

gislador reconocía al —derogado TNDC— se establece que serán ejercidas por la autoridad de aplicación (arts. 17, 18, 19 y 21 de la Ley N° 25.156) —hoy Secretaría de Comercio— de acuerdo a las cláusulas transitorias, tal como lo establece la actual redacción del art. 58⁽¹¹²⁾ de la Ley N° 25.156.

(112) Ley 25.156 – art. 58 — Derógase la ley 22.262. No obstante ello, las causas en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, continuarán tramitando de acuerdo con sus disposiciones ante el órgano de aplicación de dicha norma. Asimismo, entenderá en todas las causas promovidas a partir de la entrada en vigencia de esta ley, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19 y 20. (Artículo sustituido por art. 69 de la Ley N° 26.993 B.O. 19/09/2014).

CAPÍTULO 16

LEALTAD COMERCIAL Y COMPETENCIA DESLEAL

Por *Guillermina Taján*⁽¹⁾

1. LEALTAD COMERCIAL

1.1. Marco normativo

La ley 22.802 y su modificatoria 24.344 (relativa a la modificación de los montos de las multas), es de carácter nacional y fue dictada de conformidad con las facultades que la Constitución Nacional otorga al cuerpo legislativo en punto a reglamentar el comercio que usualmente reviste las características de interjurisdiccional, facultades que al tiempo de la sanción de la ley se encontraban contenidas en el art. 67 incs. 12, 16 y 28 de la Carta Magna. En cuanto al bien jurídico protegido, es posible afirmar que son dos claramente definidos: por un lado la protección a los consumidores respecto de posibles prácticas engañosas e insuficiencia en la información respecto de productos y servicios publicitados y puestos a la venta; y por el otro la protección al comerciante honesto veraz, incluyendo a quienes producen e introducen en el mercado bienes y servicios. La ley fue dictada con el objeto de ordenar la actividad en el comercio interno, garantizando básicamente la correcta información al potencial consumidor, respecto de los bienes y servicios que se publicitan y/o se encuentran a la venta, a la vez que fija un mínimo de seguridad con el que deben contar los productos que se encuentran a disposición de los eventuales compradores⁽²⁾.

El fin que se persigue mediante la ley 22.802, de Lealtad Comercial, es evitar que los consumidores, mediante indicaciones poco claras y engañosas, o inexactitudes, sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de productos, mercaderías, o en la contratación de servicios protegiéndose, de este modo, el

(1) Abogada (UBA). Posgrado en Derecho de Alta Tecnología (UCA). Profesora de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la UBA. Investigadora del Instituto Argentino de la Empresa Familiar (IADEF). Secretaria de Redacción de la Revista de los Contratos, Consumidores y Derecho de la Competencia Editorial Legis (2010-2015). Colaboradora en libros, publicaciones y revistas jurídicas (nacionales e internacionales).

(2) LUZI, NORA, Ley de Lealtad Comercial, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 12. Sobre la ley de lealtad comercial también puede consultarse el capítulo TAJÁN, GUILLERMINA, "Derecho de la competencia y Lealtad comercial", en *Protección Jurídica del consumidor bancario*, Dir. Camerini, Co-autores: Taján-Farinati-Reguerin-Crocco-Ayerra, Editorial Ad-Hoc 2009, p. 15 y ss.

derecho de aquéllos a una información adecuada, completa y veraz, con relación al consumo art. 42 de la Constitución Nacional⁽³⁾.

Desde un punto de vista normativo se ha señalado que la ley responde a la clasificación de ley penal en blanco, a la que numerosas resoluciones y disposiciones reglamentarias llenan de contenido, ya que a fin de determinar las conductas prohibidas deben necesariamente tenerse presentes las resoluciones y disposiciones complementarias dictadas con relación al articulado de ley⁽⁴⁾.

La doctrina ha señalado en cuanto a la relación con el derecho penal que no se aplican todos los principios del derecho penal. Por ejemplo, en el derecho penal se toma en cuenta el principio de la bagatela en el sentido de poco significativo o sin importancia. En la ley aunque la infracción sea pequeña, ésta tiene importancia pues lo que se busca tutelar es protección de los consumidores y los competidores leales⁽⁵⁾. El principio de la bagatela no puede aplicarse a estos casos de naturaleza infraccional, en virtud de que aunque la infracción pueda parecer mínima, lo verdaderamente importante es el ordenamiento de la actividad comercial, la defensa de los derechos de los potenciales consumidores a estar debidamente informados de las características de los productos que se le ofrecen y de proteger a los comerciantes cumplidores de la competencia desleal⁽⁶⁾.

1.2. Autoridad de aplicación

La Secretaría de Comercio es el organismo de aplicación de la ley de Lealtad Comercial y ejerce el poder de policía de comercio fiscalizando, juzgando —y en caso de corresponder— sancionando conductas que violan la normativa mencionada o sus reglamentaciones. En caso de comprobarse la violación a la ley 22.802 la empresa es sancionada con multa, variando el monto de la misma según el tipo de infracción cometida, el eventual peligro a la salud de los consumidores, la posición de la infractora en el mercado, el carácter de reincidente de la sumariada, etc. El principal objetivo es lograr que los agentes proveedores de bienes y servicios en el mercado doméstico ajusten su actuar a las normas reglamentarias. La multa entonces debe tener una entidad suficiente como para disuadir a la infractora de volver a violar la ley al tiempo que envía una señal al resto de las empresas respecto de la vigencia real de las normas. La existencia de contralores públicos y la imposición de sanciones como consecuencia de conductas que no se ajustan a lo legalmente establecido es una cuestión de vital importancia para fomentar la defensa de los derechos de consumidores y la lealtad en las relaciones comerciales, por cuanto induce al encauzamiento y corrección de conductas perjudiciales para la sociedad en su conjunto.

(3) CNPenal Económico, Sala B, 11/12/07, "José Huespe e Hijos SAIC s/ Inf. Ley 22.802".

(4) LUZI, NORA, *Ley de Lealtad Comercial*, La Ley Buenos Aires, 2000.

(5) USIETO BLANCO, ALBERTO, *La temática de la competencia en la experiencia argentina*, Fundación de Altos Estudios en Ciencias Comerciales, 2005.

(6) CNPenal Económico, Sala A, 30/10/07, "Auchan Argentina SA s/ Infr. Ley 22.802".

1.3. Identificación de mercaderías y denominaciones de origen

La ley contiene pautas sobre identificación de mercaderías (arts. 1 a 6) y denominaciones de origen (arts. 7, 8 y 9). Asimismo el sistema se complementa con las leyes 25.163⁽⁷⁾, 25.380⁽⁸⁾ y 25.966⁽⁹⁾.

El art. 1 establece que los frutos y productos que se comercialicen en el país envasados llevarán impresas en forma y lugar visibles sobre sus envases, etiquetas o envoltorios: su denominación, nombre del país donde fueron producidos o fabricados, su calidad, pureza o mezcla y las medidas netas de su contenido.

El art. 5 establece: "*Queda prohibido consignar en la presentación, folletos, envases, etiquetas y envoltorios, palabras, frases, descripciones, marcas o cualquier otro signo que pueda inducir a error, engaño o confusión, respecto de la naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla o cantidad de los frutos o productos, de sus propiedades, características, usos, condiciones de comercialización o técnicas de producción*".

El art. 9, al tratar la publicidad y promoción mediante premios establece que: "*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*"⁽¹⁰⁾.

También se ha sostenido: "*Corresponde confirmar la resolución que sancionó a una empresa por infracción a la Ley de Lealtad Comercial si el rótulo de dos gaseosas que comercializa, contienen la figura de una fruta, sin que el producto rotulado por la etiqueta posea un porcentaje de jugo de fruta consignada significativo, pues aquel rótulo utiliza representaciones gráficas de las cuales se desprende información falsa, incorrecta, insuficiente o que puede inducir a equivoco, error, confusión o engaño al consumidor en relación con la verdadera característica, naturaleza y mezcla del producto, en oposición a lo establecido por el art. 5 de la ley 22.802*"⁽¹¹⁾⁽¹²⁾.

(7) Ley 25.163 estableció un sistema relacionado con identificación de procedencia, indicación geográfica y denominación de origen de los vinos y bebidas espirituosas de origen vitícola.

(8) Ley 25.380 y 25.966 por medio de estas leyes se establece un sistema sobre la identificación, procedencia y denominación de origen de productos agrícolas y alimentarios.

(9) Ley 25.954 estableció que las diferencias en el monto a pagar de imposible devolución sea a favor del consumidor (art. 9 bis ley 22.802).

(10) La jurisprudencia ha dicho sobre el tema: "*Incurrir en la infracción a los arts. 5 y 9 Ley de Lealtad Comercial —22.802— la firma que insertó rótulos en los envases y efectuó la publicidad de un producto alimenticio en polvo para preparar bebidas de sabor frutal, bajo inscripciones que no revelaban sus verdaderos ingredientes*". CNPenal Económico, Sala A, 16/07/2004, "Kraft Foods Argentina S.A. s/inf. Ley 22.802".

(11) CNPenal Económico, Sala B, 20/7/2006, "Pepsico de Argentina S.R.L.", La Ley Online, Cita Online: AR/JUR/6668/2006.

(12) CSJN, "Carrefour Argentina S.A.", 26/6/2001, La Ley, 2001-F, 511. "Comete la infracción del art. 5º de la ley 22.802 aquella empresa que importa y comercializa una marca de cerveza susceptible de confundirse con otra de marca reconocida aunque no se compruebe perjuicio concreto al consumidor pues, para la configuración de aquella infracción basta con que se incurra en alguna de las conductas descriptas en la norma, con aptitud para inducir a error, engaño o confusión, con prescindencia de la producción de un resultado".

En cuanto a las denominaciones de origen la doctrina ha señalado que es evidente la clara protección no solo al potencial consumidor que entiende adquirir un producto de una cierta región geográfica sino también al productor local que, en definitiva es quien con su inversión ha contribuido a obtener el prestigio de la producción de la zona⁽¹³⁾.

1.4. Publicidad y promoción mediante premios

En referencia a los actos desleales que atentan contra el consumidor en forma directa, que señaláramos al comienzo del presente punto, vemos como por medio del establecimiento de ciertas pautas sobre la publicidad de los productos, bienes o servicios comercializados, se intenta evitar que los consumidores puedan ser perjudicados. El fin que se persigue con la ley 22.802 de Lealtad Comercial, es evitar que los consumidores sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de mercaderías o la contratación de servicios, protegiéndose, de ese modo, el derecho de aquellos a una información adecuada, completa y veraz en la relación de consumo⁽¹⁴⁾.

El art. 9 de la ley prohíbe 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⁽¹⁵⁾.

La ley establece también una prohibición en cuanto al ofrecimientos o entrega de premios en razón directa o indirecta de la compra de mercaderías o la contratación de servicios, cuando dichos premios o regalos estén sujetos a la intervención del azar (art. 10).

En lo que atañe al ámbito en que éstos están permitidos, fueron reglamentados por el decreto 1153/1997 y que en su art. 2 establece —a fin de proteger el derecho de los consumidores a una información exhaustiva y clara— las obligaciones que deben cumplirse quienes organicen o promuevan concursos, certámenes, sorteos o mecanismos similares de cualquier naturaleza con el objeto de promocionar la venta de bienes y/o la contratación de servicios que en cada local de venta del producto o servicio promocionado se exhibirá, en forma destacada y fácilmente visible para el consumidor, la siguiente información: nómina completa de premios a adjudicar, indicando la cantidad de cada uno de ellos y la especificación de su calidad o modelo, si correspondiere; probabilidad matemática de adjudicación de los premios, en caso de que los mecanismos adoptados permitan conocerla, y de no ser posible, al menos una estimación de

(13) LÚZI, NORA, *Ley de Lealtad Comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2000.

(14) CNPenal Económico, Sala B, 13/6/2000, ED 4/02/2001, "Tevecompras 2001 s/infr. ley 22.802".

(15) Al respecto la jurisprudencia ha dicho: "Incurrir en infracción a los arts. 5 y 14 Ley de Lealtad Comercial la empresa que comercializa en el mercado bebidas sin alcohol saborizadas, con distintas marcas que las publicitadas en televisión, y que infringieron las disposiciones previstas por los arts. 221 y 222 Código Alimentario Argentino, por las cuales se establecen los requisitos de identificación para la adecuada rotulación y publicidad de los productos regulados por aquel ordenamiento". CNPenal Económico, Sala B, 19/08/2005, "Redonhielo S.A. s/infr. Ley 22.802".

la misma; gastos que pudieren resultar al beneficiario de la adjudicación de los premios; fecha de inicio y finalización de la promoción y su alcance geográfico; requisitos completos para la participación; mecanismo detallado de adjudicación de los premios; procedimientos o medios de difusión a través de los cuales se comunicará la adjudicación de los premios; lugar y fecha de entrega de los premios; destino previsto para los premios no adjudicados.

Si bien el sorteo de premios entre el público sin obligación a la compra del producto es un modo lícito de promoción⁽¹⁶⁾, debe ajustarse a los requisitos mencionados pues su incumplimiento o la falsedad de la información acarreará la aplicación de las sanciones previstas en la ley 22.802 y su modificatoria 24.344⁽¹⁷⁾.

El régimen de sanciones establecido en la ley de lealtad comercial ha sido modificado habiéndose ampliado a las siguientes:

- a) Multa de PESOS QUINIENTOS (\$ 500) a PESOS CINCO MILLONES (\$ 5.000.000);
- b) Suspensión de hasta CINCO (5) años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado;
- c) Pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare;
- d) Clausura del establecimiento por un plazo de hasta TREINTA (30) días.

Las sanciones establecidas en el presente artículo podrán imponerse en forma independiente o conjunta según las circunstancias del caso.

Las apelaciones a las sanciones impuestas, podrán ser impugnadas solamente por vía de recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo o ante las Cámaras de Apelaciones competentes, según el asiento de la autoridad que dictó la resolución impugnada.

El recurso deberá interponerse y fundarse ante la misma autoridad que impuso la sanción, dentro de los diez (10) días hábiles de notificada la resolución, la autoridad de aplicación deberá elevar el recurso con su contestación a la Cámara en un plazo de diez (10) días, acompañado del expediente en el que se hubiera dictado el acto administrativo recurrido. En todos los casos, para interponer el recurso deberá realizar el pago de la multa impuesta, salvo que el cumplimiento del mismo pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al recurrente. La nueva normativa establece que las acciones e infracciones previstas en la presente ley prescribirán en el término de 3 años.

2. COMPETENCIA DESLEAL

2.1. Marco normativo

En Argentina no contamos con un cuerpo orgánico que se refiera a actos de competencia desleal, y con referencia a ello la doctrina ha dicho "*es cierto que una rama jurídica no precisa esta codificada o siquiera incluida en un texto legal orgánico para ser eficaz y cumplir adecuadamente sus fines*"⁽¹⁸⁾.

(16) CNPenal Económico, Sala A, 30/9/1994, "Tres Cruces S.A s/ Lealtad Comercial".

(17) CNCom., Sala D, "Lía, Antonia v. Perfecto López y Cía. S.A.", 23/4/2008.

(18) CABANELLAS, GUILLERMO, "La figura de competencia desleal en el Derecho Argentino", Número Especial - Lexis Nexis, Coordinado por Sebastián García Menéndez, 2006, ver también del mismo autor "El Derecho argentino de la competencia desleal. Crítica y propuesta de reforma", en *Derechos intelectuales*, Ed. Astrea, T. 10, 2003.

Es por ello que contamos con un conjunto de normas previstas en la legislación de fondo en el Código Civil y Comercial⁽¹⁹⁾, Código Penal (art. 159)⁽²⁰⁾, en lo previsto en distintas leyes y tratados incorporados al derecho argentino, habiéndose señalado que la jurisprudencia ha podido recurrir a ellos para combatir estos actos, y reconducir al acto concurrencialmente desleal como ilícito civil y evitar que las consecuencias dañosas derivadas de dichos actos queden impunes⁽²¹⁾.

Como norma proveniente del derecho internacional y adoptada como legislación en nuestro país, se puede señalar el art. 10 bis del Convenio de París, en su versión acta de Lisboa 1958 para los artículos relativos a derechos y en su versión Estocolmo 1967 para lo atinente a la organización de la Unión (leyes 17.011 y 22.195, EDLA 1980-92), así como también el Acuerdo ADPIC, aprobado por la ley 24.425.

La doctrina ha señalado, que cuando se habla de competencia desleal, es posible entender que se han desatendido o dejado de lado los usos honestos en las actividades desarrolladas con motivo de la concurrencia en un mercado determinado. Se ha entendido por acto de competencia desleal, o más simplemente, acto desleal, a todo acto contrario a los usos honestos (leales) de los negocios⁽²²⁾.

Otamendi ha señalado: *"La competencia en un mercado es la lucha por la clientela. Hay competencia cuando se puja por ofrecer lo mismo o algo que lo puede reemplazar. Esta lucha debe realizarse dentro de ciertas pautas para ser leal. De lo contrario será desleal. Y cuando es desleal se convierte en un acto ilícito, que a veces según lo establece la legislación, alcanza la categoría de delito. Su realización causará un daño resarcible, y desde luego la justicia ordenará su cese"*⁽²³⁾.

Acerca de la existencia de una normativa abarcadora de todos los temas referidos a la competencia desleal, Martínez Medrano, ha expresado: *"No existe en nuestro país una legislación que abarque desde el punto de vista mercantil y en forma integral, el fenómeno de la competencia desleal. Esta situación, inaudita para cualquier economía de mercado del siglo XXI, motiva el poco desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la disciplina de la lealtad en el comercio"*⁽²⁴⁾.

El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, incorporado a la legislación argentina por Ley 17.011 y 22.195, prohíbe por medio de una

(19) En la redacción del Código Civil derogado correspondía la aplicación de los arts. 953, 1071, 1109 y 1198.

(20) El art. 159 del Cód. Penal argentino prevé el delito de competencia desleal, y expresamente establece como una de las formas que se puede desviar clientela de un establecimiento comercial o industrial a la "propaganda desleal".

(21) GARCÍA MENÉNDEZ, SEBASTIÁN ALFREDO, "Competencia desleal: Diferenciación de la defensa de la competencia y concepto de acto de competencia desleal", ED, 192-884.

(22) ZORRAQUÍN ARACAMA, ERNESTO, "La Competencia Desleal en el Convenio de Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial", Cuaderno de la Universidad Austral N° 1, 1996, Depalma, p. 26.

(23) OTAMENDI, JORGE, "La competencia desleal", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 3, N° 2, octubre 1998.

(24) MARTÍNEZ MEDRANO, GABRIEL, "La competencia desleal en la Argentina", publicado en JA, 2002-I, fasc. 6.

cláusula general los actos de "competencia desleal", de acuerdo a lo establecido en su art. 10 bis.

También será preciso considerar para el análisis de los casos que puedan presentarse lo establecido por la ley 22.362 (Marcas y patentes) y la Ley 24.766⁽²⁵⁾ de Confidencialidad, en cuanto a apropiación de los resultados del esfuerzo productivo ajeno o bien a la violación de secretos comerciales protegidos por la legislación, generándose un doble juego entre lo establecido por estas últimas dos leyes con lo dispuesto en el Convenio de París y el ADPIC (Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio) aprobado por la ley 24.425.

La doctrina ha señalado, la protección contra la competencia desleal surge históricamente como una expansión de la protección de la propiedad industrial, especialmente de las marcas, pero mientras en la propiedad industrial la infracción consiste en violar un derecho absoluto, en la competencia desleal no hay violación de derecho absoluto sino una incorrección de procedimientos que requiere circunstancias concretas a apreciar en cada caso⁽²⁶⁾.

Dentro del ámbito penal, el delito de competencia desleal se encuentra previsto por el art. 159 del Código Penal, a través de la figura de concurrencia desleal, castigando actos concretamente orientados a captar la clientela ajena a través de maquinaciones fraudulentas y sospechas malévolas⁽²⁷⁾.

El tipo penal implica la necesidad del elemento de culpabilidad para que el juez pueda calificar la deslealtad del acto, por tal motivo, al exigirse en materia penal el elemento psicológico o volitivo, se impide el análisis de las conductas no tipificadas y de aquellas conductas consideradas desleales por contrarias a determinados parámetros objetivos que se utilicen en el ordenamiento jurídico concreto. Además, como consecuencia de la necesidad de la declaración de culpabilidad, todos los intentos de introducir una acción de cesación o prohibición en esta materia serían inútiles⁽²⁸⁾.

(25) Ley 24.766, Art. 1°.— Las personas físicas o jurídicas podrán impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, mientras dicha información reúna las siguientes condiciones: a) Sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración, reunión precisa de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; b) Tenga un valor comercial por ser secreta; y c) Haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla, secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla. Se considerará que es contrario a los usos comerciales honestos el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción y adquisición de información no divulgada por terceros que supieran o no, por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas.

(26) BERCOVITZ, ALBERTO, "Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal", en BERCOVITZ, ALBERTO (Coordinador), *La regulación contra la competencia desleal en la ley de 10 de enero de 1991*, Ed. Boletín Oficial del Estado, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, p. 19 y sigtes.

(27) El art. 159 del Cód. Penal prevé el delito de competencia desleal, y expresamente establece como una de las formas que se puede desviar clientela de un establecimiento comercial o industrial a la "propaganda desleal". En referencia al delito de competencia desleal, ver SPOLANSKY, NORBERTO, *El delito de competencia desleal y el mercado competitivo*, Ed. Ad-Hoc, 1997.

(28) GARCÍA MENÉNDEZ, SEBASTIÁN ALFREDO, "Competencia desleal: Diferenciación de la defensa de la competencia y concepto de acto de competencia desleal", ED, 192-883.

2.2. Prácticas comerciales desleales

En derecho comparado es posible citar el tratamiento dado a las prácticas comerciales desleales por parte de la Unión Europea, donde se han establecido por medio de varias Directivas, ciertas regulaciones incluida la de publicidad desleal. La Directiva 29/2005, establece una protección directa de los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, asimismo protege de modo indirecto a las empresas que operan lícitamente de aquellos de sus competidores que no cumplen con la regulación establecida, garantizando así una competencia leal. Esta prohibición general se desarrolla mediante normas sobre dos tipos de prácticas comerciales: las prácticas comerciales engañosas y las prácticas comerciales agresivas. Dentro de las prácticas comerciales engañosas se encuentran incluida la publicidad engañososa, que al inducir a engaño al consumidor, le impiden elegir con el debido conocimiento de causa y, en consecuencia, de manera eficiente⁽²⁹⁾.

Un punto que merece destacarse de lo previsto por la Directiva 29/2005, es el relacionado con los Códigos de Conducta, que permiten a los comerciantes aplicar los principios de la Directiva de forma eficaz en ámbitos económicos específicos. En los sectores en que existan requisitos obligatorios específicos que regulen la conducta de los comerciantes, es oportuno que tales requisitos proporcionen igualmente elementos de juicio sobre la diligencia profesional en dicho sector. El control ejercido por los responsables de los códigos a escala nacional o comunitaria para eliminar las prácticas comerciales desleales puede evitar tener que recurrir a acciones administrativas o judiciales⁽³⁰⁾.

2.3. Publicidad engañosa. Publicidad Desleal

Si tenemos en cuenta que la disciplina de la competencia desleal puede conceptuarse como aquella parte del derecho de la competencia que regula las conductas de los empresarios dirigidas a la captación de clientela en un mercado en el que otros empresarios operan, debemos tener en cuenta también que una de las formas en que se manifiestan los actos de competencia desleal es mediante la publicidad.

A su vez la misma guarda una vinculación muy importante con toda la normativa sobre protección del consumidor, ya que cuando un empresario competidor realiza mediante publicidad, actos que engañen o confundan a los consumidores, está realizando actos susceptibles de ser considerados "desleales", con

(29) Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales 29/2005 (CE) del 11/5/2005. Un detallado análisis de la Directiva puede verse en el Suplemento Especial de Lexis Nexis 2006, Coordinado por Sebastián García Menéndez, en especial "Las Prácticas comerciales engañosas en la Directiva 29/2005" por JOSÉ MASSAGUER, p. 34.

(30) En nuestro país, un ejemplo de ello se puede observar por medio del "Código de Prácticas Bancarias", que ha sido suscripto en el año 2005 entre los Bancos y Entidades Financieras de la República Argentina, como una iniciativa de autorregulación destinada a promover las mejores prácticas bancarias en el país y con el propósito de que su adopción habrá de contribuir a afianzar los derechos del usuario de servicios y productos financieros acrecentando, al mismo tiempo, la transparencia de la información provista por las instituciones financieras a sus clientes y los lazos de quienes proveen servicios financieros contribuyendo a los derechos del consumidor.

motivo del proceso de competencia, y por lo tanto perjudiciales y no deseables, para toda la sociedad en general.

La publicidad es realizada por las empresas con el objeto de atraer a los consumidores, la finalidad de las empresas es atraer o captar clientela, pero existen casos en donde esta atracción de clientela o consumidores se logra a través de publicidades que resultan contrarias a la buena fe y a los usos comerciales, es en estos casos donde estaríamos frente a actos de publicidad desleal, entendidos estos también como actos de competencia desleal. En cuanto a la competencia desleal es preciso señalar que una vez dada la efectiva participación en el mercado, es necesario que la competencia que se ejerza dentro del mismo lo sea de manera leal. El principio de igualdad jurídica de los competidores puede ser quebrado por los mismos competidores ya sea mediante actos o prácticas restrictivas de la competencia o bien mediante actos de competencia desleal por medio de publicidad engañosa o publicidad desleal.

El régimen y la regulación de legal de la publicidad también se complementa junto con un gran número de resoluciones y otras leyes dictadas en función de regulaciones sectoriales específicas como las leyes 23.344⁽³¹⁾, 24.780⁽³²⁾, 24.806⁽³³⁾, 25.163⁽³⁴⁾, 25.380⁽³⁵⁾, 25.966, 25.649⁽³⁶⁾, 25.954⁽³⁷⁾ y el Código Alimentario Argentino. Por su parte el art. 4 de la ley 24.240, establece la obligación de suministrar a los consumidores información "*cierta, clara y detallada*"⁽³⁸⁾. Sobre la información detallada del art. 4 de la ley 24.240, se ha concluido que la misma "*tiende a facilitar la transparencia con que el consumidor debe prestar su asentimiento, ayudándole a formar su criterio, clara y reflexivamente. Se quiere, además que el consumidor posea toda la información necesaria, en razón de que el deber de información, relacionado con la buena fe, se proyecta en la etapa de ejecución del contrato*"⁽³⁹⁾.

Y en relación con la información dada a través de la publicidad, la doctrina ha señalado que no debería inducir al consumidor a conclusiones erróneas. Específicamente sobre la publicidad, se ha señalado que "*en definitiva, la publicidad genera una expectativa que influirá de una manera u otra en la decisión de*

(31) Ley 23.344 y modificatorias: Limitaciones a la publicidad de cigarrillos y obligatoriedad de inscripción en envases.

(32) Ley 24.788, Ley Nacional de lucha contra el alcoholismo.

(33) Ley 24.806 establece pautas sobre publicidad de la enseñanza privada.

(34) Ley 25.163 establece un sistema relacionado con identificación de procedencia, indicación geográfica y denominación de origen de los vinos y bebidas espirituosas de origen vínico.

(35) Ley 25.380 y 25.966 establece un sistema sobre la identificación, procedencia y denominación de origen de productos agrícolas y alimentarios.

(36) Ley 25.649 sobre especialidades medicinales.

(37) Ley 25.954 establece que las diferencias en el monto a pagar de imposible devolución sea a favor del consumidor (art. 9 bis ley 22.802).

(38) Ley 24.240. Art. 4: 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.

(39) XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar de Plata 1995, Conclusiones de la Comisión N° 3, La protección del consumidor en el ámbito contractual, Conclusiones de los Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil 1927-2003, La Ley, Agosto 2005, punto 13, p. 146.

contratar. De ahí la necesidad de que sus precisiones sean veraces, porque constituyen una intención negocial al modo de oferta⁽⁴⁰⁾. A su vez, el art. 8 establece los efectos de la publicidad, haciendo referencia a las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión, de manera que obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor⁽⁴¹⁾.

Como una referencia válida a la hora de analizar una publicidad no podemos dejar de mencionar, lo establecido por el "Código de ética y autorregulación Publicitaria" donde se establecen las siguientes pautas a ser tenidas en cuenta en los mensajes publicitarios⁽⁴²⁾.

Pérez Bustamante, ha señalado la división que existe entre las publicidades lícitas e ilícitas, configurándose estas últimas cuando se afecte la libertad de elección, la libertad de contratar, el derecho a la información, el trato equitativo y digno, entre otros derechos constitucionales.

Asimismo diferencia las distintas clases de publicidad ilícita:

Publicidad desleal: entendida como aquella que contraría las normas de corrección y buenos usos mercantiles, afectando directamente a los competidores en sus intereses e indirectamente al consumidor.

Publicidad engañosa: entendida como toda publicidad que induzca a error o confusión sobre la naturaleza, características o utilidades de los bienes o servicios o también por omisión cuando se silencia datos fundamentales de bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios del mensaje.

Publicidad abusiva: entendida como aquella que se basa en emociones en forma directa o subliminar.

Publicidad adhesiva: entendida también como publicidad comparativa adhesiva, es la que equipara la oferta propia con la de los competidores para aprovecharse de su *good will* o renombre.

Publicidad comparativa: entendida como aquella en la que el anunciante compara en forma explícita o implícita, su oferta o la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el resultado directo o indirecto de resaltar ventajas de los productos propios frente a los ajenos⁽⁴³⁾.

(40) PÉREZ BUSTAMANTE, LAURA, "Publicidad y oferta en la Ley del Consumidor, Cuestiones de interpretación", La Ley, 2003-D, 1216 y PÉREZ BUSTAMANTE, LAURA, *Derecho Social de Consumo*, Colección Académica, La Ley, 2004.

(41) Ley 24.240. Art. 8: *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 N° 24.787 B.O. 2/4/1997)

(42) Código de ética y autorregulación publicitaria (www.conarp.org.ar). El Código de Ética y Autorregulación Publicitaria incorpora como Anexos los códigos de autorregulación publicitaria de la Cámara Argentina de Medicamentos de Venta Libre; la Cámara de Destiladores Licoristas; la Cámara de la Industria del Tabaco; y la Coordinadora de las Industrias de Productos Alimenticios. Los mismos constituyen regulaciones de carácter supletorio a este Código en todo lo que se refiera a los productos respectivos.

(43) PÉREZ BUSTAMANTE LAURA, *Derecho Social de Consumo*, Colección Académica, La Ley, 2004, p. 403.

A esta clasificación, también se le debe sumar la *publicidad denigratoria*, definida por Kemelmajer de Carlucci como "la que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito o menosprecio, directo o indirecto, de una persona, empresa o productos, servicios o actividades, o como se ha dicho es toda acción tendiente a desprestigiar o a desacreditar la industria, el comercio o los productos de un competidor"⁽⁴⁴⁾.

Por su parte, la doctrina española ha entendido, como actos denigratorios, a aquellos actos por medio de los cuales se realizan aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio capaces de desacreditar el establecimiento, los productos, la actividad empresarial o las relaciones mercantiles de un competidor, siendo particularmente desleales las manifestaciones fundamentadas en circunstancias personales y extra-comerciales del denigrado tales como la nacionalidad, raza, creencias, etc.⁽⁴⁵⁾.

Los mensajes publicitarios engañosos instan a los consumidores a tomar decisiones y a realizar acciones que no se llevarían a cabo si todos los oferentes del mercado utilizaran estrategias leales, del mismo la publicidad falsa basada en declaraciones que no son reales llevan a la confusión del consumidor y traen la posibilidad de afectar las ventas de aquellas empresas que compiten en forma leal⁽⁴⁶⁾.

Es por ello que se habla de una doble finalidad u objetivos, ya que por un lado se intenta proteger el accionar del comerciante honrado, reprimiendo las conductas desleales y engañosas que se producen hacia los consumidores, ya sea por la falta e insuficiente información o bien por que dicha información no es veraz.

La publicidad engañosa es una infracción de carácter objetiva y formal, es decir, que para su configuración y posterior sanción sólo se requiere la simple constatación de la conducta prevista por la norma, sin necesidad de evaluar si hubo intencionalidad por parte del infractor ni tampoco la producción de un daño concreto.

Las condiciones para que se configure una publicidad engañosa, estarían dadas al contener frases inexactas o capaces de inducir a error, engaño o confusión, de manera tal que ocasione una distorsión en el juicio del consumidor ya sea sobre la sustancia o cualidades del producto en cuestión, todo ello de manera tal que su buena fe se vea dañada.

El profesor y catedrático Garriguez, señalaba: "el supuesto jurídico de la publicidad es la competencia y a su vez el supuesto de la competencia es la libertad...", "...la publicidad como instrumento que es de la competencia, recibe su calificativo a través de la calificación de la competencia. Cuando la competencia es lícita, la publicidad también es lícita y cuando la competencia es ilícita o desleal, también lo es la publicidad"; "La ley quiere que la lucha por el cliente

(44) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *Publicidad y consumidores*, 1996-5, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, p. 99.

(45) En este sentido ver Rafael Illescas Ortiz al referirse a los actos denigratorios en general en "Tutela de la lealtad en la actividad competitiva: Esbozo de la ley 3/1991 de competencia desleal" en *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Editorial Dykinson Madrid. 1999, p. 294.

(46) En oportunidad de comentar el fallo CNFed. Civil y Com., Sala I, 14/6/01, "Japan Tobacco Inc. y otro c. Massalin Particulares SA", TAJÁN, GUILLERMINA, "La competencia desleal por medio de la publicidad falsa", *DSyC, Errepar* N° 169, Diciembre 2001, p. 627.

sea correcta y sea leal. Cuando la competencia usa medios desleales, entonces la ley la condena y eleva la deslealtad —que es un concepto ético— a la categoría de concepto jurídico y se califica la competencia como competencia ilícita...”. Y cuando el medio empleado por la competencia es la publicidad —como lo es generalmente— quiere decirse que esa publicidad se va a teñir del mismo color que tenga la competencia”⁽⁴⁷⁾.

2.4. Publicidad comparativa⁽⁴⁸⁾

Hasta la sanción del Código Civil y Comercial, la falta de regulación específica había generado distintas posturas, encontrándose aquellos que sostienen la ilicitud de tal modalidad publicitaria fundamentando su posición en que la misma constituye un uso indebido de la marca ajena y un acto de competencia desleal, contrario a la moral y las buenas costumbres⁽⁴⁹⁾.

El CCCN en sus artículos 1100 a 1103 establece las pautas sobre información y publicidad que se deberán considerarse al momento de dirigirse a los consumidores⁽⁵⁰⁾.

En particular sobre la publicidad comparativa el art. 1101 establece la prohibición de toda publicidad que:

(47) GARRIGUES, JOAQUÍN, *Publicidad y competencia ilícita*, Temas de Derecho Vivo, Ed. Tecnos, Madrid, 1978, p. 199.

(48) En oportunidad de comentar el caso “Quilmes-Isenbeck” en el año 2004 reseñamos los antecedentes jurisprudenciales en “La publicidad comparativa en Argentina. El reciente caso “Quilmes-Isenbeck”, DSyC Errepar N° 202, Septiembre 2004, p. 1081. También puede consultarse: PAPAYANNIS, DIEGO M., “La publicidad comparativa: ¿Lealtad vs. eficiencia?”, JA 2008-I-1012; NUÑEZ, JAVIER F., “Publicidad comparativa: un leading case fija los lineamientos de su admisibilidad”, JA, 2005-III-365; SANTARELLI, FULVIO GERMÁN, “La publicidad comparativa del precio más bajo”, La Ley, 2007-A, 15; SANTARELLI, FULVIO G., “La protección del consumidor frente a la publicidad engañosa en la República Argentina”, en *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*, AMEAL, Director, TANZI, Coordinadora; Homenaje al Profesor Dr. Roberto M. López Cabana, Buenos Aires, 2001; MERCURIALI, CARLOS y GIAY, GUSTAVO, “Publicidad comparativa. Un aporte al debate sobre su legalidad o ilegalidad”, La Ley, 2005-B, 1007; ACEVEDO, RAFAEL A., “El modelo de la competencia basada en la eficiencia de las propias prestaciones y la publicidad desleal”, en RDCO, 1998-495. RACCIATTI, HERNÁN y ROMANO, ALBERTO, “Sobre la publicidad comparativa y los consumidores”, en JA, 1994-III-79, O’FARRELL, MIGUEL B., “La publicidad comparativa en el derecho argentino”, La Ley, 1995-E, 621; LÓPEZ, CLAUDIA IDA MÓNICA, “Propaganda comparativa: ¿Información leal o designación del rival?”, La Ley, 1992-A, 568; BETOCCHI, PAMELA JOHANSEN, “Competencia desleal a propósito del registro de marca de mala fe. Una visión desde el Perú”, Revista de los Contratos, Consumidores y Derecho de la Competencia, Años 2, 2011, 2, Legis Argentina SA, p. 61.

(49) ALONSO, FERNANDO M., “Publicidad Comparativa. Análisis de un fallo”, La Ley, 1991-C, 526.

(50) CCCN. Art. 1100. Información y publicidad dirigida a los consumidores. Información. El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión: (...) Artículo 1102.— Acciones. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria.

Artículo 1103.— Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.

a) Contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio;

b) Efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor;

c) Sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

Sobre la publicidad comparativa la doctrina nos señalaba: “en nuestro país, dicha falta de legislación específica sobre competencia desleal, ninguna referencia a la publicidad comparativa, y la ausencia de una jurisprudencia clara sobre el tema, ha llevado a crear una cierta confusión”⁽⁵¹⁾.

Por su parte Martínez Medrano, sostiene una postura favorable a la publicidad comparativa, y nos señala que los autores que en Argentina opinan en contra de la publicidad comparativa intentan asimilar el término publicidad comparativa con publicidad desleal. Atento ello, advierte que “asimilar ambos términos no es correcto... es cierto que la publicidad puede ser desleal, pero el juzgamiento de su lealtad deberá hacerse desde el análisis del mensaje publicitario sin tomar una posición dogmática previa”⁽⁵²⁾.

La doctrina española, al referirse a los requisitos de licitud de la publicidad comparativa ha sostenido: “el primer requisito que se exige para la licitud de la publicidad comparativa es que la comparación concierna a características esenciales, afines y objetivamente demostrables. Por consiguiente, se prohíbe realizar una publicidad comparativa que verse sobre características accidentales o que no tengan trascendencia. Además las características tienen que ser afines. Y finalmente esas características deben ser objetivamente demostrables”⁽⁵³⁾.

Sobre los argumentos a favor y contra, Kemelmajer de Carlucci realiza una detallada enumeración de las adhesiones y críticas, entre las cuales, se encuentran:

Argumentos a favor: (i) La publicidad comparativa, siempre que no sea engañosa o desleal, coloca al consumidor en mejor posición para decidir qué productos se ajustan mejor a sus necesidades, al suministrarle más información fáctica y real, haciendo más transparente el mercado; (ii) la prohibición de la publicidad comparativa viola libertades básicas como el derecho de expresión y el de información; (iii) la limitación de este tipo de publicidad es incompatible con un sistema de libre empresa y competencia; (iv) las comparaciones obligan a los productores de bienes y servicios a mejorar la calidad de los mismos.

Argumentos en contra: (i) La publicidad comparativa puede confundir a los consumidores sobre la identidad y procedencia de los productos comparados; (ii) la inversión en publicidad para obtener el reconocimiento y renombre

(51) OTAMENDI, JORGE, “Publicidad comparativa: ¿Un cambio de tendencia?”, La Ley, 1994-C, 850.

(52) MARTÍNEZ MEDRANO, GABRIEL, “Publicidad desleal. Publicidad comparativa ¿Dónde está el límite? Enseñanzas que nos deja el caso Quilmes/Isenbeck”, en *Derecho de la Competencia y su control judicial*, FAVIER DUBOIS (H.) EDUARDO - TAJAN, GUILLERMINA (Directores), Ed. Ad-Hoc, 2008, p. 288.

(53) LEMA DEvesa, CARLOS, “Supuesto de competencia desleal por denigración y comparación”, p. 68, en *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, Coordinado por Alberto Bercovitz, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992.

de una marca constituye un activo del titular que deber ser protegido; (iii) la publicidad comparativa en cuanto nombra o muestra una marca competidora incurre en uso prohibido de marca ajena⁽⁵⁴⁾.

En cuanto a los efectos de la publicidad comparativa, se ha dicho que la misma es un elemento importante y tiene como fin lograr el acceso del consumidor a una información más amplia y racional sobre los productos y consecuentemente estimular una actitud más reflexiva en el proceso de elección, este tipo de publicidad favorece y estimula la libre competencia, contribuyendo a una mayor eficiencia de nuestro sistema productivo y, consecuentemente, a un mayor bienestar de la comunidad. Una actitud excesivamente restrictiva en este sentido atentaría contra el derecho de libre expresión y —su necesaria contrapartida— el derecho a la información que, por su jerarquía constitucional, tienen preeminencia sobre supuestos privilegios marcarios⁽⁵⁵⁾.

O'Farrell ha opinado, *"es cierto que una comparación entre productos o servicios similares puede facilitar la elección a los consumidores, pero más difícil es poner límites específicos a quien desea hacer uso no autorizado de un nombre o marca ajena. Todo ello me lleva a pensar que la publicidad comparativa es aceptable en cuanto no se denigre al competidor ni se pretenda confundir a los consumidores o usuarios"*⁽⁵⁶⁾. Muguillo ha señalado que *"...la publicidad comparativa es un adecuado vehículo de información del consumidor y transparencia del mercado. La publicidad comparativa entendida como toda publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los productos o servicios ofrecidos por éste, efectuando su cotejo o parangón, para que resulte verdadera y válida solo requiere de una igualitaria correspondencia entre las cosas, bienes o servicios comparables y que se extienda a las mismas cualidades posibles de ellos, no conformando una actividad publicitaria mala per se, ni mala prohibita"*⁽⁵⁷⁾.

Desde el punto de vista constitucional Vitolo ha expresado que conforme a lo previsto constitucionalmente, *"nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe"* (art. 19 CN). Y continúa el autor sosteniendo: *"...en ausencia de una norma que prohíba o restrinja expresamente este tipo de conducta, la actividad se encuentra permitida sin limitaciones"*. Y aun cuando hubiera una norma restrictiva, ésta debería constituir una reglamentación razonable de los derechos afectados, ya que de lo contrario la restricción devendría inválida (art. 28 CN).

Por otro lado, se ha sostenido que la misma constituye un uso indebido de la marca ajena y es necesariamente parasitaria, entendiendo que, quien utiliza la marca ajena pretende asociar su imagen a la marca propia y colocarla en un nivel a veces superior. La finalidad de este tipo de comparación es que se asocie al nuevo producto con el ya conocido por el público para llevar a éste a error, o lo que los tribunales americanos llaman "confusión subliminal": adquisición

por el nuevo producto de las imágenes deseables ya asociadas a la marca de buena reputación con la que se lo compara⁽⁵⁸⁾.

Porque la marca es un bien, sus titulares gozan del derecho de propiedad, y dado que la publicidad comparativa usa de bienes del dominio ajeno sin autorización, constituye una grosera violación al derecho de propiedad que garantiza el art. 17 de la Constitución Nacional⁽⁵⁹⁾.

La doctrina española de manera muy ilustrativa ha señalando que han sido diversos los argumentos a favor y en contra de la publicidad comparativa, en cuanto a los argumentos a favor se enumeran los siguientes: 1. *Mejora la información que percibe el consumidor*; 2. *Fomenta la competencia en el mercado*; 3. *Favorece el proceso de innovación y mejora en las empresas*; 4. *Es una consecuencia del contexto internacional; incrementa la eficacia publicitaria*. Por otro lado, los argumentos en contra del uso de la publicidad comparativa serían: 1. *El riesgo de causar perjuicios en la calidad de la comunicación proporcionada al consumidor*; 2. *El riesgo de llevar a confusión al consumidor*; 3. *La dificultad para establecer la frontera entre comparaciones objetivas y verdaderas y comparaciones denigrantes*; 4. *El riesgo de que el mensaje verse sobre elementos no significativos o secundarios del producto*; 5. *El riesgo de causar un daño irreversible para la marca a la que se hace referencia*; 6. *El riesgo de desencadenar guerras publicitarias*; 7. *El riesgo de enojar a los consumidores*⁽⁶⁰⁾⁽⁶¹⁾.

En cuanto a la admisión de la publicidad comparativa la doctrina señaló, *"Ya en el II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, celebrado en el año 1994, se preconizó que: 'como vía coadyuvante a la información del consumidor o usuario, es admisible la publicidad comparativa, con tal que esté referida a elementos esenciales y fácilmente verificables y no sea engañosa, desleal o ilícita. El empleo en ella de la marca no es en principio, ilícito'"*⁽⁶²⁾.

(58) Ver también los comentarios sobre el tema SANTARELLI, FULVIO GERMÁN, "Bases para la admisión de la publicidad comparativa", RCyS, 2005, p. 487, MARTÍNEZ MEDRANO, GABRIEL, "Publicidad desleal. Publicidad comparativa ¿Dónde está el límite? Enseñanzas que nos deja el caso Quilmes/Isenbeck", en *Derecho de la Competencia y su control judicial*, FAVIER DUBOIS (H.) EDUARDO - TAJAN, GUILLERMINA (Directores), Editorial Ad-Hoc, 2008, p. 288.

(59) ARACAMA ZORRAQUÍN, "Sobre la ilegitimidad de la publicidad comparativa en derecho argentino", Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones Año XI, y del mismo autor "Medios distintivos y publicidad comparativa en el derecho argentino", La Ley, 1991-E, 1603.

(60) DEL BARRIO GARCÍA, SALVADOR, "La Publicidad comparativa, Situación actual y análisis", Pearson Educación, Madrid 2002, pp. 33 a 46.

(61) En el conocido caso por la opinión pública como el "Desafío Pepsi", se trataba de una comparación entre las dos bebidas Pepsi y Coca-Cola. La Cámara sostuvo en dicha oportunidad, que "la campaña 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, siendo una forma de uso de la marca ajena". También añadió el tribunal, que no podía ser descartado, que la conducta de difundir un producto tomando como punto de vista los productos rivales, configure un proceder incompatible con los usos honrados en materia comercial o industrial en los términos del art. 10 bis del Convenio de París, como tampoco podría ser apartada la posibilidad de que la referencia sugerida por incuestionable de la marca Coca-Cola, alcance a constituir un uso que prescinde del art. 4º de la ley de marcas (cons. 13)". CNFed. Civil y Com., Sala II, 22/10/1993, "The Coca Cola Company y otros s/ medidas cautelares", La Ley, 1004-C, 3 y ejemplar ED, 1/9/94 con varias notas de doctrina sobre el tema.

(62) ANDORNO, LUIS O., "Control de la publicidad y la comercialización en el ámbito de la defensa del consumidor y del usuario", JA, 1994-III-805, citado por SANTARELLI, FULVIO GERMÁN, "Bases para la admisión de la publicidad comparativa", RCyS, 2005, p. 487.

(54) KEMELMAJER DE CARLUCCHI, AÍDA, "Publicidad y consumidores", 1996-5, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, pp. 109 y 110.

(55) ZAPIOLA, G., "La publicidad comparativa (Aspectos jurídicos)", La Ley, 1988-C, 779.

(56) O'FARRELL, E., "La publicidad comparativa hoy", La Ley 7/6/2004. Del mismo autor ver "La publicidad comparativa vista desde la publicidad", La Ley, 1995-C, 1065.

(57) MUGUILLO, ROBERTO, *Publicidad*, Ed. Astrea, 2005, p. 267.

2.5. Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial⁽⁶³⁾

Como norma proveniente del derecho internacional y adoptada como legislación en nuestro país, debemos señalar la existencia del art. 10 bis del Convenio de París, en su versión acta de Lisboa (1958) y en su versión Estocolmo (1967), leyes 17.011 y 22.195

En el artículo 10 bis del *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial* se estipula la obligación que tienen los Estados partes del mismo de establecer medidas de protección de la propiedad industrial contra los actos de competencia desleal. En ese artículo se contemplan de forma concreta los actos de competencia que van en detrimento de las prácticas leales en la industria y el comercio. El Convenio de París (art. 10 bis) expresamente establece:

"Art. 10 Bis: 1) Los países de la Unión se obligan a asegurar a los súbditos de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal. 2) Constituye un acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honrados en materia industrial o comercial. 3) Principalmente deberán prohibirse:

i) Cualquier acto de tal naturaleza que cree una confusión, por cualquier medio que sea, con el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

ii) 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;

iii) 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 mercancías".

En cuanto a la aplicación del mismo, se ha señalado que dicho artículo fue utilizado como fundamento de medidas cautelares genéricas⁽⁶⁴⁾.

Al respecto la jurisprudencia ha sostenido: *"...Es procedente la medida cautelar innovativa (art. 50, Acuerdo ADPIC) tendiente a hacer cesar la publicidad de los servicios de una empresa por la cual se intenta desacreditar la marca de su competidora pues no satisface el estándar ético del art. 953 del Código Civil e infringe, a través de una competencia desleal, el art. 10 bis del Convenio de París (ley 17.011). 2. Dada su especial naturaleza las medidas innovativas requieren para su dictado, además de la concurrencia de los presupuestos básicos generales de toda medida cautelar, un cuarto requisito que le es propio, cual es la posibilidad de que se consume un daño irreparable. 3. La publicidad comparativa no se encuentra por sí vedada en nuestro ordenamiento positivo, en tanto no se lesionen legítimos derechos del titular de la marca a la que se hace referencia"*⁽⁶⁵⁾.

(63) Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883 revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967.

(64) DE ACHAVAL, LAURA, ver *Código de Comercio, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, ETCHEVERRY, RAÚL (Director), Tomo 6, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 341.

(65) CNFed. Civ. y Com., Sala I, 26/06/2007, "Los Cipreses S.A. c. Lumary S.A.", La Ley Online: Cita Online: AR/JUR/5092/2007.

2.6. Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio - ADPIC Ley 24.425⁽⁶⁶⁾

Mediante la ley 24.425 (1994), se aprobó el Anexo 1C que contiene el ADPIC, el que introdujo varias normas (arts. 50 a 60) que modificaron sustancialmente el régimen de medidas cautelares en relación con la propiedad industrial. Al respecto se señaló en doctrina que, el titular de una marca registrada no se encontraba en principio en condiciones de requerir el cese de uso de su marca por parte del infractor durante la tramitación del proceso principal, pero a raíz del dictado de la ley 24.425, la situación se modificó radical y favorablemente para el titular de una marca. En forma particular y con referencia al cese de uso de nombres comerciales, frases publicitarias; publicidad comparativa, también se advirtió que las medidas cautelares previstas en la ley de marcas no brindaban solución al titular de una marca registrada cuando la misma estaba siendo utilizada como nombre comercial o como frase publicitaria pero no era aplicada directamente al producto publicitado. En igual situación se encontraban quienes eran objeto de actos de publicidad comparativa, poniendo fin a dichas situaciones la vigencia del art. 50 ya que a través del mismo directamente se ordena el cese de uso de la marca en cuestión, esté o no aplicada a un producto⁽⁶⁷⁾.

En cuanto a la aplicación del ADPIC, y su operatividad, es oportuno recordar también la jurisprudencia dictada en relación al mismo, habiéndose determinado expresamente *"...que el art. 50, ap. A) del Acuerdo Trips-Gatt es derecho vigente en nuestro país, directamente operativo a través del trámite procesal de las medidas cautelares y aplicable..."*⁽⁶⁸⁾.

Asimismo, la normativa de protección contra la competencia desleal se complementa con la protección de las invenciones, los diseños industriales, las marcas y las indicaciones geográficas. Y también reviste particular importancia para protección de los conocimientos, la tecnología y la información que no son objeto de protección por patente pero que son necesarios a los fines de la óptima utilización de una invención patentada⁽⁶⁹⁾.

Una referencia de derecho comparado, que es importante que se tenga en cuenta es la regulación establecida en la Unión Europea en la Directiva N° 114/2006 del 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

Anteriormente la publicidad engañosa se encontraba regulada por las Directivas 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los

(66) En 1994, se aprobó el Acta final en que se incorporan los resultados de la "Ronda Uruguay" de negociaciones comerciales multilaterales, las decisiones, declaraciones y entendimientos ministeriales y el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial de Comercio y sus cuatro anexos, suscriptos en Marrakech el 15 de abril de 1994.

(67) DE ACHAVAL, LAURA, ver *Código de Comercio, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, ETCHEVERRY, RAÚL (Director), Tomo 6, Ed. Hammurabi, 2006, p. 341 y ss.

(68) CNFed. Civ. y Com., Sala II, 30/4/98, "S.C. Johnson & Son Inc. c. Clorox Argentina S.A. s/ Medidas cautelares", jurisprudencia citada por LAURA DE ACHAVAL, en *Código de Comercio, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, ETCHEVERRY, RAÚL (Director), Tomo 6, Ed. Hammurabi, 2006, p. 346.

(69) Ver al respecto: *Principios básicos de la Propiedad industrial*, Publicación de la OMPI N° 895(S) www.wipo.int/ebookshop.

Estados miembros en materia de publicidad engañosa, que a su vez había sido modificada por la Directiva 97/55/CE, con el fin de incluir la publicidad comparativa.

En los considerandos de la Directiva 114/2006 se señala que: *"la publicidad engañosa y la publicidad comparativa ilegal puede ocasionar una distorsión de la competencia"* y también se advierte *"...la publicidad, lleve o no a la celebración de un contrato, afecta a la situación económica de los consumidores y de los comerciantes"*.

