



UNIVERSIDAD ABIERTA  
INTERAMERICANA  
Sede Regional Rosario  
**ABOGACÍA**

*Tesina*  
***La publicidad comparativa.***  
***En búsqueda de los límites legales.***  
***“¿No escritos?”***

---

**María Alejandra Ratti**  
**Abogacía**  
**Facultad de ciencias Jurídicas.**

**Junio 2006**



UNIVERSIDAD ABIERTA  
INTERAMERICANA  
Sede Regional Rosario  
**ABOGACÍA**

*Tesina*  
***La publicidad comparativa.***  
***En búsqueda de los límites legales.***  
***“¿No escritos?”***

---

Tutora: Dra. Faustina C. Zarich

**María Alejandra Ratti**

**Abogacía**  
**Facultad de ciencias Jurídicas.**

**Junio 2006**

## INDICE

Índice.....	1
Agradecimientos.....	6
Introducción.....	7
Fundamentación .....	13
Objetivos.....	15
Referente Teórico	
Capitulo I Introducción.....	16
1.1 - ¿Qué es una marca?.....	16
1.2 – Función de la marca.....	18
1.2.1 – Función distintiva de la marca.....	19
1.2.2 – Función de identificación del origen.....	20
1.2.3 – Función de Garantía.....	20
1.2.4 – Función Publicitaria.....	21
1.2.4.1 – Facetas de la función publicitaria.....	21
1.2.5 – Función Competitiva.....	23
1.2.6 – Función de Protección del Titular de la Marca.....	23
1.2.7 – Función de Protección del Consumidor.....	24
Capitulo II ¿Qué es la Publicidad Comparativa?.....	25
2.1 - ¿Qué es la Publicidad?.....	25
2.2 – Publicidad y desinformación.....	27
2.3 – Circunstancias fundamentales que hacen a este tipo de publicidad.....	27
2.3.1 – Característica fundamental. La comparación.....	27
2.4 – Algunas definiciones de publicidad comparativa.....	28
2.5 – Clasificaciones sobre publicidad comparativa.....	31
2.6 – Publicidad de tipo explícita.....	31

2.6.1 – Publicidad Comparativa Explícita Objetiva.....	31
2.6.2 – Publicidad Comparativa Explícita Subjetiva.....	32
2.7 – Publicidad Comparativa Implícita.....	33
2.7.1 – Publicidad Comparativa Implícita Objetiva.....	33
2.7.2 – Publicidad Comparativa Implícita Subjetiva.....	35
Capitulo III Nuestra Jurisprudencia y la Publicidad Comparativa.....	38
3.1 – Primeras menciones del tema en distintos fallos.....	38
3.1.1 – Criterios sobre el mismo.....	39
3.2 – Rolex c. Orient. El leading case.....	38
3.3 - ¿Cuándo hay publicidad comparativa?. Bodegas Navarro, un caso confuso.....	41
3.3.1 – El primer voto.....	43
3.3.2 – La segunda opinión.....	46
3.3.3 – El voto que inclina la balanza.....	48
3.4 – Otra óptica para el tema, el delito de concurrencia desleal. Caso Casio – Hasar c/ Hugin – Sweda. 1992.....	49
3.4.1 – El examen judicial de la alzada, unanimidad por adhesión.....	50
3.5 – El Desafío Pepsi.....	51
3.6 – Comparación ¿Ilustración o denigración? Axoft Argentina S.A. c/ Megasistemas S.A.....	55
3.6.1 – El primer voto. ¿Un cheque en blanco?.....	56
3.6.2 – La segunda opinión. Un análisis profundo.....	59
3.6.3 – El tercer voto, “el final de una crónica anunciada”.....	62
3.7 – Diez años, después. La publicidad comparativa vuelve a dar que hablar. “Quilmes c/ Isenbeck”.....	65
3.7.1 – El caso y la resolución del magistrado.....	64
3.7.2 – Una cautelar desobedecida.....	68

3.7.3 – Desobediencia a la autoridad vs. Libertad de expresión.....	<b>69</b>
3.7.3.1 - ...“No puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores...” .....	<b>70</b>
Capitulo IV. Opiniones de los doctrinarios. Análisis de la publicidad comparativa y el derecho argentino.....	<b>72</b>
4.1 – Planteamiento Introdutorio.....	<b>72</b>
4.2 – Primero en el tiempo. Ernesto Aracama Zorraquín.....	<b>72</b>
4.3 – 1981 La publicidad y lo Consumidores. Dr. Araya Celestino.....	<b>77</b>
4.4 – 1988, un proyecto de ley motiva opiniones. Martín Zapiola Guerrico.....	<b>77</b>
4.5 – 1989 Medios Distintivos y Publicidad Comparativa.....	<b>83</b>
4.5.1 – Moral y Publicidad Comparativa. No van de la mano.....	<b>84</b>
4.5.2 – Competencia y lealtad.....	<b>86</b>
4.5.2.1 - La publicidad Comparativa como acto desleal genérico.....	<b>86</b>
4.5.2.2 – La publicidad Comparativa como acto Desleal Específico.....	<b>88</b>
4.5.3 – El Derecho de marcas como cristal para ver a la publicidad comparativa.....	<b>91</b>
4.5.4 – Las marcas notorias, blanco de la publicidad comparativa.....	<b>93</b>
4.5.5 – Un proyecto de ley, el Derecho Civil y la publicidad comparativa.....	<b>96</b>
4.6 – 1991 El comentario de un caso por, Fernando Martín Alonso.....	<b>100</b>
4.7 – 1991 Ernesto O`Farell. Buscando la “posible reacción” de nuestros tribunales frente a la publicidad comparativa.....	<b>103</b>
4.8 – 1992, Claudia Ida Mónica López. Una visión desde el derecho penal, de esta práctica publicitaria.....	<b>105</b>
4.9 – 1993, el Dr. Adolfo Luis Tamini, el comentario de un caso llevado a la justicia penal.....	<b>107</b>
4.10 – 1994, Daniel E. Herrendorf. La Libertad de expresión vs. publicidad comparativa.....	<b>111</b>

4.11 – 1994, Ernesto O`Farrel, y un relevamiento de la Cámara Federal en lo Civil y Comercial.....	113
4.12 – 1994, Jorge Otamendi, un comentario Incompleto.....	117
4.13 – Comienza una “batalla” en el campo de la doctrina.....	118
4.13.1 – 1995, Burkhardt Menke, un doctrinario alemán, opina sobre el tema en nuestro país.....	118
4.13.2 – 1995, la pronta respuesta del Dr. Ernesto O`Farell.....	125
4.13.3 – 1995, aún sin decirlo también entra en discusión. Miguel B. O`Farell y su postura frente a la publicidad comparativa.....	129
4.13.4 – 1999, el Dr. Burkhardt Menke, a cuatro años retoma la discusión sobre el tema.....	131
4.14 – 1997, Norberto Eduardo Spolansky. El mercado competitivo, la publicidad comparativa y el derecho de los consumidores.....	135
4.14.1 – El criterio del autor en la normativa aplicable.....	135
4.14.2 - ¿Cambios en pos de la aceptación de esta práctica publicitaria?.....	136
4.14.3 – Argumentos, contraargumentos y conclusión.....	138
4.15– 2002, Jorge Otamendi. Apenas un pronunciamiento y muchos contrasentidos..	143
4.15.1 – En lo genérico, fundamentos que apoyan nuestra postura.....	143
4.15.2 – En lo específico, contradicciones.....	145
4.16 – 2003, Jorge Moset Iturraspe, información a los consumidores ¿ es sinónimo de publicidad ?.....	147
4.17 – 2005, Alfredo M. Vítolo. Un comentario tendencioso desde el punto de vista constitucional.....	148
Capitulo V - Legislación Argentina Aplicable, una subrepticia mirada al Derecho Comparado.....	153
5.1 – Método aplicado.....	153

5.2 – Maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas... la publicidad y el art. 159 del Código Penal.....	153
5.3 – La lealtad comercial vs. publicidad comparativa.....	154
5.4 – El Derecho Civil, la moral, las buenas costumbres, el precepto de no dañar a terceros y la publicidad comparativa.....	155
5.5 – El convenio de París, el argumento internacional de las medidas de protección marcaría.....	156
5.6 – El enfoque más preciso, el Derecho de propiedad y la protección de la exclusividad de uso de marcas y/ o denominaciones.....	156
5.7 – El Derecho comparado y la publicidad comparativa.....	158
Reflexiones finales.	
Capítulo VI – La Conciencia Social y la Publicidad Comparativa. Propuesta para una Hipotética legislación y conclusión final.....	
6.1 – Aclaraciones finales.....	165
6.2 – Encuesta, contenido y resultados.....	165
6.3 – Criterios de selección de la muestra, objetivos.....	167
6.4 – Proyecto legislativo.....	168
6.5 – Conclusión.....	171
Apéndice	
Gráficas de las preguntas de la encuesta.....	175
Citas.....	184
Bibliografía.....	207

*Agradezco el acompañamiento y seguimiento de este trabajo a la Doctora Faustina Zarich quien me brindó su apoyo y conocimientos de modo generoso e incondicional.*

## Introducción.

La publicidad comparativa es un tipo de publicidad en la que se comparan precios, características, cualidades, propiedades, resultados, aplicaciones, entre otros. de productos o servicios publicitados con otros individualizados, o individualizables, por su nombre, característica diferenciadora o su marca.

Sobre esta práctica se difiere tanto en doctrina como en jurisprudencia acerca de su legalidad o ilegalidad.

El primer caso en nuestra jurisprudencia en el que se trató específicamente el tema de la publicidad comparativa, fue el caso Rolex c/ Orient, en 1971. En el mismo se falló, tanto en primera como en segunda instancia, contra esta práctica publicitaria en función de hallarla contraria a la moral y a las buenas costumbres.

...“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 del Cod. Procesal. Pretender una prueba acabada del monto es sumamente difícil”...

El fallo que siguió a este, en el que se trato el tema, fue dado 20 años después, el caso en cuestión fue de Bodegas Navarro c/ Agroindustrias Cartellone S.A.. En el mismo la decisión final, con un voto en disidencia, fue que la controversia en cuestión no era de publicidad comparativa, pero del estudio del mismo se pueden extractar valiosos aportes sobre el tema, con el agregado de que es un caso relativamente contemporáneo y en base a leyes actuales.

El caso analizado a continuación fue llevado por los damnificados a la justicia penal, y fue juzgado en función del delito de concurrencia desleal, el caso Casio- Hasar c/ Hugin – Sweda, se dirimido en el año 1992 y no trató al tema como específicamente de publicidad comparativa, sino como publicidad desleal. Creemos que se encaró de esta forma por el simple hecho de que no sólo hubo una publicidad comparativa

denigratoria, sino una publicidad que ofrecía servicios para esos productos con supuestos problemas, y si a esto le sumamos que ambas publicidades fueron realizadas por el mismo anunciante es lógico el encuadre que recibió. De todas formas en el fallo se consideró que no había deslealtad, ya que es la forma “agresiva” en que hoy día se compite.

El siguiente caso que se analiza es el conocido “Desafío Pepsi”, pero no es una resolución definitiva, sino una medida cautelar dictada en segunda instancia. El encuadre dado por los magistrados es para nosotros el que debe darse al tema, ya que consideran a la publicidad comparativa como una interferencia en el Derecho de exclusividad de uso de una marca registrada, y califican como disvalioso el hecho de que la empresa competidora maneje la imagen de su principal rival.

Otro de los casos analizados es el llamado caso “Tango”, en el mismo, no sólo se analiza una sentencia definitiva, sino que fue tratado por los juzgadores como un caso de publicidad comparativa, en el cual los sentenciantes (con un voto en disidencia), fallaron a favor de la accionante, ya que uno de los jueces considera ilícita a la publicidad comparativa, en el estado actual de la legislación, mientras que el otro considera como falsa la información, por inexacta y por ende denigrante, por lo que no es una comparación que pueda admitirse, mientras que el magistrado que votó en disidencia apoya la publicidad comparativa con la única condición de que no sea denigratoria y/ o engañe a los consumidores, pero era ese precisamente el caso que tenía en sus narices y no lo veía, por lo que votó a favor de la parte demandada.

El último de los casos analizados es precisamente el caso que llamó nuestra atención sobre esta temática, “Quilmes c/ Isenbeck”, a raíz de la primer medida cautelar dictada se suceden una serie de escaramuzas en los estrados judiciales, pero todas favorables a Quilmes, en la primera de todas las resoluciones, precisamente en la medida cautelar se toma como disvalioso el hecho de que quien es competencia directa,

sea quien emita juicio sobre la misma en una publicidad, manejando la imagen que la marca competidora tiene frente al público.

Como bien dijimos al principio, no es en el campo de la jurisprudencia el único donde se ven las aguas divididas, sino que también se da la misma situación en la doctrina.

Hemos analizado y expuesto todas las posturas ha que hemos tenido acceso bibliográfico, comenzando por quien emitió un de las primeras opiniones al respecto y fue el único autor con un libro en la especialidad, “Medios Distintivos y Publicidad Comparativa”, el Dr. Aracama Zorraquín,<sup>1</sup> quien es uno de los principales detractores de esta práctica publicitaria, pues no considera que exista forma alguna de que la misma sea viable, ya que siempre se dañará al titular de la marca tomada como referencia, tercero, en la relación publico consumidor – anunciante, ve además una apropiación ilícita del magnetismo de la marca comparada, se refiere también entre otros temas a la dilución de las marcas notorias, causadas por esta práctica publicitaria. El mencionado doctrinario la considera como contraria a la moral y las buenas costumbres pues no es acorde a nuestra idiosincrasia y por esto nunca podrá, para él, ser legal.

Por su parte el Dr. . Martín Zapiola Guerrico,<sup>2</sup> quien se encuentra a favor de la publicidad comparativa basa su postura, en que no hay Uso de marca ajena, ya que para él no es ese el uso al que se hace referencia en el art. 4 de la ley 22.362, además considera que aún cuando la información sea incompleta o tendenciosa, beneficia a los consumidores, pues quien se vea damnificado, saldrá a defenderse, generando su propia publicidad.

El Dr. Martín Alonso<sup>3</sup> tiene una postura favorable a esta práctica publicitaria, y uno de sus argumentos es que la clientela no es propiedad de nadie, pero que debe ganarse con lealtad y sin denigrar a nadie, también se refiere al Uso de la marca ajena en el mismo sentido que el Dr. Zapiola Guerrico.

Otro de los doctrinarios que más ha escrito sobre el tema, quizás por entrar en una discusión con el Dr. Burkhardt Menke<sup>4</sup>, fue el Dr. Ernesto O'Farrel<sup>5</sup>, su postura es totalmente opuesta a la legalización de la publicidad comparativa y / o a que se la considere legal por falta de normas específicas que la prohíban, el mismo considera como un uso ilícito el que se hace de las marcas ajenas en la publicidad comparativa y ha realizado diversos trabajos analizando por ejemplo la postura de la cámara federal frente a esta práctica publicitaria.

La Dra. Claudia Ida Mónica López<sup>6</sup>, se encuentra abogando con quienes se declaran contrarios a la publicidad comparativa, pero se diferencia en que ella estudia y argumenta el tema desde el delito de concurrencia desleal, específicamente propaganda desleal, pero la Dra. solo analizó el tema tomando como punto de referencia el caso Rolex, concluyendo en que es ilícito pues quien compara se termina apropiando de la clientela de la empresa titular de la marca tomada como referencia.

El Dr. Luis Tamini<sup>7</sup>, otro autor que trata el tema desde la óptica del Derecho Penal, pero sin olvidar las otras legislaciones en donde se trata el tema, proponía que con base y fundamento en la ley de defensa del consumidor se debía mejorar y armonizar todo el sistema penal sobre las bases de una información veraz, sobre todo en lo que respecta al delito de concurrencia desleal donde, según su entender, debería protegerse primariamente a los consumidores, ya que una información, cuando menos defectuosa, al primero que perjudica es al consumidor.

Uno de los puntos que más esgrimen quienes se encuentran a favor de esta práctica publicitaria es el tema de la libertad de expresión, quienes tienen su basamento en este argumento son los Dres., Daniel E. Herrendorf<sup>8</sup> y Alfredo M. Vítolo<sup>9</sup>, el error que cometen, a nuestro entender, es sobrevaluar el derecho a la libertad de expresión por sobre todos los demás derechos, y considerando que no tiene o no debería tener limitación alguna.

El Dr. Otamendi<sup>10</sup>, reconocido doctrinario en lo que hace al derecho de marcas, tiene una opinión a favor de esta práctica publicitaria, pero él mismo reconoce que es un tema en sobre el cual no ha profundizado demasiado, además que si se confrontan sus fundamentos en lo que hace al tema marcario, con sus fundamentos en cuanto publicidad comparativa, se ve que estos últimos son endeble y caen frente a los primeros, uno de los puntos más importantes a rescatar es que el Dr. Otamendi considera como Uso marcario al que se da en la publicidad comparativa, en el sentido del art. 4 de la ley 22.362.

Otro de los autores analizados es el Dr. Burkhardt Menke<sup>11</sup>, doctrinario alemán, quien cree que la publicidad comparativa hace a la transparencia del mercado. El Dr. Menke, analiza distintos trabajos de doctrinarios de nuestro país y también la jurisprudencia existente hasta el momento, sin embargo, no toma en cuenta los argumentos contrarios a su postura y los descalifica, sin dar ningún tipo fundamento, por lo que en cierta forma pierde validez toda la sistematización con que analiza el tema.

No solo el Dr. O'Farrell<sup>12</sup>, Ernesto contestó al Dr., Burkhardt Menke, sino que también lo hizo el Dr. Miguel O'Farrell, quien analizo las posturas existentes sobre la publicidad comparativa, y concluyó que ...“Una forma de asegurar que el público reciba información veraz, es precisamente evitando que se lo someta a comparaciones realizadas por especialistas, cuya misión no es precisamente la de informar en forma objetiva, sino directamente de persuadir al público consumidor para que adquiera el producto o servicio de sus anunciantes.”<sup>13</sup>...

Por su parte el Dr. Soplansky<sup>14</sup>, que encara el tema desde el ángulo del Derecho Penal, ve a la publicidad comparativa como una forma efectiva de informar a los consumidores, olvidando que precisamente no es una de las características de la publicidad en general y mucho menos de este tipo de publicidad.

En lo que respecta al Dr. Moset Iturraspe<sup>15</sup>, no se refiere al tema, sino que analiza los requisitos que la ley de defensa al consumidor impone a la información; ...“en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos”..., requisitos todos que, según nuestra postura, difícilmente se encuentren en una publicidad de tipo comparativa.

En lo que respecta a la legislación que de forma directa o indirecta puede ser aplicada, a nuestro criterio son las siguientes:

Art. 159 del Código penal.

Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial, Capítulo III, “De la publicidad y promoción mediante premios” y dentro de este es el art. 9.

Dentro del código civil, principalmente el art 953.

El convenio de París, ley 17.011 art. 10 Bis inc. 2

Ley de Marcas y designaciones 22.362 art. 4 y 31 inc b)

En la breve mirada que hemos dado al Derecho comparado, a través de “los ojos de otros autores” corroboramos que en la UE en la actualidad, en principio está permitida, pero con tantos requisitos a cumplir que da la sensación de estar implícitamente prohibida, al igual que en Colombia.

Finalmente y con la convicción de que para evitar mayores males lo más lógico sería que se sancionará una legislación específica, es que realizamos un proyecto al respecto, utilizando en cierta forma como “mandato” legislativo, las opiniones relevadas en las encuestas realizadas.

Finalmente llegamos a la conclusión de que, la exclusividad en el uso a la que hace referencia el art. 4° de la ley 22.362 debe entenderse en toda la extensión posible, de lo contrario, no se estaría a los fines de la ley, que es proteger a la marca. Es por esto que podemos afirmar que SÍ existen límites legales para la publicidad comparativa.

**Fundamentación.**

La publicidad comparativa. En búsqueda de límites legales “¿No escritos?”.

Es un tema sobre el que si bien se ha escrito, no se podría decir que se haya hecho lo suficiente, es además conflictivo, inclusive al decir de los autores, determinar a que parte del derecho pertenece, ya que algunos lo han enfocado solo desde el Derecho de Marcas, otros desde el Penal, otros desde la defensa a consumidores y usuarios y están quienes lo ven desde la lealtad comercial e inclusive desde el punto de vista del derecho constitucional, en lo que hace a la libertad de expresión y aún quienes lo han enfocado desde una misma rama del Derecho no acordaron sobre si este tipo de publicidad es algo prohibido o no, si tiene límites preestablecidos o si deben verse para cada caso, la escasa jurisprudencia que hay sobre el tema en cuestión, la que es dispar.

Si bien todos tuvieron sus motivos, razones y fundamentos valederos para enfocar el tema desde las citadas disciplinas del Derecho, y arribar a las conclusiones emitidas, en este trabajo en particular el enfoque escogido no será unívoco sino ecléctico, porque no podemos no tratar los distintos enfoques aun cuando no estemos de acuerdo, pero lo que sí podemos hacer es enfocar nuestro análisis en aquel derecho que consideramos el adecuado para el tema escogido y por eso se verá una marcada predominancia marcaria, por considerar este ángulo de enfoque el más correcto por los motivos que se desprenden de la totalidad del trabajo y por acotar el mismo a la legislación vigente y en función de esto, serán también las conclusiones a las que arribaremos.

La razón de tratar el tema de esta forma, es que entendemos al Derecho como uno solo, como la sumatoria de todas sus partes, más allá de que para su estudio, entendimiento y especialización se lo divide en áreas, materias y / o especialidades.

El disparador para la elección del tema fue una publicidad realizada por una marca de cervecera y un artículo sobre una resolución judicial tomada respecto de esa

publicidad, publicado en la revista *La Ley*<sup>16</sup>, en el cual está analizado el tema, por el autor, desde la perspectiva constitucional, e inclusive en el artículo, critica al juez de primera instancia por analizar el tema desde el ángulo marcario<sup>17</sup>.

Pero más allá de que el trabajo podría tratarse del enfoque desde el cual debería tomarse este tema, no es ese precisamente nuestro objetivo, sino dirimir sobre la ilegalidad o no de La Publicidad Comparativa en nuestro ordenamiento actual y concluir con enriquecedores aportes al respecto y algunas propuestas para una hipotética legislación sobre la cuestión en estudio.

**Objetivos.**

*Objetivo general:* demostrar que aun ante la falta de una norma específica existen elementos en nuestro ordenamiento jurídico, que pueden aplicarse y que se han aplicado al tema.

*Objetivos específicos:*

- 1) Definir la publicidad comparativa y sus alcances, tomando en cuenta posturas a favor y en contra.
- 2) Analizar la jurisprudencia y doctrina surgida hasta el momento, en que sea tratado de alguna forma el tema “publicidad comparativa”.
- 3) Tomando en cuenta, tanto la legislación vigente, como doctrina, y jurisprudencia, más las encuestas realizadas, enunciar cuáles serían los parámetros a tener en cuenta para una legislación específica sobre el tema, dentro del derecho marcario.

## Referente teórico

### Capítulo I

#### Introducción.

#### 1.1 - ¿Qué es una Marca?

Más allá de que este interrogante no sea el tema central que motiva este trabajo, creemos conveniente el poder dejar en claro la respuesta a esta pregunta, ya que es de gran importancia, porque podría decirse que la marca para una empresa será por lo general el objeto inmediato de la publicidad.

Al decir del Dr. Jorge Otamendi<sup>18</sup>, la marca es; *“el signo que distingue un producto de otro o un servicio de otro.”* Esta sencilla definición es la concepción básica que sobre el tema, y puede inclusive sostenerse sin tener conocimiento alguno de derecho, pero no por ello es menos válida, y, más aun, veremos que es la más cercana a nuestra legislación.

En cambio en “Derecho de Marcas” Tomo I, Marcas y Designaciones, los Dres. Luis Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas de Las Cuevas<sup>19</sup>, realizan en cuantiosas citas, transcripciones de definiciones al respecto del tema, (para llegar a la misma conclusión – definición ) de las cuales nos permitimos extraer las que consideramos más significativas a nuestro propio parecer y siguiendo también el criterio seguido por los autores.

Se rescatan las siguientes:

...“a) Dentro de la doctrina argentina, Breuer Moreno define a la marca como “el signo característico con que el industrial, comerciante o agricultor distingue los productos de su industria, comercio o explotación agrícola.”<sup>20</sup>

b) Fernández, seguido en este aspecto por unos fallos recientes, expone que “puede(...) definirse la marca como el signo que permite distinguir el origen industrial o comercial de las mercaderías”.<sup>21</sup>

“f) Etcheverry, siguiendo a Halperín, define la marca como “el signo distintivo impreso o aplicado los productos para distinguirlos de sus similares.<sup>22”</sup>

g) Dentro de la doctrina extranjera, Baumbach y Hefermehl<sup>23</sup> dan la siguiente definición: “La marca es un signo protegido en virtud de su inscripción en el registro, que una empresa utiliza para distinguir determinadas mercaderías fabricadas o vendidas por ella o determinadas prestaciones de servicio de similares mercaderías o prestaciones de servicios de otras empresas.”

h) Busse dice al respecto que “ la marca es un signo distintivo (Kennzeichnungsmittel) que distingue a las mercaderías del titular de la marca respecto de las mercaderías de otros, en relación a su procedencia, en los negocios de la empresa<sup>24”</sup>

j) McCarthy sigue la definición de la ley Lanham, vigente en los Estados Unidos, que caracteriza a la marca como “cualquier palabra, nombre, símbolo o dispositivo o cualquier combinación de los mismos adoptados o utilizados por un fabricante o comerciante para identificar sus bienes y distinguirlos de los fabricados o vendidos por otros” También sigue a la citada ley a fin de definir a las marcas de servicios para identificar a los servicios de una persona y distinguirlos de los servicios de otros<sup>25”</sup>.

Pasando al análisis de estas definiciones, y a su aplicabilidad bajo el Derecho argentino, debe observarse que la ley no incluye una definición explícita de marca. No obstante ello, tal definición puede extraerse de su artículo 1º que enumera lo que puede registrarse como marca. Dado que este artículo permite que sea así registrado todo signo con capacidad distintiva, y que en su primera parte señala que se trata allí de “marcas para distinguir productos y servicios”, puede fácilmente extraerse una definición consistente en que las marcas son signos con capacidad distintiva utilizados para distinguir productos y servicios”...<sup>26</sup>

En cuanto a esto terminan concluyendo Bertone y Cabanellas de las Cuevas, que más allá que las definiciones precedentes no son erradas, aun cuando todas puedan tener algo objetable, no pueden “tomarse” por no ajustarse al marco del Derecho argentino.

Desde otro punto de vista y relacionado al trabajo que nos ocupa vamos a rescatar de las definiciones citadas, algunos conceptos que creemos serán útiles al mismo, sentando desde un principio ideas claras. Puede leerse de las definiciones *a*, *b*, *f* y *j*, que las mismas giran en torno a la capacidad distintiva de la marca y de cómo esto es lo buscado o querido por aquellos que lucran con esta, en cuanto a la definición distinguida con la letra *g* sin alejarse de la función distintiva hace un marcado hincapié en la función de protección de la marca registrada; en cuanto a la definición de Busse (*h*) sin alejarse de las funciones recién nombradas agrega que la marca tiene un titular. Y vale decir que más allá de que esto pareciera una verdad de Perogrullo esta denotando que existe sobre la misma un Derecho de propiedad con todos los Derechos y obligaciones que esto acarrea.

## **1.2 – Funciones de la Marca.**

Las funciones de la marca son varias, pero podría decirse que todas se hallan subordinadas a la capacidad distintiva, (función principal) de la misma, puede verse esto inclusive en las definiciones anteriormente volcadas, ya que en casi todas ellas surge esta capacidad en el signo marcario.

Las funciones de una marca son: como ya dijimos la distintiva, la función de identificación del origen, la de garantía, la publicitaria, capacidad esta en la que nos detendremos en miras al presente trabajo, función competitiva, de protección del titular de la marca, y la de protección del consumidor. Funciones estas tres últimas no entendidas como tales por Otamendi, pero si por Bertone y Cabanellas de las Cuevas.<sup>27</sup>

### 1.2.1 - Función distintiva de la marca.

Puede decirse si se quiere, que en la actualidad esta función es la razón de ser de los signos marcarios. Así también lo opina McCarthy sobre la base del Derecho estadounidense citando el fallo Smith v. Chanel y lo extraen Bertone y Cabanellas de las Cuevas, donde se dijo que ... *“la preservación de la marca como un medio para identificar los productos de su titular (...) cumple un importante propósito de interés público. Hace posible una efectiva competencia en un mercado complejo e impersonal, suministrando los medios a través de los cuales el consumidor puede identificar los productos que le satisfacen y recompensar al productor con compras continuadas. Sin algún sistema de identificación del producto, la elección informada del consumidor, y por la tanto la competencia significativa en materia de calidad, no podrían existir”*<sup>28</sup>...

No por esto debe confundirse el sentido de la función distintiva de la marca con la función de calidad, o de origen ya que por ejemplo en este último caso una misma marca podría tener productos de distintos orígenes, y no son estos aspectos los que distingue.

La función que nos ocupa tiene su razón de ser en una sociedad y en un orden jurídico que concede tutela a las marcas; y un signo cumple su rol distintivo de marca en virtud del Derecho de exclusividad que tiene el titular de la misma respecto de su **uso**. Y es esto lo que hace suponer al público que la marca que él identifica pertenece a su titular o a alguien con Derecho a utilizarla.

Es así como la función distintiva, es la base del sistema marcario, el cual solo se cumple si se respeta el derecho exclusivo de uso que tiene el titular de la marca.

Resulta adecuado mencionar aquí que el eje del derecho concedido al titular de una marca es el *jus prohibendi*. En este punto en particular hay acuerdo en la doctrina nacional como puede verse de lo expresado por los Drs. Daniel R. Zuccherino y Carlos O. Mitelman<sup>29</sup> ... *“La naturaleza del derecho sobre una marca consiste en un derecho de*

propiedad y esta propiedad se manifiesta fundamentalmente en la exclusividad. Su titular gozará de la facultad de defender dicha exclusividad contra todo tercero que desee violarla”...

### **1.2.2 - Función de identificación del origen.**

Podría decirse que esta función que en un momento histórico fue la principal de la marca, (ya que lo que se identificaba sencillamente era el fabricante) es hoy una función secundaria, esto es así por la realidad pasada del comercio y la que se da en el presente.

Podría decirse que la identificación del origen es una consecuencia común pero no necesaria de la marca, ya que el consumidor no siempre sabe del origen y a veces hasta lo confunde, porque mantiene inconscientemente una asociación que muchas veces no es tal, una misma marca puede estar en el sistema de franquicias o licencias y por ende tener distintos orígenes. Además una misma empresa puede tener en su haber una innumerable cantidad de marcas.

### **1.2.3 - Función de Garantía.**

Podría decirse que esta es otra función secundaria, y no por ello restarle la importancia de tinte económico que tiene, ya que a través de la función distintiva de la marca los consumidores y / o usuarios, individualizarán qué signos se corresponden con productos o servicios de mejor o peor calidad, y volverán o no sobre los mismos esperando un correlato de uniformidad a partir del mismo signo distintivo.

Más allá de que se aleja del objetivo de este trabajo creemos que es importante mencionar que la calidad estándar, (mientras no atente contra la salud o se convierta en una estafa a los consumidores) no es una obligación legal del titular de la marca, sino

que es el interés en mantener o aumentar la clientela lo que mantiene o mejora la calidad de un producto o servicio.

#### **1.2.4 - Función Publicitaria.**

Como ya se había mencionado al enumerar las funciones marcarias es esta una de las más relevantes para nuestro trabajo.

Dicho esto, empezaremos por decir que en doctrina hay acuerdo en cuanto a través de la marca se suministra información, en lo que no existe tal acuerdo es en cuál es el tipo de información que se suministra, si es objetiva o propagandística, en donde quizás haya más imaginación por parte del grupo creativo que información objetiva acerca de las características del producto identificado con tal o cual marca.

...“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 anunciados... la lucha por el consumidor se hace cada vez más dura. Y la publicidad como norma predilecta, se hace cada vez más molesta, más agresiva y por otro lado, más penetrante más insinuante, más persuasiva”...<sup>30</sup>

##### **1.2.4.1 - Facetas de la función publicitaria.**

a) La primera de las facetas se relaciona directamente con la función distintiva. Las marcas permiten informar al público que, sobre productos de una misma especie, puede hallar bajo distintos signos, distintas calidades y condiciones; por ejemplo el producto leche puede identificarse con muchas marcas y cada una de estas, tendrán en el imaginario de los consumidores una significación diferente, generalmente relacionado con la experiencia o con información adquirida por otros medios, generando una idea de calidad, que por medio de sus propias conclusiones relacionara con cada marca.

Inclusive y con las limitaciones mencionadas también puede dar idea del origen del producto.

b) La segunda faceta está directamente relacionada al signo utilizado como marca. Estos signos son, generalmente, elegidos de forma cuidadosa ya que lo que se busca es que tengan poder de atracción, que puedan ser recordados con facilidad por los consumidores y que tenga “pegue”, en el segmento al cual esta destinado. Es un claro ejemplo de esta faceta, la registración como marcas de frases publicitarias, que serán asociadas a un signo; por ejemplo si en una marquesina en donde se colocan avisos publicitarios, se lee la frase “*es sentir de verdad*” con letras blancas, sobre un fondo rojo y con un efecto como de burbujas, serían muy pocos los que no sabrían que el aviso es de la marca Coca – Cola. Podría decirse que es esto lo que buscan las empresas, que el producto tenga entidad y consistencia en la mente de los consumidores.

c) Por último una tercera faceta, es la información que se brinda o debería brindarse al consumidor, más allá de su propia experiencia. Esto se realiza a través de mensajes publicitarios realizados con ese fin. De todas formas y dejando si se quiere la ingenuidad de lado, hoy en día en un mercado sumamente competitivo la publicidad es algo menos que objetiva, es más se podría decir que algunas parecen obras de ingeniería de la creatividad humana, en las que inclusive se habla de todo, (generalmente asociando al producto o servicio con el éxito en la vida), menos del producto o sus características, y si se hace esto generalmente se hace sobre pautas totalmente subjetivas, es decir, se emite el juicio de aceptación al cual debería llegar por la experiencia el consumidor. Aun yendo más allá, podría decirse que si la campaña publicitaria es exitosa, el producto será adquirido sin que sean factores determinantes, para tal adquisición la calidad y o el precio.

### **1.2.5 - Función Competitiva.**

Al llegar a esta función, recordaremos lo dicho en la enumeración de las funciones respecto a que, por ejemplo, Jorge Otamendi no la nombra como una función específica de las marcas.

Más allá de que la competencia se desarrolla en función de la calidad, precios, promociones y propagandas, que entre otras cosas, implementan las empresas, si no existiese la marca todo esto sería en vano ya que no habría forma de diferenciar a los productos o servicios ofrecidos y de asociarlos con los “beneficios” que brindan los mismos. Las marcas son el vehículo para que toda esta información llegue sin confusiones al consumidor.

“La ley de marcas, no da valor jurídico autónomo a la función competitiva o concurrencial de las marcas, sino que dicha legislación, a través de los instrumentos normativos que le son peculiares, forma parte del conjunto de normas destinadas a asegurar el correcto funcionamiento del sistema concurrencial (. . .) Como, desde el punto de vista concurrencial, el sistema marcario está destinado a evitar que ciertos comerciantes confundan al público (. . .), o aprovechen el esfuerzo y gastos ajenos”<sup>31</sup>...

### **1.2.6 - Función de Protección del Titular de la Marca.**

Esta, al igual que la anterior, no es una función autónoma, sino que depende de las restantes funciones del régimen marcario.

Una de las razones de ser, fundamentales de la protección al titular de una marca es que no solo se defiende del perjuicio a un empresario, sino que se preserva de posibles lesiones al sistema económico.

### **1.2.7 - Función de Protección del Consumidor.**

La marca, más allá de que no es en si misma sinónimo de calidad, es garantía de una calidad constante, para el consumidor; esto siempre y cuando el empresario esté interesado en conservar y o aumentar su clientela es un beneficio ya que puede asociar una calidad determinada a productos o servicios de la misma especie y diferenciarlos por sus respectivas marcas y optar en consecuencia. Por lo tanto quienes se benefician con el régimen marcario no son solo quienes ofrecen bienes y servicios, sino también los consumidores.

Otro de los rasgos característicos de protección al consumidor y uno de los más salientes de la ley de marcas es, la prohibición de registro de “las marcas susceptibles de inducir a error respecto de la naturaleza, propiedades, mérito, calidad, técnicas de elaboración, función, origen, precio u otras características de los productos o servicios a distinguir” art. 3º inc. d ley 22.362, sólo mencionamos esto, en lo que refiere a la protección que la ley ejercita sobre la posibilidad de confusión, de la que no se ha hecho prácticamente referencia en este trabajo por escapar a nuestro objetivo y que es, en este apartado, imposible dejar de lado al menos en lo que hace a sus aspectos más genéricos, no queriendo, por esto, extralimitarnos de los objetivos fijado al principio del presente estudio.

## Capítulo II

### ¿Qué es La Publicidad Comparativa?

#### 2.1 - ¿Qué es la publicidad?

Creemos conveniente iniciar definiendo este término porque más allá que todos hablemos el mismo idioma y que no es este precisamente un término ambiguo, no está de más el dejar en claro su significado, y precisamente por el idioma que nos une es que consultamos el diccionario en línea de la Real Academia Española encontrando tres definiciones, las cuales transcribiremos a continuación:

...“1. f. Cualidad o estado público. *El estado público en este caso avergonzó a su autor.*

2. f. Conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos.

3.f. Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.<sup>32</sup>...”

De estas tres opciones tomaremos la tercera de ellas y será la que aplicaremos a nuestro concepto de publicidad comparativa.

Mientras que al autor español Anxo Tato Plaza toma para su monografía Jurídica “La Publicidad Comparativa” la definición que da en su art. 2 la Ley General de Publicidad de 1988 que dice lo siguiente ...“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional; con el fin de promover de una forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.”...<sup>33</sup>

Se podría decir que en sí no hay diferencias significativas ya que lo único que hace la ley citada por el mencionado autor es enumerar a los posibles sujetos activos de

la publicidad, siendo esto, a nuestro entender, no de la más feliz técnica legislativa, ya que con una realidad comercial tan cambiante no sería de extrañar que apareciese otra categoría, dentro de los sujetos activos, la cual por una enumeración de tipo taxativa, quedaría fuera.

Ahora bien, encontramos entre nuestra jurisprudencia, un párrafo que hace hincapié en el objeto de la publicidad, el cual creemos es más completo o al menos más explícito que los conceptos anteriores, ya que al hablar del objetivo de la publicidad también se la está definiendo, según puede extractarse de un fallo de la Cámara Nacional civil y comercial, sala I de marzo 22 de 1991 autos Bodegas J. Edmundo Navarro Correas S.A c Agro Industrias Cartellone S.A<sup>34</sup> y según el voto del Dr. Craviotto quien cita a De la Cuesta Rute, se definiría de la siguiente forma “desde un punto de vista estructural, en todo acto de publicidad, se descubre un elemento comunicativo que entraña el fin directo o inmediato de que los destinatarios obtengan un determinado conocimiento sobre la persona del anunciante o sus productos. El objeto del acto de publicidad está en lo que se comunica, esto es aquello que se lleva al conocimiento del público. Pertenece por eso siempre al mundo de las ideas, en cuanto objeto del conocimiento. Y es ese objeto al que se denominan aquí mensaje publicitario. Entre el comunicante anunciante y el público destinatario de la comunicación, circula el comunicado o mensaje publicitario, que es el objeto único y propio de la actividad publicitaria ‘stricto sensu’”

De esta última definición podemos ver que más allá de que la publicidad sea para conseguir compradores de un bien o contratantes de un servicio, el público recibe un mensaje, con todas las implicancias que tiene este término, ya que los mensajes no reciben ni se emiten en “blanco”, según modernas teorías de comunicación el que emite un mensaje lo hace desde su conjunto de experiencias psíquicas codificadas y quien lo recibe lo decodifica desde su propio conjunto de experiencias psíquicas codificadas.<sup>35</sup>

Creemos importante destacar esto porque aunque no sea este tema nuestra meta, es imposible no hacer mención a la complejidad existente en la comunicación humana, porque eso sí tiene gran relevancia para el tema escogido para este trabajo.

## **2.2 - Publicidad y desinformación.**

Cuando la publicidad, en vez de dar información tiene como fin directo o indirecto crear asociaciones falsas para el consumidor, no sólo no cumple su función primaria, sino que es probable que lleve al consumidor a una adquisición que no satisficará sus expectativas y o necesidades.

Utilizando distintas técnicas publicitarias se crean fantasías, asociaciones y sensaciones por las que el público esta dispuesto a pagar un mayor precio, esto en sí no es un inconveniente, ya que los consumidores son libres de comprar productos ampliamente publicitados o sin publicidad alguna, el problema es que lo hagan engañados o que no obtengan los resultados prometidos.

Entre los errores a que puede inducir una maliciosa o poco veraz “información” es a crear una diferencia artificial entre productos esencialmente iguales, siendo esto por sobreestimar el producto o servicio publicitado o desestimando a la competencia, ya sea por una comparación o de alguna otra forma. Una de las posibles consecuencias de esto, es forzar a quienes se ven perjudicados con este tipo de propaganda, a realizar inversiones no programadas en publicidad para defender el propio producto o servicio.

## **2.3 - Circunstancias fundamentales que hacen a este tipo de publicidad.**

### **2.3.1 - Característica fundamental. La comparación.**

La característica fundamental, es que en este tipo de publicidad no sólo se hace referencia a las bondades del propio producto, sino que se compara con otro de similares características, de la misma especie, pero que generalmente goza de un gran

reconocimiento, tratando de demostrar que es igual o mejor. O sea se comparan dos o más productos de distintas marcas de forma directa o indirecta, pero inequívocamente identificable, siendo el objeto inmediato de la publicidad la marca del anunciante y el objetivo mediato el entablar una competencia entre estas marcas, ya que al compararse con un producto reconocido, si puedo comparar sus cualidades, significa que el producto publicitado, está a su altura para competir directamente, con él, por ser igual o mejor.

“La publicidad comparativa es la de publicar anuncios estableciendo comparaciones entre los productos o los negocios propios y los del rival; se quiere destacar los propios méritos, para los cuales se insta a los consumidores a efectuar cotejos con otras mercaderías. Por eso se alude a la calidad, de fabricación,”...<sup>36</sup> Del voto del Dr. Craviotto. Fallo 89.583. Cámara Nacional Civil y Comercial, Sala I, marzo 22 de 1991 autos Bodegas J. Edmundo Navarro Correas S.A c Agro Industrias Cartellone S.A

#### **2.4 - Algunas definiciones de publicidad comparativa.**

En este punto en particular traeremos distintos conceptos formulados por algunos doctrinarios, ya que aunque la mayoría concuerda básicamente en los mismos elementos, tiene algunas sutiles diferencias, las que sumadas, pueden ayudar a comprender con mayor facilidad el tema en tratamiento.

Al decir de Martín Zapiola Guerrico:<sup>37</sup> “La publicidad comparativa es aquella que recurre a la comparación de productos y servicios del anunciante con relación a productos y servicios de uno o más competidores cuyo nombre o marca es conocido o fácilmente identificable por el público consumidor.

En un caso que más adelante comentaremos, uno de los jueces opinantes transcribe varias definiciones sobre que se entiende por publicidad comparativa<sup>38</sup>, las que transcribiremos a continuación:

...“Zavala Rodríguez dice que “publicidad comparativa, es la de publicitar anuncios estableciendo comparaciones entre los productos o los negocios propios y los del rival. Se quiere destacar – agrega – los propios méritos para lo cual se insta a los consumidores a efectuar cotejos o comparaciones con otras mercaderías. Por eso se alude a la calidad, fabricación, etc., sobresalientes de un artículo y se la compara con las de otro similar”<sup>39</sup>

“Por su parte Fernández – Novoa<sup>40</sup> expresa:

La más de las veces, la empresa anunciante menciona en sus anuncios y campañas publicitarias tan sólo su propia marca que distingue los productos o servicios anunciados. Pero en algunas ocasiones en la publicidad de la empresa anunciante aparecen conjuntamente tanto la marca propia, como la marca de los productos o servicios de un competidor. Así sucede singularmente en la hipótesis de publicidad comparativa.

En la misma, el anunciante asocia la oferta propia a la oferta del competidor con el fin de mostrar que los productos o servicios distribuidos bajo la marca del anunciante, son superiores a los productos o servicios ajenos; en la publicidad comparativa se mencionan las características –aparentemente inferiores- de los productos o servicios distribuidos bajo la marca de una empresa competidora. De ese modo, la publicidad comparativa se caracteriza por aludir explícitamente a la marca de los productos o servicios de un competidor”

La definición que da la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial Sala II, en el caso *The Coca Cola Company y otros*<sup>41</sup>, es la siguiente: ...“ Se esta 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”...

Por cuanto el Dr. Burkhart Menke<sup>42</sup>, quien se declara a favor de la publicidad comparativa, no engañosa y que confronta características objetivamente mensurables, da la siguiente definición en un artículo escrito para La Ley: “ Bajo “publicidad comparativa” ha de entenderse en adelante una publicidad, en la que se comparen precios, características, cualidades, propiedades, resultados, aplicaciones, etc., de un producto con otro de la competencia, estando el competidor o su producto individualizado (“publicidad comparativa explícita o directa”) o siendo individualizable (“publicidad comparativa implícita o indirecta”) por su nombre o por su marca.”<sup>43</sup>

Como la última de las definiciones transcriptas cerraremos con aquella a la que arribó el español Anxo Tato Plaza: “Aquella publicidad en la que el empresario 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”<sup>44</sup>

Este autor se halla a favor de la publicidad comparativa, pero él considera que existe un indudable requisito de licitud para que sean válidas y es que las características comparadas sean esenciales, afines y objetivamente demostrables, de lo contrario sería publicidad comparativa pero de tipo desleal.

De todas las definiciones volcadas puede verse que el acuerdo no es completo en la doctrina, pero que en líneas generales la mayoría acuerda respecto de qué es publicidad comparativa, la diferencia se da en la valoración que de ésta se hace.

## **2.5 - Clasificaciones sobre publicidad comparativa.**

Tomaremos en este punto la calificación que el Dr. Craviotto<sup>45</sup> esboza en el fallo precedentemente citado, la que sistematizaremos y trataremos de ampliar e ejemplificar.

Una primera división será en publicidad comparativa implícita y explícita, las cuales a su vez podrán ser objetivas o subjetivas. Por lo que las calificaciones obtenidas serían: publicidad comparativa implícita objetiva; publicidad comparativa explícita objetiva; publicidad comparativa explícita subjetiva.

## **2.6 - Publicidad de tipo explícita.**

En este tipo de publicidad no hay duda acerca de cual es la marca comparada, ya que se dice sin ningún tapujo.

### **2.6.1 - Publicidad Comparativa Explícita Objetiva.**

En este tipo de publicidad se compara un producto o servicio dando el nombre de la marca y comparando parámetros objetivos, capaces de ser medidos o tabulados de forma cierta. Por ejemplo si la empresa de servicios telefónicos Personal realizara una publicidad en que se diga, que Personal tiene el minuto de aire de celular a celular a 0.56 centavos, mientras que Movistar y CTI lo cobran 0.61 y 0.80 respectivamente. Esta publicidad sería explícita porque se dan los nombres de los competidores y objetiva porque los precios son parámetros que pueden ser confirmados, ya que no dependen del parecer de nadie.

Un caso de publicidad comparativa explícita objetiva que llegó a la justicia fue lo que se podría decir un leading case en la materia, o al menos uno de los de mayor relevancia, fue el caso Rolex c. Orient<sup>46</sup>, en el que se comparaban marcas de forma

explícita, de la siguiente forma: “Cuando quiera comprar un reloj fino, puede comprar un ‘Rolex’. O puede comprar ‘Orient’, el reloj desconocido. Cada Rolex esté echo exclusivamente con los movimientos áncora más finos. También está echo 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 por comprar un reloj muy fino. Reloj ‘Orient’. ‘No será desconocido por mucho tiempo’”..

Pero como veremos más adelante, ni siquiera en una publicidad en apariencia objetiva, lo es en su totalidad, y la respuesta del interrogante que plantearemos a continuación despejará las dudas sobre este contrasentido de objetividad subjetiva, ¿quién elige cuáles y cómo serán las condiciones de los parámetros a comparar?

### **2.6.2 - Publicidad Comparativa Explícita Subjetiva.**

Para saber cuando estamos frente a una publicidad de este tipo el dato más relevante al que debemos prestar atención es que aquello que se compara no puede medirse de una forma “científica”, tiene más que ver con los gustos personales que con cuestiones mensurables. Como ser que una bebida alcohólica de un mismo tipo es más gustosa o mejor que otra, como sucedió en la publicidad que en cierta medida motivó la elección del tema de este trabajo.

Dicha publicidad apareció en muchos medios de comunicación, y consistió en lo siguiente: un presentador decía, “Quilmes es la cerveza que toma la mayoría, pero Isenbeck es la mejor cerveza”, por esto la promoción consiste en cambiar una tapita de Quilmes más una de Isenbeck por una botella de Isenbeck, para según decía el anunciante, “mayoría tome la mejor cerveza.”

## **2.7 - Publicidad Comparativa. Implícita.**

En cuanto a este tipo de publicidad para que sea realmente comparativa, no debe haber duda de cual es la marca con la que se está comparando el producto o servicio publicitado, para ser más específicos tomaremos un ejemplo citado por Tato Anxo Plaza del Tribunal Supremo Austriaco<sup>47</sup>. Una empresa alimenticia lanzó una campaña cuyo lema central era “nadie cocina de una manera más exquisita”, tras un breve tiempo un competidor lanzo el siguiente lema (en su campaña) “alguien cocina de una manera más exquisita”. El tribunal Superior Austriaco señalo que esta ultima publicidad era la antítesis de la anterior campaña publicitaria.

Puede verse que más allá de no nombrar la marca del competidor puede ser inferido perfectamente por el público; claro está que es necesario el elemento coincidencia temporal.

Otra forma de publicidad implícita puede darse porque quienes sean sus destinatarios sean un publico especializado, como sucedió en un caso en que el representante en Argentina de Casio inicio una querrela al distribuidor de Sweda, por una publicidad de esta clase en una revista para supermercadistas, del cual daremos detalles más adelante.

Otro de los casos de publicidad implícita es aquella en que los consumidores saben a ciencia cierta con quien se compara la marca publicitada debido a la estructura del mercado (oligopólica). Este fue el caso del llamado “desafio Pepsi” en donde nadie dudaba que la marca con la que se comparaba era Coca – Cola.

### **2.7.1 - Publicidad Comparativa Implícita Objetiva.**

En este caso es válido todo lo acotado para la publicidad de tipo explicita objetiva, ya que cuando se puede reconocer el producto comparado, la pauta de objetividad estará dada por la posibilidad de mensura y comprobación de lo vertido en

la publicidad. Haciendo especial referencia a la importancia sobre la posibilidad de comprobación de los datos vertidos, y de su veracidad, ya que de otra forma se perdería toda objetividad.

Un caso en el cual se juzgó por el delito de concurrencia desleal, por una publicidad comparativa, la cual era precisamente como la que estamos abordando en este punto, y transcribiremos parte de los hechos del caso y la publicidad en si, según el relato del Dr. Adolfo Luis Tamini,<sup>48</sup> para poder ser más gráficos:

...“En el año 1990 se publicaba una revista denominada “Actualidad en supermercados”, el N° 41 de esa revista fue publicado con una tapa (primera página) en la que aparecía un dibujo en el que un hombre accionaba una máquina registradora de moderno diseño que exhibía la leyenda “Casio Hasar TK 4000 (marca y modelo). En la página 15, la compañía Hasar S.A.I.C publicita los productos “Casio – Hasar”. Ahora bien en la página 67 de la misma revista esta íntegramente dedicada a una publicidad de la firma “Hugin – Sweda”. Comienza preguntándole al lector “Como pronunciaría AUXILIO en japonés” si a su registradora se le evapora el Control de Ventas Diario...?, respondiéndole de inmediato que “En sueco se dice así: Sweda”. Seguidamente informa que el producto Hugin – Sweda “...habla de la mejor tecnología sueca y SIN SORPRESAS” (las palabras AUXILIO Y SIN SORPRESAS están en mayúsculas en el original).<sup>49</sup>

En la página 75 de la misma revista, se incluye la publicidad de un “Centro de Investigaciones” Informáticas identificado con un teléfono (sin dirección postal). La publicidad en el costado izquierdo reza “A usted le interesa”, y en la parte superior con letra grande y gruesa dice “COMUNICAMOS”.lo que comunica el centro es que detectaron que “...una serie de modelos de registradoras ya instaladas pertenecientes a una conocida marca japonesa, SON VULNERABLES...”. Por ello “...advertimos que esto ha dado lugar a operaciones ilícitas por parte del personal que las ha estado

operando...”. La parte central de la publicidad se dedica a la llamada “COMPROBATORIA” referida a “las series 4800/ 208/ 7300/ TK4000”, donde se reproduce una operación que daría como resultado la emisión de un ticket pero sin que se acumule el valor en ningún registro. El final es el esperado: “Si usted ya posee o está por adquirir cualquiera de estos productos, no DUDE en consultarnos” (las mayúsculas están en el original).<sup>50</sup>

Resulta ser que la única empresa que utiliza las series de fabricación 4800, 208, 7300 y TK 4000 referidas en la COMPROBATORIA, es justamente Casio –Hasar<sup>51</sup>....

Hasta aquí podemos ver que no se hace ninguna mención explícita a la marca Casio – Hasar, pero sí a sus modelos, que la revista no era para el público en general, sino para un público especializado, además de que se dio todo en el mismo número de la revista, con lo cual también tenemos el elemento temporal y a todo esto podemos sumarle que la querrela probó que el teléfono anunciado en la publicidad del “centro de investigación” estaba ubicado en las oficinas donde funcionaba “SWEDA DISTRUBUIDOR”.

Por todo esto a nuestro criterio la publicidad en cuestión puede ser calificada como implícita objetiva, más allá de que los supuestos problemas (totalmente objetivos y comprobables) no fueron corroborados en juicio.

### **2.7.2 - Publicidad Comparativa Implícita Subjetiva.**

En cuanto a este tipo de publicidad todo lo mencionado anteriormente es igualmente válido, lo dicho sobre la necesidad de identificar sin dudas la marca con la cual se efectúa la comparación aunque no sea nombrada. La diferencia entre una publicidad de tinte objetivo y subjetivo es la misma que en una publicidad explícita. Es decir las características comparadas no son en medida alguna mensurables.

Uno de los ejemplos más recordados de este tipo de publicidad fue el famoso “Desafío Pepsi”, el que dio lugar a una batalla judicial entre la citada marca y su principal y directa competidora Coca – Cola.

Entendiendo que en ese caso hubo una publicidad comparativa de tipo implícita y que como tal fue calificada por la sala juzgadora, en virtud de la composición del mercado de bebidas colas. Más aun y transcribiendo el considerando 9 del fallo podrá verse con mayor claridad aquello a lo que apuntamos al decir que es innegable a que marca se hace referencia aun cuando no se menciona;

“9)Que, en efecto, meritando con criterio realista el mercado de bebidas gaseosa 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”. 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 cual es”. A lo expuesto se añade que la campaña se integra con stands destinados al consumo comparativo y que en tales supuestos se exhibe junto con “Pepsi Cola” a envases de “Coca Cola” (véase fotografías de fs. 31 a 41 inclusive).”<sup>52</sup>

Aquellos que teníamos en esa época edad como para recordar esa campaña publicitaria, de las calificadas aún hoy como agresivas, recordarán que en las publicidades televisivas se mostraban filmaciones de aquéllos que al probar las dos bebidas colas en cuestión (sin saber cual era cual) elegían como la más “rica” a Pepsi y eran festejados como si la opción fuese la correcta y no una cuestión de gustos, y el locutor invitaba al público a *pasar* el desafío, lo cual obviamente se lograba eligiendo como la mejor bebida cola a la identificada con la marca “Pepsi Cola”, creo que también recordarán que la gran mayoría de las personas que realizaban el desafío, según se

mostraba en la campaña televisiva elegían la bebida publicitada y en muy pocas o nulas ocasiones la de la competencia.<sup>53</sup>

## Capítulo III

### Nuestra Jurisprudencia y la Publicidad Comparativa.

#### 3.1 - Primeras menciones del tema en distintos fallos.

##### 3.1.1 - Criterios sobre el mismo.

En una sentencia de 1945<sup>54</sup>, fallo 202:185 dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se toca el tema, porque de esta forma lo plantea la querella, como adjunción de marca ajena a usos propios, aun cuando se arriba en el decisorio final a la conclusión de que no es este el encuadre legal del caso en cuestión, sin embargo se vierten opiniones al respecto de forma bastante clara y sintética, las que transcribiremos a continuación; ...“Que sin duda el simple uso para ser punible debe responder a un propósito de competencia desleal, como quiere que sea de otra manera, tratándose de marcas consistentes en un nombre su sola mención podría constituir delito. Los casos de propaganda ilícita a base de marcas ajenas a que hace referencia el memorial de la querellante, confirman este criterio.”...

Como puede verse claramente, en el decisorio de superior tribunal, cuando hace mención al uso de la marca de otro en publicidad (comparativa), “*propaganda*” se deja en claro, que es una forma de uso ilícito de la marca ajena. También queda claro que el simple uso<sup>55</sup> no es punible.

#### 3.2 - Rolex c. Orient. El *leasing case*.

El primer caso de publicidad comparativa directa que llego a los estrados es, sin dudar, el caso “Rolex c. Orient”<sup>56</sup>. Podría decirse que por esta contienda, no han sido pocas las campañas publicitarias que han cesado o los conflictos que sean dirimido sin llegar a la justicia, por el precedente, contrario a la publicidad comparativa, que el mismo ha sentado.

Más allá que la mayoría de las normas legales en que fue fundado han sido derogadas, sigue siendo punto de referencia y de estudio obligado, si se quiere hablar de publicidad comparativa, sea que se esté a favor o en contra de la misma.

La publicidad emitida para presentar al reloj Orient fue transcripta en la página 17, motivo por el cual remitimos a la misma.

En la sentencia de Cámara, que hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios contra las demandadas, (agencia de publicidad y empresa, solidariamente), se vertieron las siguientes consideraciones en referencia a la citada publicidad:

....“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 comprado o no (conf. CFed. Cap., La Ley, 24-94 – fallo 12.421- )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 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”. Ps 416/19, Ed. Depalma, 1947)<sup>57</sup>”...

En lo que hace a la indemnización por daños, después de reseñar que lo puesto de manifiesto por la pericial contable acerca de lo que sería necesario invertir para “limpiar” la imagen de la actora de todo deterioro no podía computarse por ser una apreciación estrictamente personal, y agregó:

...“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 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 de “Rolex” y, no obstante, orientarse sus eventuales compradores 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 del Cod. Procesal. Pretender una prueba acabada del monto es sumamente difícil<sup>58</sup>”...

En resumidas cuentas, comprobada que sea la conducta ilícita, se presume la existencia del daño de forma tal que la cuestión a resolver queda limitada a la determinación del monto indemnizatorio.

Ya sea que se esté de acuerdo o no con el criterio de la Cámara, hay fundamentos interesantes para extractar del mismo:

a: la cámara consideró el hecho como de competencia desleal.

b: este tipo de publicidad es ilícita por el solo hecho de comprar la marca publicitada con otra reconocida sin el consentimiento de su titular. Por tanto calificó de ilegal a cualquier publicidad comparativa.

c: la publicidad comparativa es considerada contraria a la moral y a las buenas costumbres.

d: acepta la publicidad comparativa solamente cuando destaca los méritos de una mercadería frente a todas las demás en general.

e: considera a la clientela como un bien a proteger.

f: da por cierto el daño, comprobada que sea la falta de permiso para utilizar la marca, dejando la cuestión reducida a la determinación del quantum.

### **3.3 - ¿Cuándo hay publicidad comparativa?. Bodegas Navarro, un caso confuso<sup>59</sup>.**

Tuvieron que pasar veinte años y un proyecto de ley archivado sobre el tema para que el mismo vuelva a debatirse en nuestros tribunales.

En este caso que fue estudiado por los tres miembros de la Cámara Nacional Federal sala uno (cada uno por su voto) vamos a ver todo aquello que pueda sernos útil y en particular analizaremos el voto de uno de los miembros de la Sala quien se refirió exhaustivamente sobre el tema central de este trabajo, la publicidad comparativa, aun cuando la resolución final de la sala fue que, en el caso en estudio no había habido publicidad comparativa, pese a esto pueden extraerse varios y valiosos conceptos del citado fallo.

Para poder comprender mejor las opiniones de los magistrados se relatarán brevemente los hechos<sup>60</sup>.

...“El juez de primera instancia hace lugar a la demanda promovida por Bodegas J. Edmundo Navarro Correas S.A. contra Agroindustrias Cartellone S.A. en el sentido de declarar la ilegalidad de la campaña publicitaria objetivada en la película “Galeria”, pero rechazando la pretensión encaminada a la indemnización de los daños y perjuicios derivados de aquella.

Todo gira alrededor de una propaganda, realmente muy buena desde el punto de vista publicitario, que además fue premiada, y que fue exhibida en canal 13, en Canal

9 y en Canal 11, como consecuencia de lo cual la actora alega que tal promoción le produjo reducción de las ventas de su producto el vino “Pinot Noir”.

La promoción dura alrededor de 42 segundos.

Aparece un vistoso decorado, con cuatro escalones con un fondo en que se ven manchas coloridas a la derecha y a la izquierda, también en el fondo copas (¿de cristal?) y reproducciones no identificables. Sobre esa escenografía, la cámara se va deslizando con un primer plano de dos copas y avanzando sobre los escalones hacia las reproducciones montadas en bastidores, reproducciones que resultan ser botellas de vino.

Al menos en un aparato de televisión – no sé en una pantalla cinematográfica – la primera reproducción salvo el contorno de la botella, resulta ilegible, aunque en su etiqueta se perciben coloridos.

Luego pasando un botellón enfoca una segunda reproducción de otra botella tipo “caramañola” sin distinguirse tampoco nombre alguno, aunque sin coloridos.

La cámara sigue avanzando, se advierte otra reproducción que rápidamente desaparece, pasando a primer plano tres copas.

La cámara pasa a otra toma en donde dos copas ascienden por los escalones, y dejando tal sensación enfoca otra vez de lejos las reproducciones aludidas.

Vuelve a enfocar las copas que avanzan delante de las reproducciones de botellas de vino aludidas y pasan delante de otra reproducción de una botella del formato y color de la registrada por la actora, con una etiqueta del mismo color y unos dibujos parecidos a la etiqueta del envase del producto que tengo a la vista, no habiendo sido filmada entera sino solo su parte superior (del cuello al final de la etiqueta).

Sigue la cámara moviéndose hacia la izquierda y aparece otro dibujo de envase donde se lee claramente Techo de la Hiedra, vino blanco, mientras una copa se iba

deslizando frente al dibujo lo transparenta, pasando delante de otras reproducciones ilegibles y no identificables.

La siguiente es otra reproducción que por su formato responde al vino San Felipe, pero sin llegar a leerse la etiqueta, reproducción del envase que por un instante queda sola.

La siguiente toma es de parte del conjunto inicial, tomando hacia el lado derecho, de donde las copas pasando frente a las reproducciones se dirigen hacia la izquierda.

La siguiente toma es desde debajo de los escalones, enfocándolos, y esta vez es la cámara la que va subiendo, enfoca el fondo –centro- y corriéndose ella también hacia la izquierda, como si fuera otra copa, se junta con las copas que venían de la derecha y se dirige hacia el último bastidor, que cuando la toma se va acercando, resulta ser una reproducción del vino de la demandada Saint Valery.

Entonces las copas frente a dicho bastidor se inclinan repetidamente.<sup>61</sup>...

### **3.3.1 - El primer voto<sup>62</sup>.**

El voto más extenso, en disidencia, es el del Dr. Craviotto, del mismo hay varios puntos para ser destacados; primero hay que dejar salvado el hecho de que para este miembro de la sala el caso sí era de publicidad comparativa.

Para el Doctor Craviotto el tema se circunscribe “al supuesto de la introducción -o mantenimiento- de un producto en el mercado publicitariamente, atendiendo o comparándolo con otros de la misma naturaleza: en este caso vinos.

Dejo de lado el hecho de si esa interrelación de producto es veraz o errónea, si es buena o si es de mala fe, o si el objetivo es engañar al público consumidor”.

Avanzando en el análisis, es muy interesante, el criterio que toma el magistrado para valorar el resultado de la pericia, ya que según la opinión del perito, se

utiliza definitivamente la imagen de cinco vinos conocidos para 'dar la bienvenida' al mercado de un nuevo producto.

El Dr. Craviotto discrepa con el perito, tomando si se quiere la postura de un consumidor que ve el comercial, - ya que lo analiza poniéndose en el lugar de una persona cualquiera que visita una galería de arte, la que va pasando por las reproducciones, apenas deteniéndose en aquellas que no le interesan y dándole mayor importancia a las que captan su atención - cuestión esta que puede verse por la forma en que califica a la pericia; ...“En mi real entender, es una interpretación ingenua”..., a esto podríamos sumarle, que luego continua su análisis “desde el punto de vista jurídico”.

Luego de esto clasifica a la publicidad como implícita o explícita y a la vez en subjetiva u objetiva, cuestión en la que no ahondaremos por ser un tema tratado anteriormente en este trabajo.

Más adelante hace una referencia a un tipo de publicidad comparativa, que para él sería totalmente lícita, por objetiva, comprobable y por hallarla libre de engaños y confusiones en cuanto al consumidor, como sería la comparación de precios, ya que el magistrado considera esto un punto objetivo, ahora bien, muy fácilmente puede desarmarse toda la firmeza de este punto, con un simple ejemplo, supongamos que tomamos la compra de una familia, que ha comprado de los productos publicitados y de aquellos no lo han sido y lo hacemos de forma cuantitativa, es decir cuánto costaría en los supermercados que comparan precios comprar exactamente lo mismo. En el supermercado que según la publicidad comparativa es más barato y en aquel que tiene según la publicidad los precios más altos, siguiendo nuestra hipótesis, podríamos sorprendernos con que el gasto total sea prácticamente el mismo, ya que quien eligió los productos a comparar, por ser él precisamente quien elegía pudo escoger aquéllos que a la vista del público consumidor podían ser más atractivos. Con todo esto se da por tierra con la supuesta objetividad del particular.

Lo que sí debe quedar claro es que para el Dr. Craviotto, y así también lo entendemos nosotros, en ese supuesto no se lesionarían los legítimos derechos de los titulares de las marcas de los productos comparados.

En lo que respecta al hecho de que no se encuentra expresamente prohibido, nos parece bastante acertada su conclusión, salvo en lo que hace a la comparación de precios; ...“que a nivel nacional no existen impedimentos legales para este tipo de publicidad – o sea específicamente no está prohibido – pero como a su vez no está regulado, ha de estarse a la ley marcaria, y a los privilegios que de ella se infieren, con la salvedad ya hecha en materia de precios.<sup>63</sup>”...

Siguiendo con la línea de reflexión del magistrado hacemos una pequeña reflexión, en algo que resulta significativo para este trabajo, por ser precisamente ese el ángulo que nosotros consideramos correcto para el tratamiento del tema, es decir, por no estar regulada específicamente la prohibición de la publicidad comparativa, vemos en la ley de marcas, más específicamente en su art. 4º, la forma de proteger la marca de estos usos que podrían causar un daño a la imagen de la misma, y el Dr. lo expresa de esta manera, en su considerando XVII ...“En cuanto al “uso” de la marca en una primera aproximación, es para su titular. Lo dice el sentido común y lo consagra el art. 4 de la ley de marcas.

El uso “publicitario” por un tercero de una marca ajena, necesariamente nos introduce en la publicidad comparativa.

Si no ¿para qué se la usa?

También es de sentido común”...

Llegando al final del extenso análisis que hace el primero de los opinantes, puede verse el por qué el considera que esta publicidad es denigratoria, punto este en el que precisamente se basa su conclusión a favor de la accionante, salvo en lo que hace a la indemnización pretendida.

Según el magistrado el mensaje que llega es el siguiente ... “Saint Valery, de las reproducciones exhibidas, es el mejor, el de mayor calidad, el más rico... O sea, existe una publicidad comparativa -por confusión obviamente buscada- y objetiva –en cuanto apunta a la calidad-.

La voz en off dice: “todos los días algo ‘fuera de lo común’ Saint Valery con todo el arte de un gran vino”

Si en un corto publicitario, es un vino fuera de lo común ¿cuáles son los comunes que son de inferior calidad?. ¿Es necesario responder?.

Finalmente, creo que la actora tiene derecho a usar su marca publicitariamente, en la forma y modo que mejor hagan a sus intereses, que le son propios, en la búsqueda del mercado que más le convenga<sup>64</sup>...

El Dr. concluye que ...“La publicidad comparativa es inadmisibles, en el estado actual de la legislación – por sí misma, haya o no daños al competidor -, porque lo que se está atacando es el bien tutelado por antonomasia, es decir el público consumidor<sup>65</sup>”...

En lo que respecta a daños no da razón a la actor en su pedido, pues según él no esta probada la relación causal entre el daño alegado y el accionar de la demandada.

### **3.3.2 - La segunda Opinión<sup>66</sup>.**

Quien vota en segundo lugar es el Doctor Pérez Delgado, quien no coincide con la solución propuesta por el doctor Craviotto, ya que no cree que el caso sea estrictamente de publicidad comparativa, tema al que considera complejo y por esto no quiere entrar en consideraciones genéricas.

Pese a su propia advertencia realiza algunas consideraciones de este tipo más allá del análisis propio del caso.

Comienza su análisis por esto último, y a lo primero que se refiere es al uso de la marca, haciéndolo de la siguiente manera; primeramente realiza una consideración crucial para decidir el asunto, y es que para él no está frente a un caso de publicidad comparativa y continúa haciendo referencia al uso de una marca ajena; ...“Debo partir, empero, de una premisa: 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 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<sup>67</sup>”...

Con respecto a esta última idea, no coincidimos, por los siguientes motivos, podríamos asegurar sin temor a equivocarnos, que en una publicidad comparativa nunca quien intenta entrar al mercado y/ o solidificar y/ o ampliar su actual posición, lo hace comparándose con una marca poco o nada reconocida, o sin prestigio, ya sea por lo que esa marca representa en sí misma, o por tener una calidad apreciada por el público. Quien alcanza una situación de tal entidad en el mercado, que es tomado como punto de referencia, y comparación por un producto o servicio de similares características, es muy probable que haya tenido que invertir mucho, y además que este status logrado, no se ha conseguido de la noche a la mañana, por lo tanto, no sería el valor intrínseco de la marca un *legítimo derecho* que tiene su titular y que merece protección, a esto añadiremos una faceta a la que en ese momento del análisis no se refirió el Dr. Pérez Delgado, este punto en particular es el derecho del consumidor a recibir información, punto éste que es usado como justificativo de este tipo de publicidad, ya que es un

derecho que está por encima del derecho del titular de la marca, ahora bien, nosotros a este respecto nos hicimos la siguiente pregunta, si lo que realmente se quiere es que el consumidor reciba información, ¿la mejor forma es comparando? Esto sobre todo cuando quien compara no tiene como primer motivación el fin altruista de “informar” a sus potenciales compradores, sino el de convertir esa situación potencial en una realidad y será él o quien sea contratado a ese fin quien seleccione la forma, los datos y el modo de exponer esta tan esencial “información”. Luego de esta reflexión, nos surgieron otras preguntas, ¿acaso no sería mejor simplemente informar sobre las características propias de lo que intenta promocionar para evitar confusiones?, ¿le resulta tan difícil al consumidor comparar los datos que recibe?, las respuestas que al respecto nos surgen es que al utilizar la inferioridad en que se encuentra el consumidor, en lo que hace al flujo de información, para así poder darle cualquier tipo de información, sin ningún tipo de control, vulnera aún más la situación de inferioridad del consumidor, que lo que la protege. Y en lo que hace a la pregunta de si el consumidor no puede por sí mismo ponderar la información que recibe, nos parece que se lo subestima, con el único interés de darle la información ya procesada en función y provecho de quien lo hace, para evitar que el consumidor realice sus propias conclusiones, y así evitar el riesgo de que el estado de *potencial consumidor* se mantenga de esa forma.

Y concluye en que para él en este caso no hay publicidad comparativa.

### **3.3.3 - El voto que inclina la balanza.**

El Dr. Farrel adhiere al voto del Dr. Pérez Delgado manifestando que no existe denigración a vinos de terceros diciendo: ...“Tal vez las copas representen a los consumidores, que se alegran de la aparición de un nuevo vino. Pero esto no denigra a los vinos anteriores; yo me alegro cuando aparece un nuevo cuadro en su mueso, y no dejo de seguir apreciando los cuadros que ya poseía el museo<sup>68</sup>”...

Es este voto el que decide el caso, en el cual se falla, a favor de la demandada , resolviéndose que en el corto publicitario no hubo publicidad comparativa, sino una “simple bienvenida” y negándose también la reparación de los daños y perjuicios solicitados por la actora.

### **3.4 - Otra óptica para el tema, el delito de concurrencia desleal. Caso Casio- Hasar c/ Hugin - Sweda. 1992<sup>69</sup>**

Este caso es encuadrado como de publicidad desleal por quienes lo plantean, como también por aquellos que lo juzgan como también por quien lo comenta, el Dr. Adolfo Luis Tamini,<sup>70</sup> , pero para nosotros en realidad es una relación de género especie entre la publicidad desleal y la comparativa. Como ya lo habíamos mencionado en la página 22, y según nuestro propio criterio, esta es una publicidad de tipo Comparativa Implícita Objetiva, dirigida a un público conocedor y no al público en general, y a la transcripción de la publicidad que allí fue realizada nos remitimos.

La ley de marcas permite recurrir a la justicia penal, pero este es un caso que ha sido encarado como específico de ese derecho<sup>71</sup>, y es tratado de esa forma, tanto por la Cámara Nacional Crim. y Correc., sala VI, como por quien comenta el fallo, el Dr. Adolfo Luis Tamini, que además realiza una distinción sobre cual sería la norma aplicada a cada caso, según su propio criterio, en lo que respecta a la ley de marcas no toma en cuenta el art. 4º, en su faceta de protección contra el uso, y la exclusividad que esta ley da al titular de la marca sobre la misma, con más el derecho a oponerse a que otro la utilice, sino que solamente se avoca a la protección que da dicha ley contra la falsificación, adulteración o imitación de marcas, pero trataremos las opiniones que han dado los doctrinarios más adelante.

En lo que hace a la conclusión tomada por las magistrados acordamos con quien comenta el fallo respecto a que ...“los jueces deberían valorar que “las leyes no

pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideraciones a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad” (C.S.J. caso Kot, Fallos: 241:291) <sup>72</sup>”...

#### **3.4.1 - El examen judicial de la alzada, unanimidad por adhesión.**

Quien opinó por su voto fue el Dr. Elbert y quienes adhirieron fueron las Dras. Argibay y Camiña, por su parte el Dr. Elbert comienza transcribiendo parte de la expresión de agravios, la que por otra parte y en virtud de los hechos relatados por el Dr. Tamini, consideramos completamente ajustada a derecho, más allá de coincidir en su totalidad con el encuadre jurídico, ya que para nosotros es además un tema de publicidad comparativa y competencia desleal; ...“la publicidad hecha por los querellados en distintos medios de difusión afirmarían que las cajas registradoras que fabrica la querellante presentan deficiencias en sus funciones. La malicia de los acusados se demostraría por la circunstancia de que nunca pidieron la prueba de lo que afirmaron. Sus avisos publicitarios habrían estado enderezados a crear temor en los consumidores para alentarlos a adquirir calculadoras de otro origen industrial. <sup>73</sup>”...

En el segundo considerando S.S. realiza, para nosotros, una lectura de los hechos poco feliz o si se quiere ingenua, ya que aún cuando queda demostrado en primera instancia que quienes realizan la publicidad de Hugin – Sweda, “¿Cómo pronunciaría auxilio en japonés, si a su registradora se le evapora el control de ventas diario?”, como la del Centro de Investigaciones Informáticas, “Comunicamos” se hallan relacionados comercialmente, e incluso operan en el mismo ámbito físico; el magistrado llega a la siguiente conclusión ...“Se hace notar que en ninguna parte se alude de modo expreso a la marca “Casio” que representa en nuestro país el querellante. De tal modo, no se verifica el desprestigio del producto presuntamente afectado. Tampoco se pudo comprobar que de modo indirecto y valiéndose de tales avisos, los imputados hubiesen

desprestigiado a la marca japonesa o que hubiesen alentado mediante algún medio demostrable la compra de otras marcas de modo desleal.<sup>74</sup> ...

Nos resulta más que claro el hecho de la alusión a la marca japonesa, por dos sencillas razones; la primera es la única marca que tiene los números de serie aludidos en la propaganda; y la segunda es que al ser una revista que reciben quienes son encargados y /o dueños de supermercados, podríamos suponer sin miedo a equivocarnos, que saben a qué registradoras se refiere la publicidad y que al generar desconfianza sin fundamentos se genera confusión y como consecuencia se ve el desprestigio de la marca. En cuanto a que no se haya demostrado el que se hubiese alentado mediante algún medio la compra de otras marcas de modo desleal, parecería que esa conclusión la obtiene quien está hablando de otro caso, porque si ensuciar una marca con aquello que quien la compra cree que es una de sus funciones esenciales (llevar el control de ventas diarios, para evitar robos), sin probarlo de modo alguno y “bombardear desde dos flancos, ofreciendo por otro lado una “Maquina Superior”, no es desleal, no se nos ocurre que podría serlo; además más allá de todo esto quienes ya habían adquirido las máquinas supuestamente inservibles han resultado ser víctimas de una batalla comercial, extremo este que parecería no importar a S.S, por esto como dijimos al principio las normas deben ser analizadas a la luz de la realidad actual, considerando las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad ya que en este caso parecería que el hecho de confundir al consumidor carece de total relevancia.<sup>75</sup>

### **3.5 - 1994 El Desafío Pepsi.**

En lo que hace al contenido de esta publicidad nos remitimos en este trabajo al punto tratado en la página 35.<sup>76</sup>

La Sala utilizando según sus propias palabras un criterio realista , no da lugar a duda sobre que el desafío Pepsi es contra la marca Coca Cola, ya que ven en esta una

publicidad comparativa de tipo implícita; ...“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 video 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 que en 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 la competencia. Pero no importa, porque vos sabés cual 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”<sup>77</sup>...

Luego más adelante la Cámara realiza una consideración con la cual coincidimos totalmente, y es que la campaña publicitaria (y en sí todo aquello que sea publicidad comparativa) se basa en utilizar la notoriedad de la marca con la cual se compara, en este caso Coca Cola, para mejorar su imagen y poder quedar de esta forma sobre la misma., la Cámara al referirse a este punto lo hizo en los siguientes términos; ... “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”<sup>78</sup> ...

Podría decirse que lo que la Cámara da aquí es una definición de publicidad comparativa. Luego en sus considerandos 12 y 13 da al tema el encuadre jurídico desde el sistema marcario, cuestión esta que consideramos acertada; ...“12) Que 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 – acarrear 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 del 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 marca ajena (confr. “le droyt français du signos distinctifs”, Paris 1984, citado por Aracama Zorraquín). A lo que se añade que no puede ser descartado, y esto es objeto de valoración al sólo 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. Zabala 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”<sup>79</sup> ...

Creemos que el hecho de privar de utilizar al titular de una marca de su propio mensaje publicitario, como del manejo de su imagen hace mérito suficiente como para analizar en profundidad el alcance del art. 4º de la ley de marcas<sup>80</sup>. Pero comprendemos el hecho de que lo solicitado a la Cámara es una medida preventiva, razón por la cual más allá de fundamentar su decisión no puede opinar o resolver el fondo del asunto.

Por último se justifica la medida y se menciona el tipo de daño que puede causar una publicidad comparativa, ...“Que, así las cosas, no sólo impresiona como verosímil el derecho alegado por las peticionarias – lo que significa una realidad incontestable -, 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 lo 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, más 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).<sup>81</sup>... No es poco todo lo dicho por la sala en este punto, ya que ejemplifica cuáles pueden ser los resultados de una publicidad comparativa, y cómo se compara, porque además de usar de trampolín el status de una marca se la compara contraponiendo valor de la marca publicitada con supuestos disvalores de la marca tomada como referencia, no es que se diga que sea mala, sino que la otra comparativamente es mejor, y no es aparentemente honesto el usar la marca de otro para dar una “mala” imagen de ésta ante el público, por último, en lo que respecta a la postura de que se puede mencionar la marca si se obtiene el permiso del titular, realmente no creemos que nadie de permiso para que se desmerezca la propia marca y con respecto a que si se reconoce que la marca pertenece a otro, no creemos que sea suficiente para desmerecer una marca frente al público ya que además de los derechos del titular de la marca esta el derecho del consumidor a una información verídica y que no cause confusión.

### **3.6 - Comparación ¿ilustración o denigración?. Axoft Argentina S.A. c. Megasistemas S.A.<sup>82</sup>**

En apariencia todo comienza el 26 de septiembre de 1991 cuando se publica a todo color en el diario la Nación, una publicidad de tipo comparativa. Pero para conocer la verdad de los hechos debe irse un poco más atrás en el tiempo, cuando en 1989 Megasistemas se hace cargo de la difusión del producto Tango y su presentación en Exposoft 89, como también en la feria del siguiente año publicitando la versión 3.3 del software Tango; pero la relación comercial continuó sólo hasta mediados de 1991, ya que la actora Axoft Argentina S.A. le retiró a la demandada Megasistemas la licencia del producto Tango, pero antes que esto sucediere, ya desde febrero de 1991 Megasistemas comenzó las tratativas y gestiones para lanzar al mercado el producto Stradivarius, lanzamiento que se concreta el 26 de agosto de 1991 en un aviso

encabezado con la siguiente frase “Llegó Stradivarius – Simplemente Superior”. Hasta aquí, todo buen y sin reproches desde el punto de vista marcario, el problema surge después cuando se publica el siguiente anuncio:

## ***Stradivarius*** **SIMPLEMENTE SUPERIOR**

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

<i>Analice, como anticipo, estas 18 prestaciones</i>	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 retención 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 de 4ª categoría.	SI	NO
Tres unidades de medida por producto.	SI	NO
Manejo de impuestos internos.	SI	NO
Cantidad ilimitadas 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.

#### 3.6.1 - El primer voto. ¿Un cheque en blanco ?.

El Dr. Farrell comienza su exposición recordando aquello que ha peticionado la actora, a) que cesara el uso – o referencia - a la marca o signo Tango, particularmente

en lo referido a publicidad comparativa y b) que se publicara la sentencia a costa de la demandada en el diario *Ámbito Financiero*.

Luego comienza el examen de la publicidad parte por parte de la siguiente forma; ...“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 ...que la demandada actuó como distribuidora de la actora, por lo que el anuncio que ha citado no contiene ninguna falsedad y no resulta objetable...se comparan Stradivarius y Tango en dieciocho aspectos, obviamente todos ellos favorables a Stradivarius, la actora cuestionó esta comparación pero no acreditó ninguno de los extremos...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<sup>83</sup>”...

Con respecto a que es beneficioso para el consumidor, nos resulta difícil coincidir en un ciento por ciento ya que como habíamos dicho, quién elige cuál es la información a comparar y cómo se va a realizar esta comparación, es quien pretende valerse de la imagen de otro para promocionar su producto o servicio, y en lo que hace a la prohibición de uso nos parece que el Doctor Farrell olvida que no es justo someter al titular de una marca a que sus rivales manejen la imagen de su marca.

Luego avanza sobre otro tema de la discusión, no sin antes dar por sentado que como la demanda reconoce quien es el titular de la marca cuando la menciona, está realizando un uso permitido (según su apreciación y citando el voto del Dr. Pérez Delgado, en la causa “Navarro Correas”), como dijimos al principio de este párrafo al

avanzar sobre otro punto de la discusión del mismo, lo hace de la siguiente forma; ...“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 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 mala fe debía acreditarse alguna falsedad en las afirmaciones de la demandada y ya he dicho que esta prueba no se produjo”... Sobre este punto en particular no vamos a acotar nada por ahora porque cuando veamos la opinión del Dr. Pérez Delgado, no quedarán dudas sobre este tema en particular, pero lo que si queríamos era dejar bien en claro la postura del magistrado al respecto del tema que nos ocupa; o sea la licitud o ilicitud de la publicidad comparativa.

El Dr. Farrell expone a continuación su idea sobre por qué para él este tipo de publicidad debe permitirse; ...“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 quien le interesaría mostrar que su producto es mejor que uno desastroso? ¿Qué bebida aumentaría su consumo mostrando que es mejor que el agua contaminada?<sup>84</sup>”... A nuestro entender el Dr. Farrel peca de simplista cayendo en un reduccionismo poco sensato para un análisis judicial, ya que no creemos que ningún publicista en su sano juicio tenga esa intención o que ni siquiera el más acérrimo enemigo de la publicidad comparativa utilice estos argumentos, por el contrario, al comparar se hace generalmente con lo mejor del mercado, o con lo que más aceptación tiene, tratando de sacar ventaja generando la idea de que si eso que todos quieren por ser “tan bueno”, y siendo como es el producto comparado igual o mejor y quizás hasta pueda obtenerse por un mejor precio, es el producto o servicio publicitado aquello que DEBE ser elegido, es más, inclusive muchas veces se trata de demostrar que

el producto o servicio objeto de comparación tiene defectos o falencias, como sucede en el caso que en este momento nos ocupa, falencias estas que en muchas ocasiones no son totalmente ciertas o que dependen de muchas otras cuestiones que no son nombradas en la publicidad con el evidente ánimo de conseguir en el perjuicio de otro un beneficio.

El doctor Farrell llega a la conclusión de que ...“comparar está permitido; comparar falsamente está prohibido”... dejando de lado el echo del propio manejo de la imagen de una marca o si existe alguien que verifique que las comparaciones son reales, o que los puntos de comparación han sido elegidos de forma equitativa y no para beneficiar a un sobre otro, porque quien informa no busca *per se* un impacto comercial, lo que sí es buscado por quien realiza propagandas.

### **3.6.2 - La segunda opinión. Un análisis profundo.**

El Dr. Pérez Delgado es quien opina en segundo lugar, y comienza planteando la necesidad de contextualizar el caso, en lo que hace las pasadas relaciones comerciales entre la actora y la demandada, ya que de otra forma el análisis no podría realizarse de forma acabada, motivo por el cual realiza una reseña de la situación y transcribe la publicidad que originó la litis.

Luego realiza una salvedad en cuanto a su voto emitido en la causa “Navarro Correas”, ya que el mismo dijo 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 desacreditarla o denigrarla... Posiblemente en orden a razones de conveniencia publicitaria ... puedan ser

aconsejables criterios más permisivos en materia de comparación de marcas. Y posiblemente, también cierta cultura de mercado tolere una publicidad agresiva y demoledora... 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...

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 la informática del año 1990, como un antecedente de su actividad en el ramo del Software.

Desde esa perspectiva adquiriría una fuerza mayor que la que habitualmente puede exteriorizar quien nada tiene que ver... Megasisistemas se encargó por 2 años de dar publicidad y distribuir el producto Tango... si luego abandonó esa posición y decidió cambiar de producto, lo menos que se le podía exigir es que fuera cuidadosa en toda mención del anterior.

Pero no actúo 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 producto 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<sup>85</sup>...

Hasta aquí no tenemos nada que agregar que no se haya dicho ya , sobre todo en lo que se refiere al “uso” a que hace referencia el magistrado, en lo que respecta al análisis continua haciendo referencia a la comparación, punto este que, por no “probar” su falsedad al decir del Dr. Farell es que no existió ilicitud en la comparación,

recordamos que ya habíamos adelantado que era el voto del Dr. Pérez Delgado el que arrojaría luz sobre esta situación, y lo hace con las palabras que a continuación se transcriben; ... “La comparación es además engañosa y para ello no debo recurrir a ninguna prueba técnica – como dice el doctor Farell -, sino que basta analizar la correspondencia intercambiada entre las partes, de la que surge que Megasistemas adoptó una aplicación parcial de la marca – la que identifiqué con el módulo 3.2 – y omitió, por cierto deliberadamente – como ella misma lo reconoció- , otras prestaciones que la actora también cubría con la misma marca...

Del análisis de estos dos documentos (cartas documentos reconocidas en juicio<sup>86</sup>) 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<sup>87</sup>”...*

Esto último que hemos remarcado es para nosotros un punto neurálgico, a tratar si se permitiese la publicidad comparativa, o cuando se analicen casos en falta de una legislación específica, como sucede actualmente, ¿Quién elige qué puntos comparar? ¿Quién controla que sean reales las comparaciones?. Es sobre estos interrogantes a los que más adelante nos avocaremos.

... *“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 arrojar, 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<sup>88</sup>...

Nuevamente encontramos una idea que si bien es contradictoria, en cierta forma, con pensamientos planteados por el magistrado al principio de su análisis, es para nosotros esclarecedora, en lo que hace al punto de cuál es la legislación aplicable al caso en ausencia de una legislación específica.

### **3.6.3 - El tercer voto, “el final de una crónica anunciada”.**

Al ser el Dr. Craviotto quien vota en tercer lugar, y conociendo ya su postura en lo que hace al tema en juicio, no había lugar para la sorpresa, en lo que respecta a cual iba a ser la postura favorecida, ya que él mismo al comienzo de su voto realiza la salvedad de reivindicar su postura y las conclusiones obtenidas en el caso “Bodegas J. Edmundo Navarro Correas S.A. c. Agro Industrias Cartelones S.A.”. A pesar de que la mayor parte de su voto es la reivindicación de la postura del caso mencionado, el cual ya fue comentado en este trabajo, realiza una serie de apreciaciones interesantes en lo que hacen al particular; lo primero que hace en lo referente al caso es calificar a la publicidad como **comparativa denigratoria**, luego realiza la siguiente reflexión; ...“Coincido con el Dr. 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 autos, dado que la

circunstancia de haber publicitado en un diario y en la página dedicada a 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.<sup>89</sup>...

En lo que respecta al consumidor estamos totalmente de acuerdo con el Dr. Craviotto, quien termina siendo el eslabón más débil de la cadena, porque lejos de beneficiarlo con la supuesta información, que se le brinda por comparación, termina siendo uno de los más perjudicados, por recibir información “falaz” o “incompleta”.

### **3.7 - Diez años, después. La publicidad comparativa vuelve a dar que hablar. “Quilmes c. Isembeck<sup>90</sup>”**

Tuvieron que pasar diez años y varias opiniones a favor o en contra de la publicidad comparativa, para que el tema vuelva a debatirse en los estrados judiciales, esta vez volvió a ser una bebida la que utilizó este tipo de estrategia publicitaria para difundir sus productos.

Como ya lo dijimos en la Fundamentación fue este el caso que llamó nuestra atención sobre este tipo de publicidad, por la manera en que se fueron suscitando los hechos.

En la justicia, se trató como una medida cautelar innovativa en primer término, que fue favorable a la actora y tiempo después se denunció que la cautelada no había cumplido dicha manda, al conservar el esquema básico de su aviso publicitario y reemplazar la marca del peticionario por una expresión idiomática, razón por la cual vuelve a los estrados judiciales con la solicitud por parte de la actora, de que se aplique

la multa que pesaba sobre la cautelada por incumplimiento de la medida dictada por el juez.

### **3.7.1 - El caso y la resolución del magistrado.<sup>91</sup>**

Este caso comienza con una publicidad de la cervecería Isenbeck , la cual ya ha sido transcripta en el pto. 2.6.2 de este trabajo y a ella nos remitimos.

El juez abre el caso realizando una salvedad, que se podría decir, es el segundo motivo de este trabajo; ...“A los fines del análisis conviene recordar que dentro del uso de los signos marcarios ajenos en publicidad, el caso que más dificultades ha suscitado en la práctica Argentina es el de publicidad comparativa,<sup>92</sup>”...

Y después de esta salvedad da la siguiente definición de publicidad comparativa; ...“la publicidad en la que se efectúan comparaciones entre bienes o servicios de marcas ajenas y los identificados con marcas propias.<sup>93</sup>”...

Al concluir con su definición, nuevamente realiza una aclaración ... “conviene aclarar también que la jurisprudencia argentina se ha mostrado contraria a la misma, e igual posición se encuentra en importantes trabajos elaborados bajo Derecho argentino... ello no obstante que la tendencia contemporánea es a permitir este tipo de publicidad, en tanto se den ciertas condiciones, y ello se manifiesta no sólo en la doctrina, sino inclusive en la legislación comparada<sup>94</sup>”...

A renglón seguido comienza con su análisis particular de cuáles son los beneficios de la publicidad comparativa, en lo que respecta a nuestra posición y sin ánimo de ser apocalípticos sobre la competencia por los consumidores en la actualidad, la visión del magistrado por calificarla de alguna forma es “cándida”; ...“conviene señalar que la publicidad comparativa 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 o sólo información positiva, seleccionada por aquellos a quienes tal información favorece, sino también posiblemente contraria a quienes operan en los mercados<sup>95</sup>...

Para realizar nuestra lectura sobre estos pensamientos iremos por partes; primero, en lo que hace al ...“engaño por ocultamiento”... no creemos que haya menos engaño en la práctica de la publicidad comparativa, como por ejemplo pudo verse en el caso “Tango”, ya que quien engaña utilizando otras técnicas publicitarias lo hará también en la publicidad comparativa, en lo que hace al hecho de que el consumidor no tiene ni el interés ni el dinero para defenderse de las engañosas prácticas publicitarias contemporáneas estamos de acuerdo, pero esto es igualmente válido para una publicidad comparativa, más aún quizás ni siquiera desconfíe porque creerá que quien compara productos públicamente lo hará sobre una base científica o verídica, a esto podríamos sumarle que existen grupos y / o asociaciones de defensa a los consumidores que velan y accionan por sus intereses. Por último en lo que hace este “mecanismo de incentivos que aumentan la transparencia del mercado”, no creemos que sea justo ‘obligar’ a nadie a entrar en una batalla publicitaria para defender el buen nombre de una marca, que por otro lado quizás costó mucho tiempo y dinero. A todo esto podemos sumarle que no creemos que ninguna empresa que afronte una campaña publicitaria costosa, como suelen serlo, gaste dinero para beneficiar a la competencia, sino para demostrar que es mejor y si algo es mejor, es porque se compara con alguna cosa que esta por debajo, simplificando esto aquello que no es ‘mejor’, es ‘peor’. Lo que no significa que sea malo, sino que quien publicita su producto afirma o da a entender esta relación de supremacía.

Luego muy brevemente esboza cual va a ser su resolución y en que se basará, pero, la línea de pensamiento que mantiene parecería más que argumenta una negativa hacia el pedido de la actora, que una respuesta satisfactoria; ...“Contra estos argumentos cabe oponer razones marcarias, como ha ocurrido en la especie, fundamentos que como veremos tornan viable la petición en examen”... en este punto y sin perjuicio de lo dicho anteriormente, estamos de acuerdo, porque como ya lo hemos reiterado en varias oportunidades es este el enfoque que debe tener (al menos mientras no se legisle específicamente sobre el tema), es decir desde el Derecho de marcas y continúa diciendo; ... “En efecto, la propiedad sobre una marca no implica un derecho exclusivo sobre el signo, sino un derecho de prohibición respecto de ciertos actos relativos a tal signo. En la publicidad comparativa el signo ajeno no es utilizado para identificar productos propios, ni para crear confusión entre los productos propios y los ajenos. En tal sentido si la publicidad comparativa implicara un intento para confundir y fomentar el desprestigio a los ajenos con la característica de los propios, estaría fuera del plano de la licitud de la publicidad comparativa, según algunas condiciones que me parece interesante destacar<sup>96</sup>”... Hasta aquí el magistrado da una opinión si se quiere favorable a este tipo de publicidad, pero reconoce que puede no respetar algunas pautas que la mantendrían según su real entender en el campo de la licitud, condiciones estas que enumera y que transcribiremos a renglón seguido; ...“A)Que la publicidad comparativa sea leal y verídica y no sea de naturaleza de inducir en error al consumidor.

B)Que consista en una comparación objetiva, dirigida a las características esenciales, significativas, pertinentes y verificables de bienes o servicios de la misma naturaleza y disponibles en el mercado; C) que la publicidad comparativa no se base en opiniones o apreciaciones individuales o colectivas; D)que cuando la comparación se refiera a precios, se aplique a productos idénticos y vendidos en las mismas condiciones

y con indicación del plazo durante el cual regirán los precios anunciados como propios.<sup>97</sup>...

Al releer los puntos de análisis del Dr. Francisco de Asís L. Soto, podemos realizar el siguiente comentario; primariamente podría decirse que el punto “A” es general y encierra a los demás puntos. En lo que hace al segundo ítem nos parece que si se permitiera la publicidad comparativa de esa forma deberían medirse los puntos a comparar, pero el problema es quién se encarga de eso, quien dice si es objetivo o no, quien verifica aquello que es verificable, esto claro antes de llegar a la justicia porque en ultima instancia será ella quien lo defina. Al referirnos al punto C es precisamente el caso en análisis, una comparación basada en la opinión, cuando la publicidad hace referencia a “para que la mayoría tome la mejor cerveza”, la pregunta sería ¿la mejor? en base a qué, porque se entiende perfectamente que una publicidad pregone que no existe nada mejor que el producto o servicio que trata de vender, el tema es cuando nombro o doy a entender, específicamente que como en este caso, pasa en esta propaganda que dice explícitamente que Isenbeck es mejor que Quilmes. En lo que respecta el punto D no hay mucho para decir, que no hayamos dicho antes, y en lo que hace a las condiciones de una oferta válida para el público en general, uno de los requisitos es el dar a conocer la vigencia de la misma.

Continúa su examen, haciendo referencia al “uso” de la marca y diferenciando la mera mención o alusión de una marca ajena o mención de ella en la utilización de una marca propia, de la utilización sin autorización de una marca ajena como si fuera propia, diciendo que en el segundo caso es ilegal, en flagrante infracción a los derechos marcarios, mientras que en el primero dependerá de las circunstancias de cada caso, coincidimos en esto último, ya que por ejemplo en una receta de cocina de un producto suele mencionarse la marca de otro y no creemos que en este supuesto haya daño, pero en la publicidad comparativa la intención siempre va a ser beneficiarse en perjuicio del

otro, sabemos que la competencia genera esto pero creemos que es totalmente desleal utilizar la marca (con todo lo que eso implica) perteneciente a un tercero, generalmente competidor directo, para perjudicarlo. Ahora bien, si aún con lo preceptuado en el art. 4° no es suficiente, para evitar el uso de una marca ajena en publicidad comparativa, quizás lo que se necesita es una legislación más específica al respecto, de lo contrario y por falta de límites seguirán apareciendo casos de este tipo, donde la única solución se hallara en los estrados judiciales.

Luego continúa su examen pero da una vuelta de timón, ya que debe argumentar su resolución y continúa desde un punto que creemos correcto para resolver el tema, diciendo lo siguiente; ...“Corresponde ponderar, asimismo, cuenta con la exclusividad de su uso (art. 4 de la ley 22.362), exclusividad que, por cierto, hace a la esencia del sistema marcario y que consecuentemente, debe contar con protección legal efectiva. En tal sentido prima facie y según lo ha expuesto la peticionaria de la medida, “C.A.S.A. Isenbeck” no tendría autorización de “Quilmes” para utilizar la marca que se intenta aquí proteger con el dictado de la medida”...

El resto de la argumentación es prácticamente idéntica, en sentido y contenido a la dada en el caso del “Desafío Pepsi” razón esta por la que prescindiremos de comentarla para evitar ser reiterativos.

La medida innovativa se dictó a favor de la accionante, motivó la empresa Isenbeck debió cesar en la propagación de la citada publicidad, esto en teoría, pero en la práctica no fue lo que sucedió.

### **3.7.2 - Una cautelar desobedecida.**

A pesar de tener una sentencia en contra la empresa Isenbeck, en cierto modo desobedeció la resolución judicial, por lo que la accionante pidió otra vez el cese de la publicidad y la aplicación de multa<sup>98</sup>.

Los hechos fueron los siguientes; el juez de primera instancia como acabamos de reseñar, hizo lugar a la medida cautelar innovativa tendiente a que una empresa del rubro cervecera cese en una publicidad comparativa. Tiempo después se denunció que el cautelado no había cumplido dicha manda al conservar el esquema básico del anuncio publicitario reemplazando la marca de la actora por una expresión idiomática, siendo que se le había mandado cesar de inmediato todo uso de la marca de la actora, sea expreso o tácito, implícito o explícito, bajo apercibimiento de multa.

El magistrado aduce con buen criterio que; ... “en el supuesto de la página web de fs. 117, se advierte que la palabra “Quilmes” ha sido reemplazada por la expresión “Pip!”, conservándose el esquema básico de la anterior, circunstancia que en mi opinión, resulta inapropiada... esto así, habida cuenta de que estando ya instalada la primera imagen en la percepción del público consumidor, extremo respecto del cual es posible sostener el carácter de notorio, no resulta dudoso concluir que el mero cambio nominal adoptado por la cautelada, manteniéndose prácticamente inalterable el resto de la publicidad, carece de entidad suficiente<sup>99</sup>” ...

En este punto lo que nos interesa resaltar es que el magistrado reconoce con carácter de notorio que la comparación ha quedado instalada en la percepción del público consumidor y por ende consideramos que cuando la publicidad comparativa ha sido puesta a consideración de los consumidores, si es ésta denigratoria, el daño a la imagen de la otra marca, se puede suponer producido.

### **3.7.3 - Desobediencia a la autoridad vs. Libertad de expresión.**

El caso tuvo tratamiento también en el fuero penal, ya que “Quilmes” en papel de querellante denuncia a Isenbeck por el delito de desobediencia a la autoridad, en los términos del art. 239 del C.Penal, en primera instancia el juez ordena se archive la

causa, medida esta que es apoyada por la Cámara con los argumentos que a continuación analizaremos.

### **3.7.3.1 - ...“No puede estar sujeto a previa censura, sino responsabilidades ulteriores”<sup>100</sup> ...**

Luego de valorar las normas constitucionales que se refieren a la libertad de expresión arts. 13 y 14 de la constitución nacional, 13 de la C.A.D.H. y el 19 del P.I.D.C.P. y de concluir que no puede haber censura previa, sino responsabilidad ulterior continua diciendo; ...“Por otra parte, el límite de responsabilidad posterior, que implica el ejercicio responsable de todo habitante de su derecho a expresarse, supone la imposibilidad que por algún acto oficial anterior se restrinja o se intente restringir tal libertad ... De este modo, considerar viable la imputación del delito de desobediencia, por el hecho de haberse desatendido – al reiniciarse una campaña publicitaria – una orden emanada de una medida cautelar, supondría entender a aquella medida como un acto estatal concreto de censura previa, ya que a partir de una orden preventiva en particular, quedaría condicionado de antemano el ejercicio por parte del prevenido<sup>101</sup>”...

Hasta aquí lo que puede verse es que más allá de la orden judicial legítimamente dictada, la empresa Isenbeck amparándose en el derecho a la libertad de expresión y asumiendo las responsabilidades posteriores, puede seguir dañando la imagen de su competidora ya que en virtud del art. 34 inc. 4º, del Cód. Penal *“No son punibles inc. 4º El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo.*

... “Al respecto, la Corte Suprema de Justicia también se ha expedido diciendo que “La preeminencia que la Constitución Nacional otorga a la libertad de expresión y de información, radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto

es, sin el previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir, pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal” (v. CS, voto del doctor Augusto Beluscio, en Fallos, 324:2895; en sentido similar, Fallos, 315:1943).<sup>102</sup>...

Finalmente los jueces de la cámara realizan una aclaración, que da la sensación que aun cuando no esté configurado el delito denunciado por la querrela, podría haber lugar a otros delitos a más de que no por este pronunciamiento deben considerarse justificadas las conductas que eventualmente hubieren afectado a los derechos de la empresa Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. y aclara también sobre la validez de lo actuado en el fuero civil, ya que esta resolución no supone contradecir los pronunciamientos allí realizados.

## Capítulo IV

### Opiniones de los doctrinarios

#### Análisis de la publicidad comparativa y el Derecho Argentino.

##### 4.1 - Planteamiento introductorio.

Existen varias formas de analizar que es lo que opinan los doctrinarios del Derecho argentino sobre este tema, como por ejemplo dividir quienes están a favor y quienes en contra, o separarlos en las distintas ramas del derecho desde las que enfocan el tema, pero creemos que es válido realizar algunas aclaraciones; hemos decidido analizar las posturas doctrinarias en el orden cronológico en que han ido apareciendo, y esto no es ni por capricho ni porque sí, sino porque con el correr del tiempo la postura de los doctrinarios fue variando, ya sea por una apertura de criterios, o por la modificación de leyes, y otra aclaración que debemos hacer es que sobre el tema no se han escrito ni grandes ni específicas obras, salvo la de Ernesto Aracama Zorraquín, “Medios distintivos y Publicidad Comparativa” del año 1989, fuera de esto hemos rastreado y conseguido todo artículo que se haya publicado y hubiese estado dentro de nuestras posibilidades conseguir, sobre el tema en tratamiento, muchos de los cuales tienen su origen en los fallos analizados ut supra.

##### 4.2 - Primero en el tiempo. Ernesto Aracama Zorraquín.

Precisamente es de este autor, el primer artículo conseguido<sup>103</sup> (cronológicamente), fue publicado exactamente en el año 1978, once años antes de la reforma de la ley de marcas.

El título del artículo se podría decir que sienta la posición del autor frente a este tipo de publicidad; “SOBRE LA ILEGITIMIDAD DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN DERECHO ARGENTINO”, se podría decir que aún cuando

refiere el tema a la normativa del país, este autor tiene una visión negativa sobre el tema.

Comienza haciendo referencia a que este tipo de publicidad “agresiva” es contraria a nuestra idiosincrasia y que viene por imitación de modelos extraños a la misma.

Luego continúa diciendo; ...“En términos generales la publicidad comparativa suele presentarse bajo tres aspectos: a) puede ser publicidad comparativa engañosa; b) puede ser publicidad comparativa denigratoria; c) puede ser publicidad comparativa simple u objetiva (“truthful comparative advertising”)”... Coincidimos con el autor en que la publicidad del tipo de la “a”, es un acto de competencia desleal y además un acto ilícito y cita como norma legal que avala esta postura al art. 10 del convenio de París incorporado a nuestra legislación por ley 17.011, que establece ...“3. Principalmente deberán prohibirse : ... 3º) las indicaciones o alegaciones cuyo uso, en el ejercicio del comercio, sea 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 mercaderías<sup>104</sup>”...

Luego continúa refiriéndose a la publicidad de tipo comparativa denigratoria asumiendo que ésta al igual que la anterior son ilícitas en el derecho argentino y fundamentándolo con la siguiente legislación; ...“El art. 159 del Código Penal dispone que “será reprimido con multa de mil a cuatro mil pesos 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.”<sup>105</sup>.

El convenio de París, en su art. 10 bis, dispone asimismo: “3. Principalmente deberá prohibirse: ...2º) 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”<sup>106</sup>...

Hasta aquí no cabe ninguna duda, sobre la ilegitimidad de estas especies de publicidad comparativa que diferencia el autor, en todo caso lo conflictivo será poder calificar a tal o cual publicidad comparativa dentro de alguna de estas categorías.

Renglón seguido continua y reconoce la complejidad de tratamiento que tendrá cuando el análisis es sobre publicidad comparativa de tipo objetiva y en sus propias palabras el análisis que el hace es el siguiente; ...“La precisión consiste en que partimos de la base de que se trata de una comparación veraz, no maliciosa y objetiva. En otras palabras que lo que se afirma es valedero y puede ser probado.. por instituciones neutrales, imparciales, tales como instituciones de ensayo, asociaciones de consumidores, etc., y no consistir en meras afirmaciones subjetivas que no pueden ser objeto de adecuada verificación. <sup>107</sup>”... A esto le añade que debe diferenciarse la publicidad comparativa que consiste en la comparación del producto publicitado con todos los competidores sin especificar ninguno, (publicidad comparativa *in rem*) la cual es aceptable, de aquella que compara con un producto determinado, nombrando su marca y hace referencia al caso “Rolex Argentina S.A. versus Orient S.A. y otro” donde no tenemos una valoración igual a la anterior, ya que en este caso se definió como ilegal esta práctica publicitaria. El autor sin embargo reconoce que esa decisión no es pacífica. Y enumera algunos de los argumentos dados por otros autores (todos extranjeros) a favor de esta práctica publicitaria, como ser que la encuentran como un medio útil para aumentar la transparencia del mercado, que brinda mayor información a los consumidores, que no se brinda ningún beneficio social al impedir a una segunda firma entrar en el mercado diciendo que venderá un mejor producto al mismo precio o que venderá el mismo producto a un precio inferior, o que prohibir este tipo de publicidad viola ciertas libertades básicas como la de expresar las propias opiniones, pero a continuación asegura que para él ninguno de estos argumentos son valederos o convincentes y lo argumenta, de la siguiente forma; ...“Por de pronto, para facilitar la

transparencia del mercado no es menester efectuar comparación alguna con los productos o el negocio del competidor, sino que es suficiente con poner de manifiesto las características y ventajas del propio producto. Como bien lo dice Zavala Rodríguez 'no puede aceptarse, en principio, que para difundir un producto el concurrente recurra o tome como punto de vista los productos rivales. Cada uno puede llevar al público el conocimiento de los artículos que fabrica sin necesidad de aprovecharse de las virtudes, cualidades o defectos del producto similar. La publicidad que el concurrente ha hecho, la clientela que ha conquistado, las corrientes invisibles de atracción que ha sabido establecer, no pueden servir para que, ubicándose dentro del campo de la publicidad y mediante comparaciones más o menos exactas, el comerciante retire sin mayor esfuerzo, beneficios en perjuicio del competidor.'

Por otra parte, la experiencia demuestra que la publicidad comparativa *in personam* se efectúa, en la generalidad si no en todos los casos, con alusión al producto de prestigio o de la empresa líder en su ramo. Rara vez se compara un producto con otro que no goza de renombre en el mercado o con una empresa desconocida. Esto permite afirmar que en todos los casos de publicaciones comparativas se halla presente una situación de lo que Saint-Gall (Yves Saint-Gall, *Protección et défense des marques de fabrique*, París 1966) ha denominado "competencia parasitaria", y que consiste en la explotación del buen nombre y de la fama de la marca o de la empresa utilizados como referencia. Tanto así, que en Alemania los tribunales consideren este hecho como contrario a las buenas costumbres y han adoptado el principio de que el solo hecho de citar un producto de un competidor es un abuso porque se obtiene un provecho indebido merced a ello y se incita a los vendedores a favorecer a un producto desconocido (Friedrich-Karl Beier y Paul Katzeberger, *leerte de la République Fédérale d'Allemagne*, en "La Propriété Industrielle", julio de 1973, ps. 208 y ss), y no puede ser de otra manera, porque al ponerse a la sombra del prestigio de otro, al navegar en la

estela que éste deja, se cosecha como dijo en los Estados Unidos el juez Pitney recordando a San Mateo (XXV, 24), lo que no se esparció.

Por otra parte, es innegable, como lo sostuvieron en el Congreso de la Ligue Internationale contre la Concurrence Déloyale, celebrado en Ginebra en 1972, los señores Focsaneanu y Fourés, que la comparación es siempre “maliciosa”, desde el momento `que no se efectúa para prestar un servicio o hacer un favor al competidor comparado, sino precisamente para obtener de ella un beneficio personal no justificado para quien lo efectúa’... Y en cuanto al recurso a la libertad de expresión, debe tenerse en cuenta que no debe abusarse de ella, y menos para obtener beneficios a expensas de otros.”<sup>108</sup> ...

Para nosotros todo lo dicho por este autor y las opiniones de otros autores traídas a colación, son más que claras y adherimos a las mismas. El problema es que, como ya dijimos, la falta de una regulación específica sigue generando conflictos, por las distintas lecturas que en la actualidad se realiza de la ley de marcas, en especial en lo que refiere a su art. 4°.

El Dr. Aracama Zorraquín concluye luego de citar el caso “Rolex vs. Orient” con un pensamiento sintético al cual consideramos además gráfico y esclarecedor al que no creemos que sea necesario realizarle ningún tipo de aclaración y/ o acotación; ... “Ninguna necesidad hay que justifique el parasitismo industrial o comercial que representa la publicidad comparativa. Nada gana con ella la transparencia del mercado (*markttransparenz*) sobre la que se apoyan sus defensores, y que puede obtenerse sin necesidad de vincular el nuevo producto al ya existente. Al contrario, tal vinculación (*rattachement*), aun cuando se efectúe para distinguir el producto del avisador del producto comparado de su competidor, puede, como señalan Robin y Barnaby, resultar en una confusión del consumidor y constituye de todas maneras, una amenaza de daño para los valores empresariales del industrial o del comerciante que invirtieron esfuerzo,

tiempo y dinero en difundir y acreditar su propio producto, y a este respecto la justicia y la equidad imponen estar en defensa de quien sembró y esparció, y no de quien sin hacerlo, pretende una parte de la cosecha.<sup>109</sup>...

#### **4.3 - 1981 La publicidad y los Consumidores. Dr. Araya Celestino.**

En una conferencia realizada en Rosario, organizada por la UCA<sup>110</sup>, el Dr. Araya realiza una ponencia en la que relaciona el tema de la protección de los consumidores contra la publicidad ilícita, no hace ninguna referencia específica a la publicidad comparativa, pero hemos encontrado algunas líneas que bien pueden aplicarse al tema que estamos tratando, primeramente realiza unas consideraciones sobre la publicidad, recordando que debería ser en esencia informativa, pero que se termina convirtiendo en un elemento de persuasión y a su vez agresivo.

En otro nivel de ideas identifica a la publicidad como el campo en donde se realiza la competencia económica de los empresarios y menciona que a veces ésta se torna en ilícita o desleal y que quien queda en medio de esta batalla es el consumidor .

De la lectura total del artículo Se puede extraer la idea que el consumidor motivo y fin de la publicidad, en muchas ocasiones termina convirtiéndose junto al empresario víctima de competencia desleal en otra “víctima” de la agresividad de la publicidad que lejos de informativa es falaz y tendenciosa.

#### **4.4 - 1988, un proyecto de ley motiva, opiniones. Martín Zapiola Guerrico.**

Más allá de que fue en ese año en que se trató un proyecto de ley, no es tema central del artículo el mismo, sino que da la impresión de querer marcar una tendencia o pautas para ser tenidas en cuenta por los legisladores.

El artículo comienza definiendo a la publicidad comparativa como ...“aquella que recurre a la comparación de productos y servicios de uno o más competidores cuyo

nombre o marca es conocido o fácilmente identificable por el público consumidor<sup>111</sup>”... Luego continúa con un reconocimiento sobre que este tipo de publicidad es prácticamente desconocida en nuestro país, no debemos olvidar que el art. es de fines de la década del `80 y que por cierto esta situación no ha variado sustancialmente, más allá de que hemos presenciado varios casos de este tipo de publicidad, hay un desconocimiento generalizado sobre el tema. Continúa el autor comentando que la realidad de otros países es totalmente diferente, y comenta como al pasar que ... “ durante la década del 70 y principalmente en los Estados Unidos, la publicidad comparativa proliferó en todas sus formas<sup>112</sup>”..., lo que este autor no valora es que la idiosincrasia y del país del norte es muy disímil de la nuestra.

Luego realiza una enumeración de los que a su entender son los argumentos que se esgrimen tanto por quienes son detractores como por quienes proclaman este tipo de publicidad; ...“**A favor** 1) La publicidad comparativa coloca al consumidor en una mejor posición para decidir qué productos se ajustan mejor a sus necesidades al suministrarle más información fáctica y real.

2) La prohibición o proscripción de la publicidad comparativa violaría libertades básicas del hombre como el derecho de expresión, el derecho a la información y a desarrollar la propia personalidad.

3) La limitación de la publicidad comparativa es incompatible con la meta de un sistema de libre empresa y competencia. Las comparaciones darían la posibilidad al consumidor de comprar bienes equivalentes a mejor precio.

4) Las comparaciones obligan a los productores de bienes y servicios a mejorar la calidad de los mismos.<sup>113</sup>”...

Creemos que en lo que respecta al primer argumento el hecho de la mayor y mejor información es sumamente objetable, ya que no es menester comparar para informar y en cuanto a que una empresa no informaría sobre las falencias de sus propios

productos, para eso están las asociaciones de consumidores, además sería muy ingenuo creer que una empresa brinde una información “fáctica y real”, cuando compara, porque quien elige los puntos a comparar es quien paga la publicidad y generalmente en la competencia feroz, que implica este tipo de publicidad por el mercado no coadyuva precisamente mucha objetividad ni veracidad.

En lo que respecta al segundo argumento, no tenemos mucho que objetar salvo que más allá de la libertad de expresión existe la responsabilidad ulterior y que el ejercicio de los derechos no es absoluto, por lo que consideramos al menos prudente el que se legisle al respecto para no privar a nadie del ejercicio regular de sus derechos y consecuentemente se eviten daños y perjuicios que pueden ser evitados.

Cuando el autor en el tercer punto hace referencia a la posibilidad que tiene el consumidor de adquirir bienes equivalentes por menor precio, no creemos que esto sólo sea un beneficio de la publicidad comparativa, ya que quien intenta ingresar o imponerse en el mercado en virtud de sus “mejores” precios tiene muchas otras formas de ponerlos en consideración de los consumidores.

Por último y refiriéndonos al cuarto argumento, no creemos que sólo la publicidad comparativa estimule la competencia, o que la política de calidad de una empresa sea manejada por este tipo de estrategia comercial, lo que sí podemos pensar es en qué genera movimiento en la empresa objeto de comparación, el punto es que no todas las empresas están en posición de afrontar una contra - campaña publicitaria para “defenderse” de la lanzada por sus competidores y sin temor de ser reiterativos, la imagen de una marca es patrimonio de su titular.

Como ya habíamos dicho, no sólo toma los argumentos a favor sino también aquellos que están contra esta práctica publicitaria; ...“**En contra** 1) La publicidad comparativa puede confundir a los consumidores sobre la identidad y procedencia de los productos comparados.

2) La inversión en publicidad para obtener el reconocimiento y renombre de una marca constituye un activo del titular de la misma, que debe ser protegido legalmente y por lo tanto no debe permitirse que otro productor advenedizo, mediante su comparación con el primero, pueda ganar una porción de su mercado a un bajo costo.

3) los avisos comparativos usualmente presentan un cuadro incompleto y poco objetivo, atento a que el anunciante señalará las ventajas de su producto y las desventajas del competidor, pero nunca a la inversa. <sup>114</sup>...

Creemos que son más los argumentos que podrían agregarse y de hecho ya hemos dado cuenta de algunos al objetar los argumentos a favor de la publicidad comparativa, de todos modos ya nos referiremos a este punto en particular más adelante, lo único que vamos a decir por ahora en cuanto al punto dos, que cuando al autor dice su clientela, parecería que dentro de ese argumento en contra de la publicidad comparativa se encierra la convicción de que la clientela es un bien susceptible de apreciación, el punto es que aún cuando nosotros estamos en total desacuerdo con eso nos parece que el tema no pasa por si es o no un bien susceptible de apreciación, sino por cómo se llega a ella, porque la competencia desleal no es una forma lícita de apropiarse de la clientela.

El autor continua su exposición dando su opinión, pero podría decirse que sólo se aboca a desvirtuar los argumentos en contra de esta práctica publicitaria y lo hace con los planteamientos que a continuación analizaremos; ...“existen razones de suficiente peso como para prohibirla, atento al fundamental principio jurídico según el cual todo lo que no está expresamente prohibido, está permitido.

Pienso, por otra parte que los argumentos esgrimidos en contra de este tipo de publicidad son sólo intentos sofismáticos de evitar una sana competencia entre productores de bienes y servicios basada en la posibilidad del consumidor de acceder a información valiosa sobre las ventajas y desventajas comparativas de los mismos. <sup>115</sup>...

En primer lugar nos parece que el hecho de usar el prestigio y tener la posibilidad de “manejar” la imagen del competidor no es “sana competencia” y en cuanto a conocer ventajas y desventajas de los productos o servicios, las ventajas dadas a conocer sólo serán del producto publicitado y no hay que ser muy astuto para saber de quién serán las desventajas resaltadas en el aviso publicitario, que para peor de males, quizás ni siquiera sean tales, vgr. el caso Tango.

El Dr. Zapiola Guerrico continúa con una contra argumentación de los puntos que desmerecen esta práctica publicitaria, comenzando por decir que quien realiza una publicidad comparativa lo que menos quiere es causar confusión ya que busca diferenciarse, y que si falla en su objetivo causando confusión en los consumidores debe ser sancionado. Desde nuestro punto de vista no es tan así porque a veces más allá del interés por la diferenciación al usar el ‘magnetismo’ de una marca se causa confusión en el consumidor a sabiendas de que hay una gran posibilidad de que esto suceda, por lo cual consideramos que el objetivo principal no es distinguirse ni informar, sino lograr ingresar o posicionarse en el mercado aun corriendo el “riesgo” de la posible confusión.

Continúa con el segundo punto diciendo que la protección de la inversión en publicidad de la marca como activo, es una errónea analogía del derecho de patentes, nosotros sin embargo creemos que está mal enfocado este punto, porque no es la inversión lo que se protege, sino la imagen de la marca (que lleva *per se* a la función distintiva de la marca) lograda a través o quizás no, de la publicidad, y esto para nosotros es indiscutiblemente digno de protección.

Continúa diciendo que el hecho de la comparación sea una verdad parcial e incompleta es una forma parcializada de comprender la situación ya que la competencia puede a su vez ‘contraatacar’ y el consumidor oirá así diversas campanas. No creemos que éste sea argumento suficiente como para permitir verdades parciales o dicho de otro modo mentiras o información confusa que se brinde al consumidor, porque si somos

francos aquel que se defiende es muy probable que también se valga de alguna técnica agresiva de publicidad, o de la mismísima publicidad comparativa, contando 'su' verdad, ahora bien si ambas campañas publicitan verdades a medias u ocultan ciertas cuestiones, el consumidor nunca tendrá información válida y / o completa, ante esto nos preguntamos ¿cuál es el beneficio del público consumidor?.

Ante esta situación el autor concluye que ...“siempre habrá un competidor involucrado dispuesto a activar los mecanismos administrativos o judiciales para corregir o castigar cualquier inexactitud o falsedad<sup>116</sup>”...

El siguiente punto de análisis que toma el autor es “ **Situación en nuestro País**”, y comienza haciéndose una pregunta ¿La publicidad comparativa infringe la ley de marcas?, a la que el mismo se responde que no pocas veces se ha alegado que viola las disposiciones de los arts. 4 y 31 b<sup>117</sup>, y continúa refiriéndose a que para saber si estos arts. pueden aplicarse a la publicidad comparativa, debe determinarse que se entiende por uso y con que alcances la ley otorga su exclusividad, y llega a la conclusión de que la ley sólo protege la función distintiva y su idoneidad para diferenciar los productos que llevan esa marca y argumenta esto citando al caso Bayer, según nuestro criterio con una mirada un poco parcializada, ya que solo se refiere a cuando la C.S.J. habla de que el simple uso no es punible, pero no hace mención de lo dicho sobre la propaganda (calificada de ilícita) a base de marcas ajenas, párrafo que transcribiremos a continuación; ... “Que sin duda el simple uso para ser punible debe responder a un propósito de competencia desleal, cómo quiere que sea de otra manera, tratándose de marcas consistentes en un nombre, su sola mención podría constituir delito. Los casos de propaganda ilícita a base de marcas ajenas a que hace referencia el memorial de la querellante, confirman este criterio<sup>118</sup>”... el caso ya comentado y al que remitimos se trataba de una licitación pública donde el estado solicita una droga con el nombre de la

actora y la demandada en los pliegos pone droga tipo... y hace mención al nombre de la actora, pero se ve claramente que allí no hay publicidad comparativa.

Por esto concluye, para nosotros erróneamente en que; ... “La publicidad comparativa en cuanto nombra o muestra una marca competidora atribuyéndola al producto o servicio de su legítimo titular, para luego comparar aquellos con el producto o servicio anunciado no incurre en “uso” de marca ajena en los términos de la ley de marcas. Tal situación solo se plantearía en el caso de que el anunciante atribuyera o asociara las marca competidora al producto o servicio anunciado, pero ... esa confusión es totalmente contraria al objeto de toda publicidad comparativa.<sup>119</sup>”... Al respecto solo vamos a añadir un ejemplo del caso más reciente, para no volver sobre si el uso y /o manejo de la imagen hace a la función distintiva tan vinculada con la publicitaria de las marcas, volviendo al ejemplo recordaremos que Isenbeck en su publicidad pedía una tapita de Quilmes y otra de Isenbeck para canjearlo una botella de está última de forma gratuita.

El autor vuelve sobre el final del artículo y luego de comentar el caso “Rolex”, a considerar que la publicidad comparativa no está prohibida por nuestro ordenamiento, ateniéndose a su interpretación de “uso”, reconoce que puede haber excesos los cuales el legislador debe prevenir por medio de la sanción de una norma y el Juez castigar, e interpreta que el exceso de prohibición ...“atentaría contra el derecho a la libre expresión y – su necesaria contrapartida – el derecho a la información que, por su jerarquía constitucional, tiene preeminencia sobre supuestos privilegios marcarios.<sup>120</sup>”...

#### **4.5 - 1989 Medios Distintivos y Publicidad Comparativa.<sup>121</sup>**

Es en ese año que Ernesto Aracama Zorraquin publica un libro, específico sobre el tema, (con prologo de Ernesto O’Farrel), que será citado prácticamente siempre que alguien trate o deba estudiar y resolver sobre la cuestión de la licitud o ilicitud de la

Publicidad Comparativa, ya sea que se esté a favor o en contra de sus argumentos, además conserva hasta ahora el carácter de único trabajo realizado por un doctrinario argentino como una obra específica referente a la Publicidad Comparativa.

Trata al tema desde distintos ángulos y comienza su tratamiento realizando una introducción, que relaciona a la publicidad comparativa con la moral, y es siguiendo su planteamiento temático que analizaremos su obra.

#### **4.5.1 - Moral y Publicidad Comparativa. No van de la mano.**

Comienza ratificando su postura totalmente contraria a esta práctica publicitaria, y aclarando que su intención con este trabajo no es polemizar con aquellos que la apoyan, y reafirma que para él ...“constituye un ejercicio desleal que ataca de manera ilegítima a los signos distintivos –marcas y designaciones sociales, enseñas, estilos comerciales, designaciones geográficas, etcétera- y especialmente a los que tienen alto prestigio o son notoriamente conocidos, y que no beneficia, como se pretende, al consumidor.<sup>122</sup>”...

Creemos que no hay más nada que agregar sobre este pensamiento, ya que podría decirse que es bastante claro en cuanto a fijar una postura, la que a continuación será ampliamente argumentada y justificada ya que considera de mayor peso los argumentos contrarios a esta práctica publicitaria que aquellos que intentan redimirla, y analiza lo siguiente; ...“En toda situación de competencia económica nos encontramos, por lo menos, con tres sujetos. Dos competidores y un consumidor.<sup>123</sup> Los primeros cortejan al segundo y luchan entre sí para obtener sus favores”... y continúa citando a Baylos Corroza<sup>124</sup> ...“`El presupuesto de este juego es que cada uno se beneficie cuando ha resultado elegido él y se perjudique cuando ha sido preferido otro. La situación patológica surge cuando se pretende alterar estos claros términos provocando una elección falsa, una elección obtenida con fraude. Esto sucede cuando un comerciante, en

lugar de confiar la captación de clientes a su propia actividad y su propio esfuerzo, utiliza para ello el prestigio, la notoriedad, la fama y los resultados favorables conseguidos por los demás'. Esto es lo que descalifica desde el comienzo, a la publicidad comparativa: la apropiación indebida, el uso no autorizado de los bienes, las ideas y las inversiones publicitarias, los esfuerzos, etcétera, realizados por otro para obtener un lugar en el mercado<sup>125</sup>...

El autor continua su análisis refiriéndose a los dos aspectos de esta publicidad, primero se refiere a aquel que trata de dársele y es el aspecto "informativo" y el segundo es el aspecto "persuasivo" concluyendo finalmente en que la información y la persuasión se confunden de tal forma, siendo que en la realidad bajo la apariencia de informar, lo que se busca realmente es persuadir, ..."para obtener, sin ningún esfuerzo propio y sin respeto por el esfuerzo, la posición y el prestigio del comparado, la parte del mercado que éste poseía<sup>126</sup>..."

El Dr. Aracama Zorraquin, sostiene que el aspecto informativo, tan defendido por quienes apoyan este tipo de publicidad no es fundamental para quienes recurren a ella por cuanto no es menester comparar para informar y podríamos agregar que no necesariamente todas las comparaciones informan, a esto el autor cita a Hartman quien dice; ..."una ventaja económica desleal bajo la forma de un inmerecido ganar pie en competencia con un producto de marca bien conocido.<sup>127</sup>..."

Según el autor ..."esto pone al desnudo la ineticidad substancial, la inmoralidad de base insita en la publicidad comparativa"... , luego se refiere a que este punto parece no tener importancia para quienes defienden a esta práctica publicitaria y que argumentan en que aquello que no fue gastado en publicidad, obtención de reconocimiento, etc. puede volver como beneficio económico al consumidor, ya que "esos gastos no le serán cobrados nuevamente", esta postura planteada por Stephen Nye, es fácilmente rebatida, por dos cuestiones, la primera es que se basa en una especulación

meramente hipotética, ya que no aporta ningún ejemplo de empresa alguna que haya puesto en práctica este argumento de, “beneficio social”, y la segunda es que lo más probable es que la empresa que ingrese al mercado se alinee con los precios de la competencia, o si es que son más económicos sea porque es el ángulo desde el que compete.

El autor continua con su análisis, como ya lo habíamos adelantado desde distintos ángulos y es al segundo enfoque al que ahora nos referiremos.

#### **4.5.2 - Competencia y Lealtad.**

##### **4.5.2.1 - La publicidad Comparativa como Acto Desleal Genérico.**

El Dr. Aracama Zorraquin comienza definiendo qué es la competencia desleal para distintos países y citando a un autor francés<sup>128</sup>, con lo cual arriba a la siguiente definición; ...“el derecho de la competencia no tiene sólo objetivos de eficacia económica, reposa también sobre concepciones morales que tienden a sanear las profesiones. Lo que traducen los términos de competencia desleal aplicados a comportamientos juzgados inadmisibles con relación a otros comerciantes’.

De aquí que, por competencia desleal se entienda el conjunto de prácticas contrarias a la ley o a la moral (Francia), o a las buenas costumbres (Alemania), a la corrección profesional (Italia), a la buena fe (Suiza), a los usos honestos (convenio de París, Benelux<sup>129</sup>), etcétera<sup>130</sup>... y continua citando a Baylos Corroza ...“cuando se prohíbe la deslealtad se sanciona la conducta del competidor que juega con ventaja, puesto que recurre a medios que ningún comerciante honrado acostumbra utilizar; a procedimientos que el uso social rechaza como contrarios a la probidad mercantil<sup>131</sup>”...

El autor continúa haciendo referencia a, que en virtud de lo dicho hasta ahora, para él no hay duda alguna sobre que la publicidad comparativa es un acto de competencia desleal y continúa realizando un comentario sobre cómo lo han entendido

de la misma forma en distintos países europeos, (debemos recordar que el libro es del año 1989) tanto en doctrina como en jurisprudencia en Italia y Francia, y prohibida en la Ley Uniforme Benelux ... “en cuanto en su art. 13.A.2 permite al titular de la marca oponerse a cualquier uso que le cause perjuicio con la condición de que ese uso tenga lugar en la vida de los negocios sin justo motivo”...; como así también se halla prohibida en la República Federal Alemana, si es que constituye una referencia al competidor que no está justificada por ninguna razón objetiva, y por último menciona la prohibición que pesa sobre la publicidad comparativa en la ley española de publicidad, en la que; ... “considera ilícita en su art. 3 la propaganda desleal y en el art. 6º, c), dice que es desleal “la publicidad comparativa cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes y servicios con otros no similares o desconocidos o de limitada participación en el mercado”. Se sanciona el recurso de la comparación, que en Argentina se busca introducir para facilitar el lanzamiento al mercado de nuevos productos.<sup>132</sup>...

Nos interesa detenernos en particular en el ámbito jurídico desde el cual se toma en el Benelux, ya que nos resulta en cierta forma análogo a nuestra actual legislación, ya que nuestra ley de marcas también prohíbe el uso de la marca sin autorización del titular en su art. 4º y 31 inc. b, y que quienes quieren justificar la publicidad comparativa, refieren a que ese “uso” se refiere exclusivamente a la apropiación de la marca ilegalmente, falsificación, más no ven el manejo que de la imagen se realiza **usando** una marca sin autorización de su titular.

El autor luego de una copiosa cita de autores y según criterios jurisprudenciales del momento concluye que el tema tiene su anclaje en lo dispuesto por el art. 953 del Código Civil en cuanto requiere que los actos jurídicos sean siempre, hechos que no contraríen las buenas costumbres ni perjudiquen a los derechos de terceros. Además considera realizando un análisis similar, pero en cuanto al art. 159 del

Código Penal la publicidad comparativa no escapa en cuanto a propaganda desleal de la incriminación legal del citado art. Pero no vamos a detenernos ahora sobre este punto, ya que lo trataremos más adelante.

#### **4.5.2.2 - La publicidad Comparativa como Acto Desleal Específico.**

El autor comienza haciendo una esclarecedora salvedad, en cuanto no es la captación de clientela lo que se sanciona en la competencia desleal, sino que se haga utilizando medios desleales, los cuales son de una variedad inmensa, por lo cual han sido clasificados por distintos autores y es la clasificación de Roubier<sup>133</sup> aquella que se considera, según el autor, la más aceptada; ...“según la cual los medios constitutivos de competencia desleal podrían agruparse en cuatro categorías:

- a)medios de confusión,
- b)medios de denigración,
- c)medios de desorganización general del mercado y
- d)medios de desorganización de la empresa rival.<sup>134</sup>...

Un autor contemporáneo a Aracama Zorraquin<sup>135</sup> agrega a la clasificación de Roubier dos categorías más:

- ...“a)La utilización de procedimientos comerciales ilegítimos y
- b)la utilización ilegítima de la reputación de otro.

Este último le parece netamente preferible a la categoría clásica de los medios de confusión porque, si la búsqueda de confusión constituye uno de los medios de aprovechar de manera ilegítima de la reputación de otro, ese resultado puede alcanzarse igualmente sin que se busque –por lo menos en teoría – la confusión<sup>136</sup>...”

No creemos que sea estéril esta aclaración ya que algunos autores, defienden como un punto a favor de la publicidad comparativa el querer eliminar la confusión, es

más el que ese sea uno de sus objetivos, cuando en las más de las veces con o sin deseo de hacerlo se provoca confusión en los consumidores.

Luego el autor y avanzando sobre la idea de competencia desleal, comenta un fallo dado en los Estados Unidos de Norteamérica<sup>137</sup> el cual fue conocido como INS y al cual remitimos, de este caso surge una nueva forma de ver la deslealtad en la competencia o si se quiere de clasificarla y es llamada *misappropriation* que puede traducirse como “apropiación indebida” y que consiste en la explotación no autorizada del esfuerzo del competidor: trabajo, inversión y destreza, ... Para McCarthy es usualmente invocada por quien tiene lo que considera ser una “cosa” comercial valiosa y ve que otro se ha apropiado de ella con poco costo.

Entre esas “cosas” comercialmente valiosas que puede tener un comerciante y que pueden ser intangibles como lo enseña el caso INS, se encuentran, sin duda alguna, los signos distintivos y entre ellos **las marcas. Ellas en cuanto colectoras de clientela representan también esfuerzos, trabajo, inversiones muchas veces cuantiosas, destreza en el ejercicio del comercio, establecimiento de corrientes de simpatía, etc.**<sup>138</sup>... Resaltamos esto último ya que nos parece el por qué más allá de la deslealtad debe ser enfocado desde el ángulo marcario ya que es esa ley la que protege todo lo que una marca representa.

Siguiendo esta línea de pensamiento, el doctor Aracama Zorraquin analiza un fallo de nuestra Corte Suprema de Justicia,<sup>139</sup> en el que no se trata el tema de la publicidad comparativa, pero sí el alcance de protección sobre las marcas de la ley 3.975, (siendo que según el autor la protección que da la ley 22.362 tiene “mayor amplitud”, esto realizando un parangón entre el 48 inc. 4 de la antigua ley y el 31 inciso b de la actual ley de marcas) ya que no son en si los hechos o la decisión del caso lo que importa sino los considerandos de la sentencia, de los cuales el mismo pudo extraer los siguientes conceptos:

...“- que sobre la marca se tiene un derecho de propiedad;

-que sólo el propietario de la marca o las personas autorizadas por él pueden reproducir o emplear aquéllas;

-que (si así no fuera) se presentaría el peligro de que la garantía de origen asegurada por la marca... dejara de existir;

-que, como dice Pouillet, 5ª edición, Pág. 205, la propiedad de la marca no sería más que una palabra pues aquélla habría dejado de ser privativa y no quedaría en manos del propietario.

Más sintéticamente podría decirse que lo que constituye delito es la manipulación de la marca ajena<sup>140</sup>...

Creemos nosotros que dentro de esta manipulación de la marca ajena y siguiendo la teoría de la “apropiación indebida”, se encuentra la imagen, la posición, el prestigio, el magnetismo, etc., que han logrado el /los dueño/s de la marca usada como referencia en una publicidad comparativa.

Continúa analizando el tema y tomando el art. 31 inc. b de nuestra ley 22.362 explica que; ...“tiene su correlato en el art. 27 de la ley francesa de marcas de 1964, el cual, al restablecer el artículo 422 del Código Penal, reprime a los que “hicieran uso de una marca sin autorización del interesado”.

Mathély<sup>141</sup> que el uso ilícito puede revestir todas las formas posibles y con cita de la Corte de Casación, precisa que cualquier empleo de la marca puede constituir uso ilícito, cualquiera sea la modalidad de ejecución de ese uso.

Con relación al uso de la marca por referencia –cuando no se utiliza la marca sino que simplemente se hace referencia a ella- explica: un comerciante presentará bajo su marca el producto que ofrece, pero agregando que ese producto es del mismo género que el de un competidor designado por su marca”. Concluye: “No es dudoso que la referencia es una modalidad del uso. Pues, por la referencia a la marca se toma

necesariamente lo que ella indica y lo que ella garantiza. Se trata, por lo tanto, de una ofensa al derecho<sup>142</sup>, ...

Creemos muy importante remarcar esto último, ya que una de las aristas que se utilizan para defender a la publicidad comparativa, es precisamente predicar que ese uso no constituye un “uso” o un “uso prohibido” por la ley.

#### **4.5.3 - El Derecho de marcas como cristal para ver y analizar a la publicidad comparativa.**

El autor comienza realizando una introducción a aquello es una marca, y sobre todo a cuáles son las funciones de la misma. En lo que respecta a este punto en particular, remitimos a la introducción de este trabajo donde fue tratado el tema, al respecto sólo diremos que desde nuestro humilde punto de vista la principal función de la marca es la distintiva y no la de origen.

El enumera como las funciones aceptadas unánimemente por la doctrina a las siguientes; la de indicación de origen; la de garantía de calidad y la de atracción, relacionando a esta última con la función publicitaria, señalando que más que una función es una utilidad de la marca en sí. Concluyendo que estas tres funciones son afectadas por la publicidad comparativa

Su análisis se centra en la función de atracción de la marca y la relación que esta implica con la clientela, que no busca en sí una garantía de origen o fuente, sino lo que la marca representa *per se*, y continúa explicando la teoría de la dilución por su relación con el magnetismo comercial y el derecho de la propiedad, ambos aspectos atacados por la publicidad comparativa explicando esta trama en estas palabras; ...“La lógica subyacente de la doctrina de la dilución es que la disminución gradual del valor de una marca resultante del uso efectuado por otro, constituye una invasión del derecho de propiedad y de la clientela que el dueño más antiguo tiene sobre su marca y que da

lugar a un agravio independiente... la marca no opera como nombre (esto es como una conexión ideal entre palabra y cosa)... sino que constituye en sí misma una “cualidad” del producto y coopera con las otras cualidades en el sentido de convencer al consumidor para que lo adquiera.

Esta virtud o cualidad de la marca – o por lo menos de ciertas marcas y de ciertos signos distintivos- este “magnetismo comercial” que emana de ellos – según afirma Pattishall<sup>143</sup> con apoyo en la jurisprudencia americana- es atacada por la publicidad comparativa por lo menos, de dos maneras.<sup>144</sup>

Primero, mediante un uso comparativo que desvía las imágenes de la marca hacia los productos del competidor. ...“Al comparar su producto con uno representado por una marca de buena reputación, dice Greiwe, a quien sigo, el producto del competidor adquiere las imágenes deseables ya asociadas a la marca de buena reputación. El uso comparativo usurpa un cuanto del poder de venta que la marca original poseía previamente, porque las imágenes deseables son ahora compartidas, el poder de venta que ellas evocan ya no corresponden solamente a la marca original. De esta manera se produce la dilución, no porque el competidor aumenta el poder de venta de su propia marca sino porque disminuye el poder de venta de la marca de buena reputación.<sup>145</sup>”...

Segundo, a través de la publicidad comparativa que: “diluye también el poder de venta al dañar la imagen que la marca había ganado previamente mediante publicidad. Los anunciantes buscan generalmente crear en la mente de los consumidores una asociación entre una marca y una imagen deseable mediante la apelación a los sentimientos de culpabilidad, las necesidades ocultas, la gratificación oral, los impulsos, las posiciones de clases, la movilidad vertical y las aversiones ocultas. Después de ello el contacto del consumidor con la marca evocará la imagen deseada y la marca estimulará las ventas, a menudo con independencia de la calidad del producto. Sin

embargo, cuando la marca es también usada en publicidad comparativa la respuesta del consumidor ya no será únicamente la deseada por el dueño de la marca. Ya que la marca ha sido vista tanto en su contexto deseado como en el contexto de la publicidad comparativa, el propietario pierde su control exclusivo sobre la imagen que comunica la marca”. Más adelante añade Greiwe: ...“La publicidad comparativa lesiona el poder de venta de una marca al desviar las imágenes de la marca a otros productos y al hacer recaer sobre ella imágenes comparativas no deseadas. De acuerdo con los principios de la teoría de la antidilución la dilución ha ocurrido porque los consumidores no asocian más la imagen deseable exclusivamente con la marca ni perciben la marca como si evocara solamente la imagen deseable.<sup>146</sup>” ...

Nosotros al igual que el autor consideramos que la publicidad comparativa causa de esta forma un daño contrario a derecho, y no por creer que alguien pueda ser dueño de la clientela, sino por considerar poco ético el usar el magnetismo de una marca para perjudicarla y a la vez verse beneficiado con esto aquél que está causando el daño.

#### **4.5.4 - Las marcas notorias, blanco de la publicidad comparativa.**

No son precisamente las marcas que no gozan de la preferencia de los consumidores las que son usadas para este tipo de publicidad, sino aquellas que han alcanzado un grado tal de preferencia en la mente de los consumidores, que son tomadas como referencia para conseguir aunque sea un poco de ese favor del público hacia el producto o servicio del género que la marca representa.

Nos pareció notable una definición de marca que transcribe el autor, y creemos que es este el momento oportuno para traerla a conocimiento, porque en cierta forma este es el punto donde puede verse todo lo que justifica y valida la defensa de una marca ante estas prácticas publicitarias; ...“En su célebre definición de la marca Mr. Justice Felix Frankfurter<sup>147</sup>, de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, dijo: “La

protección de la marca es el reconocimiento legal de la función psicológica de los símbolos. Si es verdad que vivimos mediante símbolos no lo es menos que mediante ellos compramos mercancías. Una marca es un atajo para la comercialización que induce al comprador a seleccionar lo que desea o lo que ha sido llevado a creer que desea. El propietario de una marca explota esta propensión humana haciendo todo el esfuerzo humano para impregnar la atmósfera del mercado con el poder de atracción de un símbolo agradable. Cualquiera que fueren los medios empleados la meta es la misma: comunicar a través de la marca, a la mente de los consumidores, la deseabilidad del producto sobre el cual aparece. Una vez que esto se ha logrado el propietario de la marca tiene algo de valor.<sup>148</sup>...

Y es precisamente ese “valor” lo que pretenden conseguir quienes se avienen a este tipo de publicidad, llámeselo, prestigio, clientela, aceptabilidad, etc.

Según el autor es sencillo dar ejemplos de marcas notorias, pero no es algo tan sencillo definir las, ya que inclusive dentro de la notoriedad hay diferencias, y toma para esto la clasificación de Mathély, quien habla, ...“en orden creciente, de “grandes marcas”, “marcas notorias” y “marcas gloriosas”. Cualquiera sea su rango todas tienen un denominador común: ejercen sobre el consumidor una atracción notable<sup>149</sup>”...

Continúa el autor analizando cuáles son los puntos de vista desde donde la publicidad comparativa puede ser aprehendida; ... “desde dos puntos de vista: Desde el primero la utilización produce efectos diversos sobre la marca y su notoriedad. Puede inducir a confusión al consumidor sobre el origen de la mercadería o sobre el eventual patrocinio que pudiera otorgar su titular al nuevo producto que se lanza al mercado. Puede también afectar la percepción del comprador de un producto mediante una asociación inconsciente o subliminal de marcas.

Desde otro enfoque puede desprestigiarse la marca si se la aplicara a distinguir productos de mala o inferior calidad o destinados a empleos que puedan suscitar aversión, repulsa o simplemente desagrado.

Desde el segundo, otorga a quien la utiliza una ventaja indebida: una entrada más fácil y económica al mercado cuando se lanza el producto por primera vez o un aumento de ventajas si ya estaba en él. Simplemente porque aprovecha sin costo alguno del prestigio del que goza la marca notoria. A este accionar la jurisprudencia americana lo ha calificado como *reaping where one has not sown o riding another's*. De manera similar Robin y Barnaby Jr.<sup>150</sup> dicen que “el producto desconocido puede llegar a ser como el *social climber* (trepador social) que adquiere el status de la gente con la cual se asocia.<sup>151</sup>”...

El autor continúa citando a Saint Gal, quien desarrolló las bases de una teoría a la que llamó “De la competencia y maniobras parasitarias” y a Chaput quien a este acciona parasitario lo definió como “adornarse con las plumas del pavo real”.

Creemos que son definiciones bastante gráficas en donde quien parásita pretende ponerse en el mismo plano de aceptación y, si se quiere, excelencia, que la marca parasitada. Y continua Aracama Zorraquin afirmado que no otra cosa es lo que en Estados Unidos se denomina como “*upgrading by association*”, esto es elevarse por asociación y que, casi siempre es lo que se busca con la publicidad comparativa. El *upgrading by association* es considerado por la jurisprudencia americana como un enriquecimiento sin causa justa y también la han visto así nuestros tribunales federales al decir de situaciones análogas<sup>152</sup>, sobre la base de la posibilidad de usurpación del prestigio ajeno con el riesgo evidente de su manipulación.

#### **4.5.5 - Un proyecto de ley, el Derecho Civil y la publicidad comparativa.**

Aun cuando las inexactitudes en que se basa la ley y el supuesto permiso para realizar publicidad comparativa que en cierto modo podría decirse irritan al autor, es él mismo quien reconoce como más adelante veremos que los requisitos solicitados para permitir esta práctica publicitaria son tan difíciles de cumplir que le quitan todo atractivo a la misma (al menos para aquello que se usa regularmente) o implícitamente la prohíben, de todas formas, el autor al analizar dicho proyecto no deja ningún cabo suelto y contraargumenta los fundamentos que dieron origen al que luego solo quedo en eso, un proyecto de ley.

Comienza por enumerar cuáles son las bases en las que se fundamenta este proyecto de ley: "... –que la publicidad comparativa, bien utilizada, “puede aportar informaciones útiles y válidas al consumidor sobre los bienes y servicios”.

-que a nivel mundial “este fenómeno tiene amplia aceptación en los países más desarrollados”;

-que a nivel nacional, “si bien no existen impedimentos legales para este tipo de publicidad, se percibe una actitud de prevención general derivada de un precedente jurisprudencial aislado que desalienta su realización.<sup>153</sup>”...

La crítica comienza con el planteamiento de que aún cuando estas razones fuesen ciertas no justificarían un cambio tan drástico de las valoraciones aceptadas por la comunidad, y continúa diciendo que sí se admite, pero con tantos reparos es que implícitamente se reconoce ...“algo perverso”..., además es totalmente vaga en cuanto al cómo debe llevarse a cabo la comparación, quién debe comparar, qué debe compararse y además no está probado el que pueda aportarse información útil a los consumidores, lo que sí se sabe a ciencia cierta es lo contrario y como último argumento, dice lo siguiente; ...“finalmente porque no existe ninguna razón que exija servirse – cómo es de la esencia de la publicidad comparativa – de la propiedad, del esfuerzo y del prestigio

ajenos para ponderar o alabar los propios productos o servicios.<sup>154</sup> Sobre todo, porque no es que la publicidad comparativa pueda ser susceptible de abusos que constituyan actos contrarios a las buenas costumbres y a los usos honestos en materia industrial o comercial sino porque ella, en sí misma, es un acto inmoral desleal y contrario a derecho.”...

Luego continua con el planteo de que esta práctica publicitaria está siendo aceptada en los países más desarrollados, a lo que opone la idea de que como país independiente que somos, con una cultura y conciencia que nos identifica y diferencia, no tenemos por qué seguir los lineamientos de países que tiene una idiosincrasia distinta de la nuestra, porque de lo contrario tendríamos que seguir muchas normas contrarias a nuestra propia cultura y nos permitiríamos ser extremistas al respecto, en Estados Unidos se acepta la pena de muerte, o el aborto; en China se obliga a esta práctica para el control demográfico, por lo tanto y como son países con un importante crecimiento industrial, ¿debemos hacer propias acaso estas leyes solo porque consideramos que estos países marcan tendencia?.

El autor continúa diciendo; ...“resulta apropiado señalar que no es cierto que las directrices para la protección del consumidor aprobadas por resolución N° 39/248 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de abril de 1985 contenga, como se afirma , una franca aceptación de la publicidad comparativa.

Las “Directrices” de las Naciones Unidas no se refieren en absoluto a dicha publicidad.

Su artículo 3º, inciso c, se refiere – entre las necesidades legítimas que ellas procuran atender- al “acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual”.

Pero ello no implica prohijar la práctica publicitaria que tratamos<sup>155</sup>, ...

Además continúa el autor diciendo que esto debe ser interpretado según el cuerpo normativo que lo contiene el cual en su art. 1 (que se refiere a los objetivos de las directrices) ... “en su inc. c, “instar a quienes se ocupan de la producción de bienes y servicios y de su distribución a los consumidores a que adopten estrictas normas éticas de conducta. <sup>156</sup>”... Mientras que en ...“El art. 14 dispone que “los gobiernos deben intensificar sus esfuerzos para impedir el empleo de prácticas que perjudiquen los intereses económicos de los consumidores... y que se debe dar aliento a las organizaciones de consumidores para que vigilen prácticas perjudiciales como ... la comercialización basada sobre afirmaciones falsas o capciosas. <sup>157</sup>”...

De esto puede verse que difícilmente las directrices estimulen a esta práctica publicitaria.

Continúa hablando de los fundamentos donde se nombran las directivas de la Comunidad Económica Europea de 1987, pero en realidad y suponiendo en la existencia de un error numérico, en realidad es de año 1978 el proyecto y aun no ha sido sancionado.

Por último el autor hace referencia a que no es cierto que no existan impedimentos legales para esta práctica publicitaria, ya que ...“la publicidad comparativa ... es un ilícito que violenta claras normas de derecho público y de derecho privado que tienen su origen en la garantía constitucional de la propiedad y su *clef de voûte* en la regla del art. 953 del Código Civil<sup>158</sup>”...

Luego continúa nombrando todos los art. de C. Civil en que se fundamenta la prohibición de este tipo de publicidad, y comienza diciendo que las marcas son objetos inmateriales susceptibles de apropiación, por el valor que representan (C.C. 2312 y 2313). ...“Sobre ellos se ejerce un derecho de propiedad que es exclusivo (C.C. 2508) y consiste por un lado en poseerlos, disponer servirse de ellos, usarlos y gozarlos conforme a un ejercicio regular (C.C. art. 2513) y, por otro, en la facultad de excluir a

terceros de su uso y goce ( C.C. art.2516) aunque al hacerlo se privase a tales terceros de ventajas o comodidades (C.C. ar. 2514) <sup>159</sup>”...

Continúa con el hecho de que este derecho tiene raigambre constitucional. ...“El art. 14 del Texto Fundamental reconoce el derecho de todos sus habitantes de usar y disponer de su propiedad y el art. 17 la declara inviolable. Como la publicidad comparativa consiste en hacer uso de la publicidad ajena, va de suyo que toda ley que la autorice contraría el texto constitucional. Deviene así absolutamente írrita. <sup>160</sup>”...

Concluye el autor en que; ...“Resulta así que desde el punto de vista jurídico, la publicidad comparativa es, para decir lo menos, una aberración repudiada por nuestro sistema legal .... El ejercicio del comercio y de la industria exige respeto por determinados valores aceptados por la conciencia social. Entre los más importantes se cuentan no utilizar sin autorización la propiedad ni el prestigio ajenos y evitar toda explotación indebida – como señala Callman<sup>161</sup>- de los esfuerzos, el trabajo, la inversión y las habilidades de otro. Porque resulta contraria a tales valores, es imperioso no permitir la comparación de los establecimientos, los productos, los servicios, los signos distintivos propios con los que pertenecen al competidor.<sup>162</sup>”...

Creemos que este último pensamiento con que el Dr. Aracama Zorraquín termina su obra, es bastante claro, por lo que pensamos no resta mucho para comentar, solo que coincidimos en sostener que, en nuestro ordenamiento existen normas como para comprender que es esta una práctica publicitaria prohibida, a las que le agregaríamos los art. 4 ° y 31 inc. b de la ley de marcas a la que el Dr. no le da demasiada importancia por razones que desconocemos, pero según nuestro parecer estas serían las normas principales (por la especificidad) a las que habría que hacer referencia.

#### **4.6 - 1991 El comentario de un caso por, Fernando Martín Alonso.<sup>163</sup>**

El caso comentado en cuestión es Bodegas Navarro, pero trae, además, una valiosa referencia al proyecto de 1988 ...“donde se establecía que la publicidad comparativa debía estar basada en diferencias comprobables que fueran perceptibles por los consumidores, y no debía llevar a confusión o desacreditar los productos del competidor. El proyecto recibió el apoyo de la asociación argentina de agencias de publicidad y de la principal liga de consumidores del país (Adelco)”<sup>164</sup>...

Más allá de esto, puede verse que aún cuando por el referido proyecto de ley se permitía la publicidad comparativa era tan difícil cumplir con los requisitos que parecía implícitamente prohibida ya que por ej. ...“ el nuevo art. 9º bis que se propone incorporar a la ley 22.802... inc. b. No se puede identificar “al solo fin de valorizar la imagen del producto anunciado por mera asociación con la del competidor”...<sup>165</sup>

Luego de esta brevísima referencia comienza con el análisis del tema en estudio y del mencionado caso.

Este autor ve a la publicidad comparativa como una fuente de información para el consumidor, pero también reconoce que la publicidad tiene un fin meramente comercial por lo cual puede ser entre otras cosas, tendenciosa, considerando que esto puede ser saneado a posteriori por las refutaciones realizadas por los competidores, cuestión esta que si es vista desde el ángulo del consumidor no vemos el beneficio en recibir “información” falaz o inexacta.

El Dr. Martín Alonso luego realiza un análisis contra la idea que expone Aracama Zorraquin, sobre que la publicidad comparativa es necesariamente parasitaria, desvirtuándolo desde el punto de vista de que si las marcas comparadas son de un prestigio similar no habría aprovechamiento del prestigio ajeno, dando como ejemplo las comparaciones entre Pepsi Cola y Coca Cola, sin embargo nosotros consideramos

que aún cuando no se aprovechan del prestigio, sí lo hacen del “arrastre” que tiene la marca y/o se intenta reposicionar una marca desprestigiando otra.

Luego de realizar estas consideraciones genéricas sobre el tema comienza con el tratamiento del caso en particular, comenzando por el decisorio que rechazó el pedido de la declaración de ilegalidad y cese de la campaña publicitaria de la demanda para su vino Saint Valery, fallo en el que tampoco se hizo lugar a los daños y perjuicios reclamados por la actora; y continuando con el comentario a los votos de los magistrados, dejando en claro sólo cuales fueron sus posturas de forma muy sintética, punto este sobre el que no agregaremos nada y remitiremos a los puntos 3.3 y siguientes de este trabajo.

Finalmente concluye con una reseña del caso y aquéllos puntos más salientes según su criterio; ...“El fallo analizado contiene varias novedades sobre cuestiones que no eran tratadas por nuestros tribunales desde el caso “Rolex c. Orient”. Sin embargo debe destacarse que: a) no existió mención clara de la marca del competidor, b) el anuncio no contenía información valiosa para el consumidor, a los efectos de practicar una elección de mayor racionalidad, c) no existió denigración.<sup>166</sup>”...

Todo esto es según el criterio de quien comenta el fallo, que destaca además como puntos salientes que; ...“1) Se establece expresamente la legitimidad de las comparaciones de precios entre supermercados.”... A este punto le realiza un comentario para nosotros por demás de inoportuno y totalmente fuera de la intención de quien planteo esto, el Dr. Craviotto, ya que Alonso opina que ya que si el precio es una característica de los productos los tribunales no deberían prohibir que se comparen otras características, lo que el Dr. Alonso parece olvidar es que aun cuando el precio se refiere a un producto, no es del tipo de característica que puede definirlo, además de que es totalmente mensurable y corroborable. El segundo punto que él resalta es, ...“2) Se establece que la clientela no es propiedad de nadie”... y continua diciendo, ...“La

pérdida de clientela es un efecto natural del mercado y es lícita en la medida que no sea producto de la deslealtad y la denigración<sup>167</sup>... En este punto estamos totalmente de acuerdo, la diferencia es que, para nosotros la publicidad comparativa en las más de las veces torna la competencia en ilícita por ser desleal y por utilizar la denigración de la marca comparada ya sea explícita o implícitamente.

En el tercer punto destaca que, ...“3) Se establece la licitud de mencionar marcas ajenas en la publicidad. Se formula una clara distinción entre el uso de la marca ajena para identificar productos, y la mera mención de la misma como referencia de los productos existentes en el mercado sin ánimo confusionista ni denigratorio.<sup>168</sup>... Este punto es bastante claro y no merece aclaración, ya que no se habla de publicidad comparativa y es ese precisamente el límite que se fija.

En el último punto resalta que, ...“ Se defiende la creatividad publicitaria<sup>169</sup>... Realmente no creemos que en el copiar, al menos en la evocación de la imagen, las ideas de otra marca, sea lo más creativo que logre un buen publicista, muy por el contrario, las mejores publicidades, y esto lo decimos como consumidores-espectadores no son precisamente las de este tipo, sino que aquellas que logran una evocación de la marca de forma positiva, creando necesidad, y deseos en el consumidor.

El comentario finaliza con la siguiente conclusión; ...“El fallo comentado constituye un importante avance para el reconocimiento de la licitud de la publicidad comparativa en la Argentina y es de esperar que a partir del mismo proliferen las campañas que utilizan dicho recurso publicitario para la promoción de productos y servicios.<sup>170</sup>... Esta idea a la que arriba el Dr. Alonso es para nosotros al menos desacertada y contradictoria, porque aún cuando en el fallo se habló de publicidad comparativa, quien más argumentó lo hizo contra esta práctica y quienes dieron la razón a la demandada, concluyeron simplemente que en el caso no había habido publicidad comparativa, y sólo un magistrado se pronunció a favor de esta práctica publicitaria.

#### **4.7 - 1991 Ernesto O`Farrell. Buscando la “posible reacción” de nuestros tribunales frente a la publicidad comparativa<sup>171</sup>.**

Es lógico que comience por comentar los votos del caso Navarro Correas, ya que es el más cercano en el tiempo, pero como la resolución final de los jueces fue que en el caso no hubo publicidad comparativa, (con el voto en disidencia del Dr. Craviotto) él comienza haciendo esa salvedad, pero como también lo hicimos nosotros comenta, mucho más sintéticamente, cuáles fueron las conclusiones a las que se arribó en cada voto. Comenzando por quien votó primero; el Dr. Craviotto, quien según el Dr. O`Farrel, luego de un extenso y completo análisis llega a conclusiones interesantes y a otras que no lo son; ...“Entre las primeras, debe destacarse la que sostiene que en el estado actual de la legislación, la publicidad comparativa es inadmisibles.

Entre las segundas, la de sostener que toda comparación de precios es legítima. Los mismos ejemplos que cita el Dr. Craviotto para fundar su opinión son la mejor prueba de la endeblez de su argumentación. En efecto la exhibición de precios en las vidrieras de los negocios y en las cartas de los restaurantes, no constituyen publicidad. Son apenas indicaciones que un posible vendedor indica a un posible comprador. Si en la vidriera o restaurante de al lado se ofrecen precios menores, el comprador podrá elegir, pero ninguno de los negocios vecinos interfiere con el otro, y mucho menos utiliza el nombre de éste.

Distinto es el caso de los supermercados, porque si compara sus precios con los de otro, está necesariamente usando el nombre de este último, y allí está la violación de la ley.<sup>172</sup> ...

Al respecto de este tema ya hemos dado nuestra opinión, que no discrepa en absoluto con la del Dr. O`Farrel, sobre todo en cuanto, tanto para nosotros como para él, esta publicidad siempre puede ser o será engañosa por cuanto quien elige los productos

a comparar, podrá hacerlo de forma favorable a su promoción, engañando por tanto a los consumidores, sobre si es más barato en “XX” o en “YY”.

Continúa con el voto del Dr. Pérez Delgado, quien afirma que el caso no es de publicidad comparativa, y que por ser un tema complejo no realizará comparaciones genéricas. Según el autor de este artículo, ...“Lamentablemente, a mi juicio, incurre a renglón seguido precisamente en ese error que aconseja evitar, sosteniendo que “una publicidad comparativa no se encuentra por sí vedada en nuestro ordenamiento positivo, en tanto no se lesionan legítimos derechos de su titular”.

La condición establecida al final permite suponer que, llegado el caso, el Dr. Pérez Delgado arribará a una solución correcta<sup>173</sup>... Continúa quien realizó el artículo comentado el tercer voto, el del Dr. Farell, al cual califica del más ubicado, porque éste opina que, al no haber publicidad comparativa, nada hay para decir sobre la misma.

Renglón seguido califica el comentario de Alonso de la siguiente manera; ...“Las demás conclusiones que le atribuye Alonso, o son inconsistentes, o están tan condicionadas que no pueden considerarse novedosas respecto de lo conocido (mención de marcas ajenas en publicidad).

En lo que respecta a este último punto, bueno es señalar que desde tiempo inmemorial se acepta ese uso en condiciones que vienen determinadas en su mayor medida por el sentido común<sup>174</sup>...

En otro orden de ideas, y más específicamente hablando de la característica, de fuente de información, que se le atribuye a la publicidad comparativa el doctrinario continúa diciendo, ...“La supuesta ventaja que al público se da con la comparación de productos se ve más que compensada con la parcialidad que necesariamente tiene que tener quien invierte las grandes sumas que la publicidad requiere... Hasta Alonso en su comentario acepta que puede decirse que tal información publicitaria es normalmente

tendenciosa y parcial. Por eso mismo, no puede dejarse un arma tan poderosa en manos de quienes tienen más dinero para financiar campañas publicitarias.

El público merece ser informado, pero ésta no es tarea de las partes interesadas, sino de las asociaciones de consumidores y usuarios<sup>175</sup>...

Por último concluye el Dr. O'Farrel y podemos decir que adherimos a su idea, (salvo en cuanto a que, para nosotros, debería reglarse para evitar esta supuesta laguna legal, que da lugar a situaciones disvaliosas) de que la publicidad comparativa ...“no solo invade derechos de terceros, sino que es harto sospechosa de parcialidad la información que suministra al público, parcialidad que no creo que pueda contrarrestarse ni siquiera con rígidas normas al respecto.<sup>176</sup>”...

#### **4.8 - 1992, Claudia Ida Mónica López. Una visión desde el derecho penal de esta práctica publicitaria.<sup>177</sup>**

El título del art. fija una posición en cuanto a qué opina esta autora sobre la publicidad comparativa; “Propaganda comparativa: ¿información leal o denigración del rival?”

El artículo comienza describiendo que es aquello que prohíbe el art. 159 del código penal; ...“reprime a quien por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier otro medio de propaganda desleal, tratare de desviar en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial.”

La autora continúa refiriéndose a la propaganda desleal como uno de los medios comisivos del delito y cita a Soler definiéndola como ...“toda acción psicológica ejercida sobre el público general o particular sobre los clientes de un producto o de una cosa, tendiente a convencerlos injustamente de la necesidad de dejar un producto o una cosa y sustituirlos por la cosa o el producto del sujeto activo.<sup>178</sup>”... concluye después de

esto en que, aquello que se requiere para que exista propaganda desleal, es que se perjudique a un tercero, y que con esto se afecte el libre juego de la competencia.

A renglón seguido plantea que dentro de las llamadas propaganda desleal se incluye a la “publicidad comparativa” y diciendo que, si bien es aceptable el compararse con todos, como suele hacerse; “este producto es el mejor del mundo” y esto es aceptado por la doctrina como un licencia poética publicitaria, aquello sobre lo que no hay acuerdo es en el nombrar o sugerir a un competidor de modo inconfundible y compararse con éste.

La Dra. luego comenta el caso “Rolex S.A. c. Orient S.A y otro” y luego de esto concluye que ...“de todo ello surge que la propaganda desleal, que fue el medio utilizado por Orient para publicitar su reloj, consistió en ejercer una acción psicológica sobre el público en general, tendiente a convencerlo injustamente de la necesidad de dejar de adquirir un reloj Rolex y substituirlo por el Orient ... no interesa dilucidar si los hechos o manifestaciones eran falsos, ya que aún en el caso de haber sido verdaderos, ellos dieron lugar a la denigración del rival, ya que si se busca un momento especial inadecuado, aún con la verdad, se puede denigrar en forma ilícita<sup>179</sup>”...

No creemos que sea menester, como ya lo hemos dicho, para ingresar al mercado o para posicionarse mejor, el utilizar sí o sí este tipo de publicidad, y en este mismo sentido opina la Dra. López, creemos como ella que el intentar desviar la clientela forma parte de la competencia, el problema está en que este intento se torne en ilícito por utilizar prácticas vedadas por la ley; ...“el empleo de medios deshonestos, como la propaganda comparativa, lo torna penalmente punible<sup>180</sup>”...

En otro orden de ideas y analizando el tipo continúa diciendo; ...“Nadie discutiría que el bien jurídico protegido por el tipo penal es la propiedad de la clientela.. La protección de la clientela no significa la anulación o supresión de la libre

conurrencia ... la ley no puede permitir que el que empleó tal sistema sea quien se aproveche de su deshonesto actividad .

Es por eso que el art. 159 del Cód. Penal reprime los actos de esa índole que turban el proceso normal en la formación de la clientela y que se llevan a los consumidores hacia un concurrente diferente al cual espontáneamente preferirían encaminarse<sup>181</sup>”...

Concluye la autora que la publicidad comparativa se encuentra dentro del genero de medios o métodos incorrectos para modificar la normal relación de competición.

Al igual que ella nosotros consideramos que la publicidad comparativa la más de las veces en vez de información leal termina siendo denigración del rival.

#### **4.9 - 1993, el Dr. Adolfo Luis Tamini, el comentario de un caso llevado a la justicia penal<sup>182</sup>.**

El Dr. Tamini al referirse al tema del fallo que comenta, lo especifica como de “publicidad desleal”, más no específicamente como publicidad comparativa, cuestión por la cual y para justificar esta forma de tratamiento remitimos al punto 3.4 de este trabajo.

El autor de este artículo comienza relatando los hechos y al finalizar con esa tarea comienza a desgranar el fallo con un criterio lógico y que a nuestro entender refiere sin duda alguna a la publicidad comparativa, la cual según los fundamentos que expone deviene en publicidad desleal, ya que según sus propias palabras, el juez afirma que, ...“en el aviso de Sweda sólo se resaltan las bondades de las registradoras propias. Sin embargo la publicidad hace una expresa referencia a la posibilidad de que a una registradora se le evapore el control de ventas diarios y a la forma de pedir “auxilio” en japonés, nacionalidad que no corresponde al origen sueco de Sweda.<sup>183</sup>”...

El Dr. Tamini, cree que este fallo llama a la reflexión sobre el contenido y significación del tipo penal del art. 159 de concurrencia o competencia desleal, a diferencia de la Dra. López el opina y cita a Schurmann Pacheco y Bado Antonio, que ...“el acto de concurrencia desleal lesiona “ese principio fundamental que tiende a garantizar el triunfo de los mejores productos juzgados por los clientes o consumidores según sus propias preferencias... aquí no podemos negar que, además de tutelarse la clientela de un comerciante o industrial como valor económico, indirectamente también se está protegiendo la clientela como tal, o sea al público consumidor<sup>184</sup>”...

Al respecto, creemos al igual que el doctor Tamini, que si protejo a la clientela de un comerciante, también se salvaguarda a la misma de ser bombardeada con anuncios falaces o tendenciosos, esto por cuanto se le ha restado al tipo de concurrencia desleal espacio de aplicación ...“ en directo perjuicio del derecho de elección de los consumidores que a menudo son engañados por propagandas a las que eufemismáticamente se califica de `agresivas`”...

El autor continúa tratando el tema desde el derecho comunitario europeo y cita del segundo programa preliminar Resolución del consejo del 19 de mayo de 1981 DOCE C 133.las siguientes definiciones e ideas generales; ...“En el artículo segundo la proposición distingue entre la publicidad engañosa y la desleal. La engañosa constituiría en un anuncio que dé lugar a una impresión falsa o que suscite esperanzas que los anunciadores no están en condiciones de satisfacer. La definición de publicidad desleal es muy rica: “Es la publicidad que intenta favorecer a un producto desprestigiando a sus competidores, que juega con sentimientos de miedo, se basa en una discriminación de raza o religión, y, en fin, que perjudica la libre opción del consumidor apoyándose en su credulidad o en su inexperiencia.<sup>185</sup>”...

Continúa el autor haciendo referencia a la situación actual del tema en cuestión, la proposición tomó carácter de directiva del Consejo el 10 de septiembre de

1984. El texto final del art. 2 no distingue entre publicidad engañosa y desleal pero al definir la publicidad engañosa hace una referencia final a una situación directamente vinculada con lo que se entiende por publicidad desleal.

A renglón seguido el autor trata, el como está legislado y diseminado el tema en la legislación Argentina y lo califica de inorgánico, y continua detallando conductas reprobables con su consiguiente sanción y ubicación de la misma, comenzando por; ...“a) las conductas del que propaga noticias falsas o finge negociaciones para alzar o bajar los precios de las mercaderías, están previstas en el art. 300 del Cód. Penal. ...b) la presentación publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión a los consumidores de bienes o servicios sobre su naturaleza, origen o calidad, es objeto de la ley de lealtad comercial 22.802 (Adla, XLII-B, 1346)... c) si el engaño consiste en maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier otro medio de propaganda desleal respecto de un competidor, la conducta corresponde al art. 159 del Cód. Penal. ... d) cuando el engaño se produce mediante la falsificación, adulteración o imitación de marcas, entonces la conducta se encuentra abarcada por la ley de marcas y designaciones 22.362 (Adla, XLI- A, 58) <sup>186</sup>...”

El autor a nuestro entender olvida el mencionar el art. 4º de la ley de marcas, el que si bien no hace expresa referencia al uso publicitario, sí lo hace en cuanto a la exclusividad en el uso que tiene el titular de la misma y sobre el derecho que le asiste de oponerse al uso que pudiera realizarse de la misma, no especificando o encasillando ese “uso” en falsificación, adulteración o imitación de marcas.

El autor se pregunta el porque de los diferentes tratamientos y penalidades, si nos son tan abismales las diferencias en las conductas descriptas, él concluye en que las posibilidades que tenía el legislador del Cód. Penal Argentino de pensar en pos del consumidor cuando se estructuró el tipo de “concurrancia desleal” no estaban

desarrolladas y por lo tanto ...“se estructuró con la vista puesta en el perjuicio económico que provoca a un competidor una propaganda falsa, más que en el engaño que sufren los consumidores<sup>187</sup>”...

El artículo finaliza con una propuesta, para él en ese proyecto de ley de defensa de los consumidores. Recordemos que la misma fue sancionada en el año 1994 y que este artículo es de un año antes, mientras dicho proyecto era revisado por la cámara de diputados. El autor destaca entre otros puntos que, ...“En lo que hace al tema de la información al consumidor, el proyecto limita su campo de aplicación a la llamada “publicidad engañosa” dejando fuera la “publicidad desleal<sup>188</sup>”...

Cabe mencionar que en la ley 24.240 finalmente no se incluyó mención alguna de la publicidad desleal, sin embargo en su art, 4º se habla de información veraz, con lo que no se protege al consumidor aunque según el criterio de este autor, de forma total.

El Dr. Tamini proponía que con base y fundamento en la ley de defensa del consumidor se debía mejorar y armonizar todo el sistema penal sobre las bases de una información veraz, sobre todo en lo que respecta al delito de concurrencia desleal donde, según su entender, debería protegerse primariamente a los consumidores.

Demás está decir que esto hasta el día de hoy no ha sucedido, sin embargo para la coyuntura (en la que aún estamos) el Dr. Tamini proponía lo siguiente; ...“Mientras tanto los Jueces deberían valorar que “las leyes no pueden ser interpretadas solo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad” (C.S.J. caso Kot”, Fallos 241:291) y que la “proscripción en el orden represivo de la aplicación analógica de la ley no excluye la hermenéutica que cumpla el propósito legal” (Fallos. 260: 114)<sup>189</sup>.

Más allá de que acordemos con el Dr. Tamini en la importancia de proteger al consumidor, quien para nosotros podríamos decir que es obvio que no se beneficia con la competencia desleal (al menos no a largo plazo) no debemos perder de vista que no

todo termina en el consumidor, y que quienes ejercen el comercio también son sujetos de derecho que merecen protección, esto sin resignar ni eclipsar los derechos que le asisten a los consumidores.

#### **4.10 - 1994, Daniel E. Herrendorf. La libertad de expresión vs. publicidad comparativa<sup>190</sup>.**

El artículo tiene su cimiento en la prohibición del llamado Desafío Pepsi, pero, vale la pena aclarar, no es un comentario del mismo.

Da comienzo con una aseveración, a nuestro modo de ver no muy feliz; ...“ la prohibición presunta de la publicidad llamada “comparativa”, deriva judicialmente a la fuerza de la ley de marcas y designaciones que prohíbe la mención de una marca sin autorización expresa de su titular<sup>191</sup>”... no creemos que haya sido una interpretación realizada a la fuerza ya que en su art. 4º la ley 22.362 es lo suficientemente clara respecto de la exclusividad en el uso, como así también en el art. 31 inc b) en cuanto se refiere a quien “use una marca registrada... perteneciente a un tercero sin su autorización”.

El artículo continúa refiriéndose exclusivamente a la libertad de expresión y a sus límites, comenzando por ...“El contenido esencial de la Libertad”... en este título se plantea la siguiente incógnita, ...“si el derecho a ejercer industria y publicitarla de cualquier modo, aún comparando un producto propio con uno ajeno, puede ser pasible de un límite establecido por el legislado, o si tal límite afectaría el contenido esencial de la libertad de expresión<sup>192</sup>”... a la que él mismo contesta citando la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como el Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en donde se prevé que el legislador puede limitar tal libertad solamente con el fin de satisfacer las justas exigencias de la moral (art. 29.2 de la Declaración), o para preservar la moral pública (art. 19.3b, del Pacto).

A propósito de este punto en particular, el Dr. Herrendorf no realiza ninguna apreciación, pero nosotros no vamos a privarnos de hacer aunque más no sea un breve comentario. Como bien se dijo, el legislador para limitar la libertad de expresión tiene como parámetro, **las justas exigencias de la moral y la preservación de la moral pública**, no creemos, por lo tanto, que haya problema alguno en limitar el uso de la publicidad comparativa. Por cuanto, no puede considerarse como una conducta moral, el usar los bienes, aún los inmateriales de otro, para beneficiarse, a la vez que perjudica a su legítimo propietario, saliéndose a todas luces esta conducta de los límites que marca la buena fe y colisionando con el derecho al honor, al buen nombre y a la imagen, todos estos también de jerarquía constitucional.

Continúa el autor con el análisis y aplicación de un principio general del derecho como lo es el “Principio de la Proporcionalidad”, reconociendo que como concepto jurídico indeterminado permite un margen de apreciación que corresponde a los jueces y tribunales.

Según podemos interpretar de los dichos del autor, no ha habido proporcionalidad en la medida por cuanto; ...“la justicia ha de avocarse en este caso a determinar si el principio de proporcionalidad ha quedado infringido, desde la perspectiva del derecho fundamental y del bien jurídico que ha venido a limitar su ejercicio, por ser las medidas adoptadas desproporcionadas para la defensa del bien que da origen a la restricción... Los jueces deben apreciar que la emisión de la publicidad bajo examen se efectuó en ejercicio del derecho constitucional a la libertad de expresión y, en consecuencia, la libertad de exponer en el curso de una campaña sus opiniones respecto de la marca propia como actuación propia de la empresa; ... no es una definición genérica del concepto de libertad de expresión la que se pide y debe efectuar el tribunal en el supuesto contemplado, sino que, en virtud de la valoración y aplicación del derecho de acuerdo a las convenciones, lo que debe únicamente contemplarse es una

concreta actuación regida por el alcance de derechos precisos y lo que debe necesariamente resolver es si tal actuación ha excedido el propio derecho a expresarse<sup>193</sup>”, ..., parece olvidar en su análisis el autor que no se da el litigio precisamente porque Pepsi realizó una publicidad en la que sólo se refería a su marca y su producto, sino porque se comparaba con otro, al cual no nombraba explícitamente pero daba más de una señal para que sea identificado, además parecería que tampoco toma en cuenta los otros derechos también de índole constitucional que están en juego y la limitación en cuanto a la moral a la que el mismo hizo referencia en un principio.

#### **4.11 - 1994. Ernesto O'Farrel, y un relevamiento de la Cámara Federal en lo Civil y comercial.<sup>194</sup>**

En este art. el Dr. O'Farrel analiza tres resoluciones, dos de las cuales están tomadas en relación a un mismo litigio, una por cada cámara.

La primera es la medida cautelar que dictó la Sala II (con voto de todos sus integrantes) que ordenó el cese inmediato de una campaña publicitaria llamada “Desafío Pepsi”. Medida que, según el autor del artículo, no deja cabos sueltos y enfoca correctamente el caso, criterio este, que no sólo compartimos, sino que fundamentamos en los mismos puntos, y el Dr. O'Farrel lo expresa de la siguiente forma, ...“concluye, a mi juicio en forma inobjetable, que en principio estamos frente a “una interferencia o utilización de la marca ajena, restándole al titular de ella el control exclusivo de su imagen comercial” Deseo destacar muy especialmente este punto ... que a mi modo de ver no ha sido suficientemente valorado por los analistas del tema.

Es también importante señalar, y aplaudir la invocación del art. 10 de la convención de París, ley 17.011 (Adla, XXVI-C, 1528), en cuanto obliga a otorgar una protección “eficaz” contra actos que puedan constituir la expresión de una competencia desleal.<sup>195</sup>” ...

El segundo decisorio que comenta el autor también está referido al mismo caso, Pepsi –Cola, en este caso recusa a los jueces de la sala II por considerar que habían adelantado opinión sobre el resultado del pleito, en este caso le tocó resolver a la Sala III, (pero en este caso con la ausencia del Dr. Vázquez por estar en uso de licencia), en lo que respecta al decisorio de la recusación por adelanto de opinión la sala III, consideró que no hubo tal y ...“destacó el cuidadoso uso de los verbos en modo condicional, y las salvedades expresadas sobre el carácter condicional de las medidas, pero agregó muy interesantes reflexiones sobre el tema de publicidad comparativa que no fueron consideradas por la sala II,<sup>196</sup>” ...

El autor debemos recordar, tiene como fin del artículo concluir cuál es la posición que frente a la publicidad comparativa tienen las Cámaras Federales, más allá de su propia opinión, la cual por supuesto expresa como corolario, hecha esta salvedad, los puntos que el autor destaca son los siguientes; ...“a) la inexistencia en nuestro derecho o en la Convención (de París) de una prohibición expresa de la publicidad comparativa en general... 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<sup>197</sup>” ...

Sólo realizaremos al respecto un comentario, no creemos que la “libertad de comercio” sea hacer lo que se quiera sin sopesar si existe o no una conducta acorde a la buena fe, o a la lealtad comercial, y en cuanto a la información a la que accede el consumidor por este tipo de propaganda, solo diremos, **¿Veraz?...**

El Dr. O`Farrel continua su análisis con el tercer caso, esta vez dictado por la Sala I, en los autos Axoft Argentina S.A c. Megasistemas S.A. s/ cese de uso de marca, caso en que se plantea claramente un caso de publicidad comparativa, a diferencia del

caso Bodegas Navarro, donde la decisión final fue, precisamente que no hubo tal tipo de publicidad.

De los tres votos pueden extraerse las siguientes conclusiones; el Dr. Farrel, tiende a admitir la publicidad comparativa, ya que concluye que nuestra legislación marcaría no la prohíbe, ...“y que está muy bien que no lo haga, pues este tipo de publicidad beneficia al consumidor<sup>198</sup>”...y al decir del autor este magistrado va más lejos al sostener que, ...“ la ley no prohíbe el uso de marca ajena como ajena, para comparar los productos que ampara con los propios.

El límite a este permiso es para el doctor Farrel la buena fe<sup>199</sup>,...

El voto que el autor del artículo considera más interesante es el del Dr. Pérez Delgado, quien admite este tipo de publicidad pero con un criterio muy estricto.

El magistrado analiza los hechos de una forma completa y acabada y por esto concluye que la ...“demandada se arrogó el derecho de mutilar su aplicación y de presentarla a la publicidad como si sólo fuera parte del todo<sup>200</sup>”... de lo que extracta el autor podríamos tomar el siguiente pensamiento, recordemos que lo que descubre el juez analizando la correspondencia intercambiada por actora y demandada, es que esta última sabía que en otros módulos protegidos por la misma marca se hallaban las características que se presentaban en la publicidad como inexistentes en Tango y sólo presentes en Stradivarius (y al análisis del caso remitimos), ahora bien, el punto saliente es que la demandada, con conocimiento, mutila la totalidad de las características de los productos de la misma aplicación para su conveniencia, frente a este análisis nos surgen las siguientes preguntas; quienes comparan para que no haya engaño a los consumidores, ¿no deberían investigar antes de realizar la publicidad comparativa?, y en tal caso ¿no deberían tomarse todos los puntos tanto favorables como desfavorables, para no faltar a la verdad?, no creemos que deba tomarse a la ligera, el valor que una

marca representa, y mucho menos la supuesta “información” que se brinda por este medio al público consumidor.

Finalmente del voto del doctor Craviotto, el autor del artículo sólo toma lo siguiente; ...“repitiendo de su voto en la causa Navarro Correa propicia la reglamentación de la publicidad comparativa, sosteniendo que no debe permitirse hasta tanto no sea expresamente legislada, salvo en lo que respecta a comparación de precios<sup>201</sup>”...

Como ya habíamos dicho la finalidad de este trabajo era contabilizar la postura de los magistrados de las Cámaras Federales en lo que respecta al tema en tratamiento y el conteo al que llega el Dr. O’Farell es el siguiente; ...“puede concluirse que hay un virtual empate entre los cuatro jueces que han dicho enfáticamente que la publicidad comparativa no está expresamente prohibida (doctores Farell, Pérez Delgado, Amadeo y Bulygin) y aquellos que han dicho que no está permitida (doctores Craviotto, y los tres integrantes de la sala II)<sup>202</sup>”...

En el comentario de las posturas de los magistrados que realiza el autor encontramos en parte repuesta al interrogante que da vida a este trabajo y lo nombra, sin más decir transcribimos el siguiente párrafo; ...“No cabe duda que esta última postura es la correcta. Es verdad que la ley no prohíbe la publicidad comparativa designándola como tal, pero le otorga a su titular “la exclusividad de uso” (art. 4º) y castiga al que use “una marca perteneciente a un tercero sin su autorización (art. 31) y autorizar a la publicidad comparativa implica, cuanto menos una interpretación que licua notablemente el sentido de esas normas<sup>203</sup>”...

Continúa el autor diciendo que aún cuando prevaleciera el primer criterio, no significa que se dé un cheque en blanco a la publicidad comparativa, ya que todos los camaristas en ocasión de referirse al tema, ...“han puesto límites basados en la

veracidad, la buena fe y también en evitar el daño a terceros, o sea aún cuando se llegara a admitir, estaría sujeta a muchísimas limitaciones.<sup>204</sup> ...

Concluye el autor diciendo que en su opinión la publicidad comparativa no debe permitirse, y aclara que esto no implica una total prohibición de uso de marca ajena.

Podemos afirmar que de la lectura hecha del artículo y sobre todo de la parte final se vislumbra que más allá de la postura que ostenta el autor, a la cual adherimos, presenta el tema con una visión realista y poco ingenua, utilizando además una analogía que para los hombres de leyes es más que clara, afirmación que puede verse del siguiente pensamiento que extractamos, ...“En lo que definitivamente no creo es en aquello de que la publicidad comparativa es ilustrativa para el público. Necesariamente quien gasta en publicidad no va a ser neutral. Esos pesos que gasta son para beneficiar a su producto en la mayor medida posible, y esto sólo puede lograrse por lo menos resaltando sus virtudes y ocultando sus defectos... Los publicitarios en eso son un poco como los abogados que, en el pleito, destacamos los puntos favorables y procuramos desmerecer los que nos son contrarios, pero los jueces saben esto y están entrenados para poner las cosas en perspectiva. El público consumidor no está entrenado para esto y un buen publicitario puede llevarlos al engaño sin demasiada dificultad.<sup>205</sup> ...

En suma, de la lectura del artículo podemos concluir que las aguas a pesar de estar divididas comparten el lecho y que aun no se ha dicho la última palabra sobre el tema, razón por la cual seguirá dando de que hablar.

#### **4.12 - 1994, Jorge Otamendi, un comentario incompleto<sup>206</sup>.**

La mejor forma de fortalecer una posición es evitando todo aquello que la debilita o desvanece.

El Doctor Otamendi a quien ya hemos citado en la parte introductoria de este trabajo, incursiona en un tema, en el que él mismo se había autocensurado en el mencionado libro.

Realiza una análisis en el que busca contabilizar las posturas a favor y /o en contra (evolución) que los magistrados han dado al respecto del tema que nos ocupa, pero a diferencia del Dr. O`Farell, comienza analizando el caso Rolex, pasa por el caso Navarro Correas, y Axfot, pero olvida el incluir en su análisis el caso Coca Cola, (medida cautelar y recusación por adelanto de opinión) motivo por el cual llega a la conclusión de que desde el primer caso en que se trató el tema en los estrados, en el cual se había prohibido, se llegó a la situación en que; ...“es admisible para dos jueces, siempre que no haya denigración o engaño. Para otro es admisible sólo en lo referente a precios, y mientras sea veraz.”<sup>207</sup>...

No creemos que sea necesario realizar comentario alguno al respecto ya que lo hemos hecho en el punto anterior.

#### **4.13 - Comienza una “batalla” en el campo de la doctrina.**

**4.13.1 - 1995, Burkhart Menke<sup>208</sup>, un doctrinario alemán, opina sobre el tema en nuestro país.**

Comienza el artículo reconociendo que el tema se ha vuelto a poner en el tapete por la campaña denominada “Desafío Pepsi”, ...“cuya suspensión cautelar fue decretada por la justicia, que fundó su decisión en que *prima facie* dicha campaña constituía competencia desleal<sup>209</sup>”... según la lectura que hemos realizado de este fallo el Dr. Menke comete aquí un error ya que no es ese el principal soporte del decisorio, sino que; ...“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”...<sup>210</sup>

Creemos conveniente aclarar que la postura de este autor es pro publicidad comparativa., cuestión por la cual todos los análisis y artículos escogidos tienen esta tendencia.

Ahora bien echa que sea esta aclaración, el artículo comienza el tratamiento del tema con el título Nuevos conocimientos económicos sobre publicidad comparativa, y comenta y compara la teoría tradicional de la publicidad vista desde la moderna teoría de la publicidad. Poniendo a la teoría tradicional como una que solo apunta a persuadir y crear fidelidad a la marca, brindando muy poca información, mientras que ...“Según la moderna teoría de la publicidad – y éste es su enunciado central- es también una publicidad informativa, la que no contiene datos (a casi no) sobre precios, características objetivas de calidad, fuentes de suministros, etc., pues esta clase de publicidad transmite al consumidor, así, denominadas informaciones indirectas y representa una así denominada señal de calidad<sup>211</sup>”..., en pocas palabras lo que postula esta teoría es que no se da información sobre aquello que se publica o su calidad, sino que el consumidor debe inferirlo por las sumas millonarias gastadas en publicidad, las que marcarían la pauta de que por no perder esta gran inversión el producto será de buena calidad. Ahora bien, frente a esto el mismo autor y aquellos autores especialistas en publicidad que el mismo toma como referente reconocen que ...“la moderna teoría de la publicidad no debe interpretarse erróneamente en el sentido de que excluye la aparición de publicidad engañosa<sup>212</sup>”...

Continúa este autor analizando directamente que dice la moderna teoría de la publicidad sobre la publicidad comparativa, ...“Según la moderna teoría de la publicidad no existen dudas que la publicidad comparativa directa – no engañosa -, que confronta características de productos objetivamente mensurables y que pueden ser descriptas, pone a disposición del consumidor valiosas informaciones ... Los enemigos de la

publicidad comparativa intentan, sin embargo, cuestionar los efectos positivos sobre la transparencia del mercado adjuntándole un peligro *especial* de inducir a error<sup>213</sup>...”

De la lectura de estas dos líneas de pensamiento confrontadas, y según nuestro modo de ver, nos surge que la primera en cierta forma da razón a la segunda, ya que pone amplios y cuantiosos requisitos, requisitos estos que de cumplirse quitarían su atractivo a este tipo de publicidad, y de no cumplirse o aún cumpliéndose podrían generar confusión en el consumidor, ya que como en otros puntos hemos sostenido (ver, voto del doctor Craviotto en la causa Navarro Correas, punto 3.3.1.), quien elige qué y cómo comparar es quien espera obtener directo beneficio de esa práctica publicitaria.

Continúa el autor con el análisis de la situación de la publicidad comparativa en el derecho alemán, donde no se encuentra directamente prohibida, al igual que en nuestro país, por una norma específica al respecto, sino que sus tribunales han basado tal prohibición en la ley contra la competencia desleal.

La corte suprema – el Bunfesgerichtshof (BGH) originariamente veía la publicidad comparativa como admisible, pero a mediados de 1920 hubo un cambio en tal apreciación y finalmente el tribunal Supremo del Reich – el Reichsgericht (RG) dictaminó en un caso de 1931( “Hellegold”) que la publicidad comparativa era básicamente contraria a las buenas costumbres y un acto de competencia desleal. Continúa el autor relatando que después de la segunda guerra mundial el (BGH) continuó manteniéndose firme en el principio de la prohibición, pero finalmente en el caso en el año 1961 aunque confirmó la prohibición , al mismo tiempo reconoció una excepción, la cual sería ...“el derecho de excepción de ocuparse de forma crítica con el producto o el servicio de la competencia si existe “suficiente causa”, y si la crítica se mantiene en cuanto a su clase y medida dentro del marco de lo necesario<sup>214</sup>”, ..., puede verse y así también lo señala el autor que la supuesta flexibilización es teórica y que

debería evaluarse sobre un caso concreto, por lo cual, ...“la publicidad comparativa de *facto* sigue siendo inadmisibile<sup>215</sup>”...

El siguiente paso del Dr. Menke es el análisis de la publicidad comparativa en el derecho argentino y comienza, como no podría ser de otra forma, por el análisis del caso “Rolex c. Orient” y reconoce que en nuestro país la jurisprudencia al respecto de este tema es escasa. Realiza una brevísima reseña de los hechos donde incluye que la resolución fue que ...“El tribunal estableció que en este caso existía competencia desleal por el solo hecho de que dos marcas eran comparadas sin el consentimiento del titular de la marca competidora. El autor continúa explicando los argumentos en que se basó el tribunal en dicho fallo y al punto en que fue tratado en este trabajo remitimos (3.2.), concluyendo que, ... “las normas a las que se remitió el tribunal en el caso fundamental del derecho argentino, el caso “Rolex c. Orient”, no pueden justificar la prohibición básica de la publicidad comparativa. El concepto jurídico indeterminado de competencia desleal no puede ser complementado mediante la remisión a normas jurídicas que por su parte contienen nociones jurídicas indefinidas tales como “lealtad”, “honestidad”, etcétera.<sup>216</sup>”... Parecería olvidar este autor que los tribunales de Alemania básicamente se encuentran en análoga situación y han tomado y **mantienen** la misma postura.

Continúa con el análisis del caso “Tango”, para nuestra sorpresa ni siquiera nombra el caso originado por la publicidad denominada “Desafío Pepsi” y sin pasar por el caso Navarro Correas, suponemos que es porque el decisorio final de la cámara fue que el mismo no se trató de un caso de publicidad comparativa.

Comienza sistematizando el análisis viendo cuáles fueron los temas de las que se ocuparon los jueces, y el primero es la ley de marcas más específicamente en lo que respecta al art. 4º en juego con el 31 inc. b, lo que devendría en la exclusividad de uso de la marca la cual no podría ser usada sin la autorización de su titular, el autor del

artículo no se detiene en explicar las argumentaciones del fallo en cuestión, sino que simplemente busca la forma de rebatir esta postura, utilizando el comentario que sobre este tema realizó Zapiola Guerrico en 1988, en el cual él opina sobre que en la publicidad comparativa no se incurre en uso, sino una mera referencia o mención de marca. El Dr. Menke al referirse a este artículo lo hace como si fuera una materia acabada, pero a renglón seguido se refiere al trabajo de Aracama Zorraquín, del año 1989 (único trabajo específico sobre el tema), que tiene una opinión contraria a la del Dr. Zapiola Guerrico y sin dar cuenta de su Fundamentación lo califica como realizada en base a ...“la anticuada teoría de la publicidad al indicar que marcas conocidas ejercen sobre el consumidor una atracción notable<sup>217</sup>”,..., no vamos a reiterar la amplia argumentación que realiza el Dr. Aracama Zorraquin, por lo cual remitimos al punto 4.4 de este trabajo, sólo diremos que desacordamos con el Dr. Menke en este punto porque como ya hemos tenido oportunidad de decir, el nombrar la marca de otro para el propio beneficio es uso de marca ajena ya que este uso implica el manejo de la imagen la marca de la cual otro es titular. Continúa el Dr. Menke refiriéndose al trabajo de Zapiola Guerrico y señala como acertada su apreciación sobre, ...“que el anunciante comparativo en general se quiere diferenciar<sup>218</sup>”,..., a esto sólo añadiremos que si se quiere diferenciar (a veces) pero será diferenciación por asociación con un producto o servicio líder en el ramo, con lo cual volvemos sobre la disposición que se realiza sobre la marca ajena. Continúa el autor calificando de inexacto al Dr. Aracama Zorraquin por cuanto él cree que la propaganda comparativa podría conducir a error al consumidor, mientras que el Dr. Menke sólo ve esta posibilidad en la publicidad comparativa *in rem*, a este respecto no diremos nada en este punto ya que lo trataremos en otro capítulo, sólo adelantaremos que en su momento demostraremos lo contrario.

El autor del artículo retoma el tratamiento del caso Tango en los siguientes términos; ...“tampoco de los aspectos citados en el caso “Tango” surge la

inadmisibilidad básica de la publicidad comparativa. Si bien el tribunal en el caso evaluó en su fallo a la publicidad comparativa como ilícita, quedó demostrado que también los jueces tienden hacia una liberalización: dos jueces consideran – como acertadamente señala Otamendi – a la publicidad comparativa como admisible, siempre que no haya denigración o engaño.<sup>219</sup>... En lo que refiere a esto último es tal como lo señala el Dr. Menke con una salvedad, los magistrados califican como ilícita a la publicidad comparativa en estudio y no en general, ya que consideran que no está específicamente establecida su prohibición en parte alguna del plexo normativo, por lo cual debe evaluarse en el caso concreto.

Continúa el Dr. Burkhardt Menke con el análisis de las normas jurídicas que a su criterio deben tenerse en cuenta, comienza por la ley de lealtad comercial 22.802 en lo que respecta a su art. 9 donde únicamente se deduce la prohibición la publicidad comparativa engañosa, la cual de todas formas es inadmisibles por contraria a la moral y a las buenas costumbres.

Continúa con la ley de defensa al consumidor 24.240 y hace referencia al art. 4º de la citada ley y concluye que la norma no contiene ninguna clase de referencia que permita inferir que el legislador considera a la publicidad comparativa como ilícita y sobre este punto realiza, a nuestro entender, una apreciación errónea, porque considera que como el art. reconoce el derecho a información del consumidor puede ser tenido como un argumento a favor de tal práctica publicitaria, pero parece olvidar que la norma habla de información veraz, detallada, eficaz, objetiva y suficiente sobre las características esenciales de los productos o servicios y son precisamente estos puntos que se marcan como carentes o inexactos en la publicidad comparativa, por lo cual también podría ser argumento en contra de la publicidad comparativa.

Renglón seguido trata el tema desde la perspectiva constitucional y reconoce que los artículos 14 y 17 reconocen a los habitantes el derecho de usar y disponer de su

propiedad a la vez que la declara inviolable, siendo estos argumentos a los que puede remitirse el comerciante afectado por una publicidad comparativa, a la vez que el anunciante puede alegar las normas constitucionales que se refieren a la libertad de expresión y concluye el autor que; ...“de las disposiciones constitucionales en particular, no se desprende la ilicitud de la publicidad comparativa<sup>220</sup>”...

La siguiente disposición que analiza es el art. 159 del Código Penal, y se dedica prácticamente en todo el análisis a rebatir la posición que sustenta con débiles argumentos la Dra. Claudia Ida Mónica López, ya que para ella la publicidad comparativa se encuentra comprendida por el tipo del art. 159. Continúa la crítica respecto a cuál es el bien protegido, ya que para López es la clientela y no el consumidor, para el autor aquí nos encontramos con el núcleo del asunto, ...“la cuestión del bien legal protegido. En una publicidad comparativa colisionan – como fue indicado más arriba – los intereses del anunciante, del competidor afectado, de los consumidores y del público en general... La prohibición básica de esta forma de publicidad favorece unilateralmente a oferentes establecidos, a costa de los consumidores y de los nuevos competidores.<sup>221</sup>”... Respecto de esto último, estamos totalmente en desacuerdo porque consideramos que no es necesario realizar publicidad comparativa para ingresar al mercado y no es precisamente a los consumidores a quienes se busca beneficiar con este tipo de publicidad, sino que quien espera sacar ventaja es el anunciante. Concluye al respecto de este tema que el art. 159 utiliza el concepto legal indeterminado de “propaganda desleal” y por lo tanto tampoco es un obstáculo para la licitud de la publicidad comparativa.

Finaliza el autor su artículo con un alegato pro publicidad comparativa leal (no engañosa ni denigratoria) ya que para su forma de ver puede brindar información valiosa al consumidor. En relación a esto no vamos a agregar nada ya que hemos dicho bastante y nos dedicaremos específicamente al tema más adelante.

#### 4.13.2 - 1995, la pronta respuesta del Dr. Ernesto O'Farrell<sup>222</sup>.

El Dr. O'Farrell encuentra motivación para volver a opinar sobre el tema en el artículo del Dr. Burkhardt Menke (comentado en el punto anterior).

Comienza su exposición dando como correcto el enfoque del Dr. Menke, ya que analiza el tema de la publicidad comparativa desde la publicidad, pero inmediatamente comienza a realizar una serie de críticas, la primera de estas es: ...“Critica las conclusiones de Aracama Zorraquín en su conocido trabajo a quien denomina anticuado, inexacto y equivocado.

Demuestra así, un grado de convicción absoluto, sin concesiones, que considero invalidan sus conclusiones y opacan en buena medida con lo pobre de las mismas, el acierto de haber hallado la forma correcta de encarar el tema.<sup>223</sup>”...

Podríamos decir que fue esta la misma impresión que impactó en nuestros sentidos al leer el art. del Dr. Menke, y al referirnos a las críticas de este último sobre la obra del Dr. Aracama Zorraquín, al igual que el autor del artículo en análisis creemos que son ligeras e infundadas y con muy poco impacto frente a la amplia argumentación que realizó el Dr. Aracama Zorraquín en su libro “Medios distintivos y publicidad comparativa”.

El Dr. O'Farrell con muy buen sentido común y gran prolijidad como autor se adelanta a aclarar dos cuestiones, la primera es que él, a diferencia del Dr. Menke, reconoce que no es un experto en publicidad, y la segunda es que no puede rebatir las citas que utilizó el citado autor a causa de no tener acceso a las mismas, cuestión esta que también nos ha sucedido a nosotros aún arbitrando todos los medios posibles no hemos logrado conseguir las citas en la que basa sus conjeturas el investigador germánico, que vale la aclaración en su mayoría son norteamericanas. Comenzamos este párrafo hablando del sentido común del Dr. O'Farrell, y esto es porque además de

ser hombre del Derecho se reconoce consumidor y utiliza esta faceta de su cotidianidad para investigar el tema.

Como lo anunció en el título del artículo comienza a tratar el tema desde la publicidad y se refiere a ésta desde su finalidad y a sus recursos en estas palabras, ...“la publicidad tiene por fin obvio el de convencer, aunque alguna vez pueda también deleitar (hermosas mujeres, paisajes gloriosos, hechos destacables, etc.) o conmover (personas que sufren, lugares desolados, etcétera).<sup>224</sup>” ...

Continúa citando a distintos autores que tratan el tema de la publicidad, y que reconocen que hoy en día la publicidad ha perdido toda su inocencia. Continúa citando a Georges Péninuo quien dice; ...“La primera necesidad a que se halla sometido el aviso publicitario... es la obligación de hacerse notar. Teniendo fines ofensivos, se le pide que “golpee”, es decir que se haga ver más y mejor que los de los competidores.

Toda (buena) publicidad es *señalización de la información* (es decir información marcada... y no simplemente información<sup>225</sup>” ...

Continúa con una idea que ya en otros momentos habíamos destacado de otros autores y de nuestra propia producción, ...“El lenguaje de la publicidad es especial, y tiene un destinatario – el consumidor – que obviamente no tiene las mismas armas que el profesional publicitario... Cuando la imagen publicitaria toma a su cargo el objeto, no hay que olvidar que su propósito consiste en promoverlo o, si se prefiere en exaltarlo... bastarían para ubicar a la publicidad en la categoría de los mensajes con estructura poética... (por cuanto) la tarea de los creadores sigue siendo expresar su sensibilidad a través de la imagen y al mismo tiempo dar cuenta de un producto<sup>226</sup>” ...

Cierra el Dr. O’Farrell con la conclusión del trabajo del departamento de investigación de Publicis ...“probablemente la mayor agencia publicitaria de Francia”..., dándole a esta reflexión la virtud de tener una claridad meridiana, por lo cual también considera que dar a los publicistas el poder de concentrar sus ataques en un competidor

sería peligroso no sólo para el competidor afectado, sino también para el público consumidor por cuanto, ...“Más allá de la percepción y la comunicación, hay una conmoción esperada por el receptor, el acto de voluntad cuya provocación o facilitación buscadas vuelven inadecuadas la neutralidad del publicitario y sujeta a distorsiones la realidad que lo inspira: Imagen enfática; imagen empática; enfática porque es empática: En publicidad, el cálculo psicológico siempre se encuentra en el punto de partida del recorrido retórico<sup>227</sup>” ...

Dicho en simples palabras se distorsiona la verdad de ser necesario, para que, aquello que era ajeno al público por un juego de retórica cuidadosamente estudiado (desde la psicología) cause el efecto deseado, de salir del mapa de indiferencia e ingresar al de preferencia de los consumidores.

Continúa el autor del artículo con simples ejemplos de la vida real para hacer más gráficas estas ideas, comenta que ha analizado los avisos publicitarios de la revista “CARAS” N° 687, y que no ha encontrado ni un solo anuncio que se realice por medio de publicidad comparativa, y ni siquiera informativa, continua diciendo, ...“todos sin excepción , contiene un mensaje sintético, es decir que hacen uso de la retórica... que tiene mucho de licencia poética.

Así por más que el aviso de automóviles *Honda* nos informe que “El camino de la vida está lleno de vueltas. Siéntase libre para disfrutarlas” y probablemente el aviso atraiga nuestra atención, nadie pensará que tales vueltas no pueden apreciarse viajando en otro tipo de automóvil... ni que *Dulcolax* sea el único laxante que proporciona “Alivio seguro. De la noche a la mañana” por más que así lo sugiera el aviso<sup>228</sup>” ...

Creemos que los ejemplos son más que claros y que son cada vez más las agencias que ofrecen al público publicidad “inteligente” para ser disfrutada, sin necesidad de que haya terceros en discordia.

Continúa el autor realizando el siguiente comentario, de que si la publicidad fuera información, no existirían los llamados creativos, además de que más allá de que puedan interesar datos y cifras, éstos no atraen y no es eso precisamente lo que buscan los publicitarios.

El Dr. O'Farrell trae a colación una entrevista realizada al fotógrafo que realizó una de las campañas más difundidas a nivel internacional *United Colors of Benetton*, el Sr. Toscani quien en la mencionada entrevista dijo; ...“Hago reaccionar a la gente porque mezclo mis géneros: Sufrimiento y comercio, periodismo y publicidad; reportaje y moda. Es que así es el mundo.”<sup>229</sup> Verdaderamente estamos lejos del enfoque económico – informativo que el doctor Menke parece ser el único que aprecia en la publicidad.<sup>230</sup>...

Concluye este autor con una idea a la que ya hemos hecho referencia también nosotros de que, ...“No me parece cierto que la publicidad comparativa ayude al público a elegir. Para esto, nadie mejor que el propio consumidor que hará bien en cuidarse a sí mismo... Si desea mayor asesoramiento existen – o se pueden formar- asociaciones de consumidores que estén exentas de esos perjuicios psicológicos y de la necesidad de satisfacer a su cliente que convierten en poco confiable al mensaje publicitario que pretende ser objetivo. Ya hemos visto que no es ésta la característica más típica del publicitario y por lo tanto concluyo que no se le puede dar un arma tan fuerte y tan letal como es el derecho de usar los signos distintivos de los competidores... Además, como ya se ha demostrado en otros ámbitos, llevará casi inexorablemente a un mayor nivel de agresividad que ningún bien puede hacer a nuestra sociedad.”<sup>231</sup>...

Creemos al igual que el Dr. O'Farrell que la competencia es buena y que la publicidad es un buen medio, pero no es necesario denigrar a otros para competir como sucede en la práctica publicitaria que estamos estudiando.

**4.13.3 - 1995, aun sin decirlo también entra en discusión. Miguel B. O'Farell<sup>232</sup> y su postura frente a la publicidad comparativa.**

Lo que este autor realiza es en un apretadísimo resumen de la historia en los estrados de la publicidad comparativa para luego realizar una coherente conclusión con respecto a algunas consideraciones que realiza respecto al tema y sentar de esta forma una posición en contra de la tan cuestionada práctica publicitaria y sin decirlo explícitamente sumarse a esta escaramuza doctrinaria, en apoyo de su colega Ernesto O'Farell, y no por una cuestión de apellidos, sino de argumentos.

Este autor al elegir una definición de publicidad comparativa elige citar el concepto dado por Burkhart, Menke, y a partir de esto comienza como ya dijimos una apretada síntesis de la escasa jurisprudencia existente, incluyendo también en ésta al caso "Bodegas Navarro".

No vamos a extendernos demasiado en sus argumentos, ya que en cierta forma comparte la misma visión que sobre el tema tiene Ernesto O'Farell, pero con algunos aportes interesantes los que rescataremos aquí.

Como ya lo hemos dicho, hay autores y magistrados que estarían dispuestos y /o propician la admisibilidad de la publicidad comparativa siempre que no haya denigración o engaño, (entre ellos el Dr. Menke). Al respecto de este punto el autor del artículo comentado realiza la siguiente afirmación, ..."siempre que no haya denigración o engaño, sin más, puede parecer razonable. Pero me parece prácticamente imposible que una cosa pueda darse sin la otra<sup>233</sup>"....

Continúa su análisis refiriéndose a uno de los puntos que enarbolan con mayor vehemencia quienes defienden esta práctica publicitaria, y es el derecho de los consumidores de ser informados, y al respecto del mismo opina lo siguiente, ..."Puede afirmarse que la publicidad normalmente es incompleta. Cuando estamos frente a una

publicidad que compara un producto con los demás en general sin individualizarlos, esto no suele generar problemas y hasta resulta aceptable por el público en general.

En cambio, en el caso de la publicidad comparativa, el hecho de ser incompleta debido necesariamente a la selección de los puntos de comparación favorables a quien compara, fácilmente la torna engañosa y denigratoria. En este sentido parece haberse pronunciado el doctor Pérez Delgado en el caso Tango,... toda vez que el aviso allí cuestionado no contenía información inexacta, sino incompleta<sup>234</sup>...

Continúa nombrando la ley de defensa al consumidor (también esgrimida por Menke) en lo que hace a lo siguiente, ...“Por ello, también parece muy difícil realizar publicidad comparativa sin incurrir en violación al art. 4º de la ley 24.240 (adla, LIII-D, 4125) de defensa del consumidor en virtud del cual los oferentes deben brindar a los consumidores *“en forma cierta y objetiva información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de sus productos o servicios*<sup>235</sup>”...

Termina este autor su artículo concluyendo que el hecho de que no se encuentre específicamente prohibida no justifica su ilicitud, cuestión esta que apoyamos y sobre la cual volveremos en forma más detallada, ya que es el interrogante que motiva este trabajo.

Resta decir que uno de los puntos sobre el que más hincapié hizo el Dr. Miguel B. O'Farrel es precisamente el tema de la información por lo que consideramos terminar el análisis de este artículo con uno de sus argumentos más acabados al respecto, ...“Una forma de asegurar que el público reciba información veraz, es precisamente evitando que se lo someta a comparaciones realizadas por especialistas, cuya misión no es precisamente la de informar en forma objetiva, sino directamente de persuadir al público consumidor para que adquiera el producto o servicio de sus anunciantes.<sup>236</sup>”...

#### **4.13.4 - 1999, el Dr. Burkhardt Menke,<sup>237</sup> a, cuatro años retoma la discusión sobre el tema.**

Al igual que en el otro artículo, no resigna su postura de absoluta seguridad y convicción que nuevamente quitan brillo o si se quiere seriedad, a un prolijo y elaborado trabajo.

Retoma las mismas armas, con la diferencia de tener nuevos fallos, que si bien no dan razón total de su postura, en cierta forma lo alientan para seguir manteniéndola. Al igual que en el trabajo anterior vuelve a decir que el art. 159 del Código Penal no protege aquello que dice proteger y se apoya en el trabajo de Norberto Spolansky, (sobre el cual trataremos en este capítulo), en sus propias palabras dice, ...“El punto de salida en esto es la –falsa- idea que la propiedad de la clientela debe ser protegida<sup>238</sup>”... esgrime con razón que nadie es dueño de la clientela, pero no es eso, según nuestro modo de ver lo que se interpreta de este art., sino que la llegada a la clientela debe realizarse de forma lícita, y no por medios deshonestos. Y entre otros argumentos, como no podía ser de otra forma, vuelve sobre los intereses de los consumidores y del público en general.

Comenta luego el Dr. Menke la nueva directiva de la Comunidad Europea 97/55/CE que legisla y unifica el tan controvertido tema de la publicidad comparativa. Vale decir que el tema es encarado de forma tal que se podría decir que en principio permite este tipo de publicidad, pero se ponen tantas condiciones que queda la sensación de que se la prohíbe por exclusión. Además, como también lo reconoce el autor del artículo en análisis, falta claridad en la expresión de algunos términos que por amplios se transforman en inespecíficos dejando la decisión de acotarlos e interpretarlos a la labor judicial.

En cuanto a que reconoce la directiva como publicidad comparativa, queda definido en el art. 2 como, ...“toda publicidad que aluda explícita o implícitamente a un

competidor o a los bienes y servicios ofrecidos por un competidor<sup>239</sup>... continua el Dr. Menke reseñando que, ...“la norma clave de la admisibilidad en particular es el art. 3º párrafo 1º. Dice así:

a) que no sea engañosa...;

b) que compara bienes y servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad;

c) que 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) que 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 y servicios del anunciante y los de algún competidor;

e) que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor;

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

g) que 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) que 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<sup>240</sup>...

Como bien puede verse, aquello que se dijo en el párrafo anterior a la transcripción que realiza el autor parece poco, ya que por ejemplo de la lectura del apartado “g)” se ve que de cumplirse la publicidad comparativa pierde todo su atractivo, y es esto además (a nuestro modo de ver ) lo que se busca con la publicidad comparativa, conseguir una ventaja, o sea valerse de la reputación pretendiendo que el

consumidor realice una asociación del producto o servicio con el que el anunciante se compara, valiéndose así del esfuerzo y calidad con que se reconoce al mismo en el mercado.

Ahora bien realizando un análisis un poco más exhaustivo y yendo punto por punto, tenemos el apartado “a)”, para nosotros el hecho del engaño puede pasar en la forma de exponer o seleccionar que y como se compara, como sucedió en el caso Tango, esto más allá de que efectivamente se engañe. Con relación al punto “b)”, creemos que no ofrece mayor dificultad, al igual que el “f)”, por lo que no realizaremos ningún comentario al respecto, pero en lo que hace al apartado “c)” vemos el meollo del tema, porque al referirse a comparar de modo objetivo características esenciales, agrega verificables y podríamos decir que generalmente salvo el precio (que es a lo que específicamente remite) no son comparaciones que puedan verificarse las que se realizan, verbigracia Quilmes c/ Isenbeck, en la que se dice que una cerveza es *mejor* que otra, ¿cómo se mide esto?. Si continuamos en el análisis del punto “e)”, en el que se prohíbe el descrédito o la denigración, lo primero que viene a nuestras mentes es, cuando se compara se hace referencia a algo que es bueno o muy bueno y es así reconocido por el público en general con el producto que es publicitado, al cual se lo pone generalmente en la categoría de **mejor**, por lo tanto el otro producto por obvia y simple deducción sería **peor** que el producto o servicio promocionado. Como el apartado “g)” fue tratado al comenzar con el análisis finalizamos el mismo en el punto “h)”, en el que se proscribe el presentar un bien o servicio como imitación o réplica de otro con marca o nombre protegido y sin proponérselo terminamos el análisis poniendo como ejemplo de esta situación al caso que dio el puntapié inicial sobre el tema en nuestro país “Rolex c/ Orient S.A”, porque como podía verse de la lectura de la publicidad se presentaba al reloj Orient como idéntico al Rolex, salvo por el precio el que era sensiblemente menor.

Puede verse, como ya dijimos al iniciar el análisis de esta normativa, que si bien se ha permitido en una primera instancia la publicidad comparativa, ésta debe cumplimentar tantos requisitos, que deja la idea de que, aún siendo una práctica permitida, difícilmente se la emplee de conformidad con la directiva, porque da la sensación de que de ser así pierde todo el atractivo que ofrece esta práctica publicitaria. Sin embargo el Dr. Menke ve en esta directiva un gran triunfo ya que en sus propias palabras ...“en principio es de aprobar”....

Continúa este doctrinario germánico con el comentario de un caso alemán “Testpreis- Angebot”, en el que se renuncia a una máxima de prohibición de la publicidad comparativa, ya que desde hace 70 años se la consideraba vedada por ser contraria a la moral y a las buenas costumbres, pero el máximo tribunal fundó esta decisión en que si, ...“el legislador europeo juzga en principio como lícita, no debería ser valorada como contraria a las buenas costumbres... La publicidad comparativa desde ahora es considerada como básicamente lícita en cuanto vengán respetadas las condiciones de admisibilidad según art. 3ª párr. 1º lit. a hasta h- de la directiva 97/55/CE.<sup>241</sup>”...

Creemos que no está de más decir que aun cuando se “borró” la prohibición jurisprudencial de realizar publicidad comparativa, este caso en cuestión fue resuelto, ...“como denigrante según el art. 3ª, párr. 1º lit. e y por lo tanto ilegítima<sup>242</sup>”...

El Dr. Menke continúa con el desafío Pepsi, pero con la primera resolución que se dictó sobre el fondo del asunto, porque aún cuando la medida cautelar y la resolución por recusación por adelanto de opinión fueron dictadas por dos cámaras federales parecerían que por no ser del agrado (en cuanto al contenido) de este autor no “merecen” ser tomadas en cuenta. Bueno, como decíamos, lo que este doctrinario comenta es la primera resolución sobre el fondo de la cuestión planteada (casi a cinco años después) el se ocupa de este decisorio puesto que lo que el Dr. Edmundo J.

Carbone resuelve es que La publicidad comparativa es básicamente una forma legítima de publicidad.

El Dr. Burkhart Menke finaliza su artículo con una conclusión que no agrega ni quita nada al tema en tratamiento, es sólo una expresión optimista por el rumbo que según su entendimiento ha tomado el tema. Es decir que se abren los caminos hacia una nueva legislación y /o jurisprudencia pro publicidad comparativa.

#### **4.14 - 1997, Norberto Eduardo Spolansky.<sup>243</sup> El mercado competitivo, la publicidad comparativa y el derecho de los consumidores.**

Antes de empezar creemos conveniente aclarar sobre el salto (1999 – 1997) que se aprecia con relación al punto anterior, teniendo esto su razón de ser en la interrelación que tenían los artículos allí comentados entre si.

##### **4.14.1 - El criterio del autor en la normativa aplicable.**

El Dr. Spolansky comienza su libro citando las normas que él considera relevantes en el estudio del tema y en primer lugar menciona el art. 42 de la Constitución Nacional, en referencia los derechos de los consumidores y la defensa de la competencia, continua con el art. 159 del Código Penal (ya que es este su principal enfoque) y finaliza con el art. 1º de la Ley de defensa de la competencia N° 22.262.

El mencionado autor hace referencia al derecho que todos los habitantes de la Argentina tienen a competir, pero que esto debe hacerse dentro de un perímetro, y por lo tanto marca (desde la perspectiva penal) como límite a la lealtad, y realiza la siguiente salvedad, ...“El Código Penal denomina a esta figura “Concurrencia Desleal” (art. 73, inc. 4º). He preferido usar el nombre “Competencia desleal”, pues de esa manera se correlaciona esta hipótesis penal con las reglas del mercado competitivo<sup>244</sup>” ...

Como ya dijimos, el enfoque de este autor es principalmente desde el Derecho Penal y específicamente desde el análisis del art. 159. En su análisis detalla los medios comisivos de los cuales nos detenemos específicamente en el tratamiento de la Propaganda desleal, y en un análisis liminar de los términos utilizados concluye que la forma idiomática correcta es la voz *publicidad*, ya que la misma se refiere más específicamente a difundir contenidos de índole comercial, mientras que el término propaganda tiende a la propagación de ideas políticas, filosóficas, morales, sociales o religiosas. Motivo por el cual este autor utiliza la expresión *publicidad desleal*, más allá de que normalmente se utilicen estos términos indistintamente.

Cuando de modo subrepticio se adentra en el tema, define a la publicidad desleal como aquella que tiene tal calificativo, ...“porque ella o bien es falsa, o denigrante o vejatoria, o que suscita confusión<sup>245</sup>”...

Más adelante refiere que una de las formas en que puede realizarse este tipo de publicidad es a través de la llamada publicidad comparativa, pero inmediatamente realiza un comentario con el que deja bastante clara cuál es su postura, ...“Ha existido, tanto en el plano teórico como jurisprudencial una resistencia para admitir la validez o legitimidad de este modo de informar a los consumidores.<sup>246</sup>”... El Dr. Spolanski comienza a renglón seguido con el análisis del caso “Rolex” destacando que según su entender en el aviso publicitario del reloj Orient en ningún momento se descalificó al producto Rolex, y limitándose únicamente a transcribir los fundamentos de la sentencia de primera como de segunda instancia.

#### **4.14.2 - ¿Cambios en pos de la aceptación de esta práctica publicitaria?**

El autor del libro en análisis continúa su estudio denotando que con el correr de los años (e insistimos según su criterio), se fue vislumbrando una apertura hacia esta práctica publicitaria, basando sus dichos en dos citas legales que a nuestro entender no

tienen significación alguna en el tema de la publicidad comparativa, ya que son conflictos sobre publicidades que sólo comparaban en abstracto, ...“No constituye delito “afirmar que determinado detergente es cuatro veces superior a otros (no determinados), ni es típico publicar o hacer propaganda expresando que lava 90 veces, cualquiera sea el grado de veracidad de tal afirmación” (CNCrim. y Correc., 4/4/72, “Kolinós S.A.”, La Ley, 147-604).<sup>247</sup>”... No consideramos que este fallo sea, como considera el autor, un avance o un “leve cambio” en la consideración de la licitud o ilicitud de la publicidad comparativa.

El siguiente paso que da este autor es afirmar que ...“la comparación ilustra al consumidor<sup>248</sup>”... basándose en el voto del Dr. Farrell en el caso “Axoft Argentina S.A. c/ Megasisistemas S.A.. Al respecto de esto, sólo recordaremos que esta publicidad fue considerada denigrante por inexacta, por lo tanto, la pregunta que obligadamente surge es, ¿de que forma considera el Dr. Spolansky que se puede ilustrar a los consumidores?, y continúa citando parte del voto del Dr. Craviotto, en lo que respecta a la comparación de precios, cuestión esta sobre la cual el magistrado tiene una opinión positiva, más allá de considerar a la publicidad comparativa como una práctica inadmisibles. Otra de las ideas que este autor toma del Dr. Craviotto (tomado del mismo fallo Bodegas J. Navarro Correas S.A. c/ Agro Industrias Cartellone S.A., al cual remitimos) es la afirmación categórica que realiza el magistrado y a la cual adherimos sin reparos de que ...“la clientela no es propiedad de nadie<sup>249</sup>”... lo que parece olvidar el Dr. Spolansky es que el camarista citado considera que debe accederse a la misma de forma leal.

Avanzando en este orden de ideas, continúa con el comentario del voto del Dr. Farrell en el caso “Tango” ya que ve en el mismo un decidido avance en la aceptación de esta práctica publicitaria, esto es porque el mencionado magistrado considera 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... pero no prohíbe el uso de la marca ajena como ajena para comparar los productos que ampara con los propios... el error radica en creer que la cualquier comparación denigra, cuando –por el contrario- si es verdadera ella ilustra al consumidor.<sup>250</sup>... Da la sensación de que tanto el Dr. Farell como el autor del libro que lo cita, olvidan que la ley da exclusividad de uso al titular de la marca y que quien pretende usarla debe hacerlo con la autorización del titular de la misma.

El siguiente caso que analiza es el caso “Coca Cola”, y siguiendo la línea de argumentos a favor de esta práctica publicitaria sólo comenta la resolución de la cámara por adelanto de opinión, en donde con un criterio calificado como amplio por el autor se resalta lo siguiente, ...“ a)la inexistencia en nuestro derecho o en la Convención antes mencionada de una prohibición expresa de la ‘publicidad comparativa’ en general ... (CNFed. Civ y Com., Sala III, 1/11/93, “The Coca Cola Company y otros”, La Ley, 1994, 1994 – C-6).

#### **4.14.3 - Argumentos, contraargumentos y conclusión.**

Como ya lo habíamos dicho, en referencia a otro doctrinario, es lógico que al querer hacer prevalecer una posición sobre otra, se cometa el “descuido” de dar muy poco o casi nada de lugar a la posición contraria sobre la que se argumenta, según nuestra forma de ver esto en vez de fundar un trabajo con el rigor científico que merece, lo convierte en tendencioso, pero no es de sorprender que esto suceda en profesionales del Derecho, ya que es lo que se hace al presentar un caso ante la justicia, resaltando todo lo que sea favorable para el cliente y “olvidando” aquello que puede perjudicarlo, y es esto precisamente lo que le sucede al Dr. Norberto Eduardo Spolansky, ya que a su título “Contraargumentos” sólo le dedica un párrafo y no menciona ni los fundamentos más básicos de los mismos, sino que solo se contenta con enunciar aquellos que según

su modo de ver son argumentos esgrimidos por quienes no consideran lícita esta práctica publicitaria, ...“Los argumentos en contra de la publicidad comparativa se exhiben de este modo: constituye un acto contra la *moral* y las buenas costumbres; es un uso indebido de marca *ajena*; es una manera ilegal de *apoderarse* de la clientela de otro establecimiento; es un modo *desleal de compararse* con quien ya tiene ganada una posición en el mercado por parte de quien recién se inicia.<sup>251</sup>”... Esto es todo lo que el Dr. Spolansky tiene para decir de los contraargumentos que se esgrimen en detrimento de la mencionada práctica publicitaria. Lo que si hace, a renglón seguido, es argumentar sobre la “falsedad o desatino” de estos argumentos y agrega lo que él dio en llamar “Argumentos Aparentes”, que según el doctrinario por su “*falsedad*” ni siquiera son argumentos, utilizando para esto las mismas armas que todos aquellos doctrinarios que sustentan su misma posición, al referirse a estos (contraargumentos y argumentos aparentes) lo hace de la siguiente forma, ...“¿Cuál es el código moral que prohíbe que un comerciante compare sus productos, o los precios o las condiciones de venta de aquéllos con los del competidor? Por el contrario, esto es lo que prevalece en un mercado competitivo, y prohibir la comparación *per se* es eclipsar las características definitorias de la competencia<sup>252</sup>”... Poniéndonos en el lugar de consumidores no creemos, o al menos no vemos, que el mercado competitivo se base en la comparación que realizan entre sí los comerciantes, ni que ésta sea la forma “definitoria” de la competencia, o que sea la mejor manera de acceder a la información, muy por el contrario, y como lo venimos sosteniendo, al ser el anunciante que se ofrece quien elige los puntos de comparación mal podría decirse que, sea la mejor forma o la más objetiva de acceso a información que tenga el consumidor.

El otro argumento aparente a que se refiere es la dicotomía entre uso de marca ajena y “mención” de la misma, refiriéndose a esto en estos términos, ...“Es preciso diferenciar entre usar una marca ajena y aludir o mencionar una marca de otro.

Usar una marca ajena sin el consentimiento de su titular, por ejemplo quien pone la marca en sus propios productos sin la autorización de aquél que puede decidir. En cambio, aludir o mencionar una marca ajena, no es usar la marca, sino decir algo acerca de ella. <sup>253</sup>... parecería que el Dr. Spolansky olvida la función publicitaria de la marca, o que no ve que quien se compara con una marca reconocida o líder en una publicidad, precisamente la usa para tomarla como referencia de calidad y además maneja su imagen (considerada bien intangible) de forma generalmente negativa frente a consolidados y potenciales consumidores, y todo esto sin mencionar que el art. 4º da la exclusividad de uso al titular de una marca registrada. Luego compara el uso en una publicidad comparativa con el que se puede realizar en un comercio cuando se ofrecen los productos o servicios por su marca, no creemos que éste sea el parangón más feliz, ya que si tomamos en cuenta que las marcas son comerciales y que una de las funciones de la marca es diferenciar un producto o servicio de la misma especie de otro precisamente por la marca que lo distingue, sumándole que el fin último y primordial es que sean adquiridos por los consumidores, no tiene relación ni justificación que se asimile ese uso que a todos luces es legítimo con el que se hace en la publicidad comparativa donde lo que se persigue es la ventaja que pueda sacarse a una marca o denominación exitosa.

El tema del que se ocupa a continuación es sobre el *apoderamiento de la clientela*, y la primer afirmación que realiza es que, ...“En un mercado competitivo nadie es dueño de la clientela, de modo análogo a como se es dueño de un inmueble. Sólo existe la expectativa de mantenerla e incrementarla... El mercado competitivo hoy “obliga” por razones empíricas, y no por razones jurídicas, a justificar ante los consumidores, día a día, minuto a minuto, que el producto o el servicio que se ofrece es el que tiene que ser preferido por los antiguos clientes y por los que puedan venir<sup>254</sup>...” Podemos decir que estamos de acuerdo con lo dicho con el autor analizado, la diferencia

es que para nosotros no es menester comparar para argumentar la preferencia de la clientela sobre una marca, y que existen formas lícitas y leales y formas ilícitas e ilegales de competir.

El último de los “argumentos aparentes” que el autor intenta desvirtuar es el, ...“tema del aparente aprovechamiento de quien recién iniciado se compara con quien ha ganado una posición e imagen en el mercado. Es cierto que comparándose con quien mejor luce, tiene posibilidades quien se ofrece a la competencia, de ser “visto de un modo más intenso por los consumidores”. Pero la pregunta que uno tiene que formularse es si la competencia es abierta entre los hasta ahora exitosos y los que recién se inician, o solamente entre los exitosos<sup>255</sup>... Consideramos que la respuesta a esa pregunta es por demás de evidente, por supuesto que en un mercado libre y abierto cualquiera puede competir con quien sea, ahora junto con la respuesta nos surge una pregunta que tiene respuesta negativa, ¿es acaso la única forma de competir, ingresar y / o reposicionarse en el mercado la publicidad comparativa?.

Como corolario de su trabajo, en lo que refiere a publicidad comparativa, el Dr. Norberto Eduardo Spolansky resalta las ventajas en contraposición a las desventajas, que el considera más salientes de esta práctica publicitaria, en el orden que sigue a continuación; ...“percibo –en un balance general- beneficios más que perjuicios.

En primer término, los participantes exhiben lo que son y en relación a los otros; en segundo término, *se garantiza el derecho a la información objetiva al consumidor que es el destinatario final del sistema competitivo*<sup>256</sup>... en relación a esto habría que ver que entiende por los términos “información objetiva” el Dr. Spolansky, ya que si sopesamos que quien elige la información es quien pretende beneficiarse y que puede elegir como puntos a compara aquello en lo que se encuentra en una mejor posición para exponer ante el público consumidor, y podríamos agregar además que, hasta ahora

no hemos encontrado (al menos nosotros y en nuestro medio) publicidad comparativa que goce de esta característica de objetividad y / o que no denigre, confunda, etc.

Continúa el autor diciendo que, ...“Quizás pueda objetarse que en un sistema de propaganda competitiva sólo pueda llegar a subsistir aquel más recursos tiene en relación a aquel que menos posee...En realidad, que el que más tiene más puede continuar en el mercado competitivo, no pone ni quita a la cuestión de la comparación, ni de la propaganda, ya que esa posibilidad se da, precisamente, cuando se inicia un mercado competitivo.<sup>257</sup>”... Ahora bien, ¿no se defendía con tanto ahínco el ingreso del nuevo y disminuido competidor que trasladaría sus ahorros al público consumidor, que debía gozar de esta preferencia de poder “pararse en los hombros de otros” para ver por encima de ellos y *así poder beneficiarse y beneficiar a los consumidores*? Cuando se lee el último párrafo citado da la sensación de que toda esa verborragia pro pequeño competidor se desmorona en segundos con tal de debilitar las falencias reconocidas en esta práctica publicitaria.

Continúa el autor dando una increíble muestra de “ingenuidad” ya que marca como ventaja que ...“*la publicidad comparativa permite satisfacer el derecho a la información leal, que se debe dar en una sociedad abierta a la presentación y discusión pública de los temas de interés común*”<sup>258</sup>...”, no podemos ver la lealtad o la información leal en este tipo de publicidad, creemos que no es necesario compara para brindar “información leal”.

Por último y concluyendo el autor señala como algo prácticamente irrelevante, si se nos permite “tonto”, el hecho de ver como una desventaja que la información y por tanto la comparación sea incompleta, es decir no solo carece de importancia que se use una marca sin la autorización de su titular sino que se cercene la información sobre esta a gusto del competidor es al decir del autor algo prácticamente irrelevante, el Dr. Spolansky fundamenta esta aseveración en la idea de que, ...“el mismo sistema

competitivo es el que ofrece la solución al tema, a saber: el competidor afectado podrá contestar *públicamente* con la información que falta y, quizás, además presentar la que puede ser útil para conseguir competir en el mercado.<sup>259</sup> ... Sobre esta afirmación, hay varias cosas para objetar, en primer lugar, puede desencadenar en una competencia “feroz”, en segundo lugar, se genera la “obligación” de afrontar costosas campañas publicitarias que quizás no estaban pautadas, con lo que la competencia no sólo manejaría a gusto la imagen de la empresa tomada como referencia, sino también las inversiones, y por último cabe decir que sólo sobrevivirá aquel competidor que más recursos económicos tenga, esto sin perder de vista que si la empresa no responde porque así lo decide, y la información no es completa o del todo correcta, los consumidores obtendrán información deficiente.

Podríamos decir que esta práctica publicitaria tiene el vicio de sus virtudes ya que es señalada por el autor como imprescindible para brindar información al consumidor, pero por todo lo dicho podemos ver que es muy probable que la misma sea deficiente en el mejor de los casos o que sea tanta (replicas consecutivas) que confunda, y en el peor de los casos sea falsa o denigrante.

**4.15 - 2002, Jorge Otamendi<sup>260</sup>. Apenas un pronunciamiento y muchos contrasentidos.**

**4.15.1 - En lo genérico, fundamentos que apoyan nuestra postura.**

En el marco de su libro Derecho de Marcas, el Dr. Otamendi se refiere, escuetamente, al tema objeto de tratamiento en este trabajo. Él mismo aclara que no es mucho lo que aportará sobre el tema ya que no es el objetivo de su trabajo, sin embargo no es precisamente desde este punto únicamente que obtendremos aportes, podríamos decir que nos será más útil lo tratado en la generalidad de su trabajo, es más, es entre esta parte a la que el autor ha dedicado más estudio y aquella que el mismo confiesa no

es el fin de su obra y por lo tanto no ha sido estudiado y /o analizado en profundidad, que encontraremos las mencionadas contradicciones.

Es en el capítulo que el Dr. Otamendi titula “Defensa de la marca” que encontramos los aportes más valiosos, es que comienza por tratar el tema de la exclusividad en el uso de la siguiente manera, ...“El distinguir un producto o servicio con una marca en forma exclusiva hace a la esencia del sistema marcario. Por lo tanto, una ley que no defienda en forma efectiva esta exclusividad, protegiéndola contra quienes pretenden violarla, no serviría a los fines para los que fue creada. Esta defensa no es una carga que cae solamente sobre el texto legal, sino también sobre los jueces que lo interpretan y lo aplican... En nuestra ley la exclusividad en el uso de la marca es un derecho indiscutido... El propietario de una marca tiene pues la facultad y el derecho de defender esa exclusividad<sup>261</sup>”...

Puede traslucirse de todas las ideas transcriptas el énfasis que el citado autor pone en la defensa de la exclusividad en el uso de la marca, pero queda una pregunta que el mismo se plantea y responde, ...“¿En que consiste esta exclusividad? La respuesta debe ser amplia si se quiere defender verdaderamente la propiedad marcaria ... Hay usos que pueden causar confusión y hay otros que, sin causarla, igualmente pueden dañar esa marca.<sup>262</sup>”...

Luego citando a Callmann, Rudolf agrega que, ...“el daño a la marca en cualquiera de sus oficios como un elemento identificador, garantizador y de publicidad, debería ser suficiente para constituir una infracción a la misma<sup>263</sup>”... al respecto nos parece y sin sacar conclusiones a la ligera, que todo lo dicho se aplica perfectamente a el uso de una marca ajena en publicidad comparativa, es más, agrega el autor que en ausencia de dolo, y por lo tanto cuando existe la imposibilidad de la persecución penal, puede realizarse una persecución civil por el daño que puede causar la violación en la exclusividad de uso.

Muchos autores encuentran como únicos delitos o violaciones en la exclusividad de uso, a la falsificación y a la imitación fraudulenta, sin embargo es opinión de este autor (la cual compartimos) que, ...“no son éstos los únicos delitos marcarios. Existen aquellos que sin entrar en alguna de estas categorías configuran el delito de uso sin autorización. En esta categoría, como veremos, entran actos de lo más variados.”<sup>264</sup>...

Continúa el doctrinario con el tratamiento del inc. b) del art. 31 de la ley de marcas y citando a Pouillet explica que ...“lo que el legislador ha querido es castigar la usurpación de la marca en cualquier forma en que se presente; es asegurar por una sanción penal y eficaz, la propiedad privativa de esa marca”<sup>265</sup>...

En su análisis el autor intenta demarcar cual es el límite para que el uso sea lícito ya que si no, parecería que cualquier uso o mención de marca implicaría violar el derecho de exclusividad, y esto sin duda es una posición extrema que no es según el criterio del autor (y así también lo entendemos nosotros) la pretendida por el legislador, al respecto en el título en análisis el Dr. Otamendi con buen criterio opina lo siguiente, ...“Desde luego todo uso que cree confusión o contribuya a causarla es un uso indebido. También lo es si quien la efectúa a pesar de no causar confusión se beneficia del alguna forma del prestigio del que goza la marca registrada”<sup>266</sup>...

Hasta aquí hemos podido corroborar mediante el análisis del Dr. Otamendi en lo que refiere a la exclusividad en el uso de una marca, en gran medida aquello que sostenemos sobre el uso de la marca ajena en publicidad comparativa, lo que ahora veremos son las contradicciones en que incurre el mencionado autor al referirse explícitamente al tema en cuestión.

#### **4.15.2 - En lo específico, contradicciones.**

Comienza haciendo la aclaración a la que ya hicimos referencia y continúa diciendo que en la publicidad comparativa si hay “USO” de la marca ajena,

seguidamente se plantea el siguiente interrogante ...“Más allá de que sea desleal o no, hay un uso de marca ajena ¿es éste uso indebido?<sup>267</sup>” ...

E inmediatamente contesta a este interrogante, pero para nuestra sorpresa lo hace de la siguiente manera, ...“Hoy opino que la publicidad comparativa, en la medida que sea veraz, no induzca a confusión, se refiera a características determinantes de los productos o servicios comparados, y compare lo que es comparable, debería ser considerada un medio lícito de competencia. Y agrego además, que no se trataría en ningún caso de una cuestión marcaria, sino de una competencia desleal. Ya que la marca no es usada en función marcaria para distinguir un producto o servicios propios.<sup>268</sup>” ... Aquello que nos surgió inmediatamente fueron varias preguntas, entre las cuales está la siguiente ¿acaso olvidó la función publicitaria de la marca?.

Hemos decidido que la mejor manera de responder a la afirmación realizada por el Dr. Otamendi, son los fundamentos dados por el mismo; en cuanto a que si la publicidad es veraz entre otras características, él la considera lícita, podemos decirle (citándolo) que, ...“el daño a la marca en cualquiera de sus oficios como un elemento identificador, garantizador y de publicidad, debería ser suficiente para constituir una infracción a la misma<sup>269</sup>” ... son estas las palabras de Callmann que Otamendi hizo suyas en donde puede verse con claridad el contrasentido de las ideas rectoras de las mismas con lo expuesto al hablar de la publicidad comparativa. También señala el Dr. Otamendi que no importa al derecho de marcas el tema de la publicidad comparativa a la vez que en otro orden de ideas dice que existe uso de marca ajena, ahora bien, si unimos estas dos afirmaciones y la enfrentamos a otra opinión vertida por el mismo al hacer referencia a la exclusividad de uso dentro de la ley de marcas y por ende del Derecho marcario.

Luego hace referencia y cita distintos fallos de usos de marca ajena cuando se vende o publicita explícitamente un producto asumiendo que es “tipo” o “similar” al

tomado como referencia, por ejemplo un lápiz “tipo Faber”, y asume como razonable que doctrinariamente se considere a este tipo de publicidad como ilícita fundando su parecer en que, ...“nadie tiene qué aprovechar el prestigio de otra marca para vender la propia<sup>270</sup>”... y ante esta afirmación nos preguntamos ¿qué es lo que se hace en una publicidad comparativa sino precisamente esto?.

Llegamos al final del análisis de este título considerando que el autor del mismo tiene una claridad elogiada al describir, analizar y explicar cuestiones propias y generales del derecho de marcas, pero como el mismo lo reconoció al iniciar el comentario sobre el tema, al no ser la finalidad de su trabajo, no lo ha visto con la profundidad que un tema tan cuestionado y polémico merece, obviamente tiene una posición tomada que sorprendentemente se contradice con su posición en lo que hace al estudio del Derecho de marcas. Es por todo esto que nos permitimos considerar como más valedero todo aquello que el autor ha aportado sobre el derecho de marcas, específicamente en lo que hace a la exclusividad de uso, y mirar con cierto recelo sus comentarios sobre el tema específico.

#### **4.16 - 2003, Jorge Moset Iturraspe<sup>271</sup>, información a los consumidores, ¿es sinónimo de publicidad?**

El art. 4º <sup>272</sup>de la ley de defensa a los consumidores N° 24.240, legisla sobre la información. Dando a quienes comercialicen bienes y servicios la obligación de brindar información ...“en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos<sup>273</sup>”...

Comienza el autor citando a Lorenzetti en quien reconoce razón por la aseveración que a continuación se lee, ...“La información es el tema, el gran asunto de los tiempos modernos que el Derecho recoge y regula<sup>274</sup>”... y continua el Dr. Moset Iturraspe, ...“La información no coincide necesariamente con la publicidad. Tiene

objetivos distintos. La información apunta a dar detalles sobre el bien o servicio que se ofrece, tipo, calidad, composición, intervinientes, etcétera; la publicidad, en cambio, se dirige a captar o atraer adquirentes, consumidores.<sup>275</sup>... Es precisamente ese el sentido que damos a nuestras palabras cuando argumentamos sobre lo tendencioso de la publicidad, podríamos decir sin temor a equivocarnos que si una publicidad “común” no es informativa, u objetiva mucho menos lo será una de tipo comparativa, o al menos no brindará la información de la forma que lo pretende la ley de defensa a los consumidores, ya que, en cuanto a *objetiva*, no son generalmente características de este tipo las que se toman como punto de comparación y cuando lo son no se hace en forma completa, por lo que no es *suficiente*, al no ser suficiente y generalmente tendenciosas muy difícilmente será *veraz*, y por lo tanto tampoco eficiente.

Generalmente el acceso a la “*información publicitaria*” es una de las armas que utilizan quienes apoyan o pretenden se permita la publicidad comparativa, pero en muy pocas líneas y analizando la opinión de un autor reconocido como el Dr. Mosset Iturraspe, en lo que refiere a la dupla *Información- Publicidad*, es que volvemos sobre el tema e insistimos en que no es precisamente una de las virtudes más preciadas de la publicidad comparativa la de informar al consumidor como pretenden muchos reconocidos doctrinarios.

#### **4.17 - 2005, Alfredo M. Vítolo<sup>276</sup>. Un comentario tendencioso desde el punto de vista constitucional.**

Es el caso en que se basó este artículo, la publicidad realizada por la empresa Isenbeck comparándose con Quilmes. precisamente el que generó las investigaciones de este trabajo.

Comienza el análisis con una prédica sobre la “pretendida autonomía del derecho marcario” y la sumisión de este, como de cualquier otra rama del derecho al

derecho constitucional, y crítica al sentenciante de la siguiente manera, ...“ el sentenciante, al analizar la pretensión de la demandante, lo realiza exclusivamente desde la perspectiva del derecho marcario ( y su eventual conflicto con el derecho de la competencia ), olvidando que por más autonomía que pueda predicarse de esta rama del derecho, ella no es independiente del resto del ordenamiento jurídico, y que su pretendida autonomía cede ante el derecho constitucional, fuente de validez última del edificio jurídico<sup>277</sup>”... Coincidimos con el autor del artículo en que la Constitución es el principio y el fin del edificio jurídico, pero es la misma constitución la que da el mandato de reglamentar los derechos, además parecería que el Dr. Vítolo en su afán de defender la publicidad comparativa sólo toma algunos artículos que sobre el tema pueden tenerse en cuenta de la constitución y olvida otros.

Dicen bien el autor del artículo que según la constitución nacional *“nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe”*<sup>278</sup>, ahora bien, concordamos en que la publicidad comparativa no esté explícitamente y / o específicamente prohibida pero diferimos con el autor en que sea una conducta lícita, ya que se da en el marco de un uso de marca ajena no autorizado por su titular, con evidente violación en lo que hace la exclusividad de uso, y sin temor a ser redundantes es un uso marcario y no como dice el autor citando a Zapiola Guerrico, simplemente ...“La mera mención”..., por el simple hecho de que se utiliza el poder de identificación que tiene la marca de referencia sobre el producto o servicio, y en función del magnetismo de la misma llamar la atención sobre el público consumidor, además de manejar por medio de la publicidad la imagen de la misma, con las consecuencias que esto puede acarrear para quien sea el titular de la marca comparada.

El Dr. Vítolo identifica dos vertientes contrarias a esta práctica, con los siguientes fundamentos ...“(i) aquellos que sostienen que se encontraría la lealtad frente a la competencia que debe regir en la actividad comercial, y (ii) quienes sostienen que la

publicidad comparativa constituye un uso indebido de marcas ajenas y por lo tanto una violación al régimen marcario.<sup>279</sup> ... Para el autor del artículo poco tiene la publicidad comparativa (sin contenido engañoso) que pueda encuadrar en lo descrito por la ley de lealtad comercial,<sup>280</sup> pero basta con ver el fallo del caso Tango, para comprobar que aún cuando la información brindada es real, por ser trunca, no es fiel a la verdad, ( pero para ser más gráficos y sintéticos nos remitimos al punto 3.5 de este trabajo), continúa el autor en su defensa de esta práctica publicitaria aduciendo que la misma es fuente de información para los consumidores, sin considerar por ejemplo que reconocidos autores, como ser el Dr. Otamendi (partidario de la publicidad comparativa), reconoce que publicidad e información no van precisamente de la mano.

Continúa haciendo hincapié en el tema de la información, como un punto a favor de la publicidad comparativa, argumentando en base al nuevo artículo de la Constitución Nacional, donde se receptan los derechos de los consumidores y se destaca el derecho a una “información adecuada y veraz”, a diferencia del Dr. Vítolo, no creemos que la publicidad tenga como fin último el brindar información, pero suponiendo que en algún caso particular sé de este supuesto, no consideramos que sea la forma “adecuada” de recibirla en una publicidad en la que, quien compara elige los caracteres a comparar, y que muy probablemente por incompleta y tendenciosa, no cumpla con el requisito de la “veracidad”.

Es justo mencionar que el autor del artículo considera que, ...“La publicidad comparativa, en tanto se limite a comparar objetivamente dos o más productos contribuye a la protección de los derechos del consumidor, aun cuando ello fuere a costa de – si bien entendemos que ello no se verifica en el caso comentado- el uso de la marca de los competidores<sup>281</sup>...”, el autor dice bien claro **objetivamente**, ahora bien quien mide esta objetividad, también realiza una valoración sobre, si es más importante el derecho a la información de los consumidores y usuarios o el derecho de los titulares de

las marcas a defender su propiedad, estamos concientes de que la relevancia jurídica que ha tomado el derecho de los consumidores es mayor que aquella de la que goza el derecho de marcas, pero seguimos sosteniendo que no es ésta la mejor forma de informar a los mismos, muy por el contrario nos atreveríamos a afirmar que se lo desinforma o confunde.

El siguiente flanco del que se ocupa el Dr. Alfredo M. Vítolo es el marcario, diciendo que se centra en el derecho de exclusividad de uso (art. 4º), pero olvidando el art. 31 inc. b), y considerando que en la doctrina, ...“tiende a consolidarse la opinión de que la mera mención de una marca ajena, no constituye uso de la misma<sup>282</sup>”, ..., basándose para decir esto en unos pocos artículos publicados por distintos autores, los cuales han sido aquí debidamente analizados, pero sin tomar en cuenta la opinión de otros doctrinarios que, como Otamendi, (reconocido especialista en la materia) reconocen que existe “Uso” de la marca en la publicidad comparativa. Menciona también el Dr. Vítolo el Voto del juez Pérez Delgado en la causa *Navarro Correas*, pero olvida muchos otros votos donde se sostiene el criterio que nosotros también sustentamos, como ser el dado por los magistrados en el caso del Desafío Pepsi.

Continúa el autor con el siguiente argumento, en referencia específica al caso que comenta,<sup>283</sup> ...“aun en el supuesto de que se entendiera que la sola mención de la marca o su reproducción de la marca ajena constituye un uso prohibido de la misma, la aplicación de una medida cautelar restringiendo la difusión de una publicidad comparativa sería contraria a la libertad de expresión garantizada constitucionalmente, consistiendo en un acto de censura previa prohibido por nuestra Constitución, sin perjuicio de las responsabilidades ulteriores en que pudiera incurrir quien realizara dicho uso, si del mismo resultare un daño<sup>284</sup>”, ... No negamos en lo absoluto que la libertad de expresión es un derecho de raigambre Constitucional, como también lo son el Derecho de todos los habitantes de usar y disponer de su propiedad y de la

inviolabilidad de la misma, además como ya se vio en el punto 4.9 de este trabajo, los límites reconocidos en pactos con jerarquía constitucional a la libertad de expresión son “las justas exigencias de la moral y la preservación de la moral pública”, si a esto le sumamos el art. 953 del Código Civil, con sus prescripciones sobre no dañar a terceros y la condición de inadmisibilidad de los actos contrarios a las buenas costumbres, podemos justamente considerar que contrariamente a lo que opina el Dr. Vítolo la publicidad comparativa puede ser reglada, y aún ser objeto de una medida cautelar como lo fue en el caso que motivo el artículo en estudio.

Concluye el Dr. Vítolo, coherente a su criterio, en que la medida cautelar dictada es contraria a derecho por ser un acto de censura previa.

Creemos, que aun cuando consideremos que la publicidad comparativa en la actualidad, no es viable según nuestro ordenamiento jurídico, es merced a los argumentos esgrimidos por el autor del artículo analizado que merece ser regulada, para evitar conflictos y/ o lagunas en la legislación vigente

En este capítulo hemos analizado en forma minuciosa, todo el material, producido por doctrinarios, al que hemos podido acceder, a través del mismo se puede ver que las aguas están divididas, pero a diferencia de algunos de los autores analizados, no pretendemos con este trabajo unificarlas ni mucho menos, simplemente realizaremos nuestro alegato en la concusión del mismo, aportando así otra visión del tema.

## Capítulo V

**Legislación Argentina Aplicable,  
una subrepticia mirada al Derecho Comparado.**

**5.1 - Método aplicado.**

Aún cuando ya hemos nombrado en distintas oportunidades la legislación aplicable, ya sea con motivo de alguna decisión judicial o por algún comentario doctrinario, consideramos adecuado el enumerar y analizar conjuntamente todas las normas aplicadas al tema en estudio, ya que esto hace que pueda analizarse en forma ordenada y sistematizada, por lo que es más sencillo disipar dudas.

Por otro lado veremos por los ojos de otros autores que se dice de este tema en el derecho comparado.

**5.2 - Maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas... la publicidad y el art. 159 del Código Penal.**

En el título 5, capítulo 4, art. 159 del Cód. Penal se encuentra el delito de Concurrencia desleal, *“Será reprimido con multa de [dos mil quinientos a treinta mil pesos], el que, por maquinaciones fraudulenta, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial”*

Ya habíamos tratado el tema de la publicidad comparativa desde esta rama del derecho al comentar los artículos de la Dra. López y el Dr. Tamini, pero como dijimos en un principio creemos en la importancia de la sistematización para el estudio de un tema.

Aún cuando puede verse que en algunos casos podría encuadrarse en el tipo a la publicidad comparativa, quedaría en muchos casos como una conducta atípica ya que

se exige para su consumación el dolo directo, es por esto que creemos que no es el mejor enfoque que puede darse al tema, por la especificidad del mismo y porque de esta manera quedaría sin sanción aún mereciéndola en muchas ocasiones, por el grado de convencimiento que exige el Derecho Penal, a los juzgadores, como sucedió en el caso comentado en el punto 3.4. (Casio- Hasar c/ Hugin – Sweda), todo esto sin perjuicio de quedar abierta la posibilidad de plantearlo de esta forma ante la justicia, pero con el conocimiento de que se estará a merced de que el o los magistrados consideren como *propaganda desleal* a la publicidad comparativa, además de todos los elementos que exige el tipo.

### **5.3 - La Lealtad Comercial vs. publicidad comparativa.**

Es este otro de los enfoques dados al tema, ya que parecería ser que la lealtad en el comercio y la publicidad comparativa, no van de la mano precisamente, la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial en el Capítulo III trata el tema “De la publicidad y promoción mediante premios” y dentro de este es el art. 9 el que se toma marco legal para el tema objeto de estudio, “*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.*” No es que no creamos que la publicidad comparativa no sea desleal, muy por el contrario, solo que aún cuando a todas luces la enumeración del art. es enunciativa, resulta difícil que en los estrados judiciales se amplíen las consecuencias enumeradas, como resultado de una publicidad y /o propaganda. De todas formas no debe descartarse en lo absoluto este encuadre, pero creemos que no debe ser unívoco, ya que como lo hemos señalado en más de una oportunidad, el Derecho si bien se divide

para su estudio y aplicación no deja de ser Uno, por lo que bien podría darse el caso, y se ha dado, que además de fundamentarse principalmente una resolución en la ley de marcas también se considere aplicable, este artículo en particular.

#### **5.4 - El Derecho Civil, la moral las buenas costumbres, el precepto de no dañar a terceros y la publicidad comparativa.**

Ya lo habíamos tratado cuando comentamos la obra del Dr. Ernesto Aracama Zorraquín<sup>285</sup>, que se considera a la publicidad comparativa como un ilícito en defecto del art. 953 del Código Civil, *“El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén 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 la moral 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 se conformen a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto.”* Ahora bien por qué puede considerarse como contrario a la moral y a las buenas costumbres, porque por nuestra idiosincrasia se considera como un disvalor el usar los valores empresariales de otro, sus medios distintivos, esfuerzo, prestigio, crédito, etc., además en la relación publicitaria entre un comerciante y los consumidores (indeterminados), no tiene porque verse dañado otro comerciante, ajeno a esa relación. De todas formas, creemos que es mucho más específica y por esto más apropiado para el tratamiento, la protección que da la ley de marcas, pero como ya lo dijimos en el punto anterior el Derecho es uno solo y los distintos ángulos pueden sumarse y no necesariamente restarse, el problema está en que ante la falta de especificidad y las lagunas existentes se producen criterios demasiado opuestos en nuestra jurisprudencia y por esto dejados en demasía al arbitrio judicial.

### **5.5 - El convenio de París, el argumento internacional de las medidas de protección marcaria.**

El convenio de París es ley en Argentina por la ley 17.011, y para el art. 10 Bis inc. 2 del Convenio de París “*constituye acto de competencia desleal todo acto contrario a los usos honestos en materia industrial y comercial*” y en cuanto a las medidas de defensa que se tomen también se toma como referencia esta convención en su art. 10 Bis inc. 1 “*Los países de la Unión se obligan a asegurar a los súbditos de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal*” , ambos incisos han sido utilizados en conjunto con la ley de marcas para hacer efectiva la protección que brinda la misma, sobre la propiedad y exclusividad de una marca o designación, y como se dijo en el punto anterior, esta protección funciona si se considera como un acto deshonesto a la publicidad comparativa, pero su uso concomitante con la ley de marcas da más peso y respaldo internacional a la misma.

### **5.6 - El enfoque más preciso, el Derecho de propiedad y la protección de la exclusividad de uso de marcas y/ o denominaciones.**

Como ya lo hemos dicho en reiteradas oportunidades, es este el enfoque que para nosotros debe considerarse como el jurídicamente más correcto, porque aún en la especialidad de una rama del Derecho, hay amplitud en la protección, contra el uso de una marca ajena, y esto es considerado así inclusive por quienes se encuentran a favor de esta práctica publicitaria, como el Dr. Otamendi<sup>286</sup>.

Amplitud, porque al decir de la doctrina la protección que la ley brinda en el art. 4º debe ser interpretada en toda la extensión posible, de lo contrario la ley no cumpliría su cometido, y en cuanto a la especialidad es por la sencilla razón de que la ley tiene como objeto de protección las marcas y designaciones.

Específicamente es en el juego de los arts. 4 y 31 inc. b), de la ley 22.362 en los que fundamentamos nuestra postura, ya que creemos que el bien jurídico tutelado es la exclusividad de uso del signo marcario, con todas sus implicancias y funciones, ya que debemos recordar que la marca identifica a un producto o servicio en todo el sentido de la palabra, esto es en cuanto a calidad, origen, reconocimiento, etc.

*Art. 4. “La propiedad de una marca y la **exclusividad de su uso** se obtienen con su registro. Para ser titular de una marca o para ejercer el derecho de oposición a su registro o a su uso, se requiere un interés legítimo del solicitante o del oponente”* (lo resaltado es nuestro)

*Art. 31. “Será reprimido con prisión de tres (3) meses a dos (2) años pudiendo aplicarse además una multa de un millón trescientos sesenta y ocho mil australes (A 1.368.000) a doscientos seis millones ciento ochenta y nueve mil australes (A 206.189.000)...*

b) **El que use una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente emitida o perteneciente a un tercero sin su autorización**” (lo resaltado es nuestro).

Primeramente analizaremos el art. 4, el que es bastante claro en cuanto quien registra una marca tiene un exclusivo derecho para usarla, siempre que la registre, y también hay claridad en cuanto para ejercer el derecho de oposición se requiere un interés legítimo, como por ejemplo, el que un competidor pretenda manejar su imagen publicitaria con los posibles perjuicios. Vale aclarar que aún cuando la titularidad de una marca se obtiene con su registro (sistema atributivo), jurisprudencialmente se ha reconocido derecho de propiedad, por el uso comprobable, a quien no ha registrado la misma, sucediendo esto inclusive en un caso de publicidad comparativa, caso “Tango”, (los interesados habían iniciado el trámite, pero existía una oposición, por lo que no estaba dada aún la titularidad de la marca).

En segundo lugar tenemos el art. 31 inc. b), del que con una simple lectura puede verse que se castiga a quien use una marca perteneciente a otro sin su autorización, y a quien utilice una designación fraudulentamente emitida (doctrinariamente se entiende y acepta, que debería decir “*imitada*” y de esa forma se interpreta) o falsificada, las llamadas marcas “truchas”, imitaciones o piratas, pero no siempre se analizan los artículos de una forma simple ya que algunos autores entienden que este artículo sólo se refiere a la falsificación (rellenado reciclado, etc) y /o imitación, sin prestar la debida atención a la conjunción **“o”**.

Como última medida denotaremos que de la interacción de estos dos artículos es que se consigue la protección de la marca, ya que por un lado se deja sentado el derecho de exclusividad de uso, y por el otro se pena a quien no respete esta exclusividad.

### **5.7 - El Derecho comparado y la publicidad comparativa.**

Aun cuando no es el objetivo de este trabajo el investigar la situación de la publicidad comparativa en otras latitudes, consideramos importante hacer al menos una pequeña referencia, ya que nuestro propio Derecho tiene mucho de otras normativas, y en lo que hace a esta materia, se emula principalmente el derecho continental, en particular el francés, pero en la actualidad al comparar se apunta al Derecho comunitario, aunque cada país debe adoptar para si las normas, más allá de el como se vuelven operativas las directivas de la Unión Europea, hemos podido ver lo aportado al respecto por el Dr. Burkhardt Menke<sup>287</sup> en su trabajo Publicidad Comparativa Nuevas Modalidades en Europa, publicado en La Ley 1999 – C. en donde consta lo siguiente, ...“La comisión de la Comunidad Europea había presentado en 1991 una propuesta de directiva que prevé la admisibilidad de la publicidad comparativa. Después de 6 años de negociaciones y cambios de texto, entró en vigor el 23 de octubre de 1997, la “Directiva

97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997 por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa<sup>288</sup>... La directiva define en su art. 2º la publicidad comparativa como “toda publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor. La norma clave de la directiva, que define las condiciones de admisibilidad en particular, es el art. 3ª párr. 1º. Dice así:

*“La publicidad comparativa, en lo que se refiere a la comparación, estará permitida cuando se cumplan las siguientes condiciones:*

*a) que no sea engañosa...;*

*b) que compare bienes y servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad;*

*c) que 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) que no de 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 y servicios del anunciante y los de algún competidor;*

*e) que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor;*

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

*g) que 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) que 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<sup>289</sup>”...*

Bien puede verse como ya dijimos en el punto 4.12.4. de este trabajo, que la publicidad comparativa pasada por el tamiz de la Directiva 97/55/CE pierde su atractivo, además de utilizarse términos demasiado genéricos, por lo que aún con una legislación específica se sigue necesitando el análisis e interpretación de la justicia.

De todas formas y como bien se aclaró en un principio para que esta normativa sea operativa (a través de la adopción de normas acordes) en los países miembros, es necesario que la misma sea receptada por el parlamento de cada país.<sup>290</sup>

Creemos importante señalar,<sup>291</sup> que aún con conocimiento del tratamiento del tema y del contenido por los países miembros de la U.E., por lo que en distintos países se trató el asunto, al año 1996 (antes de que se apruebe la directiva), la situación de cada país es la siguiente; prohibición vigente en Alemania, Bélgica e Italia; países donde se permite pero con limitaciones de importancia, Francia y Suiza, y por último, España y Portugal son los países con la regulación más amplia al respecto.

Cambiando de punto geográfico, analizaremos otro ángulo de referencia muy importante en el derecho comparado, el latinoamericano, y lo haremos a través de las investigaciones realizadas por el Dr. Craviotto en su voto del Caso Navarro Correas<sup>292</sup>, podemos ver que, ...“En el Derecho Colombiano, Helmer Zuluaga – Vargas (Código de autorización publicitaria”, publicado en la Revista Universitas, núm. 59, ps. 339 y sigts.) expresa que las agencias de publicidad, anunciantes y medios de comunicación se han declarado- previa aprobación de sus respectivas asambleas de afiliados– “solidariamente responsables de su cumplimiento”, ingresando así al camino de la autodisciplina.

En dicho Código, se consagran una serie de principios rectores.

*Así el art. 16 preceptúa que el anuncio debe ser realizado en forma que no implique “abuso de la confianza” del consumidor, “ni explotación de su falta de conocimiento o de experiencias”.*

*El art. 21: “en el anuncio, toda descripción, argumentación o `comparación` que se relacione aun con hechos o datos objetivos, debe ser comprobable. Los anunciantes y las agencias de publicidad, facilitarán las pruebas de tales hechos cuando le fueran solicitadas”.*

*El art. 22: “El anuncio no debe contener información o presentación visual que por implicación, omisión, exageración o ambigüedad, pueda llevar directa o indirectamente al consumidor a engaño en cuanto al producto anunciado, al anunciante o a sus competidores<sup>293</sup>”...*

El Dr. Craviotto también transcribió la parte de la regulación específica a la publicidad comparativa, del mencionado Código, considerando como salientes los siguientes puntos, ...“dice el art. 32: “entiendese poe publicidad comparativa:

*1)La que específicamente menciona el nombre de la competencia.*

*La que compara uno o más atributos específicos de los productos anunciados.*

*2)La que anuncia o `sugiere` en la comparación, que la afirmación puede ser respaldada por información verídica<sup>294</sup>”...*

Debemos remarcar dos cuestiones, para nosotros, salientes, en primer lugar no considera la publicidad comparativa implícita, y en segundo lugar que en la parte general específica que las comparaciones deben tener un sustento comprobable, el cual debe estar a disposición de cualquiera que lo solicite, mientras que en la parte específica, aparenta que el mencionar que se tiene tal sustento es algo facultativo de quien anuncia.

Continuando con la transcripción del realizada por el Dr. Craviotto tenemos que, ...“el art. 33, a su vez expresa: “la publicidad comparativa `será permitida`, siempre y cuando respete, además de las normas legales, los siguientes principios y límites:

a) *Que su objeto principal `sea la defensa del consumidor`. No obstante, y sin perjuicio de los derechos de éste, la publicidad comparativa podrá hacerse en defensa del producto, de la marca o de la industria<sup>295</sup>”...*

Al leer este inciso da la idea de que el principal beneficiario de la publicidad debe ser el consumidor, pero que puede usarse como defensa, la pregunta es ¿de qué?, y se nos ocurre que quizás como respuesta a otra publicidad comparativa que haya agredido la marca que se intenta proteger, pero los términos, según nuestro parecer, son algo imprecisos, motivo por el cual no encontraremos respuesta a nuestra pregunta.

Continuando con el articulado, ...“b) *Que tenga por principio básico la objetividad en la comparación, datos subjetivos de fondo psicológico o emocional no constituyen término válido de comparación ante el consumidor.*<sup>296</sup>”... creemos que esto es correcto si embargo incompleto ya que desde nuestro punto de vista faltan nombrar las características sensoriales, las que en la actualidad no pueden medirse. Pues el parámetro es la propia preferencia, para ser más claros un ejemplo sería decir que algún producto es más sabroso que otro tomado como referencia.

...“c) *Que la comparación sea factible de comprobación.*

d) *Que compare productos fabricados en el mismo periodo; es inaceptable la confrontación entre modelos de épocas diferentes, a menos que se trate de una referencia para demostrar evolución, la cual, en ese caso, debe ser informada claramente.*

e) *Que no cree confusión entre productos y marcas competidoras.*<sup>297</sup>”... En lo que hace al punto c) no hay para decir, más de lo que ya se ha dicho, en lo que hace al punto d) es bastante claro, pero en lo que respecta al e) es un punto que genera discusión

porque al decir de algunos autores la confusión no es precisamente lo que busca quien se compara, sino todo lo contrario, pero a decir verdad, muchas veces los espectadores son confundidos en distintas formas, como por ejemplo el creer que las empresas se han fusionado, o que están de acuerdo y conjuntamente realizan publicidad, esto porque el contenido de la misma no es lo suficientemente claro.

*...“f)Que no denigre o deforme la imagen del producto o marca de otra empresa ni contenga afirmación o insinuación que atente contra el buen nombre de terceros y en general, que respete los principios y normas de la lealtad en competencia comercial.*

<sup>298</sup>”... En lo que hace a este punto no es poco lo que se puede decir, en primer lugar si una persona dice que es mejor que otra, pero no dice que esa otra es mala, en cierta forma lo que hace es degradarla, más aún si sólo lo dice y no da razón del por qué, ahora bien, analógicamente fue esto lo que sucedió entre Isenbeck y Quilmes, ya que la primera decía que era mejor que la segunda, podríamos decir que en el ejemplo al menos insinúa una situación de inferioridad sustentada en “nada”.

*...“g)Que, en el caso de comparación entre productos, cuyo precio no sea de igual nivel, tal circunstancia sea claramente indicada en el anuncio.*

*h)Que se comparen sistemas o métodos para demostrar ventajas o cualidades que no puedan ser ilustradas en otra forma.*<sup>299</sup>”... Aún cuando el punto g) es bastante claro, el h) carece de esta claridad, o al menos deja librado al “buen criterio del publicista” la ponderación de estos métodos de medición, formula esta que se repite en todo el art. ya que en ningún momento se ve la actuación de un organismo sino estatal al menos neutral que verifique las pautas dadas.

Finalmente el Dr. Craviotto extracta del articulado, como juega la responsabilidad, que como ya se dijo en un momento es solidaria, con la salvedad de que se autoriza a los medios de comunicación a rechazar y denunciar publicidades que

no se ajusten a las normas y pudieran derivar en ilícitas por contrarias a la legislación específica.

El citado Código, es en sí, una forma implícita de prohibir la publicidad comparativa como también lo es, según nuestro entender la Directiva 97/55/CE, sino al menos una forma de quitarle el atractivo, pues el único beneficiado sería el consumidor, con esto no queremos decir que los productores de bienes y servicios se nieguen a beneficiar al público consumidor, sino que el principal beneficio que se busca en el comercio es el propio. De todas formas y en una primera instancia estas legislaciones permitirían la publicidad comparativa, pero ambas poseen lagunas y términos que por amplios continúan delegando en la labor judicial la tarea del discernimiento de que publicidad sería lícita, y cual devendría en ilícita, el problema es que según el criterio de cada magistrado podrían darse resoluciones en sentidos opuestos, y con fundamento en la misma legislación.

## **Reflexiones Finales.**

### Capítulo VI.

#### **La Conciencia Social y la Publicidad Comparativa,**

#### **Propuesta para una Hipotética Legislación y Conclusión final.**

##### **6.1 - Aclaraciones finales.**

Sabemos que en un sistema representativo, aquellos que son elegidos deberían representar a quienes han sido artífices de su elección, sancionando leyes y velando por su cumplimiento entre otras tareas, sin perder por esto el rumbo que fijan las normas primigenias a las cuales deben ceñirse.

Es por este motivo, y porque en definitiva lo que importa a quienes realizan publicidad, que realizamos una sencilla encuesta en un grupo heterogéneo de personas.

Pretendemos que con estos datos y todo lo aportado desde los científicos del Derecho, con más las decisiones de los estrados judiciales, y por supuesto manteniendo nuestra postura, que fue en si la que da cuerpo a gran parte del trabajo, brindar como dijimos en un principio sendas propuestas para una hipotética legislación al respecto.

##### **6.2 – Encuesta, contenido y resultados.**

Ahora bien volviendo sobre el tema de las encuestas, si bien tienen como tema principal la publicidad comparativa, toman como referencia la campaña realizada por la cerveza Isenbeck en el año 2004, con la finalidad de que quienes la completen tengan un punto de referencia palpable y / o vivenciado.

Como toda encuesta y para conseguir la total franqueza y comodidad de los encuestados fue anónima, pero se solicitaban datos útiles para demarcar las distintas “franjas” a las que pertenecían.

El plexo de preguntas dado a los encuestados es el siguiente:

### Encuesta

- 1) Recuerda la campaña que la cerveza Isenbeck desarrollo en 2004<sup>300</sup>
- 2) Consume usted este producto (cerveza), ¿qué marca?. Si contesta esta pregunta negativamente no responda la N° 5.
- 3) Como espectador y/o consumidor que le pareció esta campaña publicitaria.
- 4) ¿Cuáles fueron las ideas que le surgieron al verla?
- 5) ¿Cambió su habito en el consumo?
- 6) Ante la frase “Publicidad Comparativa” ¿qué le surge?.
- 7) Recuerda alguna otra publicidad de este tipo.
- 8) ¿Cree que es legal realizar este tipo de publicidad en nuestro país?
- 9) Señale las características de este tipo de publicidad, clasificándolas en positivas y negativas (aun aquellas que según Ud. podrían ser posibles).

-----

Datos del encuestado.

Edad: \_\_\_\_\_ Profesión: \_\_\_\_\_

Estudios Cursados y/o en curso: \_\_\_\_\_

Creemos que es importante señalar que en los casos que las respuestas permitían más de un análisis y/ o conteo, fueron analizadas desde todos los ángulos que nos fue posible y en alguna medida útil.

A fin de hacer más accesibles los datos, también realizamos gráficos de los mismos. Creemos imprescindible también el señalar que las opciones fueron escogidas por los encuestados y no sugeridas, sin embargo al fin de contabilizar las agrupamos según la idea que encerraban y no las palabras textuales.

Todos los gráficos pueden ser encontrados en el Apéndice.

De los datos tabulados en la encuesta puede verse que mayormente se tiene una idea negativa frente a la publicidad comparativa, o al menos muchísimos reparos.

Tampoco podemos obviar que un grupo de encuestados, la consideraron positiva, al menos en algunos aspectos, y si tuviésemos que realizar un proyecto de legislación, sin abandonar nuestra postura, pero cubriendo las expectativas de quienes son indirectos interesados, pero protagonistas en el mercado de consumo; lo haríamos teniendo como fin inmediato el proteger la exclusividad de uso de la marca, y con la finalidad mediata de proteger al consumidor de los abusos de publicitas y empresas.

### **6.3 – Criterios de selección de la muestra, objetivos.**

Como, pretendemos realizar un aporte en cuanto a una hipotética legislación creímos relevante el conocer la opinión de las personas en cuanto al tema en tratamiento. Ya que supuestamente los legisladores cumplen el mandato ciudadano. Puesto que era lógico que por desconocimiento no tuviesen una opinión formada, relacionamos el tema a una de las últimas y más significativas publicidades comparativas<sup>301</sup>, y a partir de la misma refrescar en la memoria de los encuestados las distintas opiniones que surgieron por la citada pauta publicitaria.

Como ya dijimos el total de los encuestados asciende a 100 personas, el criterio de selección trato de ser amplio y heterogéneo, para ser así lo más representativo posible. No solo se realizo la encuesta a personas mayores de edad, sino también a menores, se hizo participar de la misma a profesionales de distintas ramas, estudiantes y personas con estudios básicos. La finalidad de tomar una muestra de este tipo es conseguir así que tenga la entidad suficiente para poder usarla como una aporte – mandato, en el “proyecto legislativo”, por lo que en parte a la conclusión a la que se arriba con la lectura de los resultados del sondeo, se haya plasmada en el mismo

#### **6.4 – Proyecto legislativo.**

Creemos conveniente recordar y aclarar antes de comenzar, que este es solo un hipotético proyecto, y que por medio del mismo solo daremos algunas propuestas, puesto que no pretendemos, ni es nuestro objetivo, realizar una ley acabada.

Aún cuando nuestra postura es contraria a esta práctica publicitaria, creemos que para evitar abusos y conflictos con derechos fundamentales como la libertad de expresión, es que debe regularse.

Según lo que nosotros mismos hemos sostenido a lo largo del trabajo, la publicidad comparativa es contraria a la ley por violar el derecho de uso exclusivo del que goza el titular de la marca, y es en este contexto legal que creemos debería ser reglada.

Una vez determinado esto, el primer paso de nuestro proyecto sería definir a la publicidad comparativa como: una publicidad en la que se comparen precios, características, cualidades, propiedades, resultados, aplicaciones, etc. de un producto individualizado, o que sea individualizable por su nombre o su marca.

El siguiente paso sería dar los principios rectores de la admisibilidad o no de esta práctica publicitaria.

En primer lugar, todo anunciante que pretenda realizar publicidad de tipo comparativa deberá gestionar de entre las entidades determinadas a tal fin, un informe, en el que se verifique si la pauta publicitaria cumple con los requisitos de ley.

Las entidades podrá será escogida por la agencia o el anunciante, y deberá escoger entre una asociación de defensa a los consumidores, (que cuente con el otorgamiento de su personería jurídica), una entidad educativa con ingerencia en la materia y autorizada a emitir dichos informes, o la oficina de defensa de los consumidores. O podrá solicitar se sortee de la lista que a tal fin llevará la autoridad de aplicación.

Todas estas entidades cobrarán por sus servicios según, lo estipulado por la autoridad administrativa, y los gastos correrán por cuenta del interesado.

Las entidades deberán acreditarse cada dos años para figurar en lista, ya sea para poder ser escogidas o sorteadas.

La entidad administrativa funcionara en la orbita de la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, y tendrá las siguientes funciones; establecer y controlar los requisitos de las entidades que podrán emitir informes, realizar una tabla de honorarios por dichos servicios y revisar, formalmente, que en el informe se verifiquen todas las pautas requeridas a tal efecto.

Toda aquella agencia o anunciante que no obtenga un informe favorable podrá realizar los ajustes sugeridos. O solicitar un nuevo informe pero a la autoridad de aplicación.

Si de igual manera no se obtuviese una respuesta positiva se podrá acceder a la justicia Federal en lo Civil y Comercial.

De no realizar los anunciantes o las agencias de publicidad este informe, y si propalaran una publicidad de este tipo, serán pasibles de las sanciones y procesos que se establecen en el Capítulo III sección 1ª de la ley 22.362, siendo solidariamente responsables los medios de comunicación que propaguen una publicidad de este tipo sin informe o con un informe con resolución negativa.

También se aplicará a los efectos de hacer efectiva la protección el convenio de Paris, Ley 17.011.

Los preceptos a que deberá responder una publicidad comparativa para obtener un informe positivo serán los siguientes:

El anuncio debe ser claro y conciso, de forma tal que no se explote la falta de conocimiento y experiencia del consumidor.

Todos los datos que se brinden deben ser verificables, de tipo objetivos y cuantificables. No se admitirán datos que dependan de la subjetividad, del gusto o el parecer de las personas.

Los estudios y observaciones por las que se obtengan los datos deberán ser brindados a la entidad que realizará el informe y estar a disposición de los consumidores, sin que esto implique por los mismos ningún tipo de gastos.

Comparación de precios: a) Siempre que la comparación sea de precios, entre productos y/ o servicios deberá mostrarse, en el mismo orden de importancia, el precio por unidad de medida, y la relación teórica del rendimiento de los productos comparados siempre que éstos lo permitan.

b) Cuando la comparación de precios sea entre supermercados o afines los mismos deberán incluir en la lista en iguales cantidades a los productos seleccionados para la comparación productos que aleatoriamente determinará la entidad que realice el informe, de no optar el anunciante o la agencia por este sistema, se deberá informar a los consumidores en la publicidad que, la diferencia de precios dada en los productos elegidos no significa que la relación de precios entre los establecimientos objeto de comparación sea similar a la publicitada. Esto último con la misma importancia, o notoriedad, que el resto de la publicidad.

La publicidad no deberá crear en modo alguno confusión, sobre posibles arreglos comerciales, asociaciones, fusiones, permisos, etc., ni realizar promociones que afecten y / o utilicen en modo alguno a la marca, objeto de comparación.

No deberá denigrar, deformar, o cuestionar en forma alguna la imagen del producto, de la marca o de la empresa, evitando cualquier dicho o insinuación que atente contra el buen nombre de la misma o de terceros en general.

Las comparaciones entre productos o servicios deben tener base actual, siendo prohibida la comparación entre productos de distintas épocas, a no ser que se trate a una referencia para demostrar evolución, cuestión está que debe ser claramente especificada.

Los productos y/ o servicios comparados no pueden por ningún motivo presentarse como réplicas. No podrán asimismo compararse productos y/ o servicios que satisfagan necesidades de distinta índole.

La publicidad comparativa deberá tener como principal objetivo brindar información de utilidad a los consumidores, de lo contrario se considerara que se utilizan injustificadamente, la propiedad, la imagen y el prestigio ajenos.

Con esto no pretendemos realizar un proyecto de ley impecable sino que, aún siendo hipotético, como dijimos en un principio, se trata simplemente de realizar algunas propuestas en este sentido.

### **6.5 – Conclusión.**

Podríamos empezar diciendo, una frase que no por popular es menos cierta, “Todas las comparaciones son odiosas”.

A nadie, o a casi nadie le gusta ser objeto de una comparación, cuando nos toca llevar las de perder, o al menos cuando todo tendrá ese aspecto.

A esta altura del escrito, no es novedad ni secreto que la postura que sostenemos es contraria a la publicidad comparativa, y en segundo lugar y contestando al nombre de este trabajo, creemos que sí, definitivamente, los límites legales sí están dados, como para considerar a esta práctica publicitaria contraria a las leyes, aún cuando no exista en nuestro país, una legislación específica sobre el tema.

Como ya lo hemos dicho en otras oportunidades creemos que la exclusividad en el uso a la que hace referencia el art. 4º de la ley 22.362 debe entenderse en toda la

extensión posible, de lo contrario, no se estaría a los fines de la ley, que es proteger a la marca.

Al respecto de esto hay quienes consideran que el uso de la marca ajena en publicidad comparativa no es un uso marcario, pero parecerían olvidar que la función de publicidad es un de las funciones de la marca, o que no se percatan de que no están sólo nombrando una marca como se hace en una lista de precios, sino que están evocando todo lo que esa marca trae consigo, para tomarlo de punto de referencia, captar la atención del consumidor y asociarlo a la propia marca en una relación en que la evocada esté, sino en inferioridad, al menos en igualdad, haciendo propio con esto todo el esfuerzo e inversión de la otra empresa, porque seamos francos ninguna marca se compara con una marca desconocida o de una calidad regular, de esto un o de los ejemplos más patentes es el “Desafío Pepsi”, quien dudaría del reconocimiento que tiene Pepsi, pero de la misma forma nadie titubearía al decir que la marca más consumida o el sinónimo de las bebidas colas es precisamente Coca Cola, cuantas veces se ha escuchado o dicho cuando se pide una bebida de sabor cola pedir por una “coca”, ahora bien, si compararse con una marca ajena no es un intento de apoderamiento del magnetismo de una marca ajena y esto no es uso de la misma, realmente no sabemos qué podrían considerar quienes sostienen esta postura como uso de la marca ajena. Es en este sentido que Aracama Zorraquín aplica la teoría de la dilución (protección a las marcas fuertes o notorias), ya que aún en ausencia de posibilidad de confusión, si el uso del rival es capaz de empañar, degradar o diluir la cualidad distintiva de la marca, esto es que la disminución resultante del uso efectuado por otro, constituye una invasión al derecho de propiedad y de exclusividad en el uso de la misma.

Se dice también que la publicidad comparativa hace a la transparencia del mercado porque brinda información al consumidor y que impedirle lesiona el derecho a la libertad de expresión y el derecho de informar.

Con respecto a esto, lo primero que podemos decir es, que publicidad e información distan bastante de ir por el mismo carril, acaso no llamamos a los publicistas creativos, y no es precisamente por brindar información, sino por buscar una forma original de crear una imagen positiva asociada a la marca publicada.

Por otro parte si lo que se pretende es realmente informar acerca de las bondades del propio producto o servicio, precisamente que sólo se hable y se informe en relación del propio producto o servicio.

En lo que hace a la libertad de expresión, y a la prohibición de censura previa, ya se había dicho que el límite para la libertad de expresión es la moral, y si por otro lado consideramos a realizar publicidad comparativa como contrario a la moral y a las buenas costumbres, creemos por lo tanto que bien podría regularse, sin mencionar que el consumidor o usuario tiene también el derecho constitucional de ser informado (correctamente), y aún cuando la publicidad fuese exacta en cuanto a los datos comparados, puede afirmarse que la publicidad es normalmente incompleta, cuanto más lo será una publicidad comparativa en la que quien elige los datos a comparar es quien pretende beneficiarse, esto sin olvidar que la comparación que verá el público la realizaran especialistas en persuasión.

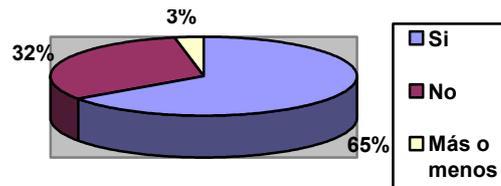
Aún cuando hemos realizado propuestas para una legislación específica, por la simple razón de que creemos que es la forma más correcta de proteger la exclusividad sin afectar otros derechos, es teniendo en cuenta las opiniones volcadas en las encuesta - las que en su mayoría creían ilegal o cuando menos deplorable esta práctica, considerando que el ejercicio de la industria o el comercio exige respeto por los valores, entre los que se encuentra como una falta de ética el **usar** la marca, los esfuerzos y el prestigio de otro - y nuestras propias convicciones que creemos que, *todas estas razones son más que suficientes para demostrar que, en el estado actual en que se encuentra nuestra legislación es **ILÍCITO** y **deleznable al Derecho y al sentir social**, realizar*

*publicidad comparativa, ya que se estaría afectando entre otras normas y preceptos del derecho, a la más específica en la materia, la que establece que, “el titular de una marca tiene la exclusividad de uso y el derecho a oponerse a que otros lo priven del mismo” dado por el art. 4 de la ley 22.362.*

## Apéndice

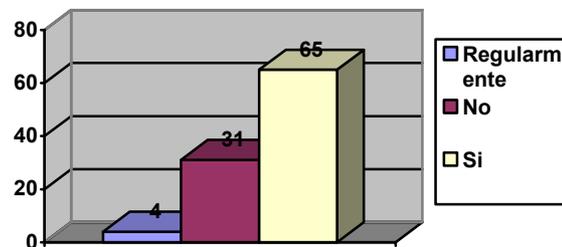
La encuesta realizada cuenta con un total de nueva preguntas, pero los datos que pueden analizarse son más, puesto que en algunos de los items las respuestas son más de una, y en otros se analizan un función de los datos personales brindados por los encuestados. En cuanto a la pregunta N° 1 las variables de respuesta fueron tres:

Si: 64    No: 31    Más o Menos: 3

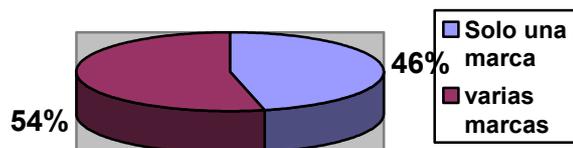


La respuesta a la pregunta N° 2 apuntaba a medir, quienes dentro de los encuestados son consumidores del producto publicitado, y específicamente la o las marcas que consumen, ya que esto puede ser representativo a la hora de evaluar el comercial. Los primeros datos extraídos de la pregunta 2 fueron los siguientes:

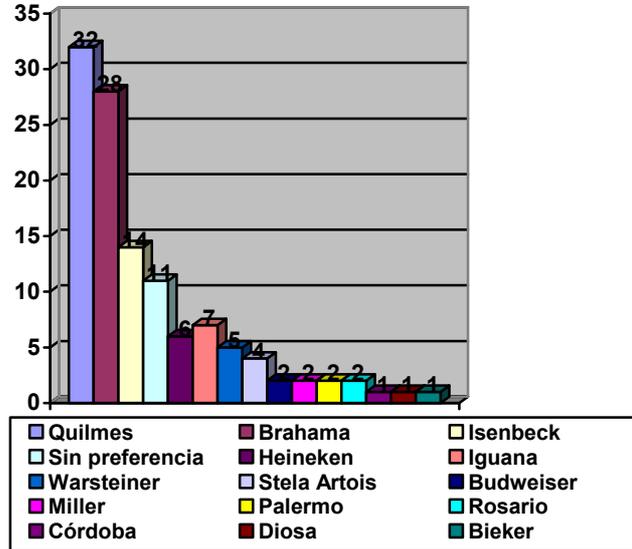
Si consumo: 65    No consumo: 31    Consumo regular u ocasionalmente: 4



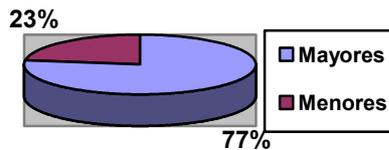
Dentro de los encuestados que respondieron afirmativamente diferenciamos entre quienes tienen preferencia por solo una marca, de quienes consumen más de una, diferenciando las marcas. Consumen solo una marca: 32    Consumen varias marcas: 37



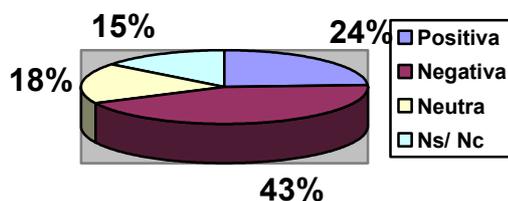
A su vez pudimos determinar cuales son las marcas más y menos consumidas, y dentro de esto un dato curioso, la publicidad no engañaba, la más consumida, es Quilmes.



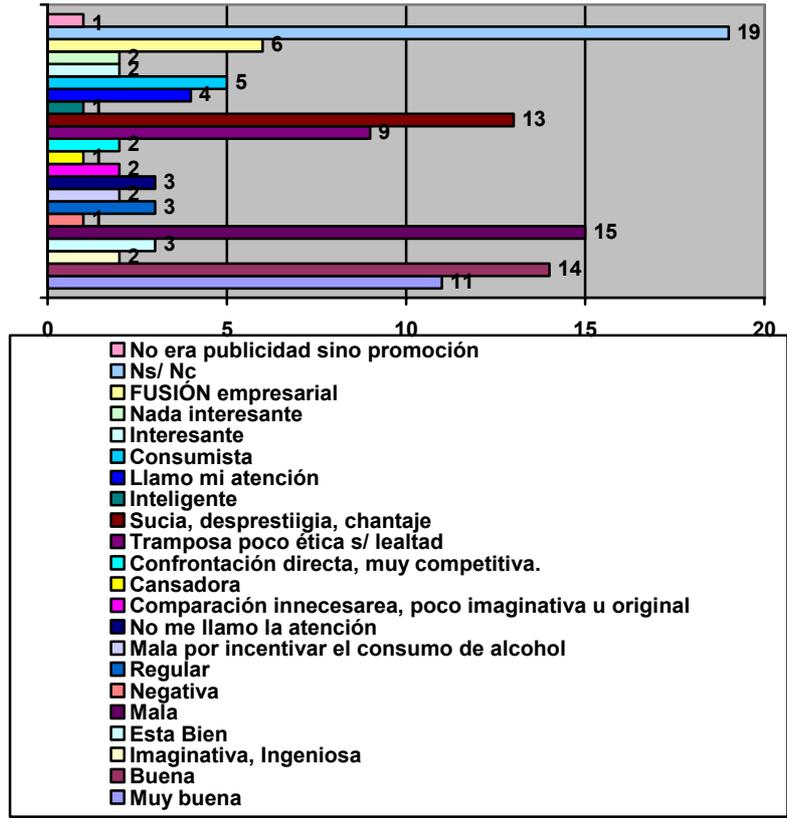
Y por último dentro de quienes consumen este producto, discriminamos entre quienes son mayores de edad y quienes no lo son. Los mayores encuestados fueron 74, mientras 26 fueron los menores, y dentro de estos solo 9 menores y 22 mayores, no consumen este producto.



En cuanto a la impresión que causó esta pauta publicitaria en particular sobre los encuestados las repuestas fueron variadas, pero en un principio las contabilizamos agrupadas en: Positivas: 30 Negativas: 54 Neutras: 22 Ns/ Nc: 18



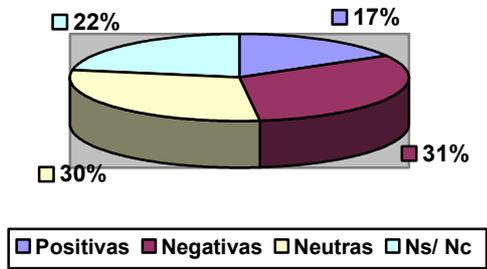
Mientras que las respuestas específicas fueron las siguientes:



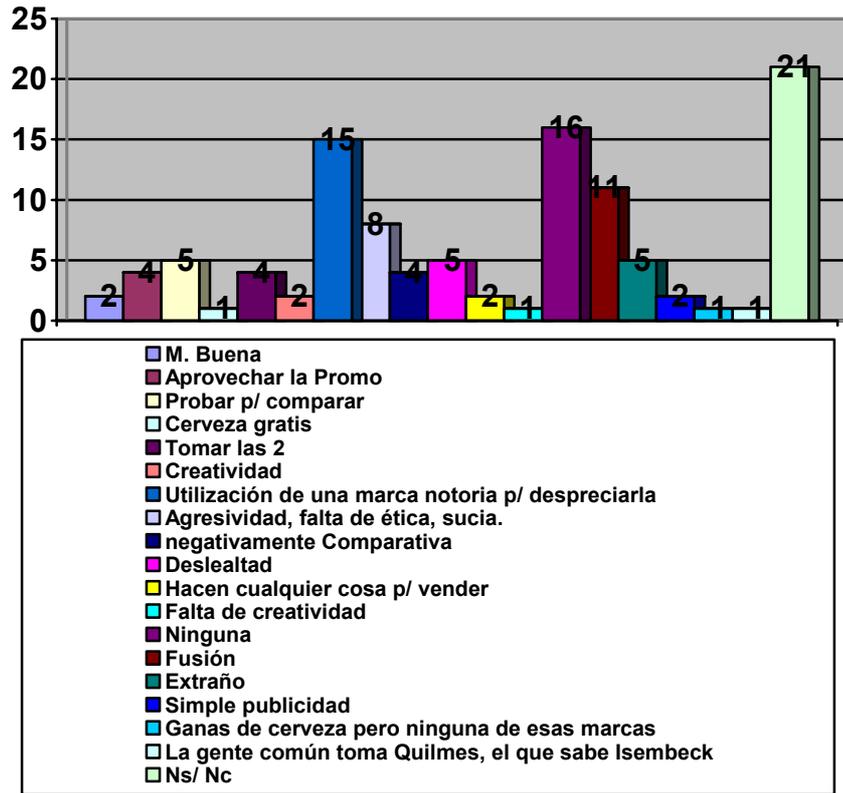
La pregunta N° cuatro se refiere exclusivamente a la campaña en general, (incluyendo la promoción) más allá de la publicidad en si.

Y de la misma forma que en la respuesta anterior, primariamente clasificamos a las respuestas agrupadas en calificaciones de tipo. Es importante destacar que varias encuestas dieron más de una calificación.

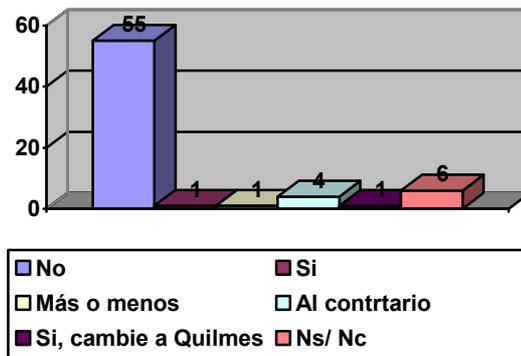
Positiva: 18    Negativa: 34    Neutra: 32    Ns / Nc: 24



El detalle de las respuestas es el siguiente.

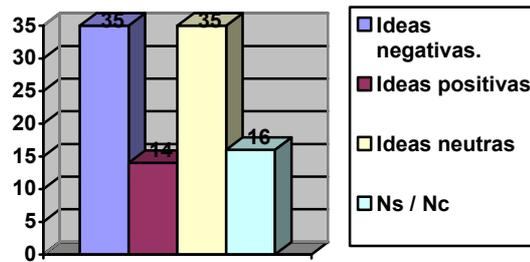


Tanto la pregunta como la respuesta de la consigna número 5 son simples, pero son la razón de ser de este tipo de publicidad, ya que lo que se pretende es que quien consume cambie su hábito, sin embargo este efecto fue casi inexistente y muy por el contrario sí dio un efecto rebote, ya que de los 69 encuestados que consumen el producto 57 de ellos no cambiaron su hábito, 6 no sabrían decirlo, 2 reconocen que sí pero dentro de estos dos, uno dice que cambió pero a Quilmes, 1 que más o menos y 4 que al contrario, la publicidad les molesto de tal forma que no piensan cambiar.

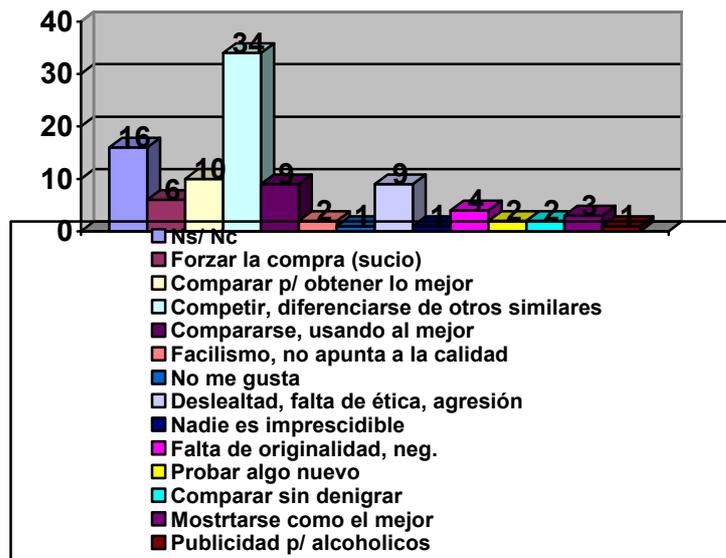


La sexta pregunta apunta a verificar que entienden los encuestados por publicidad comparativa, en pocas palabras, qué es la publicidad comparativa, o para que se usa. Y al igual que en las respuestas anteriores clasificamos las respuestas en categorías:

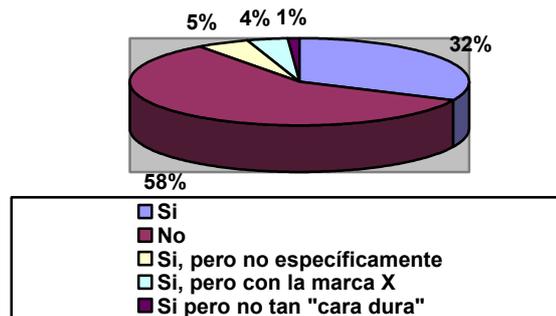
Positivas: 14    Negativas: 35    Neutras: 35    Ns / Nc: 16



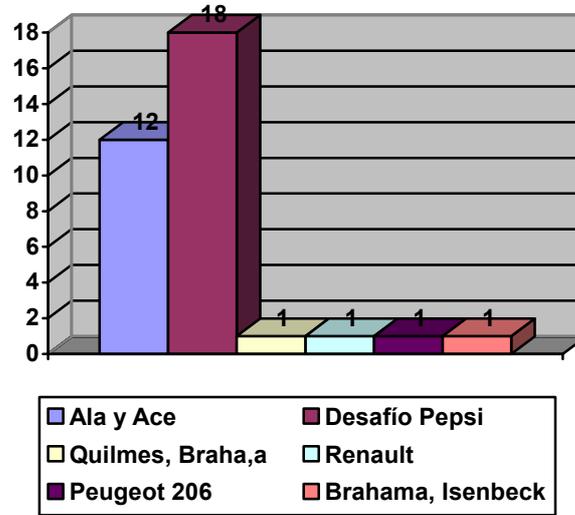
Las respuestas específicas como se verá son bastante ilustrativas.



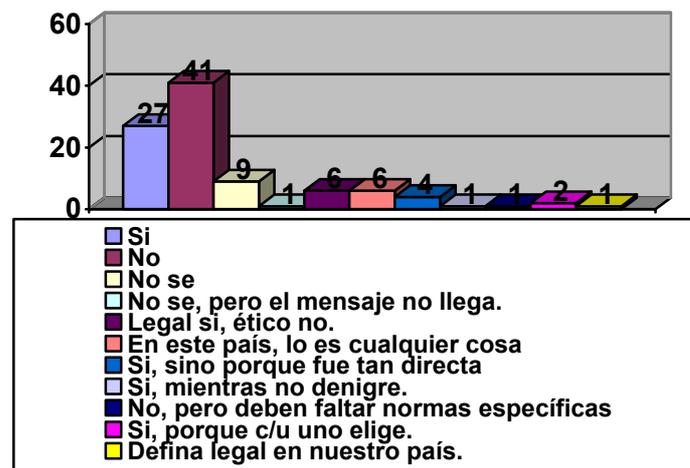
Con la pregunta siete pretendemos ver cual es el impacto, y por ende, cuanto se recuerdan las publicidades de este tipo, más allá de que influyan o no en el consumidor.



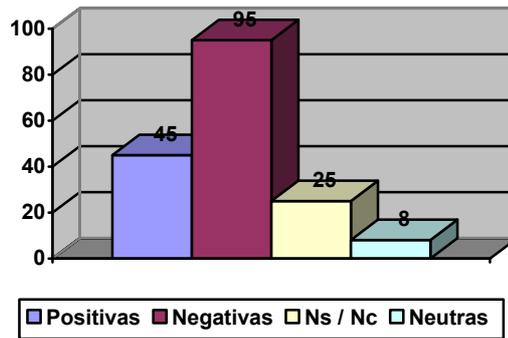
Los encuestados que respondieron positivamente, casi en su mayoría, dio ejemplo de alguna publicidad que recordaba, mencionando las siguientes.



La pregunta N° 8 tenía cierta suspicacia, ya que nosotros sabemos que precisamente es eso lo que se discute, es más, según la postura que hemos mantenido a lo largo del trabajo, no es legal aún en ausencia de legislación específica. Pero la razón de realizar esta pregunta fue saber que es lo que consideraban los encuestados, (como muestra de la sociedad).



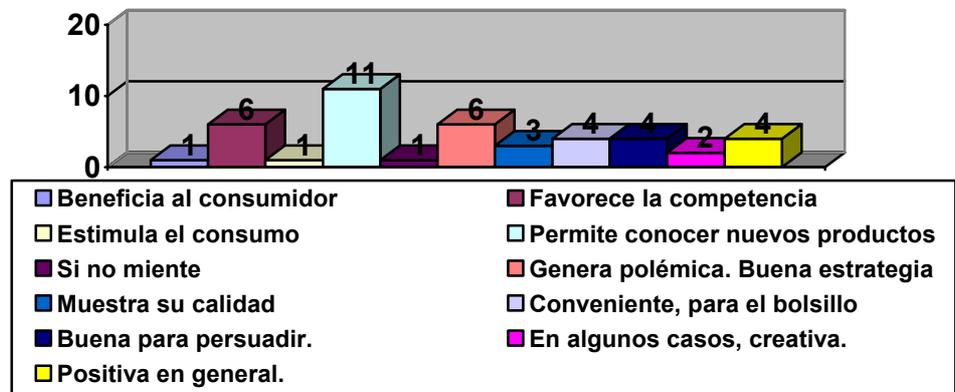
En cuanto a las características positivas y negativas que fueron solicitadas en la pregunta 9 el total de las características dadas fue de 148 y 25 de los 100 encuestado no contestaron.



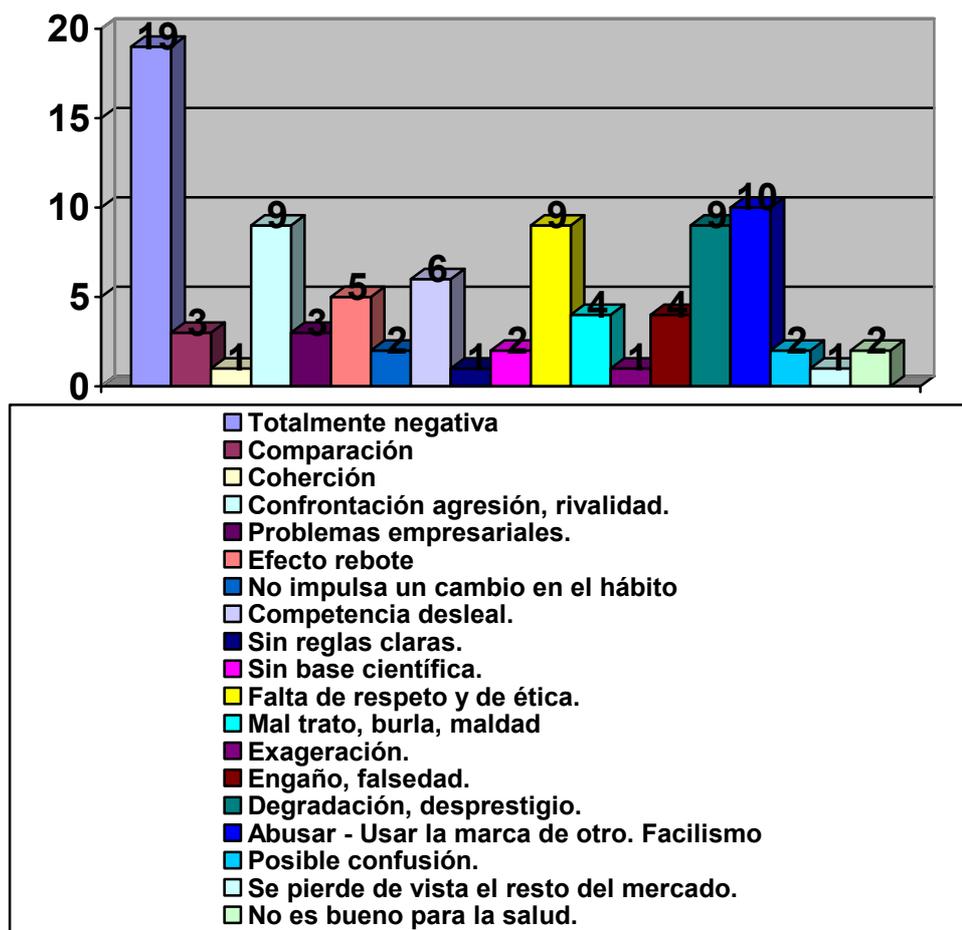
Dentro de las características neutras las nombradas fueron las siguientes.



En lo que hace a las características positivas, si bien fueron menos que las negativas, no por eso no fueron variadas.

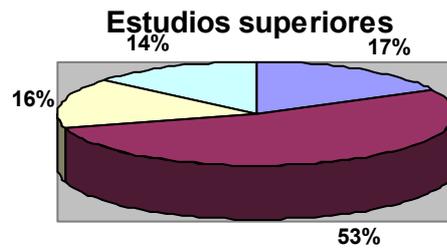


En las negativas no solo encontramos cantidad, sino una gran espectro de calificaciones.

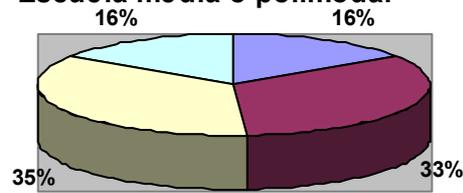


Los últimos datos que procesamos son tomados de la pregunta 9 en conjunto con los datos solicitados a los encuestados.

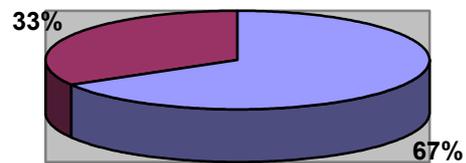
Tomando la generalidad de los datos, como una postura o visión, ya sea positiva, negativa, media o neutra, las contabilizamos en razón de los estudios y / o profesiones realizadas, separando en quienes cursan o cursaron estudios superiores (universitarios o terciarios), quienes solo han cursado o cursan el nivel polimodal o escuela media, y por último la posición de los comerciantes., y es en ese orden que expondremos los resultados.



**Escuela media o polimodal**



**Comerciantes**



En este último caso como bien puede verse no existe la visión positiva sobre esta práctica publicitaria.

**Citas:**

---

<sup>1</sup> Zorraquín, Ernesto Aracama. Medios distintivos y publicidad comparativa. Buenos Aires: Abeledo - Perrot; 1989

<sup>2</sup> Zapiola Guerrico, Martín. Publicidad Comparativa. Aspectos Jurídicos. La Ley 1988 – C. Pág. 775 - 79

<sup>3</sup> Alonso, Fernando Martín. Publicidad Comparativa, análisis de un reciente fallo. C.N. Federal Civ. y Com. Sala I en autos Bodegas J. Edmundo Navarro Correas S.A. c/Agro Industrias Cartellone S.A. La Ley. 1991 – C Pág. 526- 43.

<sup>4</sup> Burkhartt Menke. La publicidad Comparativa. Una investigación de derecho comparado a la luz de nuevos conocimientos económicos.” La Ley 1995 – A. Pág. 985–96.; Publicidad Comparativa. Nuevas Modalidades en Europa. La Ley 1999 – C.

<sup>5</sup> Ernesto O`Farell. La publicidad comparativa vista desde la publicidad. La Ley 1995– C. Pág. 1065 – 68.

<sup>6</sup> López, Claudia Ida Mónica. Propaganda Comparativa: ¿Información leal o denigración del rival?”. La Ley 1992 – A Pág. 566-68.

<sup>7</sup>Tamini, Adolfo Luis. “El delito de concurrencia desleal y el derecho de los consumidores a la libre opción”. CNCrim. y Correc. Sala VI. La Ley. 1993– C Pág. 142-48.

<sup>8</sup> Herrendorf, Daniel E. “Formulación de criterios de interpretación según los parámetros de admisibilidad de la libertad de Expresión”. Jurisprudencia Argentina. 1994 II. Pág. 873-75.

<sup>9</sup> Vítolo, Alfredo M. “La Publicidad Comparativa. La perspectiva constitucional.”. Revista La Ley 2005. Año LXIX N° 30. Pág. 1 – 2.

<sup>10</sup> Otamendi, Jorge. Derecho de marcas. 4ª edición . Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 2002.

<sup>11</sup> Op., cit. N° 4

---

<sup>12</sup> O'Farell, Ernesto. La publicidad comparativa vista desde la publicidad. La Ley 1995 – C. Pág. 1065 – 68.

<sup>13</sup> O'Farell, Miguel B. La publicidad comparativa en el Derecho argentino. La Ley 1995 – E. Pág. 621 – 29.

<sup>14</sup> Spolansky, Norberto Eduardo. El delito de competencia desleal y el mercado competitivo. Buenos Aires Ad – Hoc. 1997.

<sup>15</sup> Iturraspe, Moset. Defensa al consumidor Ley 24.240 (modificada por leyes 24.568, 24.787 y 24.999). 2ª edición. Santa Fe. Rubinzal – Culzoni 2003.

16 “LA PUBLICIDAD COMPARATIVA LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL” Por Alfredo M. Vítolo. Viernes 11 de febrero de 2005. Año LXIX N° 30

17 “El fallo de primera instancia haciendo lugar a la medida cautelar solicitada por Quilmes para el cese de la campaña iniciada por Isembeck peca, en nuestra opinión, de un evidente error...En efecto, el sentenciante, al analizar la pretensión del demandante, lo realiza exclusivamente desde la perspectiva del derecho marcario (y su eventual conflicto con el derecho de la competencia)”... Revista la Ley “la Publicidad Comparativa La perspectiva constitucional” Por Alfredo M. Vítolo. Año LXIX N° 30

<sup>18</sup> Otamendi, Jorge. Derecho de marcas. 4ª edición . Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 2002.

<sup>19</sup> Op. Cit. N° 20.

<sup>20</sup> Tratado de marcas de fábrica y de comercio (Buenos Aires, 1946), pag. 3 citado por Bertone; Cabanellas de las Cuevas en, Derecho de Marcas. Tomo I. 4ª edición- Buenos Aires - Abeledo Perrot 2002.

<sup>21</sup> Código de Comercio comentado (Buenos Aires, 1950), t. II, pág. 153, citado por Bertone; Cabanellas de las Cuevas en, Derecho de Marcas. Tomo I. 4ª edición- Buenos Aires - Abeledo Perrot 2002.

---

<sup>22</sup>Manual de Derecho Comercial (Buenos Aires 1983), pag 424, citado por Bertone; Cabanellas de las Cuevas en, Derecho de Marcas. Tomo I 4ª edición- Buenos Aires - Abeledo Perrot 2002.

<sup>23</sup> Warenzeichenrecht und internationales Wettbewerbs – und Zeichenrecht (Munich, 1979), pág. 64, citado por Bertone; Cabanellas de las Cuevas en, Derecho de Marcas. Tomo I 4ª edición- Buenos Aires - Abeledo Perrot 2002.

<sup>24</sup> Warenzeichengesetz (Berlín, 1976) pág. 223, citado por Bertone; Cabanellas de las Cuevas en, Derecho de Marcas. Tomo I 4ª edición- Buenos Aires - Abeledo Perrot 2002.

<sup>25</sup> Trademarks and unfair competition (Rockhester, 1973) t. 1, pág. 85, citado por Bertone; Cabanellas de las Cuevas en, Derecho de Marcas. Tomo I 4ª edición- Buenos Aires - Abeledo Perrot 2002.

<sup>26</sup> Bertone, Cabanellas de las Cuevas. Derecho de Marcas. 4ª edición- Buenos Aires.- Editorial Abeledo Perrot 2002

<sup>27</sup>Como puede verse al comparar ambos trabajos, en la enumeración que hacen estos autores de las funciones marcarias. Bertone; Cabanellas de las Cuevas en, Derecho de Marcas. Tomo I 4ª edición- Buenos Aires - Abeledo Perrot 2002. y Otamendi, Jorge. Derecho de marcas. 4ª edición . Buenos Aires. Abeledo- Perrot. 2002.

<sup>28</sup> Trademarks as an economic and legal institution, en “International Review of Industrial Property and Copyright Law” (1977), t. 8 pág. 297 Citado por Bertone y Cabanellas de las Cuevas. Derecho de Marcas t. I pag 27

<sup>29</sup> Daniel R. Zuccherino, Carlos O. Mitelman. Marcas y Patentes en el Gatt. Régimen Legal Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1997, Pág. 78- 86.

<sup>30</sup>Araya, Celestino R. La protección de los Consumidores Contra la Publicidad Ilícita. En: Primeras Jornadas Nacionales Interdisciplinarias Sobre la Empresa; 1981

---

Pontificia Universidad Católica de Derecho y Ciencias Sociales. Argentina. Rosario: Editor Pontificia Universidad Católica 1981. pág. 177 – 182.

<sup>31</sup> Op. Cit., N° 16 y subs.

<sup>32</sup> Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. (Año, mes, 21ª edición.) [cantidad de pantallas 15] Disponible desde: URL: <http://buscon.rae.es/drae/diccionario/drae.htm>.

<sup>33</sup> Plaza, Tato Anxo. La publicidad comparativa [monografía jurídica] Universidad de Santiago de Compostela. Editorial Marcial Pons. Madrid –1996.

<sup>34</sup> Alonso, Fernando Martín. Publicidad Comparativa (Análisis de un Fallo Reciente) La Ley, 1991 – C, pag. 526 - 543

<sup>35</sup> Según el esquema de Comunicación planteado por Domínguez Benítez, María Josefa en Activos y Creativos con los medios de comunicación social. Ed Paulinas – UNESCO. Bucaramanga, 1990, citado por; María Isabel Gatti y Cecilia Blanco de Di Lascio, en Cultura y Comunicación. 1ª ed. Buenos Aires: Centro de Comunicaciones La Crujía y Editorial Stella 2001.

<sup>36</sup> Op. Cit N° 34.

<sup>37</sup> Zapiola Guerrico, Martín. Publicidad Comparativa. Aspectos Jurídicos. La Ley 1988 – C: Pág. 775-79.

<sup>38</sup> Alonso, Fernando Martín. Publicidad Comparativa, análisis de un reciente fallo. C.N. Federal Civ. Y Com. Sala I en autos Bodegas J. Edmundo Navarro Correas S.A. c/ Agro Industrias Cartellone S.A.. La Ley. 1991 – C Pág. 526-43.

<sup>39</sup> Zavala Rodríguez. Publicidad Comercial. Su régimen legal, p 425, 3, Ed. Depalma, 1947 citado por, Alonso, Fernando Martín. Publicidad Comparativa, análisis de un reciente fallo. C.N. Federal Civ. Y Com. Sala I en autos Bodegas J. Edmundo Navarro Correas S.A. c/ Agro Industrias Cartellone S.A.. La Ley. 1991 – C Pág. 526-43.

---

<sup>40</sup>Fernández – Novoa. Fundamentos de Derecho de Marcas, p 310, Ed. Montecorvo S.A., citado por, Alonso, Fernando Martín. Publicidad Comparativa, análisis de un reciente fallo. C.N. Federal Civ. Y Com. Sala I en autos Bodegas J. Edmundo Navarro Correas S.A. c/ Agro Industrias Cartellone S.A.. La Ley. 1991 – C Pág. 526-43.

<sup>41</sup> O'Farrell, Ernesto. La publicidad comparativa en la Cámara Federal en lo Civil y Comercial. CNFed. Civil y Comercial, Sala II. The Coca Cola Company y otros. La Ley. 1994 – C. Pág. 1- 6.

<sup>42</sup> Doctor en Jurisprudencia (Universidad de Hamburgo) y Licenciado en Economía (Universidad de Hagen)

<sup>43</sup> Burkhart Menke. La Publicidad Comparativa. Una investigación de derecho comparado a la luz de nuevos conocimientos económicos. La Ley 1995 – A Sección doctrina, pag 985 - 996

<sup>44</sup> Plaza, Tato Anxo. La publicidad comparativa [monografía jurídica] Universidad de Santiago de Compostela. Editorial Marcial Pons. Madrid –1996.

<sup>45</sup>Alonso, Fernando Martín. Publicidad Comparativa, análisis de un reciente fallo. C.N. Federal Civ. Y Com. Sala I en autos Bodegas J. Edmundo Navarro Correas S.A. c/ Agro Industrias Cartellone S.A.. La Ley. 1991 – C Pág. 526-43.

<sup>46</sup> La Ley Revista. “Rolex S.A. cc Orient S. A y otro” C.N. Federal Civil y Comercial. Tomo 147 año 1971.

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Austriaco de 26 de Septiembre de 1978, öbl, 1978 pp 145 y ss., citado por Plaza, Tato Anxo. La publicidad comparativa [monografía jurídica] Universidad de Santiago de Compostela. Editorial Marcial Pons. Madrid – 1996.

---

<sup>48</sup> Tamini, Adolfo Luis. El delito de concurrencia desleal y el derecho de los consumidores a la libre opción. CNCrim. y Correc. Sala VI. La Ley. 1993– C, pág. 142-48.

<sup>49</sup> Op. Cit. N° 48

<sup>50</sup> Op. Cit. N° 48

<sup>51</sup> Op. Cit. N° 48

<sup>52</sup> O'Farrell, Ernesto. La publicidad comparativa en la Cámara Federal en lo Civil y Comercial. CNFed. Civil y Comercial, Sala II. The Coca Cola Company y otros. La Ley. 1994 – C. Pág. 1- 6 .

<sup>53</sup> Un dato curioso, es que muchas personas de nuestra total confianza al recordar esto, comentaban no “haber pasado el desafío”, ya que habían elegido como mejor bebida a la de la competencia. ¿justo ese día no había cámaras?

<sup>54</sup> Jurisprudencia Argentina. Corte Suprema de La Nación, Marcas de Fabrica. Tomo IV. Octubre 1945 Bs. Aires.

<sup>55</sup> Como sería por ejemplo el enumerar por su nombre comercial y /o marca, distintos productos en una lista de precios.

<sup>56</sup> La Ley Revista. C. N. Fed. Civil y Com., sala II Rolex, S.A. cc. Orient, S.A. y otro, tomo. 147, 30/12/1971 p. 231 – 239.

<sup>57</sup> Op. Cit. N° 56

<sup>58</sup> Op. Cit. N° 56

<sup>59</sup> Alonso, Fernando Martín. Publicidad Comparativa, análisis de un reciente fallo. C.N. Federal Civ. Y Com. Sala I en autos Bodegas J. Edmundo Navarro Correas S.A. c/ Agro Industrias Cartellone S.A.. La Ley. 1991 – C Pág. 526-43.

<sup>60</sup> Según reseña del primer miembro opinante. Dr. Craviotto. En: Alonso, Fernando Martín. Publicidad Comparativa, análisis de un reciente fallo. C.N. Federal

---

Civ. Y Com. Sala I en autos Bodegas J. Edmundo Navarro Correas S.A. c/ Agro Industrias Cartellone S.A.. La Ley. 1991 – C Pág. 526-43.

<sup>61</sup> Op. Cit. N° 60.

<sup>62</sup> Op. Cit. N° 59.

<sup>63</sup> Op. Cit. N° 60 .

<sup>64</sup> Op. Cit. N° 60.

<sup>65</sup> Op. Cit. N° 60.

<sup>66</sup> Alonso, Fernando Martín. Publicidad Comparativa, análisis de un reciente fallo. C.N. Federal Civ. Y Com. Sala I en autos Bodegas J. Edmundo Navarro Correas S.A. c/ Agro Industrias Cartellone S.A.. La Ley. 1991 – C Pág. 526-43.

<sup>67</sup> Según voto del segundo miembro opinante el Doctor Pérez Delgado, en Alonso, Fernando Martín. Publicidad Comparativa, análisis de un reciente fallo. C.N. Federal Civ. Y Com. Sala I en autos Bodegas J. Edmundo Navarro Correas S.A. c/ Agro Industrias Cartellone S.A.. La Ley. 1991 – C Pág. 526-43.

<sup>68</sup> Según voto del tercer camarista el Doctor Farrel, en Alonso, Fernando Martín. Publicidad Comparativa, análisis de un reciente fallo. C.N. Federal Civ. Y Com. Sala I en autos Bodegas J. Edmundo Navarro Correas S.A. c/ Agro Industrias Cartellone S.A.. La Ley. 1991 – C Pág. 526-43.

<sup>69</sup> Op. Cit. N° 70

<sup>70</sup> Tamini, Adolfo Luis. “El delito de concurrencia desleal y el derecho de los consumidores a la libre opción”. CNCrim. y Correc. Sala VI. La Ley. 1993– C Pág. 142-48.

<sup>71</sup> Tomándolo como una conducta contraria al art. 159 C.P, en: Tamini, Adolfo Luis. “El delito de concurrencia desleal y el derecho de los consumidores a la libre opción”. CNCrim. y Correc. Sala VI. La Ley. 1993– C Pág. 142-48.

<sup>72</sup> Op. Cit. N° 70

---

<sup>73</sup> Voto del Doctor Elbert en: Tamini, Adolfo Luis. “El delito de concurrencia desleal y el derecho de los consumidores a la libre opción”. CNCrim. y Correc. Sala VI. La Ley. 1993– C Pág. 142-48.

<sup>74</sup> Voto del Doctor Elbert en: Tamini, Adolfo Luis. “El delito de concurrencia desleal y el derecho de los consumidores a la libre opción”. CNCrim. y Correc. Sala VI. La Ley. 1993– C Pág. 142-48.

<sup>75</sup> En lo que respecta a este punto, cabe recordar que aun no teníamos la ley 24240 y el Dr. Tamini realiza la siguiente propuesta .. “Pienso que la discusión legislativa acerca de la “ley de defensa del consumidor”, debería llevarnos a mejorar y armonizar todo el sistema penal vinculado con el derecho de los consumidores a decidir su contratación sobre las bases de una información veraz.

Al respecto no me cabe duda alguna que la tipología del delito de concurrencia desleal (arts. 159 y 73 inc. 4º del Cód. Penal) debería ser modificada de modo tal que este derecho de los consumidores aparezca como el primeramente protegido.

Mientras tanto los jueces deberían valorar que “las leyes no pueden ser interpretadas solo históricamente, sin consideración de las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad” C. S. J. caso “Kot”, fallos: 241:291, y que la proscripción en el orden represivo de la aplicación analógica de la ley no excluye la hermenéutica que cumple el propósito legal” (Fallos 260: 114).”...

<sup>76</sup> O’Farrell, Ernesto. La publicidad comparativa en la Cámara Federal en lo Civil y Comercial. CNFed. Civil y Comercial, Sala II. The Coca Cola Company y otros. La Ley. 1994 – C. Pág. 1- 6

<sup>77</sup> O’Farrell, Ernesto. La publicidad comparativa en la Cámara Federal en lo Civil y Comercial. CNFed. Civil y Comercial, Sala II. The Coca Cola Company y otros. La Ley. 1994 – C. Pág. 1- 6

<sup>78</sup> Op. Cit. N° 77.

---

<sup>79</sup> Op. Cit. N° 77.

<sup>80</sup> Ley 22.362 Art. 4°: La propiedad de una marca y la exclusividad de su uso se obtienen con su registro. Para ser titular de una marca o para ejercer el derecho de oposición a su registro o a su uso, se requiere un interés legítimo del solicitante o del oponente.

<sup>81</sup> Op. Cit. N° 77.

<sup>82</sup> La Ley. Marcas de Fabrica – Utilización de la marca ajena – Publicidad – Publicidad comparativa – Concepto – Legitimidad. CNFed. Civil y Com., Sala I Axoft Argentina S.A c. Megasistemas S.A. La Ley 1994 – C Pág. 7- 16.

<sup>83</sup> La Ley. Marcas de Fabrica – Utilización de la marca ajena – Publicidad – Publicidad comparativa – Concepto – Legitimidad. CNFed. Civil y Com., Sala I Axoft Argentina S.A c. Megasistemas S.A. La Ley 1994 – C Pág. 7- 16.

<sup>84</sup> Del voto del Dr. Farrell en: La Ley. Marcas de Fabrica – Utilización de la marca ajena – Publicidad – Publicidad comparativa – Concepto – Legitimidad. CNFed. Civil y Com., Sala I Axoft Argentina S.A c. Megasistemas S.A. La Ley 1994 – C Pág. 7- 16.

<sup>85</sup> Del decisorio del El Dr. Pérez Delgado en: La Ley. Marcas de Fabrica – Utilización de la marca ajena – Publicidad – Publicidad comparativa – Concepto – Legitimidad. CNFed. Civil y Com., Sala I Axoft Argentina S.A c. Megasistemas S.A. La Ley 1994 – C Pág. 7- 16.

<sup>86</sup> ...“con motivo de la primera publicación, Axoft envió a Megasistemas 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 Subsidiarios. Ventas proveedores; ídem “Proyección Financiera Integrada en Tiempo Real” que se cumple con la Planilla de Tango Aplicaciones, ídem Cálculo Automático de Diferencias de Cambio que se cumple en Contabilidad de Tango durante el cierre de ejercicio; etc....”

Esta carta fue inmediatamente respondida por Megasisistemas, en cuya parte que aquí interesa, expresó: “...3) Que en la publicidad de referencia solo se menciona Tango 3.2., y no 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...”.

<sup>87</sup> Op. Cit. N° 85

<sup>88</sup> Op. Cit. N° 85

<sup>89</sup> Según el voto del Doctor Craviotto en: La Ley. Marcas de Fabrica – Utilización de la marca ajena – Publicidad – Publicidad comparativa – Concepto – Legitimidad. CNFed. Civil y Com., Sala I Axoft Argentina S.A c. Megasisistemas S.A. La Ley 1994 – C Pág. 7- 16.

<sup>90</sup> La Ley. Desobediencia a la autoridad- Incumplimiento de una medida cautelar – Libertad de Expresión. CNFed. Crim. y Correc., Sala I. C.A.S.A Isenbeck. La Ley Buenos Aires 2004 – C.

La Ley. Publicidad Comparativa – Uso de la marca por un competidor – Bebidas alcohólicas – Medidas Precautorias – Innovativas- Marcas de Fabrica. JNFed. Civ. y Com. N° 6. Buenos Aires. La Ley 2004 – D

La Ley. Publicidad Comparativa. – Uso de la marca por un competidor – bebidas alcohólicas – Medidas Precautorias – innovativa – Marcas de Fabrica. JNFed. Civ. y Com. N° 8. Buenos Aires. La Ley 2004 – D

---

Vítolo, Alfredo M. “La Publicidad Comparativa. La perspectiva constitucional.”. Revista La Ley 2005. Año LXIX N° 30. Pág. 1 – 2.

<sup>91</sup> La Ley. Publicidad Comparativa – Uso de la marca por un competidor – Bebidas alcohólicas – Medidas Precautorias – Innovativas- Marcas de Fabrica. JNFed. Civ. y Com. N° 6. Buenos Aires. La Ley 2004 – D

<sup>92</sup> Op. Cit. N° 91.

<sup>93</sup> Op. Cit. N° 91.

<sup>94</sup> Op. Cit. N° 91.

<sup>95</sup> Op. Cit. N° 91.

<sup>96</sup> Op. Cit. N° 91.

<sup>97</sup> Op. Cit. N° 91.

<sup>98</sup> La Ley. Publicidad Comparativa. – Uso de la marca por un competidor – bebidas alcohólicas – Medidas Precautorias – innovativa – Marcas de Fabrica. JNFed. Civ. y Com. N° 8. Buenos Aires. La Ley 2004 – D.

<sup>99</sup> Op. Cit. N° 98.

<sup>100</sup> La Ley. Desobediencia a la autoridad- Incumplimiento de una medida cautelar – Libertad de Expresión. CNFed. Crim. y Correc., Sala I. C.A.S.A Isenbeck. La Ley Buenos Aires 2004 – C.

<sup>101</sup> Op. Cit. N° 100.

<sup>102</sup> Op. Cit. N° 100.

<sup>103</sup> Aracama Zorraquín, Ernesto. “Sobre la Ilegitimidad de la Publicidad Comparativa en Derecho Argentino”. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. 1978; año 11 N° 63. Pág. 457-65

<sup>104</sup> Op. Cit. N° 103.,

<sup>105</sup> En el texto del actual art. 159 solo varía el monto de la multa, el cual es de dos mil quinientos a treinta mil pesos.

---

<sup>106</sup> Op. Cit. N° 103.

<sup>107</sup> Op. Cit. N° 103.

<sup>108</sup> Op. Cit. N° 103.

<sup>109</sup> Op. Cit. N° 103.

<sup>110</sup> Araya, Celestino R. La protección de los Consumidores Contra la Publicidad Ilícita. En: Primeras Jornadas Nacionales Interdisciplinarias Sobre la Empresa; 1981 Pontificia Universidad Católica de Derecho y Ciencias Sociales. Argentina. Rosario: Editor Pontificia Universidad Católica 1981. pág. 177 – 182.

<sup>111</sup> Zapiola Guerrico, Martín. “Publicidad Comparativa. Aspectos Jurídicos”. La Ley 1988 – C. Pag. 775-79.

<sup>112</sup> Op. Cit. N° 111.

<sup>113</sup> Op. Cit. N° 111.

<sup>114</sup> Op. Cit. N° 111.

<sup>115</sup> Op. Cit. N° 111.

<sup>116</sup> Op. Cit. N° 111.

<sup>117</sup> “Será reprimido... b)El que use una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin su autorización”...

<sup>118</sup> Op. Cit. N° 111.

<sup>119</sup> Op. Cit. N° 111.

<sup>120</sup> Op. Cit. N° 111.

<sup>121</sup> Aracama Zorraquín, Ernesto. “Medios Distintivos y Publicidad Comparativa.” Buenos Aires. Abeledo – Perrot 1989.

<sup>122</sup> Op. Cit. N° 121.

<sup>123</sup> El autor cita en este punto a: Krayenbühl, Robert, *Essai sur le Droit des Marques*, Lausanne, 1946, pág. 29, en: Aracama Zorraquín, Ernesto. “Medios Distintivos y Publicidad Comparativa.” Buenos Aires. Abeledo – Perrot 1989.

---

<sup>124</sup> Baylos Corroza, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, 1978, pág. 322. citado por: Aracama Zorraquín, Ernesto. “Medios Distintivos y Publicidad Comparativa.” Buenos Aires. Abeledo – Perrot 1989.

<sup>125</sup> Op. Cit. N° 124.

<sup>126</sup> Op. Cit. N° 121.

<sup>127</sup> Hartman, Steven H., “Subliminal Confusion: “The Misappropriation of Advertising value” en *The Trademark Reporter*, vol. 78, pág. 508. citado por: Aracama Zorraquín, Ernesto. “Medios Distintivos y Publicidad Comparativa.” Buenos Aires. Abeledo – Perrot 1989.

<sup>128</sup> Chaput, Yves, *le droit de la concurrence*, París, 1988, pág. 68. citado por: Aracama Zorraquín, Ernesto. “Medios Distintivos y Publicidad Comparativa.” Buenos Aires. Abeledo – Perrot 1989.

<sup>129</sup> Bloque de países conformado por; Bélgica, Luxemburgo y Holanda.

<sup>130</sup> Op. Cit. N° 121.

<sup>131</sup> Op. Cit. N° 124.

<sup>132</sup> Op. Cit. N° 121.

<sup>133</sup> Roubier, Paul, *Le droit de la propriété industrielle*, París, 1952 t. I pág 536 y sigtes. citado por: Aracama Zorraquín, Ernesto. “Medios Distintivos y Publicidad Comparativa.” Buenos Aires. Abeledo – Perrot 1989.

<sup>134</sup> Op. Cit. N° 133

<sup>135</sup> Azema, Jacques, *Le droit français de la concurrence*, París 1981 pág. 94 y sigtes. citado por: Aracama Zorraquín, Ernesto. “Medios Distintivos y Publicidad Comparativa.” Buenos Aires. Abeledo – Perrot 1989.

<sup>136</sup> Op. Cit. 135

<sup>137</sup> 248 U.S. 215,39 Ct. 68/1918. citado por: Aracama Zorraquín, Ernesto. “Medios Distintivos y Publicidad Comparativa.” Buenos Aires. Abeledo – Perrot 1989.

---

<sup>138</sup> Op. Cit. N° 137.

<sup>139</sup> Stanco Inc. Co (S.A.) v/ Cortina Manuel, Sentencia de 1ª y 2ª Instancias en J.A., t 38, pag 104 y siguientes, sentencia de Corte en J.A., t. 41, pág. 196.

<sup>140</sup> Op. Cit. N° 121.

<sup>141</sup> Mathély, Paul, *le droit francais du signes distinctifs*, París, 1984, págs. 617 y 633. en el mismo sentido Saint-Gal, y Plaisant, Robert, Marques. Fascicule 19- B, Juris Classeur, 1980. citado por: Aracama Zorraquín, Ernesto. “Medios Distintivos y Publicidad Comparativa.” Buenos Aires. Abeledo – Perrot 1989.

<sup>142</sup> Op. Cit. N° 121.

<sup>143</sup> Pattishall, Beverly W., “Trademark –Trade Identity Protection, its Progress and Prosoectes” *N. New U.L. Rev.*, 1976 pág. 618 y sigtes. citado por: Aracama Zorraquín, Ernesto. “Medios Distintivos y Publicidad Comparativa.” Buenos Aires. Abeledo – Perrot 1989.

<sup>144</sup> En este punto el autor cita casi textualmente a Greiwe, Nancy S., “Antidilution Statutes. A new Attack on Comparative Advertising”, *The Trademark Reporter*, vol. 72, 1982, págs. 187- 189. citado por: Aracama Zorraquín, Ernesto. “Medios Distintivos y Publicidad Comparativa.” Buenos Aires. Abeledo – Perrot 1989.

<sup>145</sup> Op. Cit. 144.

<sup>146</sup> Op. Cit. 144.

<sup>147</sup> *Mishawaka Rubber & Woolen Mfg Co. v/ S.S. Krege Co.* (1942), 316 Us 203, 86 L. Ed. 1381, 62 S Ct. 1022, cit por McCarthy. citado por: Aracama Zorraquín, Ernesto. “Medios Distintivos y Publicidad Comparativa.” Buenos Aires. Abeledo – Perrot 1989.

<sup>148</sup> Op. Cit. N° 147

<sup>149</sup> Op. Cit. N° 141

---

<sup>150</sup> Robin, Albert y Barnaby Jr., Howard B., “Comparative Advertising A. Skeptical View” *The trademark Reporter*, vol. 67, Pág. 360. citado por: Aracama Zorraquín, Ernesto. “Medios Distintivos y Publicidad Comparativa.” Buenos Aires. Abeledo – Perrot 1989.

<sup>151</sup> Op. Cit. 150.

<sup>152</sup> Cuando otorga a las marcas notorias protección más allá de los límites legales.

<sup>153</sup> Op. Cit. N° 121.

<sup>154</sup> Conf.: Zavala Rodríguez. *Publicidad comercial*. Buenos Aires 1947 Pág. 416. citado por: Aracama Zorraquín, Ernesto. “Medios Distintivos y Publicidad Comparativa.” Buenos Aires. Abeledo – Perrot 1989.

<sup>155</sup> Op. Cit. N° 121.

<sup>156</sup> Op. Cit. N° 121.

<sup>157</sup> Op. Cit. N° 121.

<sup>158</sup> Op. Cit. N° 121.

<sup>159</sup> Op. Cit. N° 121.

<sup>160</sup> Op. Cit. N° 121.

<sup>161</sup> Callmann, Rulolf, *Unfair Competition Trademarks and Monopolies*, 4ª edición vol. 2. citado por: Aracama Zorraquín, Ernesto. “Medios Distintivos y Publicidad Comparativa.” Buenos Aires. Abeledo – Perrot 1989.

<sup>162</sup> Op. Cit. N° 161.

<sup>163</sup> Alonso, Fernando Martín. *Publicidad Comparativa, análisis de un reciente fallo*. C.N. Federal Civ. Y Com. Sala I en autos Bodegas J. Edmundo Navarro Correas S.A. c/ Agro Industrias Cartellone S.A.. La Ley. 1991 – C Pág. 526-43.

<sup>164</sup> El proyecto aprobado por las tres comisiones que lo estudiaron no se trato sobre tablas y finalmente fue archivado.

---

<sup>165</sup> Op. Cit. N° 121

<sup>166</sup> Op. Cit. N° 163.

<sup>167</sup> Op. Cit. N° 163.

<sup>168</sup> Op. Cit. N° 163.

<sup>169</sup> Op. Cit. N° 163.

<sup>170</sup> Op. Cit. N° 163.

<sup>171</sup> O`Farell, Ernesto. Algo más sobre publicidad comparativa. A propósito de un fallo reciente. La Ley 1991 – E. Pág 1226-28.

<sup>172</sup> Op. Cit. N° 171

<sup>173</sup> Op. Cit. N° 171

<sup>174</sup> Op. Cit. N° 171

<sup>175</sup> Op. Cit. N° 171

<sup>176</sup> Op. Cit. N° 171

<sup>177</sup> López, Claudia Ida Mónica. “Propaganda Comparativa: ¿Información leal o denigración del rival?”. La Ley 1992 – A Pág. 566-68.

<sup>178</sup> Op. Cit. N° 177.

<sup>179</sup> Op. Cit. N° 177.

<sup>180</sup> Op. Cit. N° 177.

<sup>181</sup> Op. Cit. N° 177.

<sup>182</sup> Tamini, Adolfo Luis. “El delito de concurrencia desleal y el derecho de los consumidores a la libre opción”. CNCrim. y Correc. Sala VI. La Ley. 1993– C Pág. 142-48.

<sup>183</sup> Op. Cit. N° 182.

<sup>184</sup> Schurmann Pacheco y Bado Antonio, C., “Proyecto de reglamentación jurídico- penal de la concurrencia desleal en la República oriental del Uruguay”. Doctrina Penal año 6 1983, pag. 119. Citado en: Tamini, Adolfo Luis. “El delito de

---

concurrancia desleal y el derecho de los consumidores a la libre opción”. CNCrim. y Correc. Sala VI. La Ley. 1993– C Pág. 142-48.

<sup>185</sup> Op. Cit. N° 182.

<sup>186</sup> Op. Cit. N° 182.

<sup>187</sup> Op. Cit. N° 182.

<sup>188</sup> Op. Cit. N° 182.

<sup>189</sup> Op. Cit. N° 182.

<sup>190</sup> Herrendorf, Daniel E. Formulación de criterios de interpretación según los parámetros de admisibilidad de la libertad de Expresión. Jurisprudencia Argentina. 1994 II. Pág. 873-75.

<sup>191</sup> Op. Cit. N° 190.

<sup>192</sup> Op. Cit. N° 190.

<sup>193</sup> Op. Cit. N° 190.

<sup>194</sup> O’Farrell, Ernesto. La publicidad comparativa en la Cámara Federal en lo Civil y Comercial. CNFed. Civil y Comercial, Sala II. The Coca Cola Company y otros. La Ley. 1994 – C. Pág. 1- 6

<sup>195</sup> Op. Cit. N° 194.

<sup>196</sup> Op. Cit. N° 194.

<sup>197</sup> Op. Cit. N° 194.

<sup>198</sup> Op. Cit. N° 194.

<sup>199</sup> Op. Cit. N° 194.

<sup>200</sup> Op. Cit. N° 194.

<sup>201</sup> Op. Cit. N° 194.

<sup>202</sup> Op. Cit. N° 194.

<sup>203</sup> Op. Cit. N° 194.

<sup>204</sup> Op. Cit. N° 194.

---

<sup>205</sup> Op. Cit. N° 194.

<sup>206</sup> Otamendi, Jorge. Publicidad Comparativa: ¿un cambio de tendencia?. La Ley 1994 – C Pág. 850 – 54.

<sup>207</sup> Op. Cit. N° 206.

<sup>208</sup> Burkhart Menke. La publicidad Comparativa. Una investigación de derecho comparado a la luz de nuevos conocimientos económicos. La Ley 1995 – A. Pág. 985 – 96.

<sup>209</sup> Op. Cit. N° 208.

<sup>210</sup> Considerando 12 del fallo 92.226 CNFed. Civil y Com. sala II, octubre 22-1993- the CocaCola Company y otros. En La Ley 1994 - C

<sup>211</sup> Op. Cit. N° 208.

<sup>212</sup> Tesler, “The Theory of Self-enforcing Agreements” Journal of Business 53 (1980), p. 27 y sgtes. Además Klein, Laffler, “The Role of Market Forces in Assuring as a Signal” J. Pol. Econ. 92 (1984), Pág. 629 y sgtes. Citado en: Burkhart Menke. La publicidad Comparativa. Una investigación de derecho comparado a la luz de nuevos conocimientos económicos. La Ley 1995 – A. Pág. 985 – 96.

<sup>213</sup> Op. Cit. N° 208.

<sup>214</sup> Op. Cit. N° 208.

<sup>215</sup> Op. Cit. N° 208.

<sup>216</sup> Op. Cit. N° 208.

<sup>217</sup> Op. Cit. N° 208.

<sup>218</sup> Op. Cit. N° 208.

<sup>219</sup> Op. Cit. N° 208.

<sup>220</sup> Op. Cit. N° 208.

<sup>221</sup> Op. Cit. N° 208.

---

<sup>222</sup> O`Farell, Ernesto. La publicidad comparativa vista desde la publicidad. La Ley 1995 – C. Pág. 1065 – 68.

<sup>223</sup> Op. Cit. N° 222

<sup>224</sup> Op. Cit. N° 222

<sup>225</sup> Op. Cit. N° 222

<sup>226</sup> Op. Cit. N° 222

<sup>227</sup> Op. Cit. N° 222

<sup>228</sup> Op. Cit. N° 222

<sup>229</sup> Entrevista del diario Le Monde, reproducido en el suplemento The Guardian Weekly, correspondiente a la edición del 26 de marzo de 1995 de The Buenos Aires Herald. Citado por: O`Farell, Ernesto. La publicidad comparativa vista desde la publicidad. La Ley 1995 – C. Pág. 1065 – 68.

<sup>230</sup> Op. Cit. N° 222

<sup>231</sup> Op. Cit. N° 222

<sup>232</sup> O`Farell, Miguel B. La publicidad comparativa en el Derecho argentino. La Ley 1995 – E. Pág. 621 – 29.

<sup>233</sup> Op. Cit. N° 232

<sup>234</sup> Op. Cit. N° 232

<sup>235</sup> Op. Cit. N° 232

<sup>236</sup> Op. Cit. N° 232

<sup>237</sup> Burkhardt Menke. Publicidad Comparativa. Nuevas Modalidades en Europa. La Ley 1999 – C.

<sup>238</sup> Op. Cit. N° 237.

<sup>239</sup> Op. Cit. N° 237.

<sup>240</sup> Op. Cit. N° 237.

<sup>241</sup> Op. Cit. N° 237.

---

<sup>242</sup> Op. Cit. N° 237.

<sup>243</sup> Spolansky, Norberto Eduardo. El delito de competencia desleal y el mercado competitivo. Buenos Aires Ad – Hoc. 1997.

<sup>244</sup> Op. Cit. N° 243.

<sup>245</sup> Op. Cit. N° 243.

<sup>246</sup> Op. Cit. N° 243.

<sup>247</sup> Op. Cit. N° 243.

<sup>248</sup> Op. Cit. N° 243.

<sup>249</sup> Op. Cit. N° 243.

<sup>250</sup> Op. Cit. N° 243.

<sup>251</sup> Op. Cit. N° 243.

<sup>252</sup> Op. Cit. N° 243.

<sup>253</sup> Op. Cit. N° 243.

<sup>254</sup> Op. Cit. N° 243.

<sup>255</sup> Op. Cit. N° 243.

<sup>256</sup> Op. Cit. N° 243.

<sup>257</sup> Op. Cit. N° 243.

<sup>258</sup> Op. Cit. N° 243.

<sup>259</sup> Op. Cit. N° 243.

<sup>260</sup> Otamendi, Jorge. Derecho de marcas. 4ª edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

<sup>261</sup> Op. Cit. N° 260

<sup>262</sup> Op. Cit. N° 260

<sup>263</sup> Op. Cit. N° 260

<sup>264</sup> Op. Cit. N° 260

<sup>265</sup> Op. Cit. N° 260

---

<sup>266</sup> Op. Cit. N° 260

<sup>267</sup> Op. Cit. N° 260

<sup>268</sup> Op. Cit. N° 260

<sup>269</sup> Op. Cit. N° 260

<sup>270</sup> Op. Cit. N° 260

<sup>271</sup> Iturraspe, Moset. Defensa al consumidor Ley 24.240 (modificada por leyes 24.568, 24.787 y 24.999). 2ª edición. Santa Fe. Rubinzal – Culzoni 2003.

<sup>272</sup> Art. 4º - Información. Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma, cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos.

<sup>273</sup> Op. Cit. N° 271.

<sup>274</sup> Op. Cit. N° 271.

<sup>275</sup> Op. Cit. N° 271.

<sup>276</sup> Vítolo, Alfredo M. “La Publicidad Comparativa. La perspectiva constitucional.”. Revista La Ley 2005. Año LXIX N° 30. Pág. 1 – 2.

<sup>277</sup> Op. Cit. N° 276.

<sup>278</sup> Constitución Nacional art. 19

<sup>279</sup> Op. Cit. N° 276.

<sup>280</sup> art. 9 ley 22.802. 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 naturales, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso precio, condiciones de comercialización o técnica de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios.

<sup>281</sup> Op. Cit. N° 276.

<sup>282</sup> Op. Cit. N° 276.

---

<sup>283</sup> En autos “Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A c. C.A.S.A. Isenbeck s/ medida cautelar” (Juzgado Nacional de primera instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 6), sentencia del 6 de junio de 2004

<sup>284</sup> Op. Cit. N° 276.

<sup>285</sup> Aracama Zorraquín, Ernesto. “Sobre la Ilegitimidad de la Publicidad Comparativa en Derecho Argentino”. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. 1978; año 11 N° 63. Pág. 457-65

<sup>286</sup> Otamendi, Jorge. Derecho de marcas. 4ª edición . Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 2002.

<sup>287</sup> Burkhardt Menke. Publicidad Comparativa. Nuevas Modalidades en Europa. La Ley 1999 – C.

<sup>288</sup> Op. Cit. N° 287.

<sup>289</sup> Op. Cit. N° 287.

<sup>290</sup> Burkhardt Menke, Publicidad Comparativa Nuevas Modalidades en Europa La Ley 1999- C Sección Doctrina ...“Una directiva no es un reglamento directamente válido en los estados miembros de la U.E. Más bien requiere ser transpuesto en el derecho nacional. Esto viene echo principio por el legislador nacional. El art. 2º de la directiva sobre publicidad comparativa les señala a los Estados miembros 30 meses de plazo para esta transposición es decir”...

<sup>291</sup> Según datos obtenidos del Prólogo de José A. Gómez Segade, Catedrático de D. Mercantil en la Universidad de Santiago de Compostela, realizado en; “La Publicidad Comparativa” de Anxo Tato Plaza.

<sup>292</sup> Alonso, Fernando Martín. Publicidad Comparativa, análisis de un reciente fallo. C.N. Federal Civ. Y Com. Sala I en autos Bodegas J. Edmundo Navarro Correas S.A. c/ Agro Industrias Cartellone S.A.. La Ley. 1991 – C Pág. 526-43.

<sup>293</sup> Op. Cit. N° 292

---

<sup>294</sup> Op. Cit. N° 292

<sup>295</sup> Op. Cit. N° 292

<sup>296</sup> Op. Cit. N° 292

<sup>297</sup> Op. Cit. N° 292

<sup>298</sup> Op. Cit. N° 292

<sup>299</sup> Op. Cit. N° 292

<sup>300</sup> En esta publicidad la promoción era, que se cambiaban una tapita de Isenbeck y una de Quilmes por una botella de Isebeck. Y decía que, Quilmes es la cerveza que toma la mayoría y que la promoción era para que la mayoría tome la mejor cerveza, refiriéndose como a la mejor como a la cerveza Isenbeck.

<sup>301</sup> Publicidad realizada por Isenbeck, en el año 2004, en la que se comparaba con Quilmes.

---

**Bibliografía.**

- Alonso, Fernando Martín. Publicidad Comparativa, análisis de un reciente fallo. C.N. Federal Civ. Y Com. Sala I en autos Bodegas J. Edmundo Navarro Correas S.A. c/ Agro Industrias Cartellone S.A.. La Ley. 1991 – C Pág. 526-43.
- Aracama Zorraquín, Ernesto. “Sobre la Ilegitimidad de la Publicidad Comparativa en Derecho Argentino”. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. 1978; año 11 N° 63. Pág. 457-65
- Aracama Zorraquín, Ernesto. “Medios Distintivos y Publicidad Comparativa.” Buenos Aires. Abeledo – Perrot 1989.
- Araya, Celestino R. La protección de los Consumidores Contra la Publicidad Ilícita. En: Primeras Jornadas Nacionales Interdisciplinarias Sobre la Empresa; 1981 Pontificia Universidad Católica de Derecho y Ciencias Sociales. Argentina. Rosario: Editor Pontificia Universidad Católica 1981. pág. 177 – 182.
- Bertone, Luis Eduardo; Cabanellas de las Cuevas, Guillermo Marcas, Designaciones y Nombres Comerciales. Tomo I y II Buenos Aires. Heliastas S.R.L. 1989.
- Burkhart Menke. La publicidad Comparativa. Una investigación de derecho comparado a la luz de nuevos conocimientos económicos. La Ley 1995 – A. Pág. 985 – 96.
- Burkhartt Menke. Publicidad Comparativa. Nuevas Modalidades en Europa. La Ley 1999 – C.
- Gatti, María Isabel; Blanco Di Lascio, Cecilia. Cultura y Comunicación. 1ª edición. Buenos Aires. Centro de comunicaciones la Crujía y Editorial Stella. 2001.

- 
- Herrendorf, Daniel E. Formulación de criterios de interpretación según los parámetros de admisibilidad de la libertad de Expresión. *Jurisprudencia Argentina*. 1994 II. Pág. 873-75.
  - Iturraspe, Moset. *Defensa al consumidor Ley 24.240 (modificada por leyes 24.568, 24.787 y 24.999)*. 2ª edición. Santa Fe. Rubinzal – Culzoni 2003.
  - *Jurisprudencia Argentina*. C.S.J.N., *Marcas de Fábrica – delitos - adjudicación de la marca, ajena a usos propio- uso de la marca*. 1945 IV.
  - *La Ley Revista*. “Rolex S.A. cc Orient S.A y otro” C.N. Federal Civil y Comercial. Tomo 147 año 30/12/1971.
  - *La Ley*. *Publicidad Comparativa – Inexistencia de prohibición – Recusación – Adelanto de opinión*. CNFed. Civil y Comercial Sala III *The Coca Cola Company y otros*. *La Ley* 1994 – C Pág. 6.
  - *La Ley*. “*Marcas de Fabrica – Utilización de la marca ajena – Publicidad – Publicidad comparativa – Concepto – Legitimidad*”. CNFed. Civil y Com., Sala I *Axoft Argentina S.A c. Megasistemas S.A*, *La Ley* 1994 – C Pág. 7-16.
  - *La Ley*. *Desobediencia a la autoridad- Incumplimiento de una medida cautelar – Libertad de Expresión*. CNFed. Crim. y Correc., Sala I. *C.A.S.A Isenbeck*. *La Ley* Buenos Aires 2004 – C.
  - *La Ley*. *Publicidad Comparativa – Uso de la marca por un competidor – Bebidas alcohólicas – Medidas Precautorias – Innovativas- Marcas de Fabrica*. JNFed. Civ. y Com. N° 6. Buenos Aires. *La Ley* 2004 – D
  - *La Ley*. *Publicidad Comparativa. – Uso de la marca por un competidor – bebidas alcohólicas – Medidas Precautorias – innovativa – Marcas de Fabrica*. JNFed. Civ. y Com. N° 8. Buenos Aires. *La Ley* 2004 – D

- 
- López, Claudia Ida Mónica. “Propaganda Comparativa: ¿Información leal o denigración del rival?”. La Ley 1992 – A Pág. 566-68.
  - O’Farrell, Ernesto. Algo más sobre publicidad comparativa. A propósito de un fallo reciente. La Ley 1991 – E. Pág 1226-28.
  - O’Farrell, Ernesto. La publicidad comparativa en la Cámara Federal en lo Civil y Comercial. CNFed. Civil y Comercial, Sala II. The Coca Cola Company y otros. La Ley. 1994 – C. Pág. 1- 6.
  - O’Farrell, Ernesto. La publicidad comparativa vista desde la publicidad. La Ley 1995 – C. Pág. 1065 – 68.
  - O’Farrell, Miguel B. La publicidad comparativa en el Derecho argentino. La Ley 1995 – E. Pág. 621 – 29.
  - Otamendi, Jorge. Publicidad Comparativa: ¿un cambio de tendencia?. La Ley 1994 – C Pág. 850 – 54.
  - Otamendi, Jorge. Derecho de marcas. 4ª edición . Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 2002.
  - Plaza, Tato Anxo. La publicidad comparativa [monografía jurídica] Universidad de Santiago de Compostela. Editorial Marcial Pons. Madrid – 1996.
  - Real Academia Española. Diccionario En Línea de la Real Academia Española. 22ª ed. Disponible: <http://buscon.rae.es/diccionario/eleccion.htm>
  - Spolansky, Norberto Eduardo. El delito de competencia desleal y el mercado competitivo. Buenos Aires Ad – Hoc. 1997.
  - Tamini, Adolfo Luis. “El delito de concurrencia desleal y el derecho de los consumidores a la libre opción”. CNCrim. y Correc. Sala VI. La Ley. 1993– C Pág. 142-48.

- 
- Vítolo, Alfredo M. “La Publicidad Comparativa. La perspectiva constitucional.”. Revista La Ley 2005. Año LXIX N° 30. Pág. 1 – 2.
  - Zapiola Guerrico, Martín. “Publicidad Comparativa. Aspectos Jurídicos”. La Ley 1988 – C. Pag. 775-79.
  - Zuccherino, Daniel; Mitelman, Carlos O. Marcas y Patentes en el Gatt. Régimen legal. Buenos Aires. Abeledo – Perrot 1997.