrán un plazo de 30 meses para adaptar a sus legislaciones la licitud de la publicidad comparativa bajo las condiciones que dispone la directiva.

La Directiva define a la publicidad comparativa como “toda publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor”. De esta manera, se adopta el concepto amplio de publicidad comparativa.

La publicidad comparativa será lícita cuando:

- a) No sea engañosa;
- b) Compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad;
- c) Compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio;
- d) No dé lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor;
- e) No desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor;

f) Se refiera en cada caso, en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación;

g) No saque indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores;

h) No presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos.

Esta directiva admite la comparación de precios y la comparación de calidad⁵⁷, siempre respetando los requisitos expuestos.

Alemania

La apreciación que tuvo la publicidad comparativa en este país no fue constante. En un principio, con motivo del liberalismo económico, este tipo de publicidad fue vista con aprobación, pero a partir de 1925 comenzó a cambiar el criterio.

Hasta la aprobación de la Directiva de la Unión Europea, si bien Alemania no contaba con ninguna legislación específica sobre publicidad comparativa, ésta no era bien vista, y para justificar su postura se basaban en la legislación sobre competencia desleal, la cual prohíbe todos los actos contrarios a las prácticas honestas, y desde la década del 30 (a partir del caso Hellegold) se consideró a la publicidad comparativa como contraria a las buenas costumbres y violatoria de la ley sobre competencia desleal⁵⁸.

Luego de la directiva de la Unión Europea, los tribunales debieron adaptarse a la misma y ya en 1998 la jurisprudencia hizo un cambio trascendental y significativo al fallar en el caso "Testpreis – Angebot" a favor de la publicidad comparativa.

⁵⁷ Burkhart Menke, "Publicidad comparativa, nuevas modalidades en Europa", LL, 1999, C, p. 905.

⁵⁸ *Ibíd.* p. 905.

Reino Unido

En el Reino Unido, el uso de la publicidad comparativa ha sido en general aceptado. Este Estado cuenta con un Código de Práctica Publicitaria que se basa en tres principios para considerar leal a una publicidad. Ellos son⁵⁹:

- 1) Todos los anuncios serán legales, decentes, honestos y veraces.
- 2) Todos los anuncios se prepararán con sentido de la responsabilidad, tanto hacia el consumidor como hacia la sociedad.
- 3) Todos los anuncios se atenderán a los principios de la competencia honesta generalmente aceptados en el sector.

Se acepta la publicidad comparativa, considerándola parte de la libre competencia y del principio de difusión de la información pública.

En relación con las restricciones a esta modalidad publicitaria el Código expresa que se debe tratar equitativamente a todos los competidores y no deben desacreditar a la competencia.

España

Para realizar una breve reseña histórica sobre la publicidad comparativa en este país, hay que tener en cuenta que recién en 1988 se dicta la ley general de publicidad. Hasta ese momento, la publicidad comparativa era vista con recelo, y por lo tanto se la consideraba ilícita.

Al sancionarse la ley 34/1988 comienza a avizorarse un nuevo horizonte para la publicidad comparativa, al establecer el artículo 6: La publicidad comparativa será considerada desleal “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”.

En el año 2002, la citada ley sufre modificaciones, de las cuales derivan los siguientes cambios:

⁵⁹ Woodroffe, “Publicidad comparativa, ¿un buen negocio para los consumidores?”, Universidad Brunel (Londres), p. 23.

Agrega que aquellos “productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación”, además expresa la prohibición de imitar otros productos con marca o nombre comercial protegido.

Por ultimo, agrega un inciso con referencia a las ofertas especiales, en las cuales deberá constar la fecha de inicio y finalización, y prohíbe sacar una ventaja indebida de la competencia.

Como vemos, la nueva ley amplió algunas restricciones y retiró, con total acierto, la prohibición de que se contrapongan bienes o servicios con otros desconocidos o de limitada participación en el mercado”. Creemos que mientras un producto o servicio esté en el mercado, por más que no acapare una significativa porción del mismo o no sea conocido masivamente, de todas formas puede ser utilizado en una comparación, ya que está al alcance del público.

Brasil

La reglamentación en este país sobre la publicidad comparativa es relativamente similar al nuestro.

Sin contar con ninguna legislación específica, se aprobó en 1978 el Código brasileño de autorregulación publicitaria, el cual en relación con la publicidad comparativa expresa que debe ser veraz, objetiva, comprobable, la comparación debe ser entre productos de la misma época, no debe provocar confusión ni denigración, no debe utilizar injustificadamente el prestigio de la competencia, y expresa que si las comparaciones son de productos de precios distintos debe ser indicado en el anuncio⁶⁰.

A nivel legislativo la publicidad se rige por el Código de defensa del consumidor, la cual no tiene una referencia expresa sobre publicidad comparativa, sino alusiones generales sobre prohibición de publicidad engañosa y abusiva.

⁶⁰ Alonso, Fernando Martín, “Publicidad comparativa”, LL, 1991 - C, p. 539, con cita de Bulgarelli (profesor de la Universidad de San Pablo).

Uruguay

En este país, la ley de defensa del consumidor 17.250 recepta expresamente la publicidad comparativa, con el requisito de que sea objetiva y que la comparación sea pasible de verificación. Así, el artículo 25 de la citada ley dice:

Artículo 25: La publicidad comparativa será permitida siempre que se base en la objetividad de la comparación y no se funde en datos subjetivos, de carácter psicológico o emocional; y que la comparación sea pasible de comprobación.

En el artículo siguiente la ley expresa que la carga de la prueba corresponde al anunciante, el cual deberá probar la exactitud y veracidad de su mensaje.

Perú

En Perú, el decreto 691 es el que regula la publicidad. En el artículo 8 se considera legítima a la publicidad comparativa. Textualmente la norma dice:

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

El tribunal administrativo de Perú dejó sentado que si no se cumplen con todas las condiciones requeridas en el artículo 8, no se determina la irregularidad del anuncio, sino que no se la considera publicidad comparativa⁶¹.

Cabe destacar asimismo, que es una de las pocas legislaciones que permite expresamente el humor, la fantasía y la exageración en los anuncios publicitarios.

En el 2007 se actualizó el Código de ética publicitaria de Perú, y sobre la publicidad comparativa destaca que:

⁶¹ Barreda Moller, “Publicidad comparativa y publicidad de medicamentos y recursos terapéuticos naturales, nuevos lineamientos”, Agosto de 1998, obtenido en la WWW http://www.barreda.com.pe/store/publicaciones/20/Agosto_1998.pdf.

Artículo 19° Publicidad Comparativa

Las comparaciones en la publicidad son permitidas en tanto que promueven la competencia y permitan que los consumidores lleven a cabo decisiones de compra más informadas.

Será válida toda publicidad comparativa que confronte de modo objetivo características verificables de bienes y servicios, y que:

1. No sea engañosa
2. No pueda dar lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos, los bienes o servicios del anunciante y los de su competidor,
3. No cause descrédito, denigración o menosprecio al competidor, sus productos o servicios;
4. No tenga por objeto la personalidad o la situación personal de un competidor

La publicidad comparativa no podrá contener alegaciones subjetivas.

Toda comparación debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados. Es decir, aquellos a partir de los cuales los consumidores determinan su decisión de compra.

CONSIDERACIONES SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

A través de la reseña que hemos realizado sobre la visión, legislación y evolución en el derecho comparado sobre la publicidad comparativa, podemos observar, que un país capitalista y liberal como Estados Unidos acepta la publicidad comparativa desde sus comienzos, y aunque no contenga una ley específica en la materia no cabe duda de su licitud, poniendo en manos de la Federal Trade Commission todo lo relativo a la defensa de los consumidores y la competencia.

En Europa se han visto posiciones dispares y antagónicas, desde países conservadores como Alemania que tiene una larga data de posición contraria a este tipo de publicidad, hasta aquellos que la han aceptado sin mayores resguardos. Es

valorable la Directiva 97/55/CE que unificó los criterios, otorgando un plazo razonable para que los Estados puedan adaptar la directiva a sus legislaciones, y creemos que otorga mayor seguridad jurídica, ya que la publicidad traspasa fronteras y sería absurdo que en países miembros de una integración tan fuerte como lo es la Unión europea sea permitida en algunos y castigada en otros.

En cuanto a América latina, salvo Brasil, el cuál pareciera tener una cuenta pendiente en esta temática, creemos ver un avance incuestionable en países como Perú y Uruguay, los cuales se han ocupado de la publicidad comparativa, imponiendo restricciones similares a las de la Unión Europea.

CAPITULO V
PROYECTO DE LEY

PROYECTO DE LEY

Luego de haber analizado a la publicidad comparativa desde sus puntos de vista positivos y negativos, de estudiar los litigios originados en nuestro país a causa de este tipo de publicidad, y de haber reseñado el tratamiento que le dan a esta temática en otros países, ha llegado el momento de presentar el proyecto de ley para que la publicidad comparativa deje de ser un tema pendiente en la legislación argentina. Es nuestro objetivo rescatar lo mejor de esta modalidad publicitaria, favoreciendo a la libertad de mercado y a los consumidores, y condicionarla a ciertos requisitos para proteger los intereses de la competencia.

La presentación de proyectos de ley a través del sistema de Iniciativa popular

En nuestro país los proyectos de ley pueden ser presentados, según el artículo 77 de la Constitución Nacional, por cualquiera de los miembros de las Cámaras del Congreso que integran el Poder Legislativo o a iniciativa del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, con la reforma constitucional de 1994, se ha incorporado el artículo 39, el cual consagra una forma de democracia semidirecta y habilita el “derecho de iniciativa de los ciudadanos” para proponer proyectos de ley en la Cámara de Diputados.

Este derecho de iniciativa popular viene a consagrar la participación ciudadana en la creación de leyes, y si bien el artículo 22 expresa que el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes, esta nueva disposición impulsa a que el pueblo no solo pueda expresarse a través del voto, sino también participar de manera activa en las leyes que nos rigen.

Textualmente el artículo 39 de la Constitución expresa:

ARTICULO 39: Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses.

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por

ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa. No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

El constituyente procuró “evitar que el derecho de iniciativa se esterilice en una mera propuesta de quienes lo ejerzan”⁶², y es por esto que impone al Congreso a otorgarle tratamiento al proyecto dentro del término de 12 meses.

Además, la Constitución exige que el Congreso dicte una ley que reglamente este derecho. Así, en 1996 se dictó la ley 24.747 de Iniciativa legislativa popular, la cual en sus aspectos más relevantes nos indica el procedimiento para que un ciudadano o un grupo de ciudadanos presenten un proyecto de ley, y lo reseñamos de esta manera:

- a) El objeto del proyecto de ley podrá ser de cualquier índole, salvo los expresamente prohibidos por la Constitución (reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.)
- b) La iniciativa popular requerirá por lo menos la firma del 1,5 % del padrón electoral utilizado para la última elección de diputados nacionales y deberá representar por lo menos a seis distritos electorales. Cuando la materia de la iniciativa sea de alcance regional el requisito del porcentual se cumplirá considerando únicamente el padrón electoral del total de las provincias que componen dicha región (cabe destacar que la Constitución Nacional dispone que podrá exigirse un máximo del 3% de firmas del padrón electoral nacional, con lo cual creemos que la ley beneficia a la sociedad al exigir el 1, 5 %, facilitando la utilización de este medio en la proposición de proyectos de ley).
- c) La iniciativa popular se presentará en la mesa de entradas de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, por escrito, en términos claros y en forma de ley, además debe acompañarse la exposición de motivos fundada, nombre y domicilio de los promotores de la iniciativa y descripción de gastos y fuentes de las cuales prevendrán los recursos necesarios para la etapa previa a la presentación del proyecto en la Cámara de Diputados. Además, se presentaran los pliegos con las firmas requeridas, de las cuales al menos el

⁶² Bidart Campos, Germán, “Manual de la constitución reformada”, p. 272, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1997.

0,5 % de ellas serán verificadas para asegurar su autenticidad por la Justicia Electoral.

- d) La comisión de asuntos constitucionales cuenta con 20 días hábiles para expedirse sobre la admisibilidad formal de la petición. Si es rechazada no se admite recurso alguno.
- e) Admitido el proyecto, la Cámara cuenta con el plazo de doce meses para darle efectivo tratamiento.

Teniendo en cuenta que gran parte de la sociedad desconoce esta herramienta de participación popular, creemos que se debe incentivar esta forma de democracia semidirecta, ya que constituye un pilar fundamental para que los ciudadanos puedan llevar al Congreso aquellos temas de interés que aun no tienen tratamiento legislativo, como lo es el otorgamiento de un efectivo marco legal a la publicidad comparativa.

A continuación presentaremos los fundamentos de nuestro proyecto de ley para la legislación de la publicidad comparativa.

Fundamentos

Sr. Presidente:

Desde finales del siglo XX existe una marcada tendencia hacia el consumismo, en el cual la sociedad, sin distinguir clases sociales, se ve en la necesidad de adquirir constantemente productos y servicios que el mundo actual le ofrece y también le exige.

Los avances tecnológicos en cuanto a productos alimenticios, electrónicos, de limpieza, etcétera, han hecho que aparezcan en el mercado diversidad de artículos, que mejoran la calidad de vida de los habitantes e incrementan la productividad.

El consumidor tiene el indiscutible derecho a informarse y a elegir qué productos o servicios adquirir de acuerdo a las condiciones que estos ofrezcan, y por otro lado cualquier persona tiene derecho a ejercer el comercio, constituyendo el sistema de libre mercado.

La sociedad, a través del libre juego de la oferta y la demanda, determina qué bienes subsisten en el mercado, su cantidad y el precio al que se vende, y esto asume mayor trascendencia en un mercado competitivo en el cual las empresas deben esforzarse aun más ya que, casi siempre, hay varios competidores que ofrecen un producto similar.

Teniendo en cuenta que el nivel de vida de un país depende de su productividad, es decir de la capacidad que tenga para producir bienes y servicios, es necesario fomentar la competencia para obtener como resultado mejor calidad, mejores precios y mayor pluralidad de bienes y servicios; esto redundará en un mercado eficiente.

En este panorama, la publicidad comparativa asume un rol esencial. No sólo aumenta considerablemente la información, provocando que el consumidor realice una elección racional, sino que además incentiva la competencia, la transparencia de mercado, y colabora con el ingreso de nuevas empresas, repercutiendo favorablemente en la economía, y fortaleciendo la ley de defensa de la competencia que prohíbe restringir o limitar la misma.

La publicidad comparativa contiene múltiples beneficios y merece tener un lugar en la legislación argentina, que disipe las dudas sobre su licitud y al mismo tiempo imponga límites para disminuir sus riesgos.

Permitir este tipo de publicidad es dar un paso adelante, que lo exige la sociedad moderna, y con el cual se consolidan derechos constitucionales como el de la libertad de expresión, el de derecho a la información, a ejercer la industria y el comercio y colocar al país en el concierto legislativo actual.

Es nuestro objetivo realizar un proyecto de ley en el cual se regule la publicidad comparativa, se la legitime, y en ciertos supuestos se la incentive, teniendo en cuenta que hay veces que las comparaciones deben ser fomentadas cuando sean a favor del consumidor, y por supuesto someterla a ciertos requisitos.

Honorable Congreso de la Nación

PROYECTO DE LEY

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación.

PUBLICIDAD COMPARATIVA

ARTICULO 1º - El objeto de la presente ley es regular la publicidad comparativa, considerándola una práctica publicitaria lícita.

ARTICULO 2º - Se entiende por publicidad comparativa todo anuncio publicitario de bienes o servicios que contenga alusiones explícitas o implícitas a otras marcas, distinguiéndolas por su precio, calidad, resultados, forma de elaboración o beneficios adicionales que posean.

ARTICULO 3º - Se considerará lícita toda publicidad comparativa, salvo que contenga expresamente alguna de estas características:

- a) Contenga frases que denigren a la competencia;
- b) Provoque confusión acerca de quien es el anunciante de la publicidad;
- c) Contenga comparaciones imposibles de demostrar;
- d) Sea engañosa;
- e) Contenga datos falsos;
- f) Compare productos o servicios que no tengan la misma finalidad;
- g) Se base en comparaciones subjetivas.

ARTICULO 4º - El competidor que tuviere algún tipo de información sobre la competencia que pudiere serle de utilidad al público consumidor podrá dar conocimiento de esta situación mediante la utilización de la publicidad comparativa.

ARTICULO 5º - La publicidad comparativa que contenga estadísticas o encuestas, deberá revelar la fuente mediante la cual se obtuvieron esos datos.

ARTICULO 6º - Asimismo, la publicidad comparativa que contenga comparaciones de precios con otras marcas, deberá indicar la fecha en que comienza esa oferta y la fecha en la que concluye, si es que la misma fuera por un tiempo determinado.

ARTICULO 7º - El órgano de aplicación de la presente ley será la Secretaria de Comercio que depende del Poder Ejecutivo Nacional. A tal efecto el P.E. procederá a su reglamentación dentro de los noventa días de promulgada la presente y podrá aplicar sanciones que van desde el cese de la emisión de la publicidad hasta la imposición de multas de hasta Un millón pesos \$ 1.000.000.-

ARTICULO 8º - De forma.

CONCLUSION

Las nuevas tendencias en materia publicitaria y comercial deben plasmarse en leyes claras que las regulen y sean elaboradas en función del progreso económico y social.

La publicidad comparativa, si bien se presenta como un fenómeno que surgió hace varias décadas, continúa estando en la mira por ser una herramienta publicitaria cuyo uso se hace cada vez más cotidiano por empresas y agencias de publicidad y que carece en nuestro país de una regulación específica.

Este tipo de publicidad ha sido objeto de duras críticas y a la vez grandes elogios, dividiendo a la doctrina y jurisprudencia. Estas concepciones fueron producto del contexto social de cada época. Así, en un principio fue rechazada por ser el empresario una figura a la cual se la protegía sobremanera y se consideraba desleal cualquier acto que pudiese ocasionarle algún desprestigio. Pero con el pasar de los años y con la llegada del modelo social, comienza a ocupar un lugar destacado el consumidor, por ser el sujeto más débil que requiere mayor protección frente a las grandes industrias.

El empresariado es una pieza clave en cualquier país, ya que impulsa su desarrollo y mejora la calidad de vida de sus habitantes, y el consumidor es su principal protagonista, ya que es el que elige y adquiere sus productos o servicios, determinando en definitiva que empresas continúan y cuales no.

En este sentido pensamos que la publicidad comparativa viene a posicionarse como un aliado del consumidor y del empresario, ya que por un lado brinda múltiples beneficios al primero, como mayor información, disminución de las probabilidades de ser víctima de un engaño, productos o servicios más eficientes, etc, y por el otro permite quitar las barreras de entrada a nuevas empresas que intentan ingresar al mercado competitivo y permite demostrar por qué lo que ofrecen es mejor en relación a otros. Además, la publicidad comparativa consolida el derecho a la libertad de expresión e incentiva a las industrias a superarse día a día.

En nuestro país, la discusión en torno a la publicidad comparativa surgió en 1971 con el enfrentamiento judicial de Rolex y Orient originado por una publicidad comparativa. En ese momento no hubo dudas sobre la ilicitud de esta práctica publicitaria y tuvieron que pasar varios años para que otra empresa se animara a volver a utilizarla.

Años más tarde, con el caso Tango, comienza a observarse a la publicidad comparativa desde otro punto de vista, rescatando de ella que la información que se brinda, si es veraz y objetiva, es de gran ayuda para el consumidor, y aunque en esta oportunidad la publicidad comparativa nuevamente resultó vencida, el voto del Dr. Farrell dejó una puerta abierta hacia la admisión de la misma.

El desafío Pepsi, después de idas y venidas, llega a la Corte Suprema, oportunidad en la cual si bien no se hizo referencia expresa a la publicidad comparativa, rechaza la medida cautelar interpuesta por The Coca Cola Company, por la cual Pepsi había tenido que cesar con la campaña publicitaria. Esta resolución indica que para la Corte el desafío Pepsi no vulneraba derechos y que no había razones para impedir que siguiera su curso.

Sin embargo, el fallo que viene a dar un giro trascendental a la publicidad comparativa en Argentina es el que tuvo como parte a Quilmes e Isenbeck, en el cual el tribunal, por voto unánime, permite la publicidad comparativa y la utilización de marca ajena en este tipo de publicidades.

En cuanto al derecho comparado, hemos destacado a Estados Unidos, país en el cual la publicidad comparativa es de uso habitual por empresas y agencias publicitarias y la Unión Europea, que en 1997 decidió apostar a una directiva que unifique los criterios de los estados miembros, legalizando la publicidad comparativa.

En Latinoamérica, si bien varios países todavía no han definido su postura en cuanto a este tipo de publicidad, hay otros que la han legislado y aceptado, y esta es la tendencia actual.

El proyecto de ley que hemos realizado procura equilibrar los intereses del sector empresarial y del público consumidor, permitiendo su uso para colaborar con los clientes en la toma de decisiones y fomentar la transparencia de mercado, y por otro lado restringiéndola en casos específicos y de interpretación restrictiva, en los cuales se puede dañar al consumidor o a la competencia.

En definitiva, entendemos la publicidad comparativa como una herramienta positiva para la promoción de productos y servicios que es acreedora de una legislación que la regule y que disipe dudas sobre su utilización y sus límites.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

- ALONSO, FERNANDO MARTÍN, *"Publicidad comparativa"*, LL, 1991 - C.
- ARACAMA ZORRAQUIN, ERNESTO, *"Medios distintivos y publicidad comparativa"*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1989.
- BARREDA MOLLER, *"Publicidad comparativa y publicidad de medicamentos y recursos terapéuticos naturales, nuevos lineamientos"*, Agosto de 1998, obtenido en la WWW http://www.barreda.com.pe/store/publicaciones/20/Agosto_1998.pdf
- BECERRA FERRER, HARO, MOONEY, *"Manual de derecho constitucional"*, Córdoba, Editorial Advocatus, 1999.
- BIDART CAMPOS, GERMAN, *"Manual de la constitución reformada"*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1997.
- BORDA, *"Manual de Contratos"*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2000.
- BURKHART MENKE, *"La publicidad Comparativa"*, LL, 1995 - A.
- BURKHART MENKE, *"Publicidad comparativa, nuevas modalidades en Europa"*, LL, 1999- C.
- CARRIQUIRI, ANA; DÍAZ PALACIOS, EUGENIA; GUERSI, CARLOS ALBERTO, *"Derechos y Responsabilidades de las empresas y consumidores"*, Buenos Aires, Editorial Organización Mora Libros, 1994.
- DOUGLAS, B. HOLT, JOHN A. QUELCH, EARL L. TAYLOR, *"Cómo compiten las marcas globales"*, Harvard Business Review, Septiembre 2004.
- GALLO, MARCELO, *"Publicidad Comparativa, El Desafío Peps"*, obtenido en la WWW <http://www.abeledogottheil.com.ar/publicaciones/Artipro4.pdf>
- GONZÁLEZ JOAQUÍN, *"Manual de la Constitución Argentina"*, Buenos Aires, Editorial Angel Estrada y Cía, 1897.
- GOZAINI, OSVALDO ALFREDO, *"Protección procesal del usuario y consumidor"*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal – Culzoni.
- LÓPEZ, CLAUDIA IDA MÓNICA, *"Propaganda comparativa, ¿Información leal o denigración del rival?"* LL, 1992 - A.
- LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Contratos parte especial*, Tomo II, Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 2003.
- MANKIW, GREGORY N, *"Principios de Economía"*, 1º Edición en castellano, Madrid, Editorial Mc Graw Hill, 1998.

- MÁRQUEZ ALURRALDE, “*Régimen jurídico de las comunicaciones*”, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1986.
- MIGUEL LUIS ALBERTO, “*La publicidad, un fenómeno jurídico. Su análisis desde el derecho de la competencia, la lealtad comercial y la defensa del consumidor*”, Revista de la Universidad Católica de Santiago del Estero nº 33, junio de 2003.
- MUGUILLO, ROBERTO ALFREDO, “*Publicidad*”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005.
- NUÑEZ, RICARDO, “*Manual de Derecho Penal*”, parte especial, Córdoba, Editorial Lerner.
- O’ FARREL ERNESTO, “*La Publicidad Comparativa en la Cámara Federal en lo Civil y Comercial*, LL, 1994 –C.
- O’ FARREL MIGUEL, “*La publicidad comparativa en el derecho argentino*”, LL, 1995 - E.
- OTAMENDI, JORGE, “*Derecho de marcas*”, Sexta edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2006.
- OTAMENDI, JORGE, “*Publicidad comparativa, un cambio de tendencia?*” LL, 1994 - C.
- OTAMENDI, JORGE, “*La competencia desleal*” Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, obtenido en http://www.palermo.eduderechorevista_juridicapub_a3n2.html
- PAPAYANNIS, DIEGO M, “*Daño injusto y compensación en la publicidad comparativa*”, University of Girona, Working Papers series, 2010.
- PAREDES, RICARDO, “*Fundamentos para la regulación de la publicidad comparativa*”, Revista Abante, Vol. 7, Nº 1, Abril de 2004.
- RIPPE KAISER & DANIEL GERMÁN, “*Publicidad comparativa y competencia desleal*”, Anuario de Derecho Comercial, t. 8.
- RODRÍGUEZ – BOBADA REY, “*Eficacia de la publicidad comparativa: una revisión desde la perspectiva del modelo de jerarquía de efectos*”, Universidad de Sevilla.
- RUIZ MARTINEZ, ESTEBAN, “*Los informes comerciales y el derecho a la información*”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000.
- SALVADOR DEL BARRIO GARCÍA, “*La publicidad comparativa. Situación actual y análisis*”, España, Editorial Financial Times prentice Hall, 2002.
- SPOLANSKY, NORBERTO, “*El delito de competencia y el mercado competitivo*”, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 1997.
- STIGLITZ, GABRIEL, “*Protección jurídica del consumidor*”, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1986.
- TINTI, GUILLERMO PEDRO, “*Derecho del consumidor*”, Buenos Aires, Editorial Alveroni, 2001.
- WOODROFFE, *Publicidad comparativa, ¿Un buen negocio para los consumidores?*, Universidad Brunel (Londres).
- ZAPIOLA GUERRICO, “*La publicidad comparativa*” (aspectos jurídicos), LL 1988 C.

LEGISLACION

Código Civil de la Republica Argentina.
Código de Defensa del Consumidor de Brasil.
Código Penal de la Republica Argentina.
Constitución Nacional de la Republica Argentina.
Convenio de Paris para la protección de la propiedad industrial.
Directiva 97/55/CE de la Unión Europea.
Ley de Defensa de la Competencia 25.156.
Ley de Defensa del consumidor 24.240 y modificatorias.
Ley de Defensa del consumidor uruguayo 17.250.
Ley de Iniciativa Popular 27.747
Ley de Lealtad Comercial 22.802.
Ley de Marcas 22.362.
Ley Española 39/2002.

JURISPRIDENCIA

Relojes Rolex S.A c/ Orient S.A y otro, Cámara Nacional Federal y Contencioso Administrativa, Sala Civil y Comercial Nº 2, Año 1971.
Axoft Argentina S.A. c/. megasistemas S.A, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, 30/12/1993.
The Coca Cola Company y otros, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 22/10/1993.
The Coca Cola Company y otros, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 01/11/1993.
The Coca Cola Company y otros s/ medidas cautelares, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Recursos de hecho, Buenos Aires, 12/09/1995.
Cervecería y Maltería Quilmes c/ Casa Isenbeck s/ incidente de apelación, Juzgado Nº 8 Secretaría Nº 16, Buenos Aires, 19 de mayo de 2005.

ANEXOS

RELOJES ROLEX S.A C/ ORIENT S.A Y OTRO

2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, diciembre 30 de 1971.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El Dr. Carneiro dijo:

1. A fs. 34 Relojes Rolex Argentina (S.A.) demandó a Orient (S.A.), sin precisar monto, por daño material y moral, derivados de la publicidad efectuada desde mediados de junio de 1970 respecto del reloj "Orient", utilizando el nombre, la marca, el emblema y una fotografía del reloj "Rolex", ya que tenía por fin desviar la atención de posibles adquirentes de éste hacia el primero; pretendía imponerlo en el mercado invocando la igualdad de calidad de ambos y el menor precio y mayor plazo de garantía del reloj "Orient". A fs. 30 amplió la demanda contra Mc Carn Erickson Corporation (S.A.), empresa que tuvo a su cargo la publicidad, contra quien pidió condena solidaria. Precisó que los daños sufridos debían guardar proporción con el costo de la campaña publicitaria de la demandada.

A fs. 111 contestó Mc Carn Erickson, opuso la defensa de falta de acción pues fue intermediaria cumpliendo con la publicidad que le encomendara Orient (S.A.); sostuvo, además, que no obró con intención de dañar a la actora, sino con la de poner de relieve las cualidades del reloj Rolex cuyo mercado es de capacidad adquisitiva superior a la de los relojes Orient. Tampoco se cometió ninguna infracción a la ley 3975 , pues no usó el nombre comercial de la actora, la marca, emblema y fotografía del Rolex como propia. Agregó que no justificó la demandante la titularidad de la marca y no sufrió daño resarcible.

A fs. 132 respondió Orient (S.A.) y negó la titularidad de la marca, nombre, enseña o insignia "Rolex" que invocó la actora, y admitió que Mc Carn Erickson fue quien decidió escoger la forma de publicidad. Negó toda intención de dañar y que se hubiesen producido perjuicios.

La sentencia del juez rechazó la demanda e impuso las costas por su orden. Desestimó la falta de acción de la codemanda Mac Carn Erickson por ser quien programó la campaña publicitaria. Consideró que la propaganda no tuvo por fin

desviar la eventual clientela de la actora hacia la demandada; si bien no estaba estrictamente comprendida en las normas de la ley 3975 , violaba el art. 953 CCiv., pues significaba competencia desleal, repugnante a la moral y buenas costumbres, pero entendió que no existía prueba del daño sufrido, pues no se demostró que se efectuara una contracampaña publicitaria por la actora para contrarrestar la de la demandada y tampoco la disminución de las ventas de los relojes "Rolex". En cuanto el daño moral, no se probó -frente a la negativa del responde- cuál era la actividad de la sociedad actora quien no tiene inscripta la marca y no acreditó su uso en los relojes "Rolex".

Contra este pronunciamiento se agravian las partes.

La actora pidió se revocara la sentencia porque según se desprende de su denominación es una sociedad anónima argentina que se dedica a importar relojes Rolex, y por ende encargada de defender los intereses afectados, corroborado por el cable que le remitieran los demandados, por ser la única que defendió los intereses de Rolex y porque no demostró la existencia de otras sociedades con ese nombre y objeto. Sin mencionar monto pidió que se fijasen los daños. Sus agravios fueron contestados a fs. 463/470 y 471/474.

La codemandada Orient (S.A.) pidió se revocara la sentencia en cuanto no impusieron las costas por su orden pues la actora no demostró tener interés jurídicamente relevante al no haber probado ser titular o usuaria de la marca.

Mc Carn Erickson Corporation (S.A.) fundada en similares razones y en la inexistencia de intención de perjudicar y de daño, pidió se revocase la forma de imposición de costas. Pero insistió en que se declarara procedente la falta de acción. Los agravios de ambas también fueron contestados a fs. 476 y 477/478.

2. El recurso de la actora: a) Creo como el juez que las demandadas han cometido un acto de concurrencia desleal al iniciar una campaña publicitaria para imponer una marca de reloj comparándola con otra ya conocida, y sin contar con el consentimiento de su titular. Este solo hecho es suficiente, sin que sea menester analizar si en el parangón resultaban puestos de manifiesto, las bondades del producto comparado o no (conf. C. Fed. Cap., LL 24-494) o si resultaba beneficiado

con una publicidad gratuita, o si por tratarse de diferentes mercados no habría interferencias, para mí no interesa. Otra solución importaría abrir la puerta a todo tipo de especulaciones sobre los eventuales alcances de las palabras y su comprensión por tan diverso público a quienes van dirigidas; los más simples tendrán una manera de ver las cosas y los más sutiles otras, también tendrían que investigarse las edades, niveles culturales o sociales y hasta estados de ánimo de quienes perciben la publicidad dando pie a tal inseguridad que la convertiría más en un medio de agresión que en un modo ordenado e ingenioso de llamar la atención de los consumidores para hacer conocer un producto e incitarlos a comprarlo.

La propaganda comparativa sería aceptable, en principio, cuando destaca los méritos de una mercadería frente a todas las demás en general, pero no cuando las individualiza designándolas por sus marcas y características (Zavala Rodríguez, C. J., "Publicidad comercial", Ed. Depalma, 1947, ps. 416/419).

En este sentido, en nuestro país, si bien no existe una legislación que regule en especial la forma de publicidad, pueden tomarse en consideración las normas de la ley 11275 sobre identificación de mercadería que dispone que deben impedirse los actos que tiendan a defraudar al consumidor sobre el origen de los productos, calidad, etc. El decreto reglamentario del 18/11/1932 a su vez disponía que las indicaciones que empleasen los comerciantes para advertir, guiar, enseñar y aconsejar al consumidor debían estar redactadas en forma clara y precisa de modo de no engañar al consumidor. El Manual de Instrucciones para las Estaciones de Radiodifusión (decreto 13474/1946) en su art. 9, inc. 3 también prohíbe la propaganda engañosa. El Código de prácticas leales en materia de publicidad (C. Com. Internacional, Berlín, 1937) tiene prohibiciones sobre propaganda comparativa (regla III, art. 2), y el Código de Ética Profesional sancionado por la Asociación de Agencias de Publicidad de nuestro país dice, en su art. 5, que se cumplirá con lealtad y honestidad basando la obtención de su negocio sobre el mérito propio (conf. Zavala Rodríguez, "Publicidad comercial" cit., ps. 247, 306, 308, 548).

Finalmente, en el Convenio de París, acta de Lisboa, ley 17011 , los países de la Unión se obligaron para asegurar una protección eficaz contra la competencia desleal, una de cuyas manifestaciones es la que se observa en el caso (arts. 10 bis y 1).

b) Para determinar el derecho que pueda tener la actora para obtener resarcimiento por perjuicios debe demostrar el daño experimentado.

En términos generales puede decirse que el bien jurídicamente protegido es la propiedad de la clientela (Zavala Rodríguez, "Publicidad comercial" cit., ps. 389 y 597) que se ve desviada por la publicidad comparativa hacia otro producto, sin perjuicio del daño que se pueda inferir al consumidor.

En este punto son aplicables las normas generales sobre hechos ilícitos pero, como sostiene el juez, debe demostrarse el daño experimentado (arts. 1066 / 1069 , 1077 /1078 , 1096 , 1109 y concs., CCiv.).

La sola comisión de un acto de propaganda contrario a la moral o buenas costumbres no genera derecho a obtener reparación si no hay ofendido que pruebe daño (art. 1067 CCiv.). Claro está que en esta materia no se debe ser excesivamente riguroso en su apreciación por ser la desviación de clientela un elemento sutil, de muy difícil prueba.

Según las posiciones de Mc Carn Erickson esta empresa tomó a su cargo la estructura y planificación de la campaña publicitaria, ideó y confeccionó los textos e imágenes y, por consiguiente, la idea de relacionar los relojes, el "Rolex" y el "Orient", para todo ello, contó con la aprobación de Orient (S.A.) pero no se requirió la autorización de la actora. Mas, esta parte reconoció no ser titular de la marca "Rolex", sino usuaria y agregó que tiene contrato pero no fue acompañado a los autos. De tal modo el único elemento sería el telegrama de fs. 8, pero como fue desconocido en la contestación, debió acreditarse su autenticidad, pero no lo hizo la demandante, razón por la cual, obviamente, no puede ser tenido en cuenta.

Pienso que la actora debió traer para legitimar su derecho el contrato de cesión del uso de la marca, su contrato social y, en todo caso, haber acreditado que comercializa exclusivamente los relojes y que realiza su propaganda.

Sin embargo, existe un hecho para mí de singular importancia. Cuando la actora leyó la propaganda envió enseguida, el 19/6/1970, un telegrama a las codemandadas en los siguientes términos: "Intimamos inmediato cese propaganda desleal con ilegal utilización nombre Rolex y dolosa reproducción emblema y enseña

nuestra firma. Reclamamos daños y perjuicios". Orient (S.A.) contestó: "Rechazamos su 245 negando hallarnos incursos conducta significado alcances ustedes erróneamente nos imputan no obstante sin reconocer hechos ni derechos y reservándonos los nuestros todo evento preventivamente hemos ordenado suspensión formas publicitarias ustedes cuestionan pero informándosele dificultades lograr detener publicaciones en proceso". Mc Carn Erickson, en cambio, no respondió, pero frente a esa intimación dispuso el cese de la publicidad.

Este silencio y proceder ulterior significa respecto de esta última, sin duda, reconocimiento de los derechos al uso de la marca invocado por la actora, pues de otro modo, frente a un reclamo de un tercero ajeno no habría actuado así, máxime teniendo en cuenta el costo millonario de la campaña. Con relación a Orient (S.A.), si bien efectuó un desconocimiento genérico de derechos, ordenó la suspensión de las formas publicitarias cuestionadas, con lo cual se pueden formular análogas reflexiones. Por lo demás, tampoco se cuestionó la medida precautoria de fs. 28, y ello confirma este implícito reconocimiento de los derechos de la actora.

Cabe advertir que esta Cámara ha resuelto que el carácter atributivo de la Ley de Marcas no puede aplicarse con criterio tan rigurosamente formal que prive a las marcas no registradas de la protección que surge de los principios de derecho (causa 6058 del 17/9/1958).

Pero, aun descartando que las demandadas usaron de la marca que no les pertenecía en beneficio propio, desde otro ángulo incluyeron el vocablo Rolex dominante en el nombre comercial de la actora y es el que en la práctica retiene el público y no las designaciones genéricas que se refieren al objeto comercial o social o tipo de sociedad (C. Fed. Cap., LL 57-428) cuyo empleo por otros procede prohibir como revelación de propósito de competencia desleal (LL 17-394) y aunque los principios aplicables a las marcas no lo son estrictamente a los nombres comerciales, las prohibiciones por uso indebido son similares en cuanto tienden a evitar perjuicios a comerciantes y público consumidor (C. Fed. Cap., sala Civ. y Com., LL 100-733, sum. 5446).

Considero, por tanto, que la actora tiene derecho a reclamar indemnización por perjuicios.

Sin embargo, ni en la demanda ni en los agravios ha estimado su monto (al extremo de abonarle \$ 50 de impuesto, fs. 1), pero a fs. 31 sentó algunas pautas, dijo que la captación de su clientela que intentaba Orient (S.A.) debía tener relación con el costo de la propaganda y que se vería obligada a efectuar una campaña publicitaria para separar la imagen que confundió la demandada.

De acuerdo con la pericia contable el costo de la publicidad donde se incluyó el nombre de "Rolex" costó \$ 27.052,70 y se efectuó en un diario de la Capital el 18/6/1970 y en varios del interior ese día y el 19 (por error se publicó en uno el 22 fs. 257 y 258) y en tres revistas de esta Capital en los días 25, 26 y 30 del mismo mes y año.

Según la pericia de fs. 205/209 sería necesario invertir una suma no menor de \$ 250.000 para contribuir a despejar la imagen de la actora de todo deterioro; sin embargo no encuentro fundado el dictamen en datos y estudios completos que permitan valorar científica y razonablemente su alcance ya que se funda en una apreciación estrictamente personal.

Sin embargo, no puede descartarse que existen presunciones que permiten admitir que la actora experimentó daño. La campaña publicitaria de la demandada, si bien breve, fue de gran intensidad y amplitud y a un costo muy elevado, de tal manera que puede inducirse que en la época en que se realizó desvió clientela. Este hecho es sumamente difícil de demostrar, ni aun mediante una pericia contable, pues pudieron no disminuir las ventas del Rolex y, no obstante, orientarse sus eventuales comparadores hacia el nuevo reloj que se quería imponer. Creo que en esta materia debe aceptarse que el solo hecho de efectuar propaganda comparativa ilícita acarrea la presunción de que ocasiona daño mediante captación de clientela y, por tanto, debe recurrirse para fijarlo a la directiva del art. 165 CPCCN. Pretender una prueba acabada del monto es de hecho sumamente difícil.

Por ello, propongo fijar en \$ 5.000 el monto de la indemnización, comprensiva de todos los daños reclamados, que deberán pagar solidariamente las demandadas como coautoras del hecho ilícito (art. 1109 CCiv.).

Por último, debo señalar que Mc Carn Erickson sólo apeló de la sentencia en la parte relativa a las costas, mas como prospera la demanda, advierto que la agencia de publicidad dada la intervención que le cupo en la realización de la campaña publicitaria resulta ser también autora principal del hecho ilícito (conf. Zavala Rodríguez, C. J., "Publicidad comercial" cit., fs. 552; regla VI, art. 1, Código de Prácticas Legales en Materia de Publicidad).

Por estas razones, si mi voto fuese compartido, corresponderá modificar la sentencia apelada, admitiéndose la demanda por \$ 5.000, imponiéndose el pago de las costas a las demandadas que resultaron vencidas.

Los Dres. Ehrlich Prat y Quintana Terán, por razones análogas, votaron en el mismo sentido.

Por lo que resulta del acuerdo precedente, modifícase la sentencia apelada y admítase la demanda interpuesta, condenándose en consecuencia a las accionadas a abonar a la actora dentro de lo diez días la suma total de \$ 5000. Las costas de ambas instancias impónense a las demandadas que resultaron vencidas.- José J. Carneiro.- Felipe Ehrlich Prat.- Guillermo R. Quintana Terán (Sec.: Roberto M. Muzio).

AXOFT ARGENTINA S. A. C. MEGASISTEMAS S. A.

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala
Fecha: 30/12/1993

Sumarios

1. Ninguna utilización de la marca ajena, aun con el reconocimiento de que pertenece a otro, puede ser permitida si de tal modo se la intenta desacreditar. El art. 953 del Cód. Civil, aplicable al tema de los derechos marcarios, privilegia el respeto de la moral y de las buenas costumbres y repulsa los actos que perjudiquen los derechos de un tercero, consagrando así un estándar ético insoslayable. (Del voto del doctor Pérez Delgado).

2. La publicidad es engañosa si unilateralmente, sin autorización del titular del atributo marcario, se fracciona la marca ajena, destacando sólo una de sus aplicaciones y omitiendo otras que, de haber sido tenidas en cuenta, no habrían permitido señalar las falencias puestas de manifiesto en la publicidad comparativa. (Del voto del doctor Pérez Delgado).

3. Dado que sólo al titular de una marca le asiste el derecho de usarla y de presentarla a la consideración pública, los terceros no pueden arrogarse el derecho de utilizarla sin consentimiento de su titular. Pero si aún así simplemente ponen de manifiesto su existencia, la mencionan o se refieren a ella en la publicidad de otro producto, no pueden llegar al extremo de desacreditar o desmerecer la marca en cuestión. (Del voto del doctor Pérez Delgado).

4. La circunstancia de que la publicidad comparativa haya cesado de hecho, no significa que la actora carezca de derecho para obtener una declaración de certeza que impida a la demandada reiterar dicha publicidad. (Del voto del doctor Pérez Delgado).

5. Tanto en el régimen de la ley 3975 (Adla, 1889-1919-499) como en el de la ley actualmente vigente, la jurisprudencia ha atenuado el rigor del principio atributivo y ha acordado protección al uso de marcas sin registro, porque de lo contrario se consagraría una solución puramente formal en desmedro de legítimos

intereses y porque la ley de marcas es un instrumento creado para evitar actos que importen una competencia desleal. (Del voto del doctor Pérez Delgado).

6. Desde que la publicidad comparativa no se encuentra prohibida como tal, para dilucidar temas como el presente se debe recurrir a normas de derecho común. (Del voto del doctor Craviotto).

7. Es de suma importancia que el actor obtenga una declaración de certeza no sólo para evitar la reiteración de la publicidad comparativa, sino también para dar certeza al público consumidor, el que debe ser protegido por ser el más desvalido en la lucha de intereses que implica la publicidad. (Del voto del doctor Craviotto).

8. Existe publicidad comparativa cuando se confrontan, explícita o implícitamente, marcas ajenas en cualquiera de los planos que la imaginación publicitaria cree; para que tal publicidad sea admitida --salvo el supuesto de precios-- la misma debe ser regulada. (Del voto del doctor Craviotto).

9. Nuestra legislación marcaria no prohíbe la publicidad comparativa, pues la misma beneficia al consumidor. Sólo prohíbe el uso de una marca ajena como si fuera propia, pero no el uso de una marca ajena como ajena con el fin de comparar los productos. En el primer caso siempre habrá infracción a los derechos marcarios, en el segundo ello dependerá de las circunstancias del caso, pues la referencia a una marca ajena puede constituir una actitud legítima. (Del voto del doctor Farrel).

10. La publicidad comparativa es ilegítima cuando existe mala fe, la que debe ser demostrada mediante la acreditación de la falsedad de las afirmaciones efectuadas en la publicidad de la demandada. Ello así, por cuanto la comparación no denigra sino que, si es verdadera, ilustra al consumidor, tratando de mostrar que el producto difundido es aún mejor que uno ya conocido como bueno. (Del voto del Dr. Farrel).

TEXTO COMPLETO:

2ª Instancia. -- Buenos Aires, diciembre 30 de 1993.

El doctor Farrell dijo:

La sentencia en recurso reseñó adecuadamente las circunstancias del caso que nos ocupa por lo que a ella me remito en este aspecto, "brevitatis causae".

Apelaron ambas partes. La actora expresó agravios a fs. 803, contestados a fs. 826. La demandada expresó agravios a fs. 819, contestados a fs. 822.

Ante todo creo que es necesario aclarar en qué consistió el reclamo de la actora. Ella solicitó dos cosas: a) que cesara el uso --o referencia-- a la marca --o signo-- Tango, particularmente en lo referido a la publicidad comparativa y b) que se publicara la sentencia a costa de la demandada en el diario Ambito Financiero. La demandada, a su vez, señaló que la publicidad que aquí se objetaba era cosa del pasado, pero rechazó los argumentos de la actora, cuestionando que hubiera existido un uso prohibido de la marca. Lejos de mediar allanamiento se pidió expresamente el rechazo de la demanda. No pongo en duda la aseveración del juez en el sentido de que las partes le manifestaron que la disputa se reducía a las costas pero --lamentablemente-- las actas de fs. 475 y 658-659 no mencionan tales afirmaciones. De donde, a diferencia de lo decidido en la sentencia en recurso, no creo que la cuestión se haya tornado abstracta, y en este sentido le doy la razón a la actora.

Pero nada más que en este sentido. Porque pienso que en el fondo de sus agravios no le asiste razón. Ante todo me interesa recordar el estado en el que se encuentra el trámite del registro de la marca actora. Ella fue solicitada para cubrir toda la clase 9, pero fue limitada luego a artículos de computación, sus partes y accesorios, incluyendo programas grabados de computación. El registro todavía no fue concedido, encontrándose pendiente su examen de registrabilidad y confundibilidad.

De manera que podría concluir aquí mi examen sosteniendo --sencillamente-- que no puede existir un mal uso de una marca cuando no hay tal marca. Pero se ha mostrado que, antes del registro, la actora utilizaba de hecho la marca Tango (la cual, dicho sea de paso, aparece abundantemente registrada con anterioridad, a juzgar por los informes de fs. 632/647) por lo que voy a aceptar, sólo por vía de hipótesis, que se puede lesionar a una marca de hecho mediante la publicidad comparativa.

Porque éste es el centro del tema, por cierto: el modo como la demandada mencionó la marca cuyo registro está solicitando la actora en sede administrativa. Pero antes propongo que dejemos aclarado un tema marginal. La demandada publicitó una vinculación de su parte con los productos que el signo Tango pretende proteger. Dijo, en efecto, a fs. 34: "En Software '90 presentamos Tango. En Software '91 presentamos Stradivarius". No encuentro nada incorrecto en esta presentación. Está sobradamente acreditado (posiciones de fs. 658, testigos de fs. 746, 747 y 749 y anexo 1 de la documentación reservada) que la demandada actuó como distribuidora de la actora, por lo que el anuncio que he citado no contienen ninguna falsedad y no resulta objetable.

Pasemos ahora al tema de la comparación de los signos. Un buen ejemplo lo constituye el anuncio de fs. 39, donde se comparan Stradivarius y Tango en dieciocho aspectos, obviamente todos ellos favorables a Stradivarius. La actora cuestionó esta comparación a fs. 46-48, pero no acreditó ninguno de sus extremos. No puedo asignar valor a las posiciones en rebeldía de fs. 475 (especialmente posición décimo octava) porque no sólo no están corroboradas por ningún otro elemento de autos sino que la demandada ha cuestionado expresamente este aspecto del tema. La carga de la prueba de la falsedad de las afirmaciones del aviso incumbía a la actora y no era --ciertamente-- una prueba muy difícil, puesto que un experto en computación hubiera evacuado satisfactoriamente la tarea.

Creo que ya puede avisorarse el argumento que voy a sostener. Pienso que nuestra legislación marcaría no prohíbe la publicidad comparativa y pienso --además-- que está muy bien que no lo haga, pues este tipo de publicidad beneficia al consumidor. Lo que la ley prohíbe es el uso de una marca ajena como si fuera propia, prohíbe --entonces-- el apoderamiento de una marca ajena. Pero no prohíbe el uso de la marca ajena como ajena, para comparar los productos que ampara con los propios.

Lo dijo irreprochablemente el doctor Pérez Delgado al votar en la causa "Navarro Correas" (LA LEY, 1991-C, 526): se debe distinguir entre el uso sin autorización de una marca ajena, como si fuera propia, de la mera referencia o mención de ella en la utilización de otra marca propia, pues mientras en el primer caso siempre habrá una infracción a los derechos marcarios, en el segundo dependerá de las circunstancias de cada caso, pues la referencia de la marca ajena

puede constituir una actitud legítima, cuando se reconoce que otro es el titular y no se trata de denigrarla o desacreditarla.

No está en discusión que la demandada reconoció que era otro el titular de Tango. Lo que se trata ahora de precisar es cuándo se denigra o se desacredita a otra marca. Creo que la propia actora nos da la pista cuando menciona el art. 953 del Cód. Civil. Cuando hay mala fe la publicidad comparativa no es legítima. Pero para mostrar la mala fe debía acreditarse alguna falsedad en las afirmaciones de la demandada y ya he dicho que esta prueba no se produjo.

El error radica en creer que cualquier comparación denigra, cuando --por el contrario-- si es verdadera ella ilustra al consumidor. Por otra parte, se comete otro error cuando se piensa que el producto con el cual se compara al que se quiere promover es un producto malo. ¿A quién le interesa mostrar que su producto es mejor que uno desastroso? ¿Qué bebida aumentaría su consumo mostrando que es mejor que el agua contaminada?

Por el contrario, para la comparación se utiliza siempre un producto bueno, y se trata de mostrar que el producto promocionado es incluso mejor que el bueno. Tengo ante mi vista un viejo ejemplar (junio de 1985) de la revista Architectural Digest en cuya p. 59 aparece una publicidad muy interesante: se trata de promocionar al automóvil Lincoln Continental y el aviso señala que la mejor forma de juzgarlo es por la competencia. Y como ejemplo de competencia toma a un auto tan respetado como el Mercedes Benz. Obviamente a la Ford no le interesaba mostrar que su Continental era mejor que el Travant fabricado en la antigua Alemania del Este porque esto lo sabían ya todos los potenciales consumidores (que también sabían que era más caro). Lo que quería mostrar es que era tan bueno, o mejor, que un auto bueno, como el Mercedes.

Y la demandada no denigró en autos a la actora: trató de mostrar que su software era mejor que un software bueno, como Tango. Si hubiera falsificado los hechos el art. 953 la castigaría, pero no se mostró tal cosa. Comparar está permitido; comparar falsamente está prohibido.

Puesto que la conducta de la demandada no resultó reprochable no tiene por qué cesar con su propaganda en el futuro ni por qué publicarse ninguna sentencia a su costa. Las dos solicitudes de la demanda, entonces, deben ser rechazadas,

siendo inaceptables los agravios de la actora. Y deben ser rechazadas con costas en ambas instancias, lo que atiende al agravio de la demandada.

Voto, pues, para que se revoque la sentencia en recurso y se rechace la demanda, con costas de ambas instancias a la actora.

El doctor Pérez Delgado dijo:

1. La circunstancia de que la competencia de este fuero en lo civil y comercial federal se haya decidido porque se pretendió sustancialmente el cese de uso de una marca, tema previsto en la ley 22.362 (ver interlocutorio de fs. 86), no significa que para la decisión de la causa se deba prescindir de los supuestos de hecho que no se relacionen directamente con el problema estrictamente marcario.

Cuando los tribunales resolvemos una cuestión de competencia atendemos "prima facie" a los aspectos salientes al momento en que la litis se pone en marcha, pero eso no significa resignar al tratamiento de todos los temas que constituyen la materia de la controversia, aunque, por su naturaleza, hubieran sido más propios de la competencia de otra jurisdicción.

Hago esta aclaración porque creo que el caso de autos no se puede analizar como si se tratara de una mera publicidad comparativa entre dos comerciantes desvinculados entre sí. Aquí, los antecedentes son valiosos para entender cómo se ha llegado a la publicidad que la actora cuestiona.

De todos modos los hechos son siempre importantes y no se los debe dejar de lado, porque de lo contrario los jueces podemos ser tentados a realizar desarrollos abstractos o puramente académicos y esa no es nuestra misión. Estamos convocados para resolver conflictos concretos y, por lo tanto, no debemos descuidar las circunstancias específicas que los caracterizan.

2. Comienzo por ello recordando que no está controvertido que la actora encomendó a la demandada la distribución del software denominado Tango. Las partes discrepan si ese acuerdo --no escrito-- importaba que Megasistemas se constituía en un distribuidor directo, como sostiene la actora, o si presuponía el otorgamiento de licencia --con el carácter de representante oficial--, como sostienen la demandada (ver, sobre el particular, la 2da. posición de fs. 654 y la respuesta de fs. 658).

De cualquier modo lo cierto es que Megasistemas se hizo cargo de la difusión del producto, el que fue presentado por ella en la feria denominada "Exposoft 89", que se desarrolló en el mes de septiembre de 1989 (ver posiciones 10, 11 y 18, a fs. 654, 655 y 658 y vuelta).

También en la feria del siguiente año 1990 la demandada publicitó la versión 3.3. del software Tango (ver respuesta a la posición 33, a fs. 656 y 658).

Esta estrecha vinculación entre la demandada y el producto Tango queda de alguna manera exteriorizada por el contenido del folleto de fs. 93 (acompañado con la diligencia judicial de fs. 92), en la que Megasistemas lo publicita diciendo: "Tango. El software es muy importante 'tanto como el lugar donde lo compra'" (el encomillado simple me pertenece).

Empero, la relación comercial continuó sólo hasta mediados de 1991, en que la actora le retiró a la demandada la licencia del software (ver posición 48, a fs. y 657, y respuesta de fs. 658 vuelta).

Entiendo que no interesa determinar con precisión cuáles fueron las causas de la rescisión, que ambas partes aceptaron.

Lo que en cambio importa es que ya desde febrero de 1991 Megasistemas comenzó las tratativas y gestiones para lanzar al mercado el producto Stradivarius (testigo S. O. Sperat, a fs. 749, Ira. repregunta).

Este lanzamiento se concreta el 26 de agosto de 1991, en el que a toda página, en color, en el diario "La Nación" de nuestra ciudad, publica un aviso destacando: "Llegó Stradivarius - Simplemente superior".

Por cierto que hasta aquí nada se puede reprochar a la demandada desde el punto de vista marcario. Pero ocurre que un mes después reinicia la campaña publicitaria bajo el título "Stradivarius simplemente superior", con un subtítulo destacado que dice: "En Software '90 presentamos Tango. En software '91 presentamos Stradivarius, el sistema integrado de gestión que ofrece 69 prestaciones más". A continuación, viene el detalle "como anticipo" de 18 prestaciones que tiene "Stradivarius", de las que carece "Tango 3.2". Se señala, finalmente, que "Stradivarius" cuenta con el respaldo de Megasistemas y en letra muy pequeña, al pie, se dice que "Tango" es marca registrada de Axoft Argentina S.

A. y que "Stradivarius" constituye una marca registrada por Megasistemas. Esta publicidad es repetida en días posteriores.

Nada mejor que reproducir el aviso, para tener una idea sin intermediarios de lo que en él se dice:

Hasta aquí los hechos, sucintamente expuestos.

3. Sobre el tema del uso de la marca ajena, tuve oportunidad de sostener, en la causa "Navarro Correas", citada por ambas partes y que recuerda el doctor Farrel (fallo de 22/3/91), que "se debe distinguir entre el uso sin autorización de una marca ajena, como si fuera propia, de la mera referencia o mención de ella en la utilización de otra marca propia, pues mientras en el primer caso siempre habrá una infracción a los derechos marcarios, en el segundo dependerá de las circunstancias de cada caso, pues la referencia de la marca ajena puede constituir una actitud legítima, cuando se reconoce que es otro el titular y no se trata de denigrarla o de desacreditarla. Creo, en consecuencia, que la mera referencia o evocación de una marca ajena, o inclusive de una publicidad comparativa, no se encuentra por sí vedada en nuestro ordenamiento positivo, en tanto no se lesionan legítimos derechos de su titular".

Me parece claro que en ese precedente --cuyas particularidades de hecho son notablemente distintas a las del caso de autos-- admití la mera referencia o mención de una marca ajena, reconociendo su carácter de tal, en la medida en que no se persiga "denigrarla" o "desacreditarla" y "en tanto no se lesionan legítimos derechos de su titular".

Posiblemente en orden a razones de conveniencia publicitaria o de mejor difusión de los productos en el mercado, puedan ser aconsejables criterios más permisivos en materia de comparación de marcas. Y posiblemente, también, cierta cultura del mercado tolere una publicidad agresiva y demoledora de la competencia en beneficio de una mayor rentabilidad.

Pero cualquier disquisición al respecto es puramente especulativa, pues los jueces estamos llamados a decidir conforme a nuestro derecho positivo y dentro del marco de los principios generales que de él surgen.

Es por eso que no concibo ninguna utilización de la marca ajena, aun con el reconocimiento de que pertenece a otro, en tanto de esa manera se la intente desacreditar.

En nuestro derecho argentino está consagrado un estándar ético que es insoslayable. El art. 953 del Cód. Civil privilegia el respeto de la moral y de las buenas costumbres y, en particular, repulsa a los actos que "perjudiquen los derechos de un tercero".

A esta norma hemos recurrido reiteradas veces en la materia de los derechos marcarios y no veo por qué no deba tenerla en consideración ahora con motivo del caso que nos ocupa.

4. Veamos entonces cómo encajan estos principios en el caso que ahora nos ocupa.

Por empezar, y tal como surge de la misma propaganda que se cuestiona, resulta indudable que Megasisistemas se ha mostrado no tanto como una competidora del software Tango, sino como alguien que ha tenido mucho que ver con su prestigio y difusión; casi, podemos decir, como su continuadora. Tanto es así que reivindica para sí la presentación de Tango en la feria de informática del año 1990, como un antecedente de su actividad en el ramo del software.

Desde esa perspectiva, lo que ella podía decir del producto adquiriría una fuerza mayor que la que habitualmente puede exteriorizar quien nada tiene que ver con él. En otras palabras, si Coca-Cola dice que su bebida es mejor que Pepsi, o viceversa, se sabe de antemano que existe un inocultable interés contrapuesto, pero en el caso de autos no ocurrió así, pues Magasisistemas se encargó por 2 años de dar a publicidad y distribuir el producto Tango, poniéndolo a la consideración del mercado de software, de tal modo que si luego abandonó esa posición y decidió cambiar de producto, lo menos que se podía exigir es que fuera cuidadosa en toda mención del anterior.

Pero no actuó de esa manera. Por el contrario, se ocupó rápidamente de decir que el nuevo software era "simplemente superior". Y esto no con referencia a todos los productos del mercado (actitud habitual y no reprochable, ya que a cada productor le interesa mostrar que lo suyo no tiene antecedentes y es lo mejor), sino

a uno en particular, con nombre y apellido. Y precisamente el que ella representó y con el cual se identificó por 2 años.

La cosa no termina aquí.

La comparación es además engañosa y para ello no debo recurrir a ninguna prueba técnica --como dice el doctor Farrell--, sino que basta analizar la correspondencia intercambiada entre las partes, de la que surge que Megasisistemas adoptó una aplicación parcial de la marca Tango --la que identificó al módulo 3.2.-- y omitió, por cierto deliberadamente --como ella misma lo reconoció--, otras prestaciones que la actora también cubría con la misma marca.

En efecto, con motivo de la primera publicación, Axoft envió a Megasisistemas una carta documento en cuya parte pertinente, que transcribo a continuación, decía: "Al margen de que Tango está compuesto por Tango Gestión y Tango Aplicaciones apuntando v/supuesta tabla comparativa a "Tango Gestión 3.2" resulta insólito que una ex distribuidora nuestra, con pleno conocimiento de causa, afirme por ejemplo que nuestro programa no cumple prestaciones como "Manejo de Caja, Bancos, Valores, Documentos y Cuentas especiales"; ello así cuando les consta que estos ítems son manejados a través del Módulo de Subsidiarios, Ventas Proveedores; ídem "Proyección Financiera integrada en Tiempo Real" que se cumple con la Planilla de Cálculo de Tango Aplicaciones, ídem Cálculo Automático de Diferencia de Cambio que se cumple en Contabilidad de Tango durante el cierre del ejercicio; etc. ...".

Esta carta fue inmediatamente respondida por Megasisistemas, en cuya parte que aquí interesa, expresó: "... 3) Que en la publicidad de referencia sólo se menciona Tango 3.2., y no alguno de sus módulos, ni menos aún Tango Aplicaciones, o alguno de sus módulos, como pretende la carta documento que respondemos. 3.1) Que Tango 3.2., tal como fuera citado en la publicidad objetada no realiza las funciones que el aviso dice que no realiza...".

Del análisis de estos dos documentos surge para mí de manera indudable que la demandada reconoció haber elegido de la marca Tango sólo una de sus aplicaciones --las del programa 3.2-- habiendo omitido deliberadamente el otro módulo de propiedad de la actora, también identificado con la marca Tango (me refiero al módulo Tango Aplicaciones). De ese modo intentó propagar la idea de que

su producto resultaba superior y con un espectro más amplio, lo que en los hechos significó una engañosa publicidad, ya que unilateralmente, y sin autorización del titular del atributo marcario, fraccionó la marca, destacando sólo una de sus aplicaciones y omitiendo otra complementaria que, de haber sido tenida en cuenta, no le habría permitido señalar las falencias que puso de manifiesto en su publicidad.

Por cierto que no pongo en tela de juicio que Tango 3.2., en sí y aisladamente, carezca de lo que Stradivarius dice poseer. Sobre esto no tengo elementos para pronunciarme. Pero la solución no pasa por aquí, sino por el hecho de que, siendo Tango una marca que la actora utilizó para distinguir más de un módulo, la demandada se arrogó el derecho de mutilar su aplicación y de presentarla a la publicidad como si sólo protegiera una parte del todo.

Me interesa en este sentido destacar que, como principio, sólo al titular de la marca le asiste el derecho de usarla y de presentarla a la consideración pública (arg. art. 4, ley 22.362). Es por eso que un tercero no se puede arrogar, también como principio, el derecho de utilizarla sin consentimiento de su titular. Pero si simplemente pone de manifiesto su existencia, la menciona o se refiere a ella en la publicidad de otro producto, no puede llevar esa prerrogativa a los extremos de desacreditarla o de desmerecer sus atributos.

Y esto es, indudablemente, lo que persiguió la demandada. Con el propósito de destacar las virtudes de su nuevo producto, puso ilegítimamente en el tapete a una marca ajena para demostrar que ésta ya había sido superada. Situación que se agrava en el caso de autos si se tiene en cuenta que en el ámbito de la informática los software se actualizan permanentemente, de tal modo que a más de la superación vertiginosa a que la que naturalmente están expuestos, se sumó en el caso una publicidad comparativa que, por tomar aspectos parciales, se constituyó en un procedimiento encaminado a desacreditar al producto distinguido con la marca Tango.

Y, repito, a esto último, la demandada no tenía derecho, porque ya hemos visto que nuestro ordenamiento jurídico consagra el deber de no dañar.

Aun cuando no tenga en el caso una eficacia vinculante, no me parece sobreabundante poner de manifiesto que ante una presentación de la actora, la Comisión Intersocietaria de Autorregulación Publicitaria, resolvió que la publicidad

cuestionada contravenía disposiciones del Código de Ética y Autorregulación Publicitarias y solicitó a la agencia que emitió esa propaganda que no la reiterara.

5. En atención al sentido que he dado a mi voto, debo ocuparme de dos cuestiones más.

A. Por un lado, la sentencia de primera instancia decide que la cuestión es abstracta porque esa publicidad objetable cesó.

El criterio no lo consideró correcto, porque como lo pone de manifiesto el doctor Farrell, la demanda persiguió que se condene a cesar en el uso de la marca Tango tal como lo hizo la demandada. De manera entonces que la circunstancia de que esta situación haya cesado de hecho, no significa que la actora carezca de derecho para obtener una declaración de certeza con relación a un tema incluido expresamente en la litis, luego de haber tramitado todo el juicio. De lo contrario, la demandada, quien no se ha allanado, podría nuevamente reiterar esa publicidad y la demandante no tendría otra alternativa que iniciar un nuevo juicio, lo que es inadmisibile.

B. La demandada objetó también en el responde que se intentara la tutela de una marca de hecho.

Este cuestionamiento no lo comparto. Como tuvimos oportunidad de señalarlo en la causa 4979, resuelta el 5 de febrero de 1988, "tanto en el régimen de la ley 3975, como en el de la ley actualmente vigente, la jurisprudencia ha atenuado el rigor del principio atributivo y ha acordado protección al uso de marcas sin registro" (CNFed. Civil y Com., sala 1, en anterior composición, 16/6/71, LA LEY, 143-557, 26.564-S; esta sala, causas 8061, de 15/6/79; 199, de 15/5/81; 1980, de 16/10/87, entre otras; ver además la Exposición de Motivos de la ley 22.362 en su comentario al art. 24).

Aparte de ello, la misma demandada reconoció en la actora a la titular de la marca Tango, a tal punto que en la publicidad en cuestión, en letra pequeña de pie del aviso, dejó constancia de que se trataba de una marca "registrada" a su nombre, de tal modo que la defensa que ensaya sobre la base de la presencia de una marca de hecho importa contrariar la titularidad --al menos de hecho-- que antes le reconoció.

De cualquier manera, el registro de Tango ha sido solicitado mucho antes de que comenzara la relación contractual entre las partes (en junio de 1988, a fs. 516) y si se ha demorado la decisión administrativa es por el notorio atraso en el trámite de los expedientes de la Dirección de Tecnología, Calidad y Propiedad Industrial.

En tales condiciones, prescindir de la protección marcaria en este caso, aun teniendo en cuenta la ausencia de un título registrado, importaría consagrar una solución puramente formal en desmedro de los legítimos intereses que la actora ha construido en torno a su marca --hasta ahora de hecho-- cuya titularidad ha admitido la propia demandada. Y no se debe olvidar que la ley de marcas es un instrumento también creado para evitar actos que importen una competencia desleal (J. Otamendi, "Derecho de marcas", p. 256, n°6.6.4., Buenos Aires).

6. En mérito a los fundamentos expuestos, voto por la revocatoria de la sentencia apelada y, en consecuencia, para que se ordene a la demandada a cesar en el futuro en la utilización de la marca Tango y para que esta sentencia sea publicada en el diario Ambito Financiero --en donde apareció la publicidad cuestionada--, a costa de la vencida (art. 34, "in fine", ley 22.362).

Si mi propuesta es compartida, las costas de todo el juicio se deben imponer a la demandada, que resulta totalmente vencida (art. 68, Cód. Procesal Civil).

Sólo debo añadir que no encuentro que se configure en el caso una conducta procesal dilatoria o temeraria. Los planteos propuestos por la demandada no exceden los propios de un razonable ejercicio del derecho de defensa y, precisamente en tutela de éste, se debe interpretar restrictivamente la aplicación de sanciones que puedan importar un menoscabo de ese derecho.

El doctor Craviotto dijo:

I. Con la salvedad de que reitero y reivindico el estudio realizado en mi voto y las conclusiones que allí llegué en la causa "Bodegas J. Edmundo Navarro Correas S. A. c. Agro Industrias Cartelones S. A." (ED, 143-671, f. 43.709) y que en visión retrospectiva me convencen más de mi tesis en aquel caso, que en definitiva pasó en autoridad de cosa juzgada, quedando en minoría; considero que en el caso también hubo una publicidad comparativa denigratoria, lo que surge de una lectura meditada de todos los elementos aportados, que fueron analizados exhaustivamente

por el juez Pérez Delgado, razón por la cual y con la salvedad aludida, adhiero a su voto.

Sin perjuicio de ello, me permito hacer las siguientes reflexiones:

Específicamente, la publicidad comparativa no se encuentra prohibida, como tal, es por ello que, para dilucidar temas como el presentado a la consideración del tribunal, se debe recurrir a normas de derecho común.

Lo que ocurre es que, como ya lo dije en aquella oportunidad, hay que regularla, y me remito a mi voto.

Y para sustentar tal tesis, no se trata de hacer disquisiciones especulativas; se trata de ilustrar sobre la doctrina y el derecho nacional y comparado, como tantas veces han hecho nuestros tribunales, llamando la atención del legislador sobre determinado tema, que también es la función del juzgador, aunque de últimas se decida, como no podría ser de otra manera, conforme a nuestro derecho positivo.

II. Coincido con el doctor Pérez Delgado que resulta de suma importancia para el actor, que haya una "declaración de certeza", no sólo porque, como allí se dice "la demandada quien no se ha allanado, podría nuevamente reiterar esa publicidad y la demandante no tendría otra alternativa que iniciar un nuevo juicio, lo que es inadmisibles" sino también que la certeza también debe darse para el público consumidor, tercero en toda controversia como la de autos, dado que la circunstancia de haber publicitado en un diario y en la página dedicada a la computación que Stradivarius tiene determinadas ventajas con relación a Tango, hace que tal afirmación quede latente, lo que tampoco puede ser.

En la lucha de intereses que implica la publicidad, el más desvalido resulta ser el público consumidor y es a él a quien debe protegerse, respetando los derechos de los titulares marcarios --sean de marcas registradas o de hecho-- según los casos y las circunstancias fácticas que se presenten.

Y vuelvo a repetir lo dicho en el consid. 12 del voto en "Navarro Correas":

"Seamos francos.

Quien elabora un producto y lo tutela con una marca (o en este caso lo pretende), lo que intenta es ingresar en el mercado, y la única manera, es logrando

imponerse en el mismo y --valga la redundancia-- la única manera que conozco, es consiguiendo clientela que los adquiera".

"... Para la adquisición de la clientela, se recurrirá a la información y a la persuasión, es decir, como lo acota Aracama Zorraquín, se trata de persuadir al consumidor para que cambie sus gustos, sus inclinaciones y tendencia, también sus mapas de indiferencia, mapas que son formalmente cambiados como consecuencia de la aceptación y empleo del nuevo producto. Sin embargo, en la práctica no cabe duda sobre que información y persuasión se confunden de tal manera que se hace difícil su separación" (ver también consid. 129).

"Creo que esto es legítimo. Lo que debe vigilarse son los medios de que se vale para tal fin".

"La publicidad debe tener, en su esencia, carácter meramente informativo, pero junto a él en realidad, se concreta un propósito ulterior; 'persuadir al público para que compre o utilice los productos o servicios enunciados' (Araya, Celestino R., "La protección de los consumidores contra la publicidad ilícita", en Primeras Jornadas Nacionales Interdisciplinarias sobre la Empresa, Pontificia Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Rosario, 10981, p. 177)".

"Es una forma de comunicación masiva y pagada, cuyo propósito es impartir información, crear una actitud y provocar una acción beneficiosa para el anunciante (generalmente la venta de un producto o servicio) que es su principal objetivo (ver Rusell H. Colley, "La definición de objetivos publicitarios" en Administración de Empresas", n°33, año 1972, diciembre, p. 873)".

"Y como lo señala el consultor de empresas aludido, es una cuestión de sentido común. La publicidad no impulsa físicamente al consumidor a la compra de mercaderías; su propósito es crear un estado de ánimo conducente a la compra. Por consiguiente, la publicidad constituye una de las diversas fuerzas de comunicación que actuando conjuntamente o por sí sola, induce al consumidor a través de los sucesivos niveles: desconocimiento, conocimiento, comprensión, convicción y acción" (ob. cit., p. 875).

III. Y recuerdo que el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial del 20 de marzo de 1883 según el Acta de Lisboa de 1958, incorporado a nuestra legislación por ley 17.011 (Adla, XXVI-C, 1528) en su art. 10 bis dice:

"1) Los países de la Unión se obligan a asegurar a los súbditos de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.

2) Constituye un acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honrados en materia industrial o comercial.

3) Principalmente deberán prohibirse:

... 2) Las alegaciones falsas, en el ejercicio del comercio, que tiendan a desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

4) Las indicaciones o alegaciones cuyo uso, en el ejercicio del comercio, sean susceptible de inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de las mercancías".

Y reitero también lo expresado en el consid. 17 del voto al que me vengo refiriendo:

"Como colofón de lo dicho, he de señalar finalmente que existe publicidad comparativa en tanto y en cuanto se confronten, explícita o implícitamente marcas ajenas, en cualquiera de los planos que la imaginación publicitaria cree y para que esta publicidad sea admitida --salvo el supuesto de precios-- debe regularse".

Por haber demostrado el juez Pérez Delgado que la publicidad motivo de estas actuaciones es denigratoria, no estoy de acuerdo con lo expuesto por el doctor Farrell.

La conducta de la demandada resultó reprochable, y por ello debe cesar con su propaganda en el futuro y por el mismo motivo es que este tribunal debe, como lo hace, pronunciarse en los términos del juicio civil: por si o por no, y por haber llegado a esta conclusión, no me extiendo sobre el ingenioso sofisma del agua contaminada.

Si un producto es mejor que otro, ese otro es menos bueno que el que se compra, o como lo dice el Diccionario de la Real Academia: Mejor: comparativo de bueno. Superior a otra cosa y que lo excede en una cualidad natural o moral, de

donde no necesariamente debe ser peor, pero la comparación sigue siendo denigratoria.

Por todo lo expuesto, una vez más, adhiero al voto que precede.

En mérito a lo deliberado y a las conclusiones del acuerdo precedente, el tribunal por mayoría resuelve: revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda. En consecuencia, se condena a Megasistemas S. A. a cesar en la utilización de la marca Tango y a publicar esta sentencia, a su costa, en el diario Ambito Financiero. Las costas de todo el juicio se imponen a la demandada, debiéndose cumplir este pronunciamiento en el plazo de 10 días corridos. -- Martín D. Farrel (en disidencia). -- Jorge G. Pérez Delgado. -- Eduardo D. Craviotto.

Stradivarius

SIMPLEMENTE SUPERIOR

En Software '90 presentamos TANGO.
En Software, '91 presentamos STRADIVARIUS,
el Sistema Integrado de Gestión que ofrece 69
prestaciones más.

Analice, como anticipo, estas 18 prestaciones:

	Stradivarius	Tango 3. 2.
Bimonetario.	SI	NO
Monousuario y multiusuario.	SI	NO
Manejo de caja, bancos, valores, documentos y cuentas especiales	SI	NO
Proyección financiera integrada en tiempo real.	SI	NO
Control cruzado de cobranzas y pagos (auditoría interna)	SI	NO
Cuatro modalidades alternativas de administración de ventas.	SI	NO
Cálculo automático de retenciones de IVA y Ganancias.	SI	NO
Cálculo automático de diferencias de cambio.	SI	NO
Cálculo automático de Impuestos incluidos en pagos y cobranzas.	SI	NO
Manejo de productos por número de serie y número de despacho.	SI	NO
Cálculo automático de aguinaldo.	SI	NO
Cálculo de retroactividades.	SI	NO
Liquidación automática de renunciaciones y despidos.	SI	NO
Liquidación de ganancias 4º categoría.	SI	NO
Tres unidades de medida por producto.	SI	NO
Manejo de impuestos internos.	SI	NO
Cantidad ilimitada de listas de precios	SI	NO
Múltiples vigencias para cada lista de precios	SI	NO

Vea una demostración y
conozca las 51 presta-
ciones restantes en Re-
conquista 719 6º piso -
Tel. 312-2696/7947
313-6168 Fax 312-4987

Stradivarius tiene
el respaldo de servicio
pre y post venta que
ofrece Megasistemas, S.A.

MEGASISTEMAS

Tango es marca registrada de Axoft Argentina S. A. - Stradivarius es marca registrada de Megasistemas S. A.

THE COCA COLA COMPANY Y OTROS

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 22/10/1993

Sumarios

1. Se está frente a un supuesto de publicidad comparativa, cuando el soporte fundamental de la campaña de difusión de un producto es el producto de la competencia, cuya notoriedad es aprovechada como modo de enaltecer la superioridad del producto propio y, consecuentemente, persuadir sobre la inferioridad del ajeno. En tal supuesto, se configura un proceder incompatible con los usos honrados en materia industrial o comercial, en los términos del art. 10 bis, inc. 2 del Convenio de París (Adla, XXVI-C, 1528).

2. Mediante la publicidad comparativa se configura una interferencia o utilización de la marca ajena que le resta a su titular el control exclusivo de su imagen comercial y el dominio de su propio mensaje publicitario; extremos éstos que acarrearán una cierta presunción de daño.

3. Dado que mediante la publicidad comparativa se intenta persuadir por medio de la contraposición de valor-disvalor, prestigio-caída, edificación-derrumbe, el modo más eficaz de tutela jurisdiccional frente a una conducta que aparece como contraria a los usos honestos del comercio, es la orden de suspensión provisional de la campaña publicitaria comparativa, dando así cumplimiento a la obligación asumida internacionalmente de asegurar una protección eficaz contra la competencia desleal.

4. Desde que la alegada ilicitud de la publicidad comparativa implica un conflicto enmarcado en el derecho de la propiedad industrial, que interesa, de modo directo e inmediato, a marcas registradas, su conocimiento corresponde al fuero en lo civil y comercial federal en el que el legislador ha querido unificar el tratamiento de la materia.

5. El ordenamiento procesal permite el dictado de medidas innovativas con carácter precautorio, cuando la interferencia en la situación de hecho existente

es requerida como el medio adecuado, oportuno y eficaz para el ejercicio de la tutela jurisdiccional. Dicha medidas, que revisten carácter excepcional y deben ser dictadas con especial prudencia, armonizan en la materia con las prescripciones del Convenio de París, ley 17.011 (Adla, XXVI-C, 1528), en cuanto dispone otorgar "una protección eficaz contra la competencia desleal".

TEXTO COMPLETO:

2ª Instancia. -- Buenos Aires, octubre 22 de 1993.

Considerando: 1) Que, a tenor de los hechos expuestos en el escrito inicial de fs. 65/81, la alegada ilicitud de la publicidad comparativa controvertida implica, en el caso, un conflicto enmarcado en el derecho de la propiedad industrial y que interesa, de modo directo e inmediato, a las marcas Nos 1.163.605/7, 1.207.084 y 1.415.406 (confr. fs. 16/17, 18/19, 21/22, respectivamente). En consecuencia, de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal de Cámara, el conocimiento del sub examen corresponde a este fuero en lo civil y comercial federal, en el que el legislador ha querido unificar el tratamiento de la materia atendiendo a que es el que ha desarrollado la mayor parte de la jurisprudencia sobre el tema (confr. "Exposición de Motivos" de la ley 22.362).

2) Que, por ello, se revoca la resolución de fs. 82 y se dispone que el juez de primera instancia, en su oportunidad, reasuma la jurisdicción que declinó.

3) Que, admitida la competencia del fuero, es pertinente que el tribunal se pronuncie sobre la cautelar impetrada, sin necesidad de provocar una segunda resolución de la inferior instancia (confr. causas: 5563 del 11/7/77 y 5476 del 19/9/77, entre muchas otras; CNCiv., en pleno, LA LEY fallo n° 74.091 --La Ley, 1977-B, 39--, J. R. Podetti, "Tratado de los Recursos", ps. 147/148, Buenos Aires, 1958; H. Alsina, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", t. IV, p. 419, 2ª ed.; C. Colombo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. 1, p. 485, Buenos Aires, 1971, etcétera.

4) Que con los elementos allegados al proceso --particularmente las copias de los títulos marcarios antes individualizados-- y considerando que es un hecho

público y notorio que las accionantes, como sus propios nombres comerciales lo señalan, se dedican a la explotación de la bebida denominada "Coca Cola", cuadra admitir que "The Coca Cola Company", "The Coca Cola Export Corporation" y "Coca Cola S. A. I. C. y F." se hallan asistidas de interés legítimo para promover estas actuaciones (arg. art. 4° de la ley de marcas); ello, naturalmente, sin perjuicio de lo que en su momento cupiere resolver en el supuesto de ser cuestionada la legitimación activa.

5) Que las aludidas empresas requieren, como medida cautelar innovativa, se ordene a "Baesa Buenos Aires Embotelladora S. A." y a "David Ratto B. B. D. O. S. A." cesar de inmediato --provisionalmente-- con la campaña propagandística "Desafío Pepsi", por considerar ilícito y dañoso para sus derechos el recurso a la publicidad comparativa, tal como ella se encuentra concebida según el video ampliamente difundido por televisión y el aviso gráfico, incorporado a fs. 48.

6) Que es útil recordar, ante todo, que el ordenamiento procesal permite el dictado de medidas innovativas, con carácter precautorio, cuando la interferencia en la situación de hecho existente es requerida como el medio adecuado --oportuno y eficaz-- para el ejercicio de la tutela jurisdiccional (art. 232, Código de rito; X Congreso Nacional de Derecho Procesal, Salta 1979; J. W. Peyrano, "En defensa de la medida cautelar innovativa", JA, 1978-II, 642, y su obra a medida cautelar innovativa", p. 42, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981); solución a la que no se opone la circunstancia de no estar contemplada en la ley de marcas, desde que este cuerpo legal no excluye la aplicación del régimen genérico (confr. J. Otamendi, "Derecho de Marcas", ps. 291/292, Buenos Aires, 1989). Por lo demás, comportando la cautelar requerida un resguardo apropiado a las circunstancias del caso, su adopción armoniza con el Convenio de París --ley 17.011-- en cuanto prescribe: "Los países de la Unión se obligan a asegurar a los súbditos de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal" (art. 10 bis, inc. 1).

7) Que, desde otro ángulo, es menester precisar que no se da una hipótesis de identidad entre la cautelar y el fondo del asunto a resolver en la sentencia definitiva, pues --según se expresa a fs. 77-- el juicio ordinario perseguirá tanto el cese definitivo de la propaganda cuestionada como la indemnización de los daños y perjuicios por ella causados.

8) Que, ciertamente, esta sala coincide con la opinión de que medidas de la especie de que se trata revisten carácter excepcional y deben ser dictadas con especial prudencia (confr. J. W. Peyrano, op. cit., ps. 21/22 y 24/25). Mas, aun partiendo de ese enfoque, juzga --en una valoración naturalmente provisional acorde con la naturaleza preventiva de la pretensión-- que los hechos controvertidos tienen suficiente entidad como para poner en movimiento el remedio de excepción en estudio.

9) Que, en efecto, meritando con criterio realista el mercado de bebidas, gaseosas a base de cola, no cabe la más mínima duda de que la bebida que es comparada con "Pepsi Cola" y desafiada por ésta es la que se identifica como "Coca Cola". Y si bien en el vídeo no se la menciona expresamente --aunque se alcanza a percibir que el locutor insinúa una referencia a ella--, ni extremando la ingenuidad se puede ignorar que el "Desafío Pepsi" está clara y concretamente dirigido a "Coca Cola". Tan es ello así que en el aviso gráfico de fs. 48 --que ocupa toda una página de un matutino-- se aclara al público que "...debido a interpretaciones que censuran la publicidad comparativa no mencionaremos la marca ni mostraremos el envase de nuestra competencia. Pero no importa, porque vos sabés cuál es". A lo expuesto se añade que la campaña se integra con stands destinados al consumo comparativo y que en tales puestos se exhibe junto con "Pepsi Cola" a envases de "Coca Cola" (véase las fotografías de fs. 31 a 41 inclusive).

10) Que es de toda evidencia, y así lo confiesa el texto del vídeo (reproducido a fs. 27 con fidelidad) y del aviso gráfico de fs. 48, que mediante el subterfugio de no mencionar al conjunto "Coca Cola" la empresa competidora realiza una campaña de publicidad comparativa disfrazada. Lo hace, empero, con un velo o máscara totalmente estéril, de manera que en definitiva proyecta sobre el público --y acaso con mayor fuerza-- la imagen y la idea de un duelo comparativo entre "Pepsi Cola" y "Coca Cola" (la expresión es reemplazada por la sugestión pero esta obra, dada la concreta realidad del mercado, del mismo modo que aquélla).

11) Que, en tales condiciones, es razonable concluir que la agencia "David Ratto S. A." ha ideado para "Baesa Buenos Aires Embotelladora S. A." una campaña de difusión de la bebida "Pepsi Cola" cuyo soporte fundamental es, y no puede ser otro, que el producto de la competencia conocido como "Coca Cola". Se concreta, en los hechos, un aprovechamiento de la notoriedad de esta última marca como modo

de enaltecer, a través del desafío, la superioridad del producto propio y consecuentemente la manera de persuadir, simultáneamente, sobre la inferioridad del producto comparado. "Coca Cola" aparece, así, como el trampolín para la elevación de "Pepsi Cola", con lo que se está frente a un incuestionable supuesto de publicidad comparativa.

12) Que, siendo ello así, aparece "prima facie" una interferencia o utilización de la marca ajena, restándole al titular de ella el control exclusivo de su imagen comercial y el dominio de su propio mensaje publicitario; extremos que --según lo tiene declarado esta sala-- acarrearán una cierta presunción de daño (confr. voto del doctor José Carneiro publicado en LA LEY, 147-233, en esp. p. 237).

13) Que, en función de lo expuesto, y sin que sea necesario avanzar a esta altura el pensamiento del tribunal sobre la licitud o ilicitud de la publicidad comparativa en general, y mucho menos por cierto sobre la que interesa en el "sub iudice", la campaña propagandística denominada "Desafío Pepsi" puede llegar a comportar --al usar o sugerir la marca del competidor con fines de referencia-- un sutil modo de apoderamiento del magnetismo de dicha marca (confr. E. Aracama Zorraquín, "Medios distintivos y publicidad comparativa", p. 48, Buenos Aires, 1989), desde que, como señala Paul Mathely, en la referencia --explícita o sugerida-- hay una forma de uso de la marca ajena (confr. "Le droit français du signos distinctifs", París 1984, citado por Aracama Zorraquín). A lo que se añade que no puede ser descartado, y esto es objeto de valoración al solo efecto de estimar el "fumus bonis iuris" de las peticionarias, que la conducta de difundir un producto tomando como punto de vista los productos rivales --según la expresión de C. J. Zavala Rodríguez en "Publicidad comercial", Ed. Depalma, p. 416, Buenos Aires, 1947-- configura un proceder incompatible con los "usos honrados en materia industrial y comercial", en los términos del art. 10 bis, inc. 2, del Convenio de París; como tampoco podría ser apartada la posibilidad de que la referencia sugerida pero incuestionable de la marca "Coca Cola" alcance a constituir un uso que prescinde del art. 4º de la ley de marcas.

14) Que, así las cosas, no sólo impresiona como verosímil el derecho alegado por las peticionarias --lo que no significa una realidad inconstestable--, sino que además la medida innovativa comporta en el caso --dadas las notas de "insistencia" y "persistencia" que caracterizan el modo de propaganda elegido y los medios

masivos de comunicación utilizados-- la vía adecuada, por su eficacia, para cohibir una situación potencialmente dañosa (LA LEY, 147-233, en p. 237) y de consecuencias dudosamente reparables (v. gr. disminución del prestigio comercial, dilución del ensamble público-producto, desmerecimiento de la marca, desvío de la clientela, etc.). Es que la publicidad comparativa, como toda propaganda, tiene por objeto persuadir, mas lo hace contraponiendo simultáneamente valor-disvalor, prestigio-caída, edificación-derrumbe. De donde se sigue que el modo más eficaz de tutela jurisdiccional, frente a una conducta que prima facie aparece como contraria a los usos honestos del comercio, es precisamente la orden de suspensión provisional de la campaña publicitaria comparativa hasta tanto se resuelva, en el juicio de conocimiento, la juridicidad del proceder de cada una de las partes en conflicto; solución ésta que, a juicio del tribunal, se adecua razonablemente a la obligación asumida internacionalmente de asegurar una protección eficaz contra actos que puedan llegar a constituir la expresión de una competencia desleal (art. 10 bis, 1 y 2, de la Convención de París, ley 17.011).

15) Que toda vez que la suspensión temporaria del plan publicitario controvertido es susceptible de ocasionar un daño significativo a las empresas que lo han orquestado (costo de la filmación, publicidad gráfica, instalación de puestos en supermercados y otros lugares, empleo de personal, etc.) será condición previa para su ejecución que las peticionarias presten contracautela suficiente (art. 199, Cód. Procesal). A ese efecto, meritando las circunstancias del caso que han sido puntualizadas precedentemente y la apariencia del derecho, como también la estimación efectuada por la firma "Mc Cann-Erickson Argentina" a fs. 56 --que proporciona una pauta indiciaria no desdeñable-- júzgase prudente fijar el monto de la caución en la suma de \$ 200.000 o valores y títulos equivalentes.

Por ello, en calidad de medida cautelar, ordénase a "Baesa Buenos Aires Embotelladora S. A." y a "David Ratto B. B. D. O. S. A." cesar de inmediato en la campaña publicitaria conocida como "Desafío Pepsi" (avisos de la naturaleza que fueren, stands de encuestas, carteles, etc.); medida que se les notificará por cédula firmada por la actuario y que será comunicada, como se solicita, a los canales de televisión 7, 9, 11 y 13; a los diarios La Nación y Clarín; y a los responsables de los stands ubicados en Unicenter, Estación Once y Shopping Sur. A ese efecto

habilitase días y horas inhábiles. Previo a la ejecución de la medida, las actoras deberán prestar caución de \$ 200.000.

Toda vez que en la resolución de fs. 92/95 vta. se omitió mencionar a la firma Pepsi Cola S. A. I. C. y a cualquier persona física o jurídica que tenga a su cargo en forma total o parcial o en forma directa o indirecta la implementación de esta compañía publicitaria, acláranse en el sentido de que la medida cautelar allí decretada comprende también a las citadas empresas o personas, las que deberán ser notificadas en los mismos términos que las restantes. -- Guillermo R. Quintana Terán. -- Eduardo Vocos Conesa. -- Marina Mariani de Vidal.

THE COCA COLA COMPANY Y OTROS

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 01/11/1993

Sumarios

1. En nuestro derecho o en la Convención de París de 1958 (Adla, XXVI-C, 1528) no existe una prohibición expresa de la "publicidad comparativa" en general.

2. En materia de conflictos por publicidad comparativa, no sólo debe evaluarse la mengua que sufre el derecho de propiedad industrial del reclamante, sino asimismo la libertad de comercio y el derecho del público consumidor a beneficiarse con la posibilidad de escoger entre diversas alternativas y la información veraz acerca de éstas.

3. El supuesto de adelanto de opinión por parte de un magistrado, contemplado en el art. 17, inc. 7 del Cód. Procesal, sólo se configura por la emisión de opiniones intempestivas respecto de las cuestiones pendientes que aún no se encuentran en estado de ser resueltas. Por ello, tal supuesto no se configura cuando el juez se halla en la necesidad de emitir pronunciamiento, lo que ocurre, por ejemplo, al resolver sobre la procedencia o improcedencia de una medida cautelar.

TEXTO COMPLETO:

2ª Instancia. -- Buenos Aires, noviembre 1º de 1993 .

Considerando: Que el supuesto de adelanto de opinión por parte de un magistrado --genéricamente contemplado en el art. 17, inc. 7 del Cód. Procesal--, sólo se configura por la emisión de opiniones intempestivas respecto de las cuestiones pendientes que aún no se encuentran en estado de ser resueltas, pero no existe si el juez se halla en la necesidad de emitir pronunciamiento (conf. esta sala, causa 7436, del 27/12/91; ídem sala I, causa 2554, del 27/3/84; 4804, del 28/8/87, entre otras).

Que, como principio, tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia en general, consideran que no incurre en la causal aludida, el tribunal que emite opinión

al pronunciarse sobre la procedencia o rechazo de una medida cautelar (conf. Morello, A. M. y otros "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", t. II-A, ps. 498/9, n° 31 y sus citas; Fassi, S. C.-Yañez, C. D., "Código Procesal en lo Civil y Comercial", t. 1, p. 235; en igual sentido CS, "in re": "Telecor S. A. C. I. c. Catamarca Provincia de s/restitución de inmueble", del 26/4/88; CNCiv., sala B, 19/7/73, publ. LA LEY, 152-287; sala D, 23/11/79, publ. ED, 86-808, entre otras).

Que pese a no existir una absoluta "...identidad entre la cautelar y el fondo del asunto a resolver en la sentencia definitiva...", existen diversos puntos comunes que el a quo se hallaba en la necesidad de analizar a fin de decidir la admisión o rechazo de la medida cautelar innovativa solicitada por The Coca-Cola Company, The Coca Cola Export Corporation --sucursal argentina-- y Coca Cola S. A. I. C. y F.

Y si bien es cierto que al efectuar ese examen, el tribunal de la causa utilizó, en algunos pasajes de su resolución, expresiones de tono enfático que pudieran hacer pensar en un adelanto de su postura acerca de cuestiones sobre las que tendrá que volver a expedirse eventualmente al pronunciar sentencia en última instancia en el juicio que "The Coca Cola Company y otros" anuncian que habrán de iniciar próximamente con motivo de los mismos hechos que dieron lugar a la cautelar, también es verdad que ese rigor expresivo ha sido en todo momento mitigado por la sala II mediante el cuidadoso uso de los verbos en modo condicional de la locución "prima facie" y la salvedad de que la argumentación se hacía al "solo efecto de estimar el *fumus bonis juris*" de las reclamantes.

Que, por lo tanto, esta sala entiende que los fundamentos de la resolución suscripta por los jueces de Cámara recusados que se vinculan con la licitud o ilicitud de la denominada "publicidad comparativa" en nuestro derecho, con los alcances de la prohibición establecida en el art. 10 bis del Convenio de París de 1958 (ley 17.011) o con la alusión ilegítima al producto o a la marca de las contrarias, no pueden ser interpretados como una opinión última sobre tales aspectos o como un repudio anticipado del proceder de los recusantes. Esto es así por cuanto pronunciamientos tales no podrían dejar de ponderar, en atención a las cuestiones de que se trata y a los planteos hasta aquí formulados por las partes, ciertas circunstancias que hacen a la sustancia del conflicto, como ser: a) la inexistencia en nuestro derecho o en la Convención antes mencionada de una prohibición expresa

de la "publicidad comparativa" en general; b) que, como es bien sabido, en nuestro país el mercado de las bebidas "cola" se halla de tal modo absorbido por los dos afamados productos de las aquí litigantes que, cualesquiera sean las precauciones que se adopten para no mencionar o individualizar la marca del competidor, no puede quedar duda en el público acerca de cuál se trata, c) que constituye un objetivo legítimo de todo comerciante o industrial aumentar el número de su clientela, finalidad que, con relación a mercados muy especiales, de estructura oligopólica, es difícil de lograr sin que, simultáneamente, no se reduzca en cierta medida la de la competencia, y ch) que en esta clase de conflictos no sólo debe evaluarse la mengua que sufre el derecho de propiedad industrial del reclamante sino asimismo la libertad de comercio y el derecho del público consumidor a beneficiarse con la posibilidad de escoger entre diversas alternativas y la información veraz acerca de éstas. Y, como ninguno de estos puntos ha sido materia de pronunciamiento por la sala II, cabe reiterar que no ha existido prejuizamiento alguno.

Que si bien lo hasta aquí expuesto basta para desestimar la recusación impetrada, considera la sala precisar que la celeridad procesal empleada para estudiar y resolver el recurso es lo habitual en esta Cámara en situaciones semejantes (es decir, tratándose de medidas cautelares), pues es sabido que la oportuna decisión de una solicitud cautelar se constituye en factor esencial para garantizar y salvaguardar derechos que, de otro modo, podrían tornarse ilusorios o abstractos (conf. Acordada n°7 del 27/5/92).

Por ello, se resuelve: desestimar la recusación con causa articulada.

El doctor Vázquez no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109, Reglamento para la justicia nacional). -- Octavio D. Amadeo. -- Eugenio Bulygin.

THE COCA COLA COMPANY Y OTROS S/ MEDIDAS CAUTELARES

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Recursos de hecho, Buenos Aires, 12 de septiembre de 1995.

Vistos los autos: "The Coca Cola Company y otros s/ medidas cautelares' y recursos de hecho: T.347.XXVI, deducido por Baesa Buenos Aires Embotelladora S.A. en la causa 'The Coca Cola Company y otros s/ medidas cautelares'; T.329.XXVI, deducido por Pepsi Cola Argentina S.A.C.I. en la causa 'The Coca Cola Company y otros s/ medidas cautelares' y T.328. XXVI, deducido por David Ratto BBDO en la causa 'The Coca Cola Company y otros s/ medidas cautelares'".

Considerando:

1º) Que contra la sentencia dictada por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, que hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la parte actora, interpusieron recurso extraordinario Pepsi Cola S.A.I.C., Baesa Buenos Aires Embotelladora S.A. y David Ratto BBDO S.A., los que fueron parcialmente concedidos por el a quo, habiendo acudido en queja los recurrentes por los aspectos en que fue denegado.

2º) Que el juez de primera instancia se declaró incompetente para entender en las presentes actuaciones, decisión que fue apelada por la parte actora. La cámara de apelaciones revocó lo resuelto y -a pedido de la actora, formulado en la alzada- se avocó directamente al estudio de una medida cautelar que había sido solicitada ante el juez de grado, a la que hizo lugar en la decisión recurrida por la vía extraordinaria.

3º) Que reiteradamente ha decidido esta Corte que la jurisdicción de los tribunales de segunda instancia está limitada por el alcance de los recursos concedidos que determinan el ámbito de su competencia decisoria, y la prescindencia de tal limitación causa agravio a las garantías constitucionales de la propiedad y la defensa en juicio (Fallos: 235:171, 512; 237:328; 281:300; 301:925; 304:355; 311:1601, entre muchos otros).

4º) Que la doctrina expuesta resulta aplicable al caso si se tiene en cuenta que el recurso de apelación deducido por la parte actora versaba únicamente sobre la competencia de los tribunales en razón de la materia. En tales condiciones, la

cámara no tenía facultades para decidir –como lo hizo- la traba de una medida cautelar que había sido requerida ante el juez de primera instancia y sobre la que éste no se había expedido.

5º) Que la decisión recurrida causa un agravio de imposible reparación ulterior, pues esta Corte ha expresado en forma reiterada que la doble instancia no tiene jerarquía constitucional, salvo cuando las leyes específicamente la establecen (Fallos: 310:1424 y sus citas). En el sub lite, existe un régimen legal que prevé la existencia de doble instancia judicial (art. 198 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), de cuya aplicación prescindió arbitrariamente el tribunal a quo.

6º) Que la regulación legal de la que se apartó la cámara de apelaciones autoriza que las medidas cautelares sean dictadas inaudita parte, como medio idóneo para asegurar su eficacia, pero permite que la decisión sea recurrida por reposición o apelación, subsidiaria o directa (art. 198 del código citado). El régimen legal garantiza, de tal modo, que la cuestión pueda ser examinada por dos tribunales diferentes -haya sido la cautela admitida o denegada- y que la parte perjudicada por lo resuelto pueda ejercitar su defensa en la oportunidad pertinente. En ese particular sistema concebido por el legislador, la limitación del derecho a ser oído -que no es ejercido antes de que se emita el pronunciamiento judicial- se equilibra con la seguridad de que podrán intervenir dos tribunales, estableciendo así un doble control en el juzgamiento, que en el sub lite ha sido omitido. De tal modo, la exigencia legal de la doble instancia cumple una función estrechamente vinculada con la garantía constitucional de la defensa en juicio, motivo por el cual la decisión que arbitrariamente se aparta de las disposiciones que rigen el caso, agravia severamente dicha garantía, a la vez que afecta la del debido proceso.

7º) Que, en tales condiciones, las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas por los recurrentes guardan relación directa e inmediata con lo resuelto (art. 15, ley 48), por lo que corresponde descalificar la sentencia con arreglo a lo expresado en los considerandos precedentes.

Por ello, se declaran procedentes las quejas intentadas, se hace lugar a los recursos extraordinarios deducidos, y se deja sin efecto la sentencia recurrida. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se otorgue al presente el debido trámite.

Reintégrense los depósitos de las quejas y agréguese éstas al principal. Notifíquese. JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINE O'CONNOR - CARLOS S. FAYT (en disidencia) - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO (en disidencia) - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia) - RICARDO LEVENE (H) - ANTONIO BOGGIANO -

GUILLERMO A. F. LOPEZ - GUSTAVO A. BOSSERT. ES COPIA.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT, DON AUGUSTO CESAR BELLUSCIO, DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que los recursos extraordinarios –parcialmente concedidos- y los respectivos recursos de hecho, no se dirigen contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).

Por ello, se desestiman los recursos extraordinarios, con costas. Se rechazan los recursos de queja y se declaran perdidos los depósitos de fs. 1 (expte. T.347.XXVI), fs. 3 (expte. T.329. XXVI) y fs. 33 (expte. T.328.XXVI). Notifíquese, devuélvase el expediente T.355.XXVI y, oportunamente, archívense las quejas. CARLOS S. FAYT -

AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI. ES COPIA

**CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES C/ CASA ISENBECK S/ INCIDENTE
DE APELACIÓN**

Juzgado Nº 8 Secretaría Nº 16, Buenos Aires, 19 de mayo de 2005.

Y VISTOS:

Los recursos de apelación interpuestos a fs. 136/7, 182 y 290, contra las resoluciones de fs. 59/61, 168 y 276/8 de los autos sobre medidas preliminares y de prueba anticipada (expediente 7449/2004 que el Tribunal tiene a la vista) en adelante el principal –fundados a fs. 58/115, 199/218 y 501/30, cuyos traslados fueron respondidos a fs. 281/307, 323/37 y 536/545, respectivamente- y,

CONSIDERANDO:

1. Con respecto a la presentación de frs. 313/317 –reposición con apelación en subsidio y pedido de desglose- relacionada con la providencia de fs. 308 que dispone la agregación de los anexos que acompañan al escrito de fs. 281/307, cabe puntualizar que la resolución de fs. 318 que expresó que tanto la sustanciación como la resolución de fs. 318 que expresó que tanto la sustanciación como la resolución de fs. 318 que expresó que tanto la sustanciación como la resolución de la cuestión planteada incumbe al tribunal de Alzada, motivó el recurso de queja que fue declarado abstracto por la Sala (cfr. causa 10.651/2004, del 16/9/04).

Sobre el punto vale señalar, como la Sala decidiera en la causa 5715/99 fallada el 21/10/99 fallada el 21/10/99, que si bien el art. 275 del Código Procesal veda la apertura a prueba en el recurso concedido en relación, lo que –en principio- podría extenderse a la agregación de prueba documental, las normas regulatorias de la oportunidad de presentación de documentos no son de orden público, por donde si las circunstancias del caso lo exigen, cabe admitir su agregación aun cuando fuera extemporánea (cfr. doct. Art. 36, inc 4, CPCC; esta Cámara, Sala I, causas 318 del 30/5/83, 4505 del 15/8/86, 5282 del 4/12/87; Sala II, causa 8687/94 del 9/8/95), sin perjuicio de la posterior consideración o no de dicha prueba por este tribunal. Esta posición se compadece con el principio rector en materia probatoria, cual es la inteligencia amplia de las normas que reglan su actividad, con vista a la obtención de la mayor cantidad de elementos necesarios para acreditar la verdad de

los hechos invocados por las partes, a fin de resguardar la adecuada defensa de los derechos en juicio y de otorgar primacía a la verdad jurídica objetiva (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 238:550; 279:239; 310:799 y 2456; 311:1971 y 315:2625; esta Cámara, Sala II, doct. Causas 5417 del 16/10/87 y 7568 del 29/6/90).

2. Recurso de fs. 136/7 del principal:

El juez Soto – posteriormente recusado sin causa a fs. 77 del principal- hizo lugar a la medida cautelar solicitada por Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. (en adelante “Quilmes”), titular de las marcas “QUILMES” y “QUILMES CRISTAL” –entre otras- y ordenó que la accionada cesara en la difusión no autorizada de la marca “QUILMAS” por cualquier medio de propalación que fuere (cfr. fs. 16/17).

Para así decidir, el “a quo” consideró que la publicidad de la demandada se encaminaba a persuadir acerca de la superioridad del producto propio y, simultáneamente, sobre la inferioridad del producto de la actora, con lo cual los productos de ésta identificados con sus marcas aparecían como un trampolín para la elevación de la marca de la accionada, y por ende, se estaba frente a un supuesto de publicidad comparativa. Consideró –al sólo efecto del estudio de la cautelar- que la campaña publicitaria no cumplía con algunas de las condiciones que hacen presumir la licitud en la utilización comparativa. Estimó que aparecía “prima facie” una interferencia o utilización de la marca ajena, restándole al titular el control exclusivo de su imagen comercial y el dominio de su propio mensaje publicitario, extremos que acarrearán una cierta presunción de daño. Juzgó que la medida innovativa era en el caso –dadas las persistentes sugerencias de la superioridad del producto propio e inferioridad del ajeno y los medios masivos de comunicación y propaganda utilizados-, la vía adecuada, por su eficacia, para cohibir una situación potencialmente dañosa y de consecuencias dudosamente reparables (disminución del prestigio comercial, dilución del ensamble público-producto, desmerecimiento de la marca de la actora, desvío de clientela, información técnicamente incontrastable). Por último, valoró que dado que la conducta desplegada por la demandada era susceptible de ocasionar un indubitable perjuicio a la peticionaria, la sola prolongación en el tiempo de esa circunstancia configuraba acabadamente el peligro en la demora. La contracautela fue fijada en \$30.000.

3. Contra esa decisión apeló la accionada C.A.S.A. Isenbeck S.A. (en adelante “Isenbeck”), solicitando que se revoque la medida decretada.

La recurrente plantea en su extenso memorial que la cautelar no cumple con los requisitos formales de procedencia. Señala que la referencia al art. 50 del ADPIC hecha al solicitar la medida y al dictarla es inaplicable al “sub lite” pues protege a los titulares de una marca de su apropiación y explotación por parte de terceros no autorizados.

Sostiene que la actora no demostró la verosimilitud del derecho pues no acreditó ninguna denigración, alegación falsa ni engaño en los avisos cuestionados, limitándose a fundar su derecho en la propiedad de las marcas “Quilmes” y “Quilmes Light”, salvo que se considere que es un derecho absoluto y oponible erga omnes. Arguye que no hizo uso comercial de la marca “Quilmes”, sino apenas una mera referencia,.

Añade que aquélla tampoco acreditó el peligro en la demora y ni siquiera tomó el recaudo formal de mencionarlo en su petición; asimismo al no haber indicado ningún daño concreto, susceptible de ser medido, no es posible comprender cuál sería el daño irreparable si los comerciales siguieran difundándose. Puntualiza que las particulares circunstancias del caso –solvencia de su parte y potencialidad y abstracción de los presuntos daños- unidas a la prudencia fon que debe otorgarse este tipo de medida que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del final de la causa, imponían otra decisión.

Critica que el “a quo” haya invertido la carga de la prueba y en lugar de exigir a “Quilmes” que probara que la mención de su marca en los comerciales contenía falsedades o la desacreditaba, admitió la sola titularidad de la marca mencionada como valor absoluto y estableció que la mera referencia a la misma constituye denigración. Argumenta que dado que en apariencia el trato para “Quilmes” era no solo correcto sino elogioso, aunque le hubiera impresionado como subliminalmente peyorativo, el magistrado no podría haber hecho lugar a la cautelar por cuanto este extremo debe surgir de manera evidente de los elementos de autos y la apreciación debe ser prudente dada la índole de los derechos que restringe.

Disiente con las afirmaciones del “a quo” relativas a las posiciones imperantes en jurisprudencia y doctrina relativas a la publicidad comparativa. En apoyo de su postura cita doctrina y jurisprudencia y menciona legislación comparada.

Se agrava de la evaluación de los derechos en juego, que a su entender, fue incompleta puesto que se limitó a enfrentar el derecho marcario con el derecho de información del consumidor, olvidando el derecho a la libertad de expresión, el principio de legalidad, el derecho a ejercer industria lícita y el libre comercio, como así también el derecho a la libre competencia, todos protegidos por la Constitución Nacional. Puntualiza que debe pasar más en la balanza –a partir de la inclusión en el art. 42 de la Carta Magna del derecho del consumidor a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno- el derecho de su parte a informar a los consumidores que la eventual molestia de “Quilmes” suscitada por la mención no autorizada de marcas de su propiedad, efectuada por su parte.

Señala que la resolución no precisa, en concreto, ninguna infracción en los anuncios de su parte. Afirma que en una de las publicidades gráficas sólo se menciona en forma positiva a la peticionante (“Quilmes es la cerveza que toma la mayoría”) y que lo mismo sucede en el comercial televisivo. Manifiesta que en otra de las publicidades gráficas se ha limitado a enumerar –en paralelo y respetando escrupulosamente la información contenida en cada una de las etiquetas- los ingredientes de cada una de las cervezas.

Sostiene que los comerciales no sugieren la superioridad de “Isenbeck” ni la inferioridad de “Quilmas”. Al respecto argumenta que el enaltecimiento del propio producto es una práctica aceptada pacíficamente y con escepticismo por los consumidores de todo el mundo y que el carácter genérico de la afirmación superlativa –“Isenbeck es la mejor cerveza” – es un indicio para considerarla una exageración, una alegación que no se toma en serio, reproduciendo antiguos avisos con este tipo de expresiones entre los que destaca los de “Quilmes” con el slogan “La mejor cerveza”.

Asevera, finalmente, que de las declaraciones de la actora surge que lo que más la agravia, serían las consecuencias que tiene la campaña en beneficio del

consumidor, a quien parece que no querría explicar que el particular sabor obedece a aditivos y conservantes, ni cuáles son los beneficios de tener menos malta.

4. Por su parte, al contestar el traslado “Quilmes” sostiene que en la campaña “Una Isenbeck de regalo” se engaña y confunde a los consumidores mediante alegaciones falsas, a través de lo que se dice y de lo que se induce.

Argumenta que dicha campaña consiste en denigrar y desacreditar a la marca “Quilmes”. Añade que el vocablo “mejor” está utilizado estableciendo una comparación explícita al mencionar la marca “Quilmes”, ello fundamentado en falsedades a partir de la comparación explícita al mencionar la marca “Quilmes”, ello fundamentado en falsedades a partir de la comparación de dos etiquetas inexistentes y lo que se induce a creer al señalar que “Isenbeck” es 100% cerveza – sin decir que “Quilmes” también lo es- y que un año de vencimiento es mejor que seis meses, cuando es todo lo contrario. Señala que su parte nunca afirmó que su producto tiene este vencimiento, como aparece expuesto en la etiqueta que la demandada compone y le atribuye; en este sentido afirma que en su cerveza se sugiere el consumo dentro de los seis meses de la fecha de elaboración, siendo menores las alteraciones de sabor dentro de dicho lapso que en un año y que Isenbeck falseó la contraetiqueta, indicando que el vencimiento se producía a los seis meses y la comparó con la propia, estableciendo una ventaja. Agrega que en dicha etiqueta se omite mencionar que el lúpulo es uno de sus componentes. En relación con los adjuntos que la demandada trata con demérito al compararlos con su malta, expone que son otros cereales –arroz y maíz- cuyo objeto es reducir el amargor del producto y que la forma en que “Quilmes” expone la composición de su cerveza en la presentación del producto es utilizada falazmente por la accionada para establecer una supuesta ventaja del propio. También expresa que la presencia o no de estabilizantes y antioxidantes nada implica en función de determinar si un producto es mejor que otro, como se plantea en la publicidad, puesto que son aprobados por las entidades de control de alimentos y utilizados por las marcas más calificadas. Manifiesta que el dióxido de carbono que utiliza también resulta esencialmente de la fermentación de la cerveza y que para estandarizar dicho componente en el producto resultante, puede agregarse dióxido de carbono 290,

que es natural –puesto que deriva de la combustión- más limpio y mejor que el obtenido de la fermentación.

Aclara que en su escrito inicial se refirió a la dilución que se estaba produciendo en la percepción del consumidor respecto del origen del producto.

Puntualiza que la anterior utilización del slogan “La mejor cerveza” en relación a su producto –que “Isenbeck” menciona en su memorial- fue hecha sin compararse expresamente con ningún competidor. Por el contrario, en este caso el adjetivo se aplica a la cerveza propia en comparación con la ajena, esto es “ISENBECK” es mejor que ‘QUILMES’, que además es 100% cerveza, mientras esta última no.”; cita la definición de cerveza del Código Alimentario concluye que su producto es 100% cerveza al igual que “Isenbeck” aunque en la publicidad cuestionada se induzca al consumidor a creer lo contrario.

Menciona que el art. 50 del ADPIC, sólo vino a consagrar un instrumento existente y aplicado con anterioridad: la medida innovativa.

Disiente con que la promoción de marras consista en un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, pues más allá de la ilegitimidad del uso de la marca ajena, lo ha ejecutado con un claro fin comercial, siendo que mediante la asociación entre las tapas de ambos productos, logró incrementar las ventas del propio. Las comparaciones entre “la mejor cerveza” y “la de mayor venta” se basaron en un tratamiento peyorativo de la marca “Quilmes”, confirmado por el tono sarcástico del mensajero y ratificado por la comparación falaz, componiendo etiquetas inexistentes con alegaciones falsas.

En relación con los requisitos de admisibilidad cuestionados en el memorial, expone que la marca “Quilmes” es un activo valioso y contra ella se ha dirigido el ataque de la contraria, siendo un axioma que no existe acción de marketing que permita reposicionar una marca desprestigiada; de allí la aplicabilidad del art. 50 del ADPIC. El peligro en la demora, más allá del daño irreparable en la imagen de marca que estaba ocasionando la promoción, se ve acreditado también con la dilución de origen en la percepción del consumidor.

Respecto al uso no comercial argüido, advierte que la demandada ha reconocido haber incrementado sus ventas en dos millones de botellas en virtud de la promoción consistente en vincularse con su marca, por lo cual considera que existió uso comercial.

5. En primer lugar, y en orden al tratamiento de todos los recursos, es pertinente recordar que según reiterada doctrina de al Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Juez no está obligado a seguir todas las argumentaciones que se le presenten, bastando las conducentes para resolver el conflicto (Fallos: 258:304; 262:222; 272:225; 278:271 y 291:390, entre muchos otros).

6. De conformidad con la jurisprudencia del Alto Tribunal, la innovativa es una medida precautoria excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (conf. Fallos 316:1833;318:241; 319:1069 y 321:695).

En este mismo orden de ideas este Tribunal ha sostenido en relación a las medidas innovativas que, dada su especial naturaleza, requieren para su dictado, además de la concurrencia de los presupuestos básicos generales de toda medida cautelar, un cuarto requisito que le es propio, cual es la posibilidad de que se consume un daño irreparable (cfr. esta Sala, causas 3905 del 28-4-94 y 1178/98 del 16-4-98, entre otras; en igual sentido, esta Cámara, Sala II, causa 6921 del 1-9-89; CNCiv., Sala A, L.L. 1985-D, 11 y L.L. 1986-C, 344; Peyrano, J.W., "Medida cautelar innovativa", Buenos Aires, 1981, pág. 21 y siguientes.).

Así también se ha dicho que la verosimilitud del derecho debe surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa (cfr. Peyrano, J. W. "La verosimilitud del derecho invocado como presupuesto del despacho favorable de una medida cautelar innovativa", L.L. 1985-D, 112).

Desde la perspectiva delineada, esta Sala procederá al examen de los presupuestos o recaudos de admisibilidad obrando con la mayor prudencia, porque el marco de conocimiento con que la cuestión es abordada por el Tribunal, de

manera preliminar, no permite efectuar un análisis exhaustivo, porque ello es propio del momento en que se dicte la sentencia definitiva que valore las razones de orden jurídico que las partes propusieron y las pruebas que produjeron en su defensa (cfr. Esta Sala, causa 7376/00 del 1º-3-2001 y 7808/02 del 22-8-02).

Ello sentado, cabe precisar que esta Sala se ha pronunciado en el sentido de que el art. 50 del TRIPS (aprobado por la ley 24.425, pub. en el B.O. del 5/1/95) tiende a otorgar protección a los titulares de derechos de propiedad intelectual –en la que se incluye a las marcas de fábrica o comercio, según el art. 1, inc. 2-, reconociendo a las autoridades judiciales facultades para ordenar la adopción de medidas provisionales rápidas y eficaces destinadas a evitar que se produzca la infracción de los derechos tutelados (inc. 1, ap. a), incluso sin haber oído a la otra parte, en particular cuando haya probabilidad de que cualquier retraso cause daño irreparable a su titular (inc. 2); (cfr. causas 1440/97 del 29/5/97, 2049/98 del 28/5/98, 4176/99 del 10/8/99 y 2945/01 del 10/5/01).

En virtud de las medidas previstas en esta norma, se ha reconocido que resulta procedente el cese en la utilización –con carácter cautelar- de una marca (cfr. esta Sala, causas 2049/98, 4176/99 y 2945/01, citadas).

Descartado el supuesto constitucionalmente prohibido de “censura previa”, es indudable que ordenar el cese de un film publicitario o de una campaña radial, televisiva o gráfica que se está difundiendo masivamente como parte de una estrategia comercial, es una medida que pone en tensión diversos derechos constitucionales, los cuales, vale la pena recordarlo, no son absolutos sino que deben ser compatibilizados entre sí conforme a la finalidad con que son instituidos y se ejercen en las circunstancias particulares de la causa.

Una determinada estrategia publicitaria es una manifestación de la libertad de expresión y goza de protección constitucional (art. 14 de la Constitución Nacional; art. 13, incisos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En el “sub lite” no se halla involucrada ninguna reglamentación restrictiva exclusivamente destinada al desarrollo de la actividad periodística o publicitaria –en el sentido de la prohibición contenida en el art. 32, primera frase, de la ley Fundamental-, sino pretensiones enfrentadas de quienes usan de los medios televisivos e impresos para

ejercer sus derechos a la libertad de comerciar y de participar en el mercado. Sin duda, la protección constitucional mencionada no exime a quien desarrolla una determinada campaña publicitaria de responder por las conductas que, eventualmente, infrinjan las leyes que reglamentan legítimamente el ejercicio de los derechos involucrados en este litigio; los contemplados en la ley 22.362 y ley 22.802, a los que se agregan los previstos en las normas de fuente convencional, a saber, el Convenio de París y el "ADPIC".

A ello se agrega que los consumidores tienen el derecho constitucional a una información adecuada y veraz y a la protección de la libertad de elección y, por su parte, las empresas que actúan en el mercado local tienen derecho a concurrir conforme a prácticas leales y lícitas y también tienen derecho a acciones positivas de las autoridades tendientes a evitar toda forma de distorsión indebida (art. 42, segundo párrafo, Constitución Nacional).

A la luz de estos diferentes derechos que deben ser compatibilizados en el caso concreto, corresponde tratar los diferentes agravios.

7. Sobre la base expuesta, es conveniente recordar que el Tribunal ha señalado que se debe distinguir entre el uso sin autorización de una marca ajena, como si fuera propia, de la mera referencia o mención de ella en la utilización de otra marca propia, pues mientras en el primer caso siempre habrá una infracción a los derechos marcarios, en el segundo, dependerá de las circunstancias de cada caso, pues la referencia a la marca ajena puede constituir una actitud legítima, cuando se reconoce que otro es el titular y no se trata de desacreditarla o denigrarla (cfr. esta Sala, causa 1407 del 22/3/91, voto del Dr. Pérez Delgado y causa 627/91 del 30/12/93).

En cuanto al a publicidad comparativa se la ha definido como aquella en al que el anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores identificados o inequívocamente identificables, con el resultado directo o indirecto, de resaltar las ventajas de los propios productos o servicios frente a los ajenos (cfr. Mercuriali y Giay, "publicidad comparativa. Un aporte al debate sobre su legalidad o ilegalidad", La Ley 2/3/05, pág. 1 y sigs.).

La publicidad comparativa no se encuentra por sí vedada en nuestro ordenamiento positivo, en tanto no se lesionen legítimos derechos del titular de la marca a la que se hace referencia (cfr. esta Sala, causa 1407 del 22/3/91, voto del Dr. Pérez Delgado y causa 6275/91 del 30/12/93, votos de los jueces Farrell y Pérez Delgado). Lo que la ley prohíbe, es el uso de la marca ajena como si fuera propia, pero no prohíbe el uso de la marca ajena como ajena, para comparar productos que ampara con los propios (cfr. causa 6275/91, citada, voto del juez Farrell).

Ello sentado, es apropiado puntualizar que lo que no es admisible es que la publicidad trate de denigrar o desacreditar a la marca del competidor o que sea engañosa (cfr. causa 6275/9 cit). Únicamente cuando hay mala fe, la publicidad comparativa no es legítima, pero para mostrar la mala fe debe acreditarse alguna falsedad en esa publicidad (cfr. esta Sala, causa 124/97 del 19/4/01), con voto del juez Farrell). Además, deben confrontarse productos y características homogéneas (cfr. esta Sala, doct. Causa 3305/01 del 14/6/01) y la confrontación debe ser leal y veraz, lo que requiere que sea efectuada en condiciones equivalentes para todos los productos que son objeto de comparación (cfr. Sala II, causa 8426/99 del 24/2/00). La publicidad –se ha dicho- debe comparar de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de esos bienes y servicios; no debe dar lugar a confusión en el mercado entre un anunciante y un competidor, o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor (cfr. Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea). Asimismo, los productos deben pertenecer a una misma categoría o satisfacer una misma necesidad (cfr. Otamendi, Jorge, “La competencia desleal”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 3, Nº 2, octubre de 1998).

Por otra parte, y siempre dentro del marco de la competencia leal, uno de los beneficios de la publicidad comparativa está en su tendencia a equilibrar las fuerzas del mercado; por eso, podría esperarse que quien tiene una posición dominante deba soportar la presión de los que aspiran a captar porciones del mercado.

8. Resulta pertinente, a los efectos de una clara comprensión de la cuestión, mencionar que la publicidad objeto de la medida recurrida consiste en dos avisos gráficos y un comercial de televisión (cfr. páginas con publicidades del diario Clarín

del 9 y 24 de mayo de 2004 y video que constituyen el Anexo VI reservado a fs. 62 del principal que el Tribunal ha examinado repetidas veces).

En el comercial de marras un actor dice “Presentando una chapita de Isenbeck amarilla más una chapita de Quilmes –mientras va mostrando simultáneamente las chapitas correspondientes-, te llevás una Isenbeck de regalo. ¿Y por qué una promo así te preguntás? Es muy fácil, Quilmas es la cerveza que hoy toma la mayoría, pero Isenbeck es la mejor cerveza. ¿Cuál es la idea? Que la mayoría tome la mejor cerveza. Shhh, el que sabe, sabe; no se lo cuenten a nadie”. La idea se reitera en una de las gráficas que reproduce las chapitas de ambas marcas vinculadas por un signo “+”, lo cual es “=” a “una Isenbeck de regalo”.

A la luz de los principios antes señalados, y habida cuenta de que no está en discusión que aquí se hace mención de una marca ajena con reconocimiento de que otro es el titular, no se advierte “prima facie” que se la denigre o desacredite lesionando los derechos de su propietario. En efecto, de la repetida observación de ambas publicidades no surge que la demandada haya desmerecido a “Quilmes” –sin perder de vista la dificultad para establecer si el tono del mensajero aparece sarcástico de modo de percibir las menciones de “la mejor cerveza” y “la de mayor venta” como peyorativas hacia “Quilmes” , habida cuenta de resultar una cuestión subjetiva y opinable- o incurrido en alguna falsedad. Por lo tanto, en relación con las publicidades descritas no es posible concluir en este ámbito cautelar, que se estén infringiendo, a través de una competencia desleal, normas como la del art. 10 bis del Convenio de París (Ley 17.011) –en cuanto prevé la protección contra actos contrarios a los usos honrados en materia comercial y la prohibición de las alegaciones falsas, en el ejercicio del comercio que tiendan a desacreditar los productos o la actividad comercial de un competidor (inc. 2)-, o que exista probabilidad de un daño irreparable al titular de los derechos en los términos del art. 50 del ADPIC, expresamente invocado por la accionante en su escrito de inicio y en su contestación agravios.

9. En cuanto a la otra publicidad gráfica objeto de la medida, consiste en la exposición de una botella de cada marca, con lo que parece ser parte de sus etiquetas ampliadas con un efecto tipo lupa, sostenidas por ambas manos del protagonista con una leyenda en la parte superior de la imagen que reza “La mejor

cerveza y la que hoy toma la mayoría, son distintas. Muy” y otra en la parte inferior del aviso que dice “Isenbeck. El que sabe, sabe. 100% malta. 100% cerveza.”

De la comparación efectuada con las etiquetas de las botellas (cfr. Anexo VII, reservado a fs. 62 del principal que el Tribunal tiene a la vista), surge que no se trata de una ampliación real de las respectivas etiquetas, sino de una disposición nueva – en columna- de datos sobre cada una de las cervezas. Si bien algunos de esos datos se corresponden con los que se desprenden de dichas etiquetas, otros no, ya sea por haber sido enunciados de diferente manera (“100% malta” que se opone a “malta y adjuntos”, cuando en realidad la información que proporciona la etiqueta de “Isenbeck” se refiere a “malta, lúpulo y levadura” y la de “Quilmes” a “malta, adjuntos, lúpulo”, “dióxido de carbono natural” –por “gas carbónico natural”- frente a “dióxido de carbono 290”; “sin conservantes” –dato que surge de la etiqueta que rodea el cuello de las botellas de “Isenbeck” mas no la de la etiqueta frontal supuestamente ampliada –frente a “antioxidante 224”; “1 año de vencimiento” – cuando la etiqueta de “Isenbeck” se refiere solo a “Fecha de Vto. y Lote” lo que no permite al consumidor establecer el período de duración- comparado con “6 meses de vencimiento” –mientras la etiqueta de “Quilmes” en realidad dice “Consumir preferentemente antes de...” y un número que corresponde al lote-), o por no constar en alguna de las etiquetas (“sin espumantes” –dato que no está explícitamente enunciado en el envase de Isenbeck- frente a “estabilizante 405”). A lo que se debe agregar la omisión de otros datos como el contenido alcohólico, que en “Isenbeck” resulta de 4,6% vol. y en “Quilmes” de 4,9% vol.

Si bien no es procedente decidir en esta oportunidad sobre los planteos formulados respecto a la influencia en la calidad de la cerveza de la presencia de otros cereales, de estabilizantes y antioxidantes, o si el agregado de dióxido de carbono 290 es mejor o peor que el obtenido por la fermentación, o sobre la dilución de origen en la percepción del consumidor, habida cuenta de que para ello es necesaria una mayor amplitud de debate y de prueba que escapa a este limitado marco cautelar, de lo precedentemente señalado sí es posible concluir que la publicidad comentada en último término, es susceptible de lesionar los legítimos derechos del titular de la marca mencionada sin autorización al intentar establecer la idea de que el producto de la accionada es superior, con fundamento en las

inexactitudes señaladas. Una publicidad que pueda inducir a error al consumidor con relación a la composición o características del producto a fin de que, sobre esa base, tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, debe ser considerada como práctica comercial engañosa (en tal sentido, art. 6, Sección 1, “Prácticas Comerciales Engañosas”, de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo del 18/6/2003, Documento COM-2003-356 final). Por ello, dicha publicidad –prima facie- no satisface acabadamente el estándar ético del art. 953 del Código Civil, y por ende, no constituye una actitud legítima (cfr. esta Sala, doctrina causas 1407, 6275/91 y 124/97, citadas).

Basta recordar, además, que para la procedencia de la cautelar pretendida – aun cuando tiene carácter innovativo-, no es condición que el derecho invocado configure una realidad incontestable, bastando que presente suficiente grado de verosimilitud, acorde con la naturaleza de la medida. Y esta situación, apreciada con el carácter provisional propio de la problemática que se examina, se da en el caso a partir de la descripta composición de las etiquetas que constituyen el aviso mencionado, no pudiéndose descartar a priori la posibilidad de que se consume un daño irreparable en los términos de la doctrina señalada en el Considerando 7.

Desde otro punto de vista, tampoco se compadece, en principio, con el derecho del consumidor a una información adecuada y veraz en los términos del art. 42 de la Constitución Nacional invocado por la demandada en su memorial.

En tales condiciones, corresponde confirmar parcialmente la resolución de fs. 59/61 del principal (cuya copia obra a fs. 16/17) sólo en cuanto ordena a “Isenbeck” a cesar en la difusión no autorizada de la marca “QUILMES” en la publicidad descripta en este Considerando.

10. Recurso de fs. 182 del principal:

En la resolución de fs. 168 de los autos principales el juez Marcó ordenó a la demandada cesar en forma inmediata en el uso parcial o total de la marca “QUILMES” según diseños que surgen de los títulos obrantes en autos, absteniéndose de hacer referencia alguna a dicha marca, ya sea en forma expresa o

tácita, explícita o implícita, tanto en la promoción como en la difusión de sus propios productos, bajo apercibimiento de aplicarle una multa diaria de \$10.000.

Consideró que se configuraba el incumplimiento de la resolución anterior denunciado por la actora (fs. 164/167 de los autos principales), con fundamento en las actas notariales que daban cuenta del uso de la marca “Quilmes” en la página de internet de la demandada en un caso, y en otro, puesto que si bien fue reemplazada por la expresión “Pip!”, al conservarse el esquema básico de la anterior publicidad, el mero cambio nominal adoptado por la demandada carece de entidad suficiente a los fines pretendidos, toda vez que los destinatarios han de asociar la nueva modalidad utilizada a la marca “Quilmes”.

11. Contra esa decisión apeló “Isenbeck” (fs. 192).

En síntesis, la recurrente plantea dos agravios principales: que cumplió con lo ordenado en la resolución del 8/6/04 en la medida de lo posible teniendo en cuenta el reducido tiempo que medió entre la notificación y la denuncia de incumplimiento y que la resolución que ahora recurre importó el dictado de una nueva medida cautelar sin que se hallaran reunidos los requisitos correspondientes.

Sobre la primera de las cuestiones, argumentan que en tanto la notificación de la resolución se realizó en la sede social de la Ciudad de Buenos Aires el 9/6/04 y los equipos y personal de tecnología de la empresa se encuentran en la planta industrial de Zárate, el plazo de 27 horas entre dicha notificación y la consulta de la página web del 10/6/04 resultó insuficiente, por lo que no pudo adecuarla completamente, si bien realizó algunas modificaciones. Añade que la consulta efectuada el 11/6/04 de la cual da cuenta el acta notarial, fue realizada en la versión anterior de dicha página (del 10/6/04), lo que queda demostrado al “clickear” el hipervínculo, pues apareció entonces la tapa corona que decía “Pip!” –al actualizarse la página-. Respecto a la gráfica aparecida en el suplemento “Vía Libre” del diario “La Nación” del 11/6/04, sostiene que el cierre editorial y la impresión de dicho suplemento es anterior al del cuerpo principal del diario que integra;; por lo tanto no podía evitar la publicación del aviso si el cierre editorial se realizó el 8/6/04 a las 14h., antes de la notificación de la medida.

Con relación al comercial de televisión advierte que es una obra publicitaria nueva y distinta, que no fue evaluada luego de su difusión y ningún determinó su antijuridicidad. Aclara que en él no se menciona la marca “Quilmes”. Esgrime que el art. 13 de la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos (ley 23.054) impone una estrictísima limitación a cualquier tipo de censura previa. En síntesis, sostiene que cumplió la medida cautelar con celeridad, que adecuó su publicidad a aquélla pues puso en el aire un nuevo comercial que omitió mencionar a “Quilmes”, por decir “Pip!” es distinto a decir “Quilmes”. Cita el caso “Servini de Cubría” en apoyo de su postura.

Acerca de la naturaleza jurídica de la resolución, arguye que es confusa pues importa una nueva disposición precautoria, tal como lo precisa el juez en el auto del 17/6/04. Al respecto puntualiza que “Quilmes” no pidió expresamente una nueva medida cautelar, que no se cumplen los requisitos que este tipo de medida exige y resalta además el criterio restrictivo con que deben otorgarse las medidas innovativas. Se queja de que no se le haya corrido traslado de la presentación de la actora y de la documental acompañada, lo que a su entender vulnera los principios de bilateralidad e igualdad procesal y la garantía del debido proceso y defensa en juicio. Por todo ello, considera que dicha resolución es nula. Aduce también que no se tuvo cuenta su solvencia para hacer frente a una responsabilidad ulterior y tampoco se requirió contracautela a “Quilmes”. Se agravia del alcance de la resolución porque entiende que viola el derecho a la libertad de expresión sin censura previa.

12. “Quilmes”, por su parte sostiene que la demandada ha reconocido el incumplimiento y luego ha esgrimido excusas para justificar su accionar.

Respecto a la página web considera que la distancia entre la sede social y la planta de Zárate no constituye un obstáculo habida cuenta de las posibilidades actuales de comunicación; que bastaba con dar de baja temporalmente a la página para adecuarla a la resolución y que el escribano constató el incumplimiento siguiendo el mismo procedimiento que cualquier consumidor. Con relación a la publicación en “Vía Libre”, manifiesta que los esfuerzos que dice haber llevado a cabo “Isenbeck” no encuentran su correlato siquiera en una comunicación dirigida al diario o presentación al juzgado para que se tuviera en cuenta lo que ahora relata:

añade que incluso llegado el cierre de la edición se puede dar de baja una pauta publicitaria consignando una leyenda o dejando la parte correspondiente en blanco; es decir, cualquier conducta que demuestre la intención de no dejar librado a la fatalidad las consecuencias de un incumplimiento.

En cuanto al comercial de televisión donde se sustituye el uso de “Quilmes” por otra marca registrada –diseño característico de la tapa corona de la cerveza Quilmes Cristal-, expresa que luego de que fuera difundido, se presentó planteando el incumplimiento a la letra y el espíritu de la resolución del 8/6/04 por lo cual el “a quo” habiéndolo evaluado en los considerandos de la resolución apelada, ordena a “Isenbeck” a cesar en el uso, sea parcial o total, de la marca “Quilmes” , con posterioridad a su difusión. Sostiene que habiéndose emitido el comercial durante seis días, no puede pretender la demandada encuadrar lo decidido por el juez en la doctrina de la censura previa. Manifiesta que “Isenbeck” reconoce que su accionar está dirigido a eludir los efectos de la medida decretada en autos. Así, es evidente que al utilizar ilegalmente el diseño característico de la tapa corona –marca registrada por “Quilmes”- “Isenbeck” ejecutó una maniobra ilegal para evitar los alcances de la medida dictada. En síntesis, que no se puede pretender que se está acatando una resolución judicial utilizando de manera ilegal a otra marca registrada de la actora en el comercial que reemplaza al observado dentro del mismo contexto.

Con relación a la naturaleza jurídica de la resolución apelada, argumenta que es indudablemente una medida cautelar y por lo tanto correctamente el juez le asignó el trámite inaudita parte inherente al proceso cautelar. En este sentido, destaca que la verosimilitud del derecho se acredita con la copia del título de la marca “Quilmes” (con diseño) registro N° 1.887.393; que el daño debe tenerse por probado con la reproducción del aviso en cuestión toda vez que el mero cambio nominal adoptado, manteniéndose prácticamente inalterable el resto de la publicidad –mediante la alteración de la marca “Quilmes” , consignando en su lugar el vocablo “Pip!”, el que fue inserto usurpando el particular diseño de la chapita que evoca su marca notoria –carece de entidad suficiente a los fines pretendidos y que el peligro en la demora se conduce con el marco temporal de la promoción –cuyo vencimiento operaba el 30/6/04-.

En lo relativo a la contracautela, expone que su exigencia se encuentra satisfecha con la suma ya depositada en autos a lo que se agrega la reconocida solvencia que posee su parte.

13. Las objeciones procesales de la recurrente no son atendibles.

En efecto, si su parte entendió que hubo un error en el procedimiento consistente en no correr traslado de la denuncia de incumplimiento y la documental acompañada, al tratarse de una nulidad “in procedendo” debió ser planteada ante el juez de primera instancia en la oportunidad pertinente. Si ante esta posibilidad, eligió la vía del recurso de apelación –que igualmente resguarda su derecho de defensa (art. 253 del Código Procesal)-, deberá estar a lo que aquí se resuelva.

14. Es del caso recordar que la resolución apelada fue dictada por el Sr. Juez en razón del incumplimiento de la resolución anterior (fs. 59/61 de los autos principales) que ordenaba “a cesar en la difusión no autorizada de al marca “QUILMES” cuyo derecho de propiedad pertenece a la actora, por cualquier medio de propalación que fuere” (el subrayado pertenece al Tribunal) y que el recurso interpuesto contra ésta fue concedido –de acuerdo a lo dispuesto en el art. 198 del ritual- con efecto devolutivo (fs. 138 de los autos principales), lo que significa que la demandada estaba obligada a acatar lealmente lo dispuesto en esos términos. Dicho esto, corresponde analizar si existió tal incumplimiento.

15. De las actas notariales (cfr. Anexos 3 y 4 a fs. 175/183) se desprende que durante los dos días siguientes a la notificación de la medida cautelar, en la página web de la demandada aparecía la marca “Quilmes” (10/6/04 y 11/6/04) o dicha marca que era reemplazada por la expresión “Pip!” (11/6/04) –siempre sobre la tapa corona cuyo diseño es de propiedad de la actora de conformidad con la copia del título por ella acompañada- (fs. 150/153 de los autos principales). Lo dicho implica que hasta ese momento la demandada no había dado acabado cumplimiento al a resolución mencionada.

En efecto, no resulta convincente la explicación que ensaya sobre la distancia que media entre la sede social y las oficinas donde se encuentran los equipos y el personal de tecnología en Zárate, habida cuenta de los medios de comunicación al

alcance de una empresa (todo tipo de telefonía o correo electrónico, por ejemplo). Por otro lado, la admisión de que modificó algunos de los contenidos de la página (como el acceso al comercial de TV) no explica por qué justamente no lo hizo con la reproducción de la publicidad gráfica cuestionada y, en todo caso, si no era tácticamente posible, podría haber dado de baja temporalmente su página web hasta que cumpliera cabalmente con lo ordenado por el juez.

Algo similar sucede con la publicación en el suplemento “Vía Libre” del diario “La Nación” del aviso objeto de la medida. Si bien podría aceptarse el argumento de la fecha de cierre e impresión anticipados, lo cierto es que la demandada no acreditó actividad alguna tendiente a impedir o modificar dicha publicación (una comunicación al diario, por ejemplo) que diera cuenta de su intención de cumplir inmediatamente con la resolución, sino que simplemente se limitó a dejar que aquélla siguiera su curso.

En cuanto al comercial de televisión, si bien no fue expresamente mencionado en la resolución, en tanto repite el esquema del comercial anterior reemplazando el audio del a palabra “Quilmes” por “Pip!”, colocado sobre la tapa corona cuyo diseño está registrado por “Quilmes”: “.. Vos presentás una chapita de Isenbeck más una chapita de Pip! Y te llevás de regalo una Isenbeck. Por qué una promo así? Fácil, Pip! Es la cerveza que toma la mayoría, Isenbeck es la mejor cerveza. ¿Cuál es la idea? Que la mayoría pruebe la mejor cerveza...”, la asociación con la marca Quilmes es inevitable para el espectador (cfr. Anexo VI reservado a fs. 62 del principal y Anexo V a fs. 161 del principal que el Tribunal ha visto reiteradamente), por lo cual le es enteramente aplicable el razonamiento desarrollado por el “a quo”. En efecto, no es admisible que mediante la estratagema de reemplazar la palabra “Quilmes” sobre la tapa característica y por ello plenamente identificable –sobre todo a partir de la asociación producida por las anteriores publicidades- que además es marca registrada de propiedad de la actora, se considere que ha acatado la decisión judicial. En tales condiciones, la emisión del comercial configuró un incumplimiento de la resolución del juez Soto.

La decisión judicial debió ser cumplida e impugnada por las vías judiciales pertinentes. El litigante cuenta con la doble instancia para revertir lo que cree injusto pero, en atención al efecto con que fue concedido el recurso (cfr. Considerando 14),

debió cumplir la orden judicial pues ello está insito en el imperio de la jurisdicción, piedra angular del sistema judicial que está al servicio de la solución imparcial del conflicto.

Sobre el punto, toda vez que está fuera de debate que el comercial de marras fue difundido, no ha existido en la especie censura previa que afecte el derecho a la libertad de expresión de "Isenbeck" (cfr. Sala II, causa 2224/00 del 10/5/01) e idéntico argumento descalifica la invocación del precedente "Servini de Cubría" –ED 149-245- en tanto difiere del "sub judice", pues en ese caso al dictarse la medida cautelar el programa no había sido emitido.

16. Ahora bien, es atendible el agravio de la recurrente dirigido contra el alcance de la medida decretada.

En efecto, es obvio que la resolución apelada en cuanto dispuso que la accionada se abstuviera –en el futuro- de hacer referencia alguna a la marca "Quilmes" ya sea en forma expresa o tácita, explícita o implícita, tanto en la promoción como en la difusión de sus propios productos, no se está refiriendo a las mismas publicidades que se emitieron, se publicaron y se difundieron (que aquí han sido analizadas), sino a eventuales comerciales futuros, sobre los que no se puede emitir juicio alguno, sin examinar su modalidad y características previamente en la medida que, además, se la estaría calificando anticipadamente como lesión de los derechos del titular de la marca (arg. causas 1407 y 6275/91 cit.).

Por otra parte, no es pertinente una prohibición con ese alcance, habida cuenta de que además de su indebida latitud, se estaría ejerciendo un control con carácter previo a su ingreso en el circuito de la libre expresión, lo cual es inconstitucional (cfr. Bidart Campos, G., "Publicidad comparativa, libertad de expresión y censura", ED 159-14), afectándose de ese modo el derecho a expresar ideas sin censura previa, garantizado en el art. 14 de la Constitución Nacional (cfr. esta Sala, causa 3305/01 del 14/6/01).

En tales condiciones, corresponde revocar la prohibición cautelar decidida por el juez Marcó en tanto excede los alcances de al media precautoria admitida por esta sala al resolver el recurso de apelación interpuesto contra el pronunciamiento

de fs. 59/61 del expte. 7449/04, y confirmar el decisorio de fs. 168, en cuanto tuvo por configurado el incumplimiento de lo que fuera oportunamente ordenado por el juez Soto.

El modo en que se resuelve deja sin sustento las objeciones relacionadas con los requisitos de las medidas cautelares, entre ellas la relativa a la falta de fijación de una nueva contracautela.

17. Recurso de fs. 290 de los autos principales:

La resolución del 7/7/04 resolvió hacer efectivo el apercibimiento dispuesto a fs. 168 del principal y en consecuencia, impuso a la demandada una multa diaria de \$10.000 a favor de la actora a partir del 18/6/04 hasta tanto aquélla acredite haber cesado en el uso de las marcas de la accionante en la forma prevista en la resolución del 16/6/04. Asimismo, ordenó a Isenbeck cesar en forma inmediata en la difusión del aviso publicitario acompañado por la actora como Anexos XI y V (fs. 276/278 del principal).

Para así decidir, valoró que las actuaciones notariales obrantes en la causa ponen de manifiesto que la destinataria de las resoluciones anteriores continuó usando las marcas de la actora que individualiza desde el 18/6/04 al 2/07/04 a través de la publicidad que tiene incorporada en su página web, lo que importa un claro incumplimiento de las órdenes judiciales dispuestas de cesar en forma inmediata en el uso de la marca “Quilmes” de propiedad de la actora, sea en forma total o parcial, según diseños que surgen de los títulos obrantes en autos, y de abstenerse de hacer referencia a ellos en la promoción y difusión de sus propios productos.

Por otra parte, estimó que la nueva publicidad cuyo cese de emisión solicitó la actora, no es hábil para superar los límites emergentes de los sucesivos pronunciamientos judiciales dictados en estas actuaciones, pues al emplear en forma casi completa una frase publicitaria notoria asociada a la cerveza “Quilmes” (“El sabor del encuentro”) –que la actora tiene registrada como marca- vinculándola a la cerveza “Isenbeck” se estaría violando la condición de que la publicidad no sea susceptible de inducir en error al público consumidor, destacada en la primera resolución, puesto que la frase en cuestión aparece unida a uno y otro producto, lo

que resulta una circunstancia idónea para engendra confusiones en cuanto al origen del artículo publicitado. Señaló que en tanto lo dispuesto en la resolución de fs. 168 del principal es el cese del “uso parcial o total” de las marcas pertenecientes a la actora, el modo fragmentario del empleo (El sabor del ...) no se compadece con lo allí dispuesto. Por último, consideró que “prima facie” pareciera incurrirse en la denigración de la imagen de la marca “Quilmes” al vincularse la conducta procesal de la actora y las resoluciones adoptadas con un supuesto de censura, como se desprende de las expresiones utilizadas en el comercial, lo que no configura un proceder compatible con los principios que deben inspirar una seria y leal competencia comercial y con los usos honrados en materia industrial o comercial (art. 10 bis, inc. 2, del Convenio de París –Ley 17.011).

18. Esta decisión fue apelada por “Isenbeck” (fs. 290 del principal).

En lo esencial, cuestiona que tampoco se le haya corrido traslado de esta presentación de la actora y el contenido de las actas notariales relacionadas con su página web y resiste el dictado de una nueva medida cautelar ordenándole cesar en la emisión de un nuevo comercial sin que se cumplan los requisitos para ello.

Respecto del acta del 18/6/04 (10.40h.), señala que existe contradicción entre los dichos de la actora –presencia de la tapa de cerveza con el vocablo “Quilmes”- y lo reflejado en aquélla –la tapa de cerveza con la expresión “Pip!”-. Añade que no es verdad lo allí asentado puesto que el 17/6/04 se reemplazaron las tapas por chapitas blancas de conformidad con la constancia de Brandigital que adjunta (Anexo 14). Manifiesta que se ingresó en una página guardada en la máquina o en el server que reflejó un contenido caduco que había sido modificado y agrega un informe técnico en apoyo de su postura (Anexo 17).

En cuanto al acta del mismo día de las 112,25 h., reconoce que tanto la publicidad de los botines con los cordones formando al letra “Q”, como la que reproduce una tapa de “Quilmes” gastada estaban en la página web, pero arguye que no son objeto de estos autos, que pertenecen a campañas de 2000 y 2002 que no tienen que ver con esta promoción. Añade que “Quilmes” sólo las mencionó como antecedente al solicitar la medida cautelar y, en consecuencia, no fueron consideradas por el juez que dictó la resolución del 8/6/04 ni por el que decidió la

ampliación del 16/6/04. Por otra parte, argumenta que la legalidad de dichas publicidades ha sido declarada en sede penal con sentencia de segunda instancia (Anexos 23 y 24) por lo que no puede la actora denunciar como incumplimiento que su parte guardara esos anuncios en su página web. Idénticos cuestionamientos formula con respecto a las actas del 19 al 25 de junio y las del 29 y 30 del mismo mes.

Con relación al comercial de televisión, expresa que no puede incumplir la resolución del 16/6/04 puesto que fue emitido posteriormente –el 20/6/04- es nuevo y completamente distinto de los anteriores. Reitera los argumentos de que ningún juez había prohibido su difusión, invoca el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la censura previa. Además, resalta que no hay referencia a la marca “Quilmes” y que no hay indicio de que el protagonista vaya a decir “El sabor del encuentro” toda vez que antes dijo “El sabor de la mejor cerveza”, por lo que la secuencia lógica indica que lo va a repetir.

Manifiesta que con celeridad y eficacia dispuso todas las medidas necesarias para cumplir con la orden judicial; señala que levantó de todos los canales de televisión el comercial que tenía en aire, la pauta radial programada que utilizaba la palabra “Pip!”, la campaña de publicidad en la vía pública y el contenido de la página web –como surge del mencionado reporte de Brandigital-. Agrega que adecuó la publicidad a la orden judicial puesto que en el nuevo comercial sólo exhibió chapitas de su propio producto y reitera que en ese comercial no hay referencia a ninguna marca ni slogan de propiedad de “Quilmes”.

Insiste en la omisión de sustanciar la presentación de la actora denunciando incumplimiento y de la documental, por lo cual se han violado los principios de bilateralidad e igualdad y las garantías de debido proceso y defensa en juicio, defectos que a su juicio acarrearán la nulidad de la resolución apelada.

Expresa su disenso con la cuantía de la multa -\$10.000 por día- con fundamento en los argumentos anteriormente reseñados, en que se causa a su parte un daño patrimonial irreparable sin haberle otorgado derecho de defensa mientras la actora tiene la posibilidad de ser indemnizada al dictarse sentencia sobre la cuestión de fondo. Advierte lo que considera una maniobra de la actora, notificarle

la resolución dictada el 7 de julio recién el 13 del mismo mes, como forma de beneficiarse con el monto de la multa.

Se queja del exceso en que incurriera el “a quo” al dictar una nueva medida cautelar sin haberlo solicitado la actora, puesto que la mera inclusión en el petitorio de que se ordene cesar en la emisión del comercial congruencia y por ende, impetra la nulidad de la sentencia.

Agrega que no se cumplen los requisitos de procedencia de las medidas cautelares: el peligro en la demora no fue mencionado –ni se tuvo en cuenta la solvencia de “Isenbeck”-, no se requirió una contracautela, ni la acreditación de un daño irreversible a la accionante.

Se agravia por cuanto la resolución afecta el derecho a la libertad de expresión sin censura previa. Estima que el “a quo” incurre en censura previa al considerar que el comercial que saliera al aire con posterioridad al dictado de la cautelar del 16/6/04 –que no fue analizado por el juez Soto al dictar la primera cautelar- constituye un incumplimiento de ésta y también lo hace al ordenar que “Isenbeck” se abstenga de “hacer referencia alguna a dicho registro marcario ya sea en forma expresa o tácita, explícita o implícita, tanto en la promoción como en la difusión de sus propios productos”.

19. La actora reitera los argumentos vertidos en el escrito del anterior recurso relativos al trámite procesal de su denuncia de incumplimiento.

Con respecto al contenido de la página web señala que las explicaciones brindadas por los proveedores de la demandada –Brandigital e Ingemática- son ineficaces y extemporáneas puesto que cualquier consumidor que accediera a dicha página hubiera visto lo mismo que su parte y el escribano interviniente: la publicidad que no podía ser exhibida. Añade que “Isenbeck” tenía la opción de constatar el cumplimiento de la orden judicial y exponer con carácter previo las cuestiones que podían afectarlo.

Advierte que la demandada cuestionó a su parte la incorporación de documentos a la contestación del primer memorial y, ahora, contradictoriamente, agrega certificaciones e informes de sus proveedores. Sobre el punto, destaca que

en el documento emanado de Brandigital se reconoce el incumplimiento que se estaba cometiendo con el comercial anterior al expresar “Se quitaron todas las menciones implícitas de la marca Quilmes...”. Asimismo considera que levantar de la página web el comercial anterior y mantener las referencias disvaliosas y ofensivas hacia las marcas y nombre “Quilmes”, consistió un acto ejecutado a sabiendas y deliberadamente en la actualidad y no en 2000 y 2002.

Manifiesta que la causa determinante de la aplicación de la multa es el nuevo comercial que, a pesar de su novedad, incumple las dos disposiciones anteriores al aludir implícitamente a “Quilmes” y a su marca a través de la frase que dice “la cerveza que toma la mayoría” y al slogan notorio “El sabor del encuentro”, mutilado de modo tal de hacer ostensible la referencia a “Quilmes”, y sus marcas mediante la argucia de taparle la boca al intérprete cuando lo está diciendo.

Sobre la fecha de notificación de la resolución, expresa que su parte se notificó el 12/7/04 –por no encontrarse la causa en letra el 8/7 y ser inhábiles el 9, 10 y 11 de julio- y procedió a notificarla al día siguiente.

20. Al igual que en el recurso anteriormente tratado, la resolución apelada fue dictada por el Sr. Juez en razón del incumplimiento de las decisiones anteriores (fs. 59/61 y 168 de los autos principales) que ordenaban respectivamente a la demandada “cesar en al difusión no autorizada de la marca “QUILMES” cuyo derecho de propiedad pertenece a la actora, por cualquier medio de propalación que fuere” y “... cesar en forma inmediata en el uso sea total o parcial de la marca ‘Quilmes’, de propiedad de la accionante, según diseños que surgen de los títulos obrantes en autos, absteniéndose hacer referencia alguna a dicho registro marcario ya sea en forma expresa o tácita, explícita o implícita, tanto en la promoción como en la difusión de sus propios productos, bajo apercibimiento de aplicarle una multa diaria de \$ 10.000 hasta que cese en su conducta...”. Este recurso también fue concedido con efecto devolutivo (fs. 291 de los autos principales), con las implicancias ya señaladas en el Considerando 14, primer párrafo. Es decir que, sin perjuicio de lo que decide este Tribunal en cuanto a los alcances de las medidas cautelares decretadas en autos, lo que corresponde dilucidar aquí es si dichas medidas fueron debidamente acatadas tal y como fueron ordenadas, con arreglo al

efecto con que fueron concedidos los recursos interpuestos contra ellas, o si por el contrario, se ha verificado en el “sub lite” su incumplimiento.

21. Con relación a la queja concerniente a la omisión del traslado de la denuncia de incumplimiento y la documental presentadas por la actora, a fin de evitar repeticiones innecesarias, le es aplicable lo expresado en el Considerando 13 de este pronunciamiento, y por ende, debe ser rechazada.

22. El reconocimiento formulado respecto de la permanencia en la página web de la publicidad consistente en unos botines con los cordones formando la “Q”, como así también de la que reproduce una tapa de cerveza Quilmes gastada (cfr. fs. 507), cae dentro de la prohibición decretada en la resolución cuyo cumplimiento aquí se juzga dado el alcance de sus términos: “cesar en el uso... de la marca ‘Quilmes’... según diseños que surgen de los títulos obrantes en autos...” (cfr. copias de los respectivos títulos a fs. 16/18 y 150/153 del principal). No obsta a esta conclusión el hecho de que en sede penal se haya decidido que dichas publicidades no configuran el delito previsto en el art. 31 inc. “b”, de la Ley de Marcas, a lo que debe agregarse la imposibilidad procesal de juzgar si la conducta de la demandada configura el delito contemplado en el art. 159 del Código Penal (cfr. Anexos 23 y 24 a fs. 489/499), toda vez que lo que aquí se examina es una situación de presunta competencia desleal y la resolución cuyo incumplimiento se analiza es posterior. Sobre el punto es ilustrativo mencionar algunas de las conclusiones de los pronunciamientos recaídos en sede penal “... En base a todo lo expuesto, me encuentro convencido a esta altura del análisis, que el uso de la marca Quilmes efectuado por CASA Isenbeck, en sus publicidades, ha superado el mínimo tolerable en un estado en el que si bien se protege la libertad de competencia, la misma debe desarrollarse en un marco de respeto tal que cualquier tipo de publicidad que se intente realizar para captar la mayor cantidad de clientes posibles, no denigre o desacredite a sus competidoras.” (fs. 494vta.) “Aunque la querrela exhibe una razón plausible para sostener que la marca ‘Quilmes’ ha sido manipulada con fines difamatorios...” (fs. 498vta.). Tampoco tiene influencia que se trate de publicidades de años anteriores puesto que lo que aquí interesa es que su admitida presencia en la página web con posterioridad a la notificación de la resolución de fs. 168 del principal incumple lo allí ordenado por el juez Marcó.

23. En cuanto al agravio concerniente a la valoración del tercer comercial de televisión y el supuesto de censura previa, le es aplicable lo sostenido por el Tribunal en el Considerando 15 “in fine”.

Por otra parte, vale resaltar que la expresa solicitud de la actora en el escrito de fs. 352/356 de que se ordene a la demandada cesar en la emisión del comercial que identifica (ver punto 4.3. del petitorio), contrariamente a lo sostenido por la recurrente, resulta suficiente en orden a rechazar la pretendida violación del principio de congruencia (cfr. arg. art. 203 del CPCC). Sin perjuicio de ello, se debe recordar que el recurso de apelación comprende el de nulidad por defecto de la sentencia (art. 253 del CPCC).

Ello sentado, corresponde analizar el contenido del mentado comercial que el Tribunal ha examinado. El protagonista, sentado frente a la cámara dice “¡No sabés! ¡La promo está acá, no, acá! ¿Puedo eso? –mientras se dirige a un grupo situado atrás compuesto por tres personas vestidas con traje y llevando carpetas, libros y portafolios en sus manos- No la vamos a cortar justito ahora. Por eso, presentando una chapita de Isenbeck amarilla más otra chap... –cuando una de las personas se precipita sobre él y le tapa la boca- ¡pero pará, no digo nada!... de Isenbeck, también de Isenbeck; o sea con dos chapitas de Isenbeck, te llevás otra Isenbeck de regalo. ¿Por qué seguimos con la promo? Simple... –continúa diciendo algo ininteligible con un cartel de CENSURADO sobre la boca mientras señala a las mencionadas personas ubicadas detrás- ...no significa que la mayoría se tiene que perder de disfrutar el sabor de al mejor cerveza. –toma una botella en sus manos y prosigue- Isenbeck, el sabor de... –momento en que dichas personas vuelven a taparle la boca (cfr. video presentado como Anexo XI reservado a fs. 250 del principal y copia del acta de fs. 455).

En primer lugar, de la reiterada observación del comercial no se advierte mención de las marcas de la actora. En segundo término, no es posible concluir que la fragmentada frase final produzca inmediatamente y en forma inevitable el recuerdo de la frase publicitaria –registrada como marca- “El sabor del encuentro”. Es entonces que, si no se alcanza a identificar el “slogan”, no se puede afirmar que el público consumidor establezca una vinculación con la actora y,

consecuentemente, entre ésta y el concepto de censura con la implicancia disvaliosa que de ella se derivaría.

Ello así, no es dable determinar en este ámbito cautelar que se esté contrariando, a través de una competencia desleal, el art. 10 bis, inc. 2, del Convenio de París, el art. 953 del Código Civil, ni la doctrina de esta Sala precedentemente recordada en el Considerando 7 y consecuentemente tampoco que aquí se dé la posibilidad de que se consume un daño irreparable (art. 50 del ADPIC –ley 24.425-).

Por otra parte, no se puede prescindir de que en los casos en que la medida cautelar dictada importa el anticipo de una eventual sentencia favorable, la verosimilitud del derecho debe surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa y requiere una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (cfr. Considerando 6; esta Sala, causa 3305/01 del 14/6/01 y sus citas).

En tales condiciones, corresponde revocar la medida decretada, lo que priva de sustento al agravio relativo a la falta de fijación de una contracautela.

24. Con respecto a la queja referida a la cuantía de la multa impuesta en la resolución apelada, más allá de la oportunidad del planteo –desde que el pronunciamiento que ahora se recurre sólo hace efectiva la intimación formulada en la resolución anterior-, la Sala entiende que el monto establecido guarda relación con los intereses en juego, la envergadura y el giro comercial de las partes, por lo que debe ser confirmado. Sobre el punto, el argumento de que se causa a su parte un daño patrimonial irreparable sin haberle otorgado derecho de defensa no es admisible puesto que el eventual daño ha dependido de su propia conducta discrecional.

Tampoco es atendible el reproche que efectúa a la conducta que considera morosa de la actora al notificarle la resolución, puesto que en tanto la multa se devenga desde la fecha que fijó el “a quo” –el 18/6/04, día siguiente de al notificación de la resolución del 16/6/04, según las constancias de fs. 176/178 del principal- hasta que acredite el cumplimiento de la resolución anterior –lo que

obviamente depende de su exclusivo arbitrio-, en nada incide al fecha en que se llevó a cabo la notificación y por lo tanto no le genera gravamen.

25. Las costas se distribuyen por su orden en relación a todos los recursos interpuestos, habida cuenta de su resultado y de las particularidades que exhibe la cuestión (arts. 68, segundo párrafo y 69 del Código Procesal).

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal RESUELVE: 1) confirmar parcialmente la resolución del 8/6/04 en cuanto ordena a la demandada a cesar en la difusión de la publicidad gráfica descrita en el Considerando 9; 2) revocar la resolución del 16/6/04 en cuanto amplió los alcances de la anterior resolución y confirmarla en cuanto tuvo por configurado el incumplimiento de la orden judicial, formulando el apercibimiento de fs. 168vta. del principal, tal como se expusiera en el Considerando 16 "in fine"; 3) modificar la resolución del 7/7/04 en cuanto ordena a la demandada a cesar en la difusión del aviso publicitario descrito en el Considerando 23 y confirmarla en lo demás que fue materia de agravio.

Las costas se distribuyen en el orden causado (arts. 68, segundo párrafo y 69 del Código Procesal).

Se difiere la regulación de honorarios hasta el dictado de la sentencia definitiva.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Francisco de las Carreras, Martín D. Farrell, María Susana Najurieta



UNA ISENBECK DE REGALO

LITRO RETORNABLE



¿Por qué una promo así? Simple:
Quilmes es la cerveza que hoy toma la mayoría.
ISENBECK es la mejor cerveza.
Entonces, la idea es que la mayoría pruebe la mejor cerveza.
Y como esta promo es para todos, también podés participar
con dos chapitas amarillas de Isenbeck.

ISENBECK[®]
EL QUE SABE, SABE.
100% MALTA. 100% CERVEZA.