From the SelectedWorks of Gabriel Martinez Medrano

October 28, 2008

PUBLICIDAD DESLEAL. PUBLICIDAD COMPARATIVA. ¿Dónde está el límite?

Gabriel Martinez Medrano

Available at: https://works.bepress.com/martinezmedrano/13/

19.9.08

PUBLICIDAD DESLEAL. PUBLICIDAD COMPARATIVA. ¿Dónde está el límite?

Enseñanzas que nos deja el caso QUILMES/ISENBECK.

Gabriel Martínez Medrano.

Capitulo En el libro colectivo: DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SU CONTROL JUDICIAL. AD HOC, 2008, PG 287

1) INTRODUCCIÓN.

La presente contribución se enmarca en una obra sobre Derecho de la Competencia, pero no trata sobre Competencia sino sobre Publicidad. Es que la publicidad es uno de los vehículos por los cuales los comerciantes concurren en el mercado y envían mensajes al consumidor para atraer su atención.

El Derecho de la Competencia (Antitrust Law) se plantea como objetivo que exista más competencia, en tanto que la Competencia Desleal (Unfair Competition) pretende que la competencia, que presupone existente, sea ejercida de manera honesta y leal. Es decir que una quiere más competencia y la otra mejor competencia.

Dentro de la Competencia Desleal encontramos las cuestiones que hacen a la publicidad desleal que puede afectar a los tres sujetos destinatarios de la protección contra la competencia desleal: el competidor, el consumidor y el interés general.

El objetivo de nuestra contribución es analizar las sentencias recaídas en el caso Quilmes vs Isenbeck, las cuales son transcriptas en el volumen que integra este artículo con lo cual no efectuaremos repeticiones innecesarias y remitimos a la lectura previa de los decisorios.

Previo analizar las resoluciones efectuaré algunas precisiones sobre distintos tipos de publicidad y tomaré posición respecto de la publicidad comparativa, para que el lector pueda cotejar este trabajo sabiendo desde el principio la posición que adopta el autor sobre tan controvertido tema.

2) PUBLICIDAD DESLEAL, QUE NO ES LO MISMO QUE PUBLICIDAD COMPARATIVA.

Mi postura es favorable a la publicidad comparativa, en general concuerdo con las sentencias que estoy comentando.

Los autores que, en Argentina, opinan en contra de la publicidad comparativa intentan asimilar el término publicidad comparativa con publicidad desleal.[1] Creo que asimilar ambos términos no es correcto. Es cierto que la publicidad comparativa puede ser

1 Vg Aracama Zorraquín, Medios distintivos y publicidad comparativa , Ed Abeledo Perrot. TAmbien del mismo autor con un titulo que no deja lugar a dudas de su posición: "Contra la publicidad comparativa" publicado en Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana 1990-1991, Número 20 1990. Disponible en Internet http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/20/pr/pr21.pdf

desleal, pero el juzgamiento de su lealtad deberá hacerse analizando el mensaje publicitario sin tomar una posición dogmática previa.

La publicidad comparativa es toda publicidad que alude explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por este.[2]

En la publicidad comparativa el anunciante contrapone la oferta propia a la oferta de un 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.[3]

Es prácticamente unánime la idea de que la publicidad comparativa es lícita siempre que cumpla con los siguientes requisitos:

a) que no sea engañosa.
b) Que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad.
c) Que la comparación sea objetiva y recaiga sobre una o más características:
c.1) Esenciales.
c.2) pertinentes
c.3) verificables
c.4) representativas de dichos bienes y servicios.
d) que no lleve a confusión entre el anunciante y el competidor o entre marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos de ambos.
e) que no desacredite ni denigre al competidor o a sus signos distintivos.

Estos requisitos surgen de la Directiva de la Unión Europea sobre Publicidad Engañosa y Comparativa[4] y en nuestro país, que carece de normativa legal, han sido aceptados por doctrina y jurisprudencia. [5]

---

[2] Debido a la extensión y motivo del presente trabajo omitiré realizar un estudio profundo de la historia de las decisiones judiciales sobre el tema en nuestro país. Para ello remito al lector a dos trabajos anteriores de mi autoría: "El uso de marca ajena en la publicidad" publicado en J.A. 2003 I fascículo nro 5, pg 43 y "El uso de una marca ajena en publicidad comparativa. Argentina, MERCOSUR y Derecho Comparado", publicado en la Revista de la Associacao Brasileira da Propriedade Intelectual, Nº 62 Enero-Febrero 2003, pg 56. He leído articulos recientes sobre el tema que describen adecuadamente los fallos que se suscitaron en nuestro país: Mercuriali Carlos y Giay Gustavo, Publicidad comparativa, Un aporte al debate sobre su legalidad o ilegalidad, LL ejemplar del 2 de marzo de 2005. Papayannis, Diego M. "La publicidad comparativa: ¿lealtad vs eficiencia?, JA 2008 I pg 1012. Nuñez Javier F. Publicidad comparativa: un leading case fija los lineamientos de su admisibilidad, JA 2005 III 365. He recibido generosamente de su autora la tesis de grado de Ratti Maria Florencia titulada "La publicidad comparativa. En busqueda de los límites ¿no escritos?, Universidad Abierta Interamericana, Rosario, Junio 2006.

[3] Lema Devesa, C. "La mención de la marca ajena en publicidad", Revista Juridica Española La ley, nº 4, 1993, p 921

[4] 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 DIARIO OFICIAL N° L 290 DE 23/10/1997 P. 0018 – 0023. Esta norma fue derogada en diciembre de 2007 por la Directiva 2006/114/CE del

Entonces tenemos que la publicidad comparativa es leal si cumple con los requisitos enumerados supra, siendo ilícita o desleal en caso contrario. De allí que no podemos asimilar ambos términos a priori.

¿Cuándo la publicidad es desleal? A priori encontramos dos tipos de deslealtad: la publicidad engañosa y la publicidad denigratoria.[6]

La publicidad es engañosa cuando de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor;

La doctrina indica que la publicidad engañosa está dada por cualquier información o forma de presentación que pueda inducir a error al público sobre el producto o servicio, sus cualidades, precio y cualquier otra caracteristica. El engaño tambien se da frecuentemente por la omisión de algún dato relevante del producto o de la oferta en si. [7]

La doctrina italiana[8], apoyada en su propia legislación y la emergente de la U.E., indica que para que la publicidad sea considerada engañosa deben presentarse tres requisitos:

a) que el mensaje publicitario induzca o pueda inducir a error a su destinatario (*idoneitá ingannatoria*);
b) que el error sea tal que pueda influir en la conducta economica del destinatario (nexo de causalidad entre el engaño y el comportamiento económico),
c) que el comportamiento economico del consumidor receptor de la publicidad pueda generarle un daño al propio consumidor o a un competidor. (resultado sustancialmente dañoso).

La publicidad engañosa tiene incidencia sobre los tres sujetos pasivos de la competencia desleal: competidor, consumidor e interés general.[9]

Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa

[5] Mercuriali y Giay, quienes se manifiestan en contra de la publicidad comparativa, concuerdan en que la doctrina mayoritaria de nuestro país la considera lícita si cumple con los siguientes requisitos: veraz, que no cause confusión, que se refiera a características determinantes y verificables de los productos y que compare lo que se puede comparar. Mercuriali Carlos y Giay Gustavo, Publicidad comparativa, Un aporte al debate sobre su legalidad o ilegalidad, LL ejemplar del 2 de marzo de 2005. Entre los autores que se manifiestan contrarios a este tipo de publicidad encontramos a Miguel y Ernesto O´Farrell, Aracama Zorraquín y a los antes mencionados. La mayoría de la doctrina argentina está a favor del instituto en estudio. Incluso el Dr Jorge Otamendi en las dos primeras versiones de su obre sobre Derecho de Marcas juzgaba a la publicidad en el marco del art. 4º de la Ley marcaria, pero a partir de la 3ª Edición la considera lícita en tanto cumpla con los requisitos que venimos enumerando.

[6] Dentro de estos dos tipos pueden encontrarse infinitas variedades como casos se presentan en la vida real.

[7] (Delgado Zegarra, J. Tecnicas de Comercialización y Publicidad, en Stiglitz, Gabriel (Director), Defensa de los consumidores de productos y servicios", Ed La Rocca, 1994, pg 158).

[8] Fusi, M., Testa P, y Cottafavi P, "La publicita ingannevole", Giuffré Editore, Milano, 1993, P.114

El interés general, representado por el Estado, encuentra como herramienta de persecución de la publicidad engañosa el art. 9º de la Ley de Lealtad Comercial Nº 22802[10]

El consumidor encuentra protección a través de los arts. 4º[11] y 8º[12] de la Ley 24240. Este último es de importancia liminar en tanto considera que el mensaje publicitario integra el contrato de consumo, con lo cual el cliente está en condiciones de exigir judicialmente lo prometido en el anuncio. [13]

---

[9] Menendez, Aurelio, "La competencia desleal", pg 105. En el mismo sentido CNCOM Sala B 11.2.00 en autos Casa Hutton v. Resmacon, voto del Dr Butty (LL 2000 C 184). Ambos citados en mi trabajo, Martinez Medrano, G. "La competencia desleal en Argentina (una aproximación a la competencia desleal desde el derecho privado"), JA 2002 I fascículo nro 6, pg 14 (nota 25).

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

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

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

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008)

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

En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente. *(Párrafo incorporado por el art. 1º de la Ley Nº 24.787 B.O. 2/4/1997)*

[13] El art. 1198 del cód. civil dice que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión y si ello es así, juzgo que la demandada pudo y debió advertir al público consumidor el sentido y alcance de la palabra Sample inserta en el billete para disipar cualquier desinteligencia o duda que dicho vocablo pudiera suscitar. Jure novit curia, entiendo que la situación se rige por la ley 24.240 o sea la ley de defensa del consumidor cuyo art. 4º dice: Quienes produzcan, importen. cosas 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. Y el art. 3º de la misma ley, párrafo final, dice que: En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor. El art.8º de la ley 24.240 agrega que: Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor. Estas disposiciones coinciden con el art. 9º de la ley 22.802 [EDLA, 1983-156] de lealtad comercial (sancionada y promulgada el 5/5/83 y publicada en el B.O. del 11/5/83) según el cual: 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,

Vazquez Ferreira – Romera indican que el art. 8 "se trata de una norma regulatoria de la publicidad, o si se quiere, de los efectos de ésta. Decimos que regula los efectos porque el artículo no prohíbe, por ejemplo, la publicidad engañosa, lo que hace la norma es tornar exigible dicha oferta engañosa", [14]

Así dijo la Excma Camara Nacional en lo Comercial:

Los servicios deben prestarse conforme fueron ofrecidos, publicitados o convenidos (art.19, ley 24.240 pues el acto publicitario despliega una virtualidad significativa en el momento contractual, haciendo nacer en su receptor el derecho a obtener lo prometido, si por su parte entra en el supuesto de hecho jurídicamente relevante (cnfr. Méndez - Vilalta, "La publicidad ilícita, engañosa, desleal, subliminal y otras", Ed. Bosch, Barcelona, España, 1999). Obviamente, la publicidad integra el contenido del contrato

---

uso, precio, condiciones de comercialización. de bienes muebles o inmuebles o servicios. Obvio parece expresar que estas disposiciones de la ley 24.240 tienen clara raigambre constitucional, como que derivan en forma directa del art. 42 de la Carta Magna según la cual: los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

En cuanto al fundamento de esta responsabilidad especial del fabricante, o productor o prestador de servicios, frente al consumidor, que reviste, evidentemente, la condición de parte débil de dicha relación, si bien el tema no se encuentra totalmente resuelto en doctrina, hay una fuerte tendencia que cree ver dicho fundamento en la manifiesta declinación del principio del alcance relativo de los contratos, quebrantamiento que no es sino una resultante de reconocer el fenómeno de globalización contractual originado en la forma en que las empresas desarrollan sus actividades en las sociedades postmodernas (conf. JA, 1997-III-672, con nota de Sandra Frustagli y Mónica Saieg:La expansión de la eficacia del contrato en la ley de defensa del consumidor). Tocante al tema de la información y publicidad, la responsabilidad del anunciante o prestador de servicios, aunque no medie una relación contractual con el consumidor, provendrá de una acción directa, de naturaleza contractual, que le permitirá al consumidor exigir al anunciante -con quien no contrató-, el cumplimiento de las mencionadas precisiones o bien, en su caso, el resarcimiento de los daños que el incumplimiento de las mismas le haya ocasionado. Como bien dicen las Dras. Saieg y Frustagli, en el artículo citado: Resulta a todas luces evidente la derogación del principio de la eficacia relativa del contrato pues el legislador, a fin de garantizar una tutela eficiente contra la publicidad engañosa y de resguardar la confianza de los consumidores, ha tenido en cuenta que si bien desde una perspectiva formal consumidor y anunciante pueden presentarse como terceros, dentro de la realidad negocial de la cadena de distribución de bienes y servicios, constituyen los auténticos interesados.

Aclarado entonces cuál es el fundamento de la responsabilidad de la aquí demandada frente a la actora (o sea la publicidad engañosa de que ésta fue víctima) resta por resolver el aspecto del resarcimiento pecuniario

Castro, Alba María Patricia c. Editorial Perfil, S.A.

s/ sumario, CNCIV Sala K 29.12.99, publicado en El Derecho 189 p 401.

[14] Vazquez Ferreira, R. Romera O. "PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. LEY 24240", Ed Depalma, 1994, pg 43.

(arts. 7 y 8, ley 24.240). Bosso, Claudia Silvia y otro c/Viajes ATI S.A. Empresa de viajes y turismo s/ sumario, CNCOM, SALA B, 30-6-2003.

En el mismo sentido la Sala C al otorgar una indemnización por daño moral a un consumidor que fue engañado por la publicidad de un banco.[15]

El tercer afectado por la publicidad engañosa, el competidor, tiene acción judicial en los términos del Derecho Marcario o de la competencia desleal. En nuestro país no existen normas claras y eficaces sobre competencia desleal, pero en materia de publicidad engañosa existe suficiente jurisprudencia del fuero federal que permite la interposición

---

[15] Quesada Hernán c/ Bank Boston s/ ordinario, Sala D, 10-ago-05. Seguidamente, y en lo que aquí interesa, el art. 8 de esa misma ley dispone que ".las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor.".

Entonces, más allá de las distintas opiniones doctrinales y jurisprudenciales tendientes a determinar si respecto de las ofertas dirigidas al público son o no aplicables las disposiciones contenidas en el cciv 1148 y el ccom 454, esto es: si las ofertas dirigidas a personas indeterminadas tienen o no carácter vinculante; conforme lo dispuesto por el art. 8 de la Ley de Defensa al Consumidor la publicidad integra el contrato celebrado con el consumidor y/o usuario, sea que dicha publicación revista el carácter de oferta al público o que se trate de un simple anuncio publicitario. Es decir: aunque la publicidad efectuada no llegue a constituir una oferta, integra el contenido del contrato con las características, condiciones y limitaciones que la misma contenga (conf. Juan M. Farina, "Defensa del Consumidor y del usuario", Ed. Astrea 2004, pág. 212 y 213).

3.c) De lo expuesto precedentemente surge que -contrariamente a lo alegado por el banco en su expresión de agravios- si bien del contrato cuya copia fue agregada en fs. 131/6 no surge que los actores estuvieran comprendidos dentro del programa de millajes por el que aquí reclaman, del volante publicitario por medio del cual los actores tomaron conocimiento del mismo, y por ende solicitaron la emisión de las tarjetas de crédito, surge que la adhesión a dicho programa era automática. Nótese que del volante agregado en fs. 105/6 puede leerse lo siguiente: ".obtenga hoy mismo su Boston-Visa y gane beneficios:.adhesión automática al programa de viajeros frecuentes de United Airlines Mileage.".

A ello debe agregarse lo dispuesto por el art. 9 de la Ley de Lealtad Comercial que prohíbe la realización cualquier tipo de publicidad que mediante inexactitudes u ocultamiento puedan inducir a error o engaño pues, constituye obligación del comerciante promocionar correctamente sus productos o servicios con el fin de garantizar los derechos de los consumidores (conf. CNPenEcon, Sala B, "Promark de Argentina SRL", 3.7.97).

Si como dijo el banco demandado los actores debieron solicitar la adhesión al programa en cuestión al momento en que solicitaron la emisión de sus tarjetas de crédito, dicho extremo debió ser advertido por el banco demandado dado que el volante por el que se publicitó no lo determinaba, todo lo contrario, del mismo puede inferirse que la adhesión era automática.

Nótese que el art.4 de la Ley de Defensa al Consumidor impone el deber de suministrar a los consumidores o usuarios ".en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales." de los productos o servicios que comercialicen.

El fundamento de esa obligación radica en la desigualdad que presupone que una de las partes se halle informada y la otra desinformada sobre un hecho o circunstancia que resulta determinante para la celebración del contrato, de tal manera que el contrato nunca hubiera llegado a perfeccionarse o lo habría sido en condiciones más favorables (CNCAFed., Sala I, 13.10.98, "Supermercados Hipermarc SA c/ Secretaría de Comercio e Inversiones -Disp. DNCi. 1045/96").

de medidas cautelares eficaces para impedir la continuación de la difusión de una publicidad desleal.

Se puede, por ejemplo acudir al Convenio de la Unión de París, art. 10 bis, y al cajon de sastre que es el Art 953 que ha servido a jueces desprovistos de normas eficaces, para encauzar sus decisiones.[16]

Otro tipo de publicidad desleal es la publicidad denigratoria, que es la que busca desacreditar al competidor, sus marcas o productos.

Denigrar tiene una raíz latina, denigrāre, (poner negro, manchar), y el Diccionario de la Real Academia Española la define como : 1. tr. Deslustrar, ofender la opinión o fama de alguien. 2. tr. injuriar (agraviar, ultrajar).

La autora española Madrenas i Boadas indica que la publicidad denigratoria alcanza a las manifestaciones del anunciante referidas a los productos o servicios del competidor, cuando no sean susceptibles de valoración en términos de verdad o falsedad, y sean despectivos, o bien cuando sean falsos y no comparen, sino que vayan referidos unicamente a los productos o servicios de otro empresario.[17]

En el Derecho Español, nos relata Lema Devesa, existe una duplicidad de ordenamientos que regulan la publicidad denigratoria: el art. 6 de la Ley General de Publicidad define a este tipo de anuncios como los que "por su contenido, forma de presentación o difusión provocan el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades"

La Ley de Competencia Desleal por su parte exige, al contrario que la antes citada, que las alegaciones denigratorias sean falsas, con lo cual deduce el autor que se permiten las denigraciones verdaderas (exceptio veritatis).[18]

En esta última postura se enrola el Convenio de París, el cual en su art. 10 bis punto 3) expresa que quedan prohibidos como actos de competencia desleal:

2. las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor

Entonces: ¿ las aseveraciones verdaderas que desacrediten al competidor, son lícitas?

¿Puede iniciar una acción un empresario denigrado cuando ocultó defectos en sus productos a los consumidores que fueron revelados por la publicidad de un competidor?

[16] Sobre este tema véase mi trabajo La competencia desleal en Argentina" publicado en J.A. 2002-I – fascículo 6 , p. 11

[17] Madrenas i Boadas, Carme, "Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal", Cuadernos Civitas, Madrid, 1990, pg. 159.

[18] Lema Devesa, Carlos "La mencion…."op cit pg 920/1.

En el derecho español, Madrenas i Boadas dice que las afirmaciones verdaderas son lícitas.[19] Entre nosotros, Muguillo opina "no será necesario que la ilicitud resida en una falseada, en tanto y en cuanto una realidad se utilice para desacreditar, denigrar o menospreciar a una persona, sus productos o servicios.[20]

No intento dar respuesta a estos interrogantes, simplemente dejarlos a la reflexión del lector. Veremos que las sentencias comentadas parecen determinar que la desacreditación y el engaño son dos requisitos alternativos, con lo cual la desacreditación mediante la revelación de fallas verdaderas parerce ilícita.

3. EL CASO QUILMES VS ISENBECK

Se trató de una campaña publicitaria de la firma de cerveza Isenbeck destinada a arrebatarle cuotas de mercado a la marca lider Quilmes.

La estrategia aprovechó una serie de coincidencias:

El mundial 2002 de Futbol (¡mejor ni recordarlo¡).
El hecho de que Quilmes sea esponsor oficial de la AFA y por ende de la Selección argentina de Futbol.
La transferencia de parte del paquete accionario de la empresa Quilmes a una empresa de capitales brasileros (la fabricante de BRAHMA).
La rivalidad futbolera entre Argentina y Brasil.
El razonamiento era: la empresa que se dice hincha de la Argentina es Brasilera.

Asimismo, la campana estuvo destinada a hacer creer al público que "la mejor" no era la mas consumida y para ello entregaban una Isenbeck de regalo previa entrega de dos chapitas de botellas, una de Quilmes y otra de Isenbeck, con el objeto de que la mayoría (los que toman Quilmes) conozcan la mejor (Isenbeck).

Los avisos aún se pueden ver en Youtube.

Existieron dos causas judiciales, una que tramitó en el Fuero Criminal y Correccional Federal en el cual se querelló a Isenbeck por uso indebido de marca (art. 31 ley 22362) y una Civil y Comercial Federal en que se demandó por cese de uso de marca y publicidad comparativa ilícita. En ambos casos Isenbeck resultó absuelta.

4. CAUSA PENAL.

4.1) PRIMERA INSTANCIA.

La representación letrada de Quilmes querelló penalmente a Directivos de Isenbeck por la comisión del delito previsto en el art. 31 inc b) de la Ley de Marcas (nº 22362) el que dice así:

[19] Madrenas i Boadas, op cit p 164.
[20] Muguillo, Roberto Alfredo, "Publicidad", Astrea, Bs As, 2005, P 233/4

Artículo 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 (A1.368.000) a doscientos seis millones ciento ochenta y nueve mil australes (A206.189.000) (Montos según Resolución Sub. I y C 198/90. Según ley 23.928 ascienden a $136,80 y $ 20.618, 90):

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

La conducta acusada era la realización de publicidad comparativa utilizando en la misma la marca Quilmes propiedad de la querellante, entendiendo dicha empresa que el uso en publicidad comparativa era punible como "uso" en los términos del art. 31.b) antes transcripto. Se pretendía la interpretación amplísima del término "uso de una marca registrada… perteneciente a un tercero sin su autorización".

El juez de primera instancia indica que, prima facie, la conducta cometida por Isenbeck podía caer bajo la órbita de dos normas penales: el mencionado art. 31.b) y el art. 159 del Código Penal que reprime la competencia desleal en los siguientes términos:

Art. 159.- Será reprimido con multa de $ 2.500 a $ 30.000, el que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial.
(Nota: texto con la modificación dispuesta por ley **Nº. 24.286**)

Al analizar el uso de marca en publicidad comparativa a la luz del art. 31.b) de la ley de marcas, el magistrado distingue entre el uso de marca ajena como propia, del uso de marca ajena haciendo saber que es ajena para compararla con la marca propia.

El juez penal sigue el criterio mayoritario de la Jurisprudencia de la Cámara Federal Civil y Comercial en publicidad comparativa, vertido en el siempre recordado voto del Dr Perez Delgado en la causa Navarro Correas de 1991[21]:

> "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."
> "La mera referencia o evocación de una marca ajena, o inclusive una publicidad comparativa, no se encuentra por sí vedada en nuestro ordenamiento, en tanto no se lesionen legítimos derechos de su titular; conclusión que cabe tanto si se recurre al art. 4 de la ley 22.363, como si se atiende a los principios generales que consagran el deber de no dañar (arts. 1067,1068 y con. del CC).-
> Si bien la ley 22.362 se refiere al derecho del titular de una marca para oponerse a su uso por un tercero y le confiere la prerrogativa de promover acciones penales y civiles; lo que con ello procura evitar es el aprovechamiento de la

[21] Causa 1407, Bodegas J.Edmundo Correas S.A. c/ Agro Industrias Cartellone S.A., CNFCC Sala I del 22.3.91

> marca ajena, sin autorización de su similar para distinguir productos o servicios. Pero los citados precedentes no alcanzan a los supuestos en los que la marca ajena es empleada tan sólo como una referencias de las ya existentes en el mercado, como sería el caso de una publicidad comparativa.-"

Esta interpretación ha sido vertida para analizar el ius prohibendi del titular de marcas al amparo del art. 4º en el fuero civil, con lo cual su aplicación resulta aún más acertada en el terreno penal, en el cual la interpretación aún debe ser más restrictiva a tenor del principio de ultima ratio que tiene el ordenamiento penal para reprimir conductas sociales.

En cuanto al delito de concurrencia desleal (art. 159 CP), el Sr Juez de grado analiza el tipo de la norma:

> Coincide la doctrina en afirmar que se intenta proteger la libre y leal competencia comercial e industrial, castigando en consecuencia cualquier medio de propaganda desleal, entendida como aquella "realizada de mala fe, adversa a determinados productos, establecimientos o comerciantes, dirigidos al público o clientes de aquellos, para que éstos dejen de utilizar el producto o el establecimiento de la víctima y lo sustituyan por el agente" [Soler, Nuñez]. Incluso Fontán Ballestra hace hincapié en que la deslealtad de la propaganda radica en la mala fe, más que en la falsedad de lo que se dice.
> Es decir, que mientras que en el delito de uso indebida de marcas se tutela al propietario de éstas y al público consumidor para no ser engañado respecto del producto, en el delito de competencia desleal se ampara la libertad de comercio, es decir, el libre juego de la competencia.
>
> En cuanto al elemento subjetivo requerido, no hay duda alguna que la finalidad del agente o sujeto activo es la de desviar la clientela y hacerla suya o propia. Basta para su perfeccionamiento, la utilización de aquella propaganda o medio comisivo para lograr dicho fin, aunque de hecho el autor no logre su propósito o intención.-"

Volviendo al analisis marcario, el Magistrado indica que si bien la publicidad supero la normal tolerancia y podría se considerada denigratoria, es bien distinto el análisis dentro del campo marcario puesto que el uso de marca ajena no es violatorio de la marca "per se"

> me encuentro convencido a esta altura del análisis, que el uso de la marca Quilmes efectuado por la empresa CASA Isenbeck, en sus publicidades, ha superado el mínimo tolerable en un estado en el que si bien se protege la libertad de competencia, la misma debe desarrollarse en un marco de respeto tal que cualquier tipo de publicidad que se intente realizar para captar la mayor cantidad de clientes posibles, no denigre o desacredite a sus competidoras.
>
> Pero afirmar ello, no implica necesariamente corroborar que se ha cometido el delito previsto y reprimido en el art. 31, inc. "b" de la ley 22.362, por cuanto no

todo uso de marca ajena sin autorización ataca el bien jurídico que se intenta proteger, es decir la titularidad de la marca.

En efecto, si el titular de una marca decidiera utilizar la marca competidora, a fin de compararlas y hacer hincapié en las cualidades de la propia para atraer a los posibles consumidores y motivarlos en este sentido para la elección de la propia, pareciera que la protección a la misma no podría alcanzar dichos supuestos, puesto que no toda comparación por si es denigratoria y no todo uso de marca ajena implica la violación a su titularidad (en tanto quien la utilice reconozca que no le pertenezca). Incluso, tolerar dicho uso ajeno -a expensas del desagrado o molestia que le pudiera causar a su titular-, resulta útil para los consumidores, que se informan al momento de seleccionar los productos que comprarán y fortalece en definitiva el principio de libertad de competencia.
Recordemos en este sentido que a través de la ley de marcas, también se protege al consumidor, para evitar que se lo confunda sobre la verdadera marca que está comprando. Es decir, que se intenta mantener incólume la decisión del consumidor al momento de individualizar el producto o servicio que ha comprado o contratado, reprimiendo cualquier tipo de artilugio que intente hacerlo pensar que está comprando un producto de tal o cual marca que en realidad no es tal, sino que resulta ser similar.-

Indica que la cuestión hubiera sido distinta si el delito investigado fuera el de competencia desleal:

Pero la libertad de competencia y el beneficio para los consumidores de obtener mayor información, de modo alguno permite por lo menos en nuestro derecho, que se denigre o desacredite la marca ajena.
En síntesis, queda por establecer si el uso hecho por la imputada en este caso de la marca ajena para desacreditarla o denigrarla se encuentra reprimido por la ley de marcas nro. 22.362 o si por el contrario podría encuadrar en la figura prevista en el art. 159 del Código Penal.-
A mi entender, y no habiéndose producido en la jurisprudencia de la Cámara Criminal y Correccional Federal, casos como en el presente -por cuanto en general las partes optan por la vía civil- no se da en autos el requisito fundamental para vulnerar el uso marcario, puesto que la empresa CASA Isenbeck, claramente no ha utilizado la marca Quilmes, para apropiarla, usurparla e incluso hacer confundir a los consumidores creyendo que al adquirir su cerveza, se estaba consumiendo Quilmes.
Por el contrario, a mi entender, la empresa Isenbeck, utilizó la marca Quilmes a fines de desacreditar de una u otra forma la fuerte campaña que estaba realizando ésta a raíz del mundial. Y evidentemente nada más ocurrente que cuestionar su composición accionaria, en un época como la del Mundial de futbol, en la que cada uno defiende su camiseta hasta las últimas consecuencias, en el contexto de la pasión de dicho deporte.
Ante la publicidad efectuada por la empresa Cervecería y Maltería Quilmes s.a.i.c.a.g., en la que la marca Quilmes se identificaba con la Selección argentina y convocaba a todos los argentinos para apoyarla hasta su triunfo final, obviamente

de la mano de dicha cerveza, CASA Isenbeck optó por informar a todos los argentinos que en realidad los intereses de la empresa ya no estaban en el país haciendo una asociación de ideas entre la venta de las acciones de la empresa (aún cuando esto en principio pudiera no ser así, conforme hiciera saber el querellante) con el concepto de "ser un vendido" en dicho deporte. Todo ello, en el claro contexto de diferenciar siempre ambas marcas de cervezas, sin efectuar apropiación alguna de marca.-

En consecuencia, descartando la comisión del delito de uso indebido de marca, quedaría a la justicia ordinaria determinar si dicho uso de descrédito configura el delito de competencia desleal. Pero ello, aclarando una vez más, siempre que el propio querellante en autos decidiera ejercer la acción por dicho delito, por cuanto, conforme he señalado precedentemente, la misma tiene carácter privado, lo que se transforma en un obstáculo insoslayable para avanzar en la presente causa con una eventual declaración de incompetencia en razón de la materia del Tribunal.-

En este sentido, toda vez que los hechos sometidos a estudio podrían encuadrar en otro tipo penal, toda vez que más allá de las calificaciones se debe resolver siempre en relación a los hechos cometidos, considero que corresponde proceder conforme lo normado por el art. 195 del Código Procesal Penal, y en consecuencia Archivar la causa.

Es decir que, como el delito de competencia desleal es de acción privada, debía haberse instado la querella por esa tipificación, y al habéselo omitido, el Juzgados se ve impedido de avanzar en su estudio; por ello se decidió el archivo de la causa.

4.2 SEGUNDA INSTANCIA.

La sentencia de la Excma Cámara en lo Criminal y Correccional Federal confirma el fallo de primera instancia.

Reitera que en ese proceso solo se puede juzgar si la conducta es típica a la luz del art. 31.b) de la Ley de Marcas y concluye que no lo es.

La Cámara estudia los cuatro incisos del art. 31.

a) el que falsifique o emite fraudulentamente una marca registrada o una designación;
b) el que use una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente emitida o perteneciente a un tercero sin su autorización;
c) el que ponga en venta o venda una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin su autorización;
d) el que ponga en venta, venda o de otra manera comercialice productos o servicios con marca registrada falsificada o fraudulentamente imitada.

Indica que en los incisos a,c y de la norma indica que la conducta debe ser "fraudulenta", es decir que debe generar engaño o falsificación.

Indica que la recta interpretación del inciso b) indica que el uso de marca debe ser fraudulento.

Transcribo: "no puede interpretarse válidamente el uso sin tener en cuenta aquella característica, ya que iría en contra de la armonía de la ley en general e implicaría una ingerencia inusitada del sistema penal sobre la conducta de los individuos, al resultar

equiparados con la misma escala penal los actos de mero uso mediante mención de una marca ajena con aquellos otros tendentes a defraudar, mediante falsificaciones o engaños de algún tipo.-
Por otra parte, una interpretación no restrictiva llevaría al absurdo de considerar delito cualquier uso de una marca - hasta el que hace el propio consumidor - sin la autorización del tercero propietario.-
Y aquel es el sentido que parece haber querido darle el legislador a los tipos penales de la mentada ley, al afirmarse en la exposición de motivos (ADLA, XLI-A, pp. 59 y ss.) que, en relación a la anterior ley de marcas, se innovó "...al instituir la acción penal pública, sin condicionarla a la instancia del damnificado [...] Así se dinamiza el régimen reconociendo en la actividad que se persigue una verdadera falsificación, con su secuela de engaño y descrédito para la confianza pública. Ninguna limitación parece entonces aconsejable a la función que es propia del Estado" (lo subrayado pertenece a los suscriptos).-Tales razones llevan a este Tribunal a no considerar adecuadas las conductas denunciadas al tipo del artículo 31, inc. B) de la Ley 22.363.-"

En resumen: para la justicia penal el término "uso" del art. 31.b) de la Ley 22362 requiere la comisión de un fraude, es decir que exista un engaño, con lo cual la mera denigración de marca ajena o comparación que no conlleve un fraude, resulta no punible en los términos de la ley 22362.

Mi opinión es coincidente con la del fallo. El derecho penal, en materia industrial, debe ser utilizado como última ratio para conductas claramente delimitadas: piratería marcaria, falsificaciones y demás situaciones en las cuales las medidas civiles no surten ningún efecto. El lector estará pensando conmigo en las ferias callejeras cercanas a las estaciones de tren, y demás circuitos clandestinos de ventas de productos falsos como medicamentos, ropa, calzado, etc.

Pero estos supuestos que, incluso en el fuero civil, son controvertidos no pueden ser sometidos a la justicia penal por violación de marca por su uso en publicidad.

5. JUICIO CIVIL.

Las resolucion que es objeto de comentario resuelve la apelación de Isenbek en instancia cautelar en el marco de un juicio por cese de uso de marca y daños y perjuicios planteado por Quilmes en la Justicia Nacional en lo Civil y Comercial Federal con asiento en Buenos Aires.

En el comentario me limitaré a tratar los temas que hacen al fondo de la cuestión, sin entrar a detallar las circunstancias procesales accesorias.[22]

[22] Tal como se puede apreciar de la lectura de los decisorios, Isenbek incumplió en dos ocasiones las ordenes cautelares del Juez de Primera Instancia lo que llevó a la imposición de astreintes. Más allá de que el resultado final del proceso cautelar le fue favorable, debió pagar las multas y sanciones por el incumplimiento a la orden judicial luego revocada. Ello porque los recursos contra medidas cautelares son tratados con efecto devolutivo (art. 198 del Codigo Procesal Civil y Comercial de la Nación), con lo cual durante el trámite de apelación el demandado debía cumplir la orden cautelar.

Se trata de la Resolución Interlocutoria fechada 19 de mayo de 2.005, dictada por la Sala I de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal (citada en adelante como la Camara), voto impersonal de los Magistrados Dra María Susana Najurieta, Dr Francisco de las Carreras y Dr Martín D. Farrell.

Tal como hice con la sentencia penal recomiendo la lectura del decisorio antes de leer este comentario, omitiré los hechos y entraré directamente en la doctrina o regla de derecho que el fallo establece.

5.1. PUBLICIDAD Y DERECHO DE LIBRE EXPRESIÓN.

La Cámara trata la cuestión de la tensión existente entre la prohibición de una publicidad y el derecho de libre expresión que asiste al anunciante.

En primer lugar indica que, exhibido que fue el comercial y estando en el aire al momento del dictado de la resolución no se puede hablar de censura "previa" con lo cual descarta dicho supuesto.

Sin embargo, más adelante, revoca una resolución del Juez de grado que había ordenado no efectuar futuros avisos citando la marca del actor. Para ello se tiene en cuenta que

> "Es obvio que la resolución apelada en cuanto dispuso que la accionada se abstuviera —en el futuro— de hacer referencia alguna a la marca ya sea en forma expresa o tácita, explícita o implícita, tanto en la promoción como en la difusión de sus propios productos, no se está refiriendo a las mismas publicidades que se emitieron, se publicaron y se difundieron (que aquí han sido analizadas), sino a eventuales comerciales futuros, sobre los que no se puede emitir juicio alguno, sin examinar su modalidad y características previamente en la medida que, además, se la estaría calificando anticipadamente como lesión de los derechos del titular de la marca (arg. causas 1407 y 6275/91 cit.)."
> "Por otra parte, no es pertinente una prohibición con ese alcance, habida cuenta de que además de su indebida latitud, se estaría ejerciendo un control con carácter previo a su ingreso en el circuito de la libre expresión, lo cual es inconstitucional (cfr. Bidart Campos, G., "Publicidad comparativa, libertad de expresión y censura", ED 159-14), afectándose de ese modo el derecho a expresar ideas sin censura previa, garantizado en el art. 14 de la Constitución Nacional (cfr. esta Sala, causa 3305/01 del 14/6/01)."

Es decir que, para sortear la prohibición constitucional de censura previa, la medida cautelar debe ser adoptada una vez que se emitió el comercial y en la fundamentación de su decisión el juez debe considerar el aviso en concreto, evitando pronunciarse sobre na prohibición en forma general y para el futuro de no emitir comerciales.

Ahora bien, descartada la censura previa, la Camara reflexiona sobre la tensión entre el derecho del anunciante de libre expresión y el derecho del competidor y el consumidor:

> Descartado el supuesto constitucionalmente prohibido de "censura previa", es indudable que ordenar el cese de un film publicitario o de una campaña radial, televisiva o gráfica que se está difundiendo masivamente como parte de una estrategia comercial, es una medida que pone en tensión diversos derechos constitucionales, los cuales, vale la pena recordarlo, no son absolutos sino que deben ser compatibilizados entre sí conforme a la finalidad con que son instituidos y se ejercen en las circunstancias particulares de la causa.-
> Una determinada estrategia publicitaria es una manifestación de la libertad de expresión y goza de protección constitucional (art. 14 de la Constitución Nacional; art. 13, incisos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En el "sub lite" no se halla involucrada ninguna reglamentación restrictiva exclusivamente destinada al desarrollo de la actividad periodística o publicitaria —en el sentido de la prohibición contenida en el art. 32, primera frase, de la Ley Fundamental—, sino pretensiones enfrentadas de quienes usan de los medios televisivos e impresos para ejercer sus derechos a la libertad de comerciar y de participar en el mercado. Sin duda, la protección constitucional mencionada no exime a quien desarrolla una determinada campaña publicitaria de responder por las conductas que, eventualmente, infrinjan las leyes que reglamentan legítimamente el ejercicio de los derechos involucrados en este litigio: los contemplados en la ley 22.362 y ley 22.802, a los que se agregan los previstos en las normas de fuente convencional, a saber, el Convenio de París y el "ADPIC".-
> A ello se agrega que los consumidores tienen el derecho constitucional a una información adecuada y veraz y a la protección de la libertad de elección y, por su parte, las empresas que actúan en el mercado local tienen derecho a concurrir conforme a prácticas leales y lícitas y también tienen derecho a acciones positivas de las autoridades tendientes a evitar toda forma de distorsión indebida (art. 42, segundo párrafo, Constitución Nacional).-
> A la luz de estos diferentes derechos que deben ser compatibilizados en el caso concreto, corresponde tratar los diferentes agravios.-

La Cámara reconoce que el anunciante tiene un derecho de libre expresión y que la campaña publicitaria está contenida en el derecho protegido constitucionalmente. Pero distingue claramente entre el derecho de la prensa que no puede ser retaceado conforme el art. 32 CN del derecho del anunciante de propagar publicitariamente sus productos en el ejercicio de su derecho a comerciar reconocido por el art. 14 de la CN.

Esta distinción, entendemos tiene más que ver con el mensaje que con el emisor, puesto que si una empresa periodística efectúa un anuncio publicitario por ejemplo comparándose con otro medio, dicho mensaje no estaría protegido por el art. 32 CN sino por el art. 14 ya que está ejerciendo el comercio.

En el marco del ejercicio del comercio (art. 14 CN) y teniendo en cuenta que el ejercicio de los derecho no es absoluto sino que se encuentra sometido al derecho de los demás y a las reglamentaciones legales, el Magistrado en cumplimiento de dicha normativa está habilitado a ordenar la suspensión de un aviso publicitario. El derecho del art. 14, ejercido en forma irregular genera una distorsión en el mercado y por ende afecta el libre y sano funcionamiento de este afectando de ese modo los derechos de los consumidores que también recogen protección constitucional en el art. 42 CN.

En otra ocasión encuadramos el supuesto de competencia desleal como un abuso del derecho conferido por el art. 14 CN.[23]

En resumen, y en cuanto a la tensión entre la publicidad desleal y el derecho de libre expresión, la Cámara resuelve que se puede ordenar el cese de un anuncio que está en el aire, pero no prohibir la realización de un comercial futuro del cual no se conoce su contenido.

5.2. USO DE MARCA AJENA EN PUBLICIDAD.

La Excma Cámara, Sala I, reitera la doctrina sentada en el voto de Perez Delgado al cual nos referimos más arriba: "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…" "…Lo que la ley prohíbe, es el uso de la marca ajena somo si fuera propia, pero no prohíbe el uso de la marca ajena como ajena, para comparar productos que ampara con los propios (cfr. causa 6275/91, citada, voto del juez Farrell).-…"

Es decir que la Camara se pronuncia, en abstracto y antes de analizar el comercial, a favor de la publicidad comparativa y del uso o cita de una marca ajena en la misma. Doctrina pacífica de la Sala I del Tribunal y que se alinea con la opinión mayoritaria de doctrina nacional y extranjera.

5.3. CONFIGURACIÓN DE PUBLICIDAD COMPARATIVA PROHIBIDA.

Una vez descartados los supuestos de censura previa y de infracción al uso de marca ajena, la Camara determina el criterio para analizar cuando una publicidad es desleal.

Analizaremos el párrafo de la sentencia dividiendolo por frases:

1) Ello sentado, es apropiado puntualizar que lo que no es admisible es que la publicidad trate de denigrar o desacreditar a la marca del competidor o que sea engañosa (cfr. causa 6275/91cit).

En esta frase, la Camara establece los dos supuestos de publicidad desleal que vimos en el punto 2) de este trabajo, la publicidad desleal es un género, y sus dos especies son la publicidad denigrativa y la publicidad engañosa.

2) Únicamente cuando hay mala fe, la publicidad comparativa no es legítima, pero para mostrar la mala fe debe acreditarse alguna falsedad en esa publicidad (cfr. esta Sala, causa 124/97 del 19/4/01, con voto del juez Farrell).

---

23 La competencia desleal en la Argentina Una aproximación a la competencia desleal desde el derecho privado Autor: Martínez Medrano, Gabriel A. JA 2002-I-1039

La Cámara adopta la posición de que para que exista denigración tiene que haber mala fe y falsedad, con lo cual da a entender que las alegaciones verdaderas, aunque menoscaben la reputación de un competidor serían lícitas.

3) Además, deben confrontarse productos y características homogéneas (cfr. esta Sala, doctr. causa 3305/01 del 14/6/01) y la confrontación debe ser leal y veraz, lo que requiere que sea efectuada en condiciones equivalentes para todos los productos que son objeto de comparación (cfr. Sala II, causa 8426/99 del 24/2/00). La publicidad —se ha dicho— debe comparar de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de esos bienes y servicios; no debe dar lugar a confusión en el mercado entre un anunciante y un competidor, o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor (cfr. Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea). Asimismo, los productos deben pertenecer a una misma categoría o satisfacer una misma necesidad (cfr. Otamendi, Jorge, "La competencia desleal", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 3, N? 2, octubre de 1998).-

Aquí la Excma Cámara, a falta de legislación, incorpora de forma pretoriana los requisitos de análisis de la publicidad comparativa contenidos en las normas de la Union Europea que analizamos en el punto 2) de este trabajo. En la medida que la publicidad comparativa se ajuste a dichas normas será lícita.

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

Establece el deber del titular de una marca con mayor presencia en el mercado de tolerar la publicidad comparativa de empresas que pretenden desafiar el poder de mecado del lider. Este párrafo es un alegato a la libertad de concurrencia y ampara la introducción de nuevas ofertas que, en definitiva permiten aumentar la posibilidad de elección del consumidor. No está de más recordar que el art. 42 CN enumera expresamente como derecho del consumidor a la "libertad de elección" y que "las autoridades proveeran a la protección de esos derechos"

Refuerza la idea de que para ser ilícita, la comparación debe tener inexactitudes lo resuelto sobre el aviso publicitario de Isenbeck que se apoyaba en inexactitudes sobre la composición de las cervezas.

En cuanto a este punto se dijo:

> es posible concluir que la publicidad comentada en último término, es susceptible de lesionar los legítimos derechos del titular de la marca mencionada sin autorización al intentar establecer la idea de que el producto de la accionada es superior, con

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

Asi vemos que una vez más, la Cámara recurre a las normas de la Union Europea para determinar el estandar al cual deben ajustarse los avisos publicitarios en cuanto a no ser engañosos respecto de la composición de los productos.

6. CONCLUSIONES.

De la lectura de ambos fallos judiciales vemos que la publicidad comparativa ha salido fortalecida.

En el caso penal sacamos como lección que, de optar por este fuero, debe querellarse conjuntamente por el delito de uso de marca y por el de competencia desleal, aunque por el resultado de la contienda para los casos de publicidad comparativa entiendo más conveniente acudir al fuero civil y comercial.

En cuanto a este último mencionado, la Excma Cámara se pronunció fuertemente por avalar la publicidad comparativa y prohibir la publicidad engañosa y denigratoria, siendo necesario para que se configure esta última que exista una falsedad en las alegaciones.

Con esta jurisprudencia nuestro país se alinea con lo resuelto en diversas jurisdicciones. Es loable la tarea de la judicatura argentina que, huerfana de normas legales sobre el punto, ha construido una reglamentación pretoriana de la publicidad desleal, apoyandose en normativa extranjera y aplicando dichas soluciones a la luz del tamiz de la casi inexistente legislación argentina en la materia.

© 2008. Gabriel Martinez Medrano.