

**Voces:** PUBLICIDAD

**Título:** La publicidad comparativa. (Aspectos jurídicos)

**Autor:** Zapiola Guerrico, Martín

**Publicado en:** LA LEY 1988-C, 772

**Cita Online:** AR/DOC/8023/2001

**Sumario:** SUMARIO: I. ¿Qué es la publicidad comparativa?- II. Argumentos a favor y en contra.- III. Mi opinión.- IV. Situación en nuestro país.- V. Conclusión.

I. ¿Qué es la publicidad comparativa?

Podríamos definir a la publicidad comparativa como aquella que recurre a la comparación de productos o servicios del anunciante con relación a productos o servicios de uno o más competidores cuyo nombre o marca es conocido o fácilmente identificable por el público consumidor.

En nuestro país, no estamos acostumbrados a ver u oír este tipo de publicidad, con excepción de los recientes y contados casos de avisos publicitarios de canales de televisión, radiodifusores y diarios, en los que se compara el diferente nivel de audición o tirada de ejemplares de cada una de las empresas competidoras. Sin embargo, aquellos que han tenido oportunidad de presenciar exhibiciones de cortos publicitarios premiados en el exterior o leer revistas extranjeras, seguramente pudieron apreciar la habitualidad con que este tipo de publicidad se manifiesta en otras partes del mundo.

Hasta los finales de la década del 60, la publicidad comparativa se limitaba a realizar vagas afirmaciones de superioridad de un producto comparado con los competidores en general o quizá con una vilipendiada "marca X". El nombrar a un determinado producto competidor era considerado anatema, si bien esta resistencia no respondía a la existencia de legislación o jurisprudencia prohibitiva sino a que los anunciantes eran reacios a seguir un camino nunca antes transitado y de consecuencias desconocidas.

No obstante lo expuesto durante la década del 70 y principalmente en los Estados Unidos, la publicidad comparativa proliferó en todas sus formas, constituyendo actualmente una realidad imposible de soslayar (1).

II. Argumentos a favor y en contra

Mucho se ha discutido entre anunciantes, publicitarios y también juristas, sobre las ventajas y los peligros de la publicidad comparativa. A continuación enunciaré los que considero más significativos en uno u otro sentido (2):

**-A favor**

1) La publicidad comparativa coloca al consumidor en una mejor posición para decidir qué productos se ajustan mejor a sus necesidades al suministrarle más información fáctica y real.

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

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

4) Las comparaciones obligan a los productores de bienes y servicios a mejorar la calidad de los mismos.

En contra

1) La publicidad comparativa puede confundir a los consumidores sobre la identidad y procedencia de los productos comparados.

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

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

III. Mi opinión

Considero que, al margen de las diversas opiniones favorables o contrarias a este tipo de publicidad lo que debemos preguntarnos no es si existen razones para permitirla sino si existen razones de suficiente peso como para prohibirla, atento al fundamental principio jurídico según el cual todo lo que no está expresamente prohibido, está permitido.

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

Con respecto a los argumentos contrarios enumerados anteriormente destaco en particular lo siguiente:

1) Posible confusión de los consumidores: El anunciante de publicidad comparativa no tiene ningún interés en producir este tipo de confusión, su propósito es el opuesto, esto es, distinguir a su producto de un producto competidor, y luego afirmar que es tan bueno como éste o mejor. Si hay confusión entre los productos comparados, ésto significa que el anunciante ha fallado en su cometido (3). No obstante lo expuesto, considero que toda publicidad susceptible de confundir al público consumidor en el sentido indicado debe ser sancionada por los medios que prevé universalmente la legislación marcarla y las normas que castigan la competencia desleal.

2) La inversión en publicidad de la marca como activo digno de protección: Este argumento parte de una errónea analogía con el derecho de patentes. La empresa que invierte en mejoramiento de un producto y en innovación, ofrece al público un beneficio al que probablemente éste no podría acceder si tal inversión del productor no estuviera legalmente protegida por el derecho de patentes. Sin embargo en el caso de la publicidad comparativa se da una situación distinta.

La empresa que invierte en publicidad para atraer la atención del consumidor hacia su producto, alejándolo de otros productos similares, no está invirtiendo en mejoramiento de su producto sino en el reconocimiento del público y por lo tanto, no ofrece ningún beneficio a los consumidores como contrapartida de la protección que pretende.

En este orden de ideas no existe interés público alguno en impedir que una segunda empresa diga que ofrece un mejor producto a igual precio, o un producto igual a un menor precio. No hay motivo para obligar a la segunda empresa a afrontar el mismo gasto publicitario que la empresa ya reconocida, atento a que en tal caso aquella transferirá tal gasto al precio del producto, con lo cual el público pagará dos veces por el "privilegio" de cambiar de idea (4).

3) La comparación como verdad parcial e incompleta: Considero que este argumento sólo es válido si se analiza la cuestión en forma parcializada perdiendo de vista el sistema publicitario en su conjunto y la posibilidad del consumidor de oír diversas "campanas".

Si relacionamos analógicamente la publicidad comparativa con nuestro proceso judicial (permítaseme esta "licencia jurídica"), vemos que el último está conformado por las partes, que podríamos asociar con los productos competidores, sus abogados -agencias de publicidad- y finalmente el juez, que podríamos asociar con el público consumidor.

Ahora bien, nadie pretende que los respectivos letrados en sus presentaciones o alegatos mencionen y describan objetivamente tanto los hechos y argumentos que favorecen la posición de su parte como los que favorecen la de la contraparte.

Muy por el contrario, un buen abogado resaltarán consistentemente los hechos que benefician a su cliente e intentará minimizar o soslayar los hechos que lo perjudican y por lo tanto benefician a su contrincante. Sin embargo, lo expuesto no impide que el juez en su sentencia -y el público consumidor en nuestra analogía-, habiendo analizado ambas versiones, discrimine la verdad objetiva de los hechos y haga justicia.

Similar proceso racional se produce en cada elección o selección que realiza toda persona en una sociedad razonablemente madura y democrática.

Tomemos como ejemplo una campaña electoral. A través de los medios de difusión podemos oír a cada uno de los candidatos defender y valorizar sus ideas y criticar las ideas y quizás también la persona de su oponente. Cada candidato intentará convencernos de su honestidad, confiabilidad y la bondad de sus ideas y a su vez alertarnos sobre posibles engaños o defectos de la personalidad de su contrincante. Bajo este sistema, cada candidato puede refutar las críticas infundadas que realice su contrincante y si algún candidato aparece ante el público votante como exageradamente parcial o subjetivo o se comprueba la falsedad de sus críticas, éste será su pasaporte al fracaso electoral.

Volviendo a la publicidad comparativa, cabe destacar que las posibles inexactitudes o falsedades del mensaje del anunciante encuentran su mejor remedio en el múltiple contralor determinado por el público consumidor, los competidores involucrados y las normas de autorregulación que imponen al anunciante la carga de probar fehacientemente las ventajas comparativas que alegue en su publicidad.

Es importante señalar que en los casos de publicidad comparativa siempre habrá un competidor involucrado dispuesto a activar los mecanismos administrativos o Judiciales para corregir o castigar cualquier inexactitud o falsedad en el mensaje en cuestión mientras que tal motivación no existe en los casos de publicidad no comparativa, en la cual los engañosos "cantos de sirena" difícilmente son sancionados.

#### IV. Situación en nuestro país

1) ¿La publicidad comparativa infringe la ley de marcas? Con respecto a la situación de la publicidad comparativa en nuestro país, no pocas veces se ha alegado que el hecho de nombrar o mostrar una marca perteneciente a un tercero en un aviso publicitario viola disposiciones de la ley de marcas (22.362 -Adla, XLI-A, 58-), en especial los arts. 4º y 31 de la misma. El primer artículo mencionado establece que: "La propiedad de una marca y la exclusividad de su uso se obtienen con su registro". Por otra parte el art. 31

establece que: "Será reprimido. b) El que use una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin su autorización.

Creo que esta cuestión se resuelve determinando qué se entiende por "uso" de una marca y con que alcances la ley otorga la exclusividad del mismo a su titular.

Según la definición del doctor Breuer Moreno (5), la marca "es el signo distintivo de los productos de una industria o un comercio". La función distintiva de la marca, esto es, su idoneidad para identificar o "marcar" un producto o servicio permitiendo que el consumidor pueda distinguirlo de los demás, constituye la esencia y última razón de ser de la misma (6). Es tal función y tal uso el que la ley protege concediendo la facultad exclusiva de su ejercicio al titular de la marca.

Nuestra jurisprudencia, aunque en contados casos, ha delineado claramente el concepto de "uso" de la marca, definiendo los límites del derecho exclusivo otorgado al titular marcarlo. Es así que en el caso "Singer" la Cámara Federal de la Capital estableció -en fallo confirmado por la Corte Suprema- que "El derecho del titular de la marca para impedir que otro la use no es absoluto, en el sentido de concederle la exclusividad del empleo de los atributos registrados, pues se trataría entonces de la concesión de un monopolio injustificado, está meramente limitado a la prohibición de ese uso como "marca", es decir a la aplicación a una mercadería, de modo que indique al comprador su procedencia industrial o comercial, en lo que consiste la función de la marca de fábrica o de comercio"(7). Asimismo en el caso "Bayer" nuestra Corte Suprema determinó que el simple uso de la marca no es por sí mismo punible, sino que debe responder a un propósito de competencia desleal (8).

La publicidad comparativa, en cuanto nombra o muestra una marca competidora atribuyéndola al producto o servicio de su legítimo titular, para luego comparar aquéllos con el producto o servicio anunciado, no incurre en "uso" de marca ajena en los términos de la ley de marcas. Tal situación sólo se plantearía en el caso de que el anunciante atribuyera o asociara la marca competidora al producto o servicio anunciado, pero como vimos anteriormente, esa confusión es absolutamente contraria al objeto de toda publicidad comparativa.

Considero que el hecho de mostrar o nombrar una marca, vinculándola en forma clara e inescindible con el producto o servicio que ésta legalmente identifica, no afecta de manera alguna las disposiciones y principios de la legislación marcarla. Muy por el contrario, entiendo que una política excesivamente restrictiva de la publicidad comparativa en este sentido, sí afectaría el espíritu de tal legislación, atento a que según nuestra inveterada jurisprudencia constituye el fin último de aquélla proteger los intereses del público consumidor (9), entre los que se encuentra el libre acceso a la información sobre productos y servicios.

La marca constituye el nexo esencial entre su titular y el público consumidor, resultando indispensable a los efectos de la transmisión de información a éste sobre los bienes y servicios que el titular de la marca produce. Por lo tanto, es de la esencia de la misma estar en boca, ojos y oídos del público, atento a que cuando más veces es nombrada, mayor es su fuerza evocativa en la memoria del consumidor, que es lo que en definitiva le permite cumplir adecuadamente su función informativa y distintiva de productos.

En este orden de ideas vemos que en el tema de la publicidad comparativa entran en juego derechos fundamentales de jerarquía constitucional, como el derecho a la libre información del consumidor y el derecho a la libre expresión del anunciante, los que deben servir de justo marco interpretativo al derecho de uso exclusivo de la marca, que la ley acuerda a su titular.

## 2) El caso "Rolex c. Orient"

Frecuentemente se menciona el caso "Rolex c. Orient"(10), como una valla jurisprudencial para la realización de publicidad comparativa.

El hecho que motivó el juicio en cuestión fue la realización de publicidad que comparaba a Orient, "el reloj desconocido" con el reloj Rolex, señalando que el primero era tan bueno como el segundo, pero además tenía una garantía de mayor plazo y un precio menor. El tribunal estableció que en este caso existía competencia desleal por el sólo hecho de que dos marcas eran comparadas sin el consentimiento del titular de la marca competidora, sin entrar en mayores consideraciones dado que el hacerlo "abriría la puerta a todo tipo de especulaciones sobre los eventuales alcances de las palabras y su comprensión por el diverso público comprometido". En este sentido expresó que la publicidad analizada era contraria a la moral y las buenas costumbres -entre las cuales está comprendido el ejercicio honesto y leal de la actividad comercial- en cuanto tendía a desviar la clientela, de un competidor hacia el producto del anunciante y por lo tanto violaba lo dispuesto por el art. 953 del Cód. Civil.

En apoyo de su decisión el tribunal hizo mención a las disposiciones contenidas en la ley 11.275 sobre identificación de mercaderías (Adla, 1920-1940, 144), en códigos de ética publicitaria nacionales (Código de Ética Profesional de la Asociación Argentina de Publicidad), internacionales ("Código de Prácticas Leales en Materia de Publicidad de la Cámara de Comercio Internacional", Berlín 1937) y por último en el Convenio de París (arts. 1 y 10 bis) aprobado en nuestro país por ley 17.011 (Adla, XXVI-C, 1528).

Considero que el fallo comentado, parte de una aplicación extremadamente amplia e inconsistente del concepto de competencia desleal y que por otra parte tiene su fundamento en normas nacionales e

internacionales cuyas disposiciones prohibitivas ya han sido derogadas.

Según lo entiende la doctrina contemporánea dominante, la disciplina de la competencia desleal protege un derecho de la personalidad del empresario en orden al desarrollo de su actividad en competencia leal y, por lo tanto, a la probabilidad de obtener los beneficios que ésta implica (11).

Sin embargo, este derecho del empresario a desempeñarse en un marco de leal competencia no incluye derecho o propiedad alguna sobre la clientela, atento a que "es ínsito de la competencia que la demanda sea perpetuamente libre de oscilar entre uno y otro competidor y que la clientela no afluya hacia un competidor sino hasta o mientras que él lo merezca"(12).

Los actos que configuran competencia desleal, siguiendo la calificación de Ascarelli, son los siguientes (13):

1) Actos de confusión: actos de competencia cuyas modalidades violen el interés a la diferenciación de los concurrentes.

2) Actos de denigración y actos de ostentación de méritos no verdaderos o inexistentes.

3) Actos de sustracción: actos que en forma directa pueden impedir la afluencia de clientes a otro empresario o perjudicar la eficiencia de la organización ajena (vg. actos de boicot, desviación de empleados, espionaje industrial, etcétera).

En este orden de ideas considero que un acto de publicidad, por el sólo hecho de recurrir a la comparación de productos competidores y aun cuando derive efectivamente en la desviación de clientela, no configurará competencia desleal en tanto y en cuanto no incurra en los supuestos antes enumerados.

En este sentido, ya en los años 30, el renombrado comercialista Agostino Ramella sostenía: "La comparación que recurre a hechos reales, sin engañar al público y sin ofender personalmente al adversario, la confrontación que pone de relieve que las respectivas prestaciones o productos son superiores respecto de otros, son admisibles, ya que no puede pretenderse que un comerciante deba gozar de una venta superior a su capacidad productiva, sino con relación a la verdadera situación y de conformidad con el estado real de las cosas"(14).

En cuanto a los antecedentes normativos utilizados en el caso "Rolex c. Orient" para fundar la condena, cabe señalar lo siguiente:

- Ley 11.275 sobre identificación de mercaderías: Tanto esta ley como la ley- 22.802 (de lealtad comercial -Adla, XLIII-B, 1346-) que la reemplaza en la actualidad, no contienen ninguna prohibición relativa a la publicidad comparativa, limitándose a establecer disposiciones sobre identificación de mercaderías y productos evitando la posibilidad de error, confusión o engaño al consumidor.

- Código de Ética Profesional de la A.A.A.P.: El fallo comentado citó en su apoyo el art. 5º del Cód. de Ética Profesional de la A.A.A.P. vigente a esa época, que establecía que las agencias debían competir "con lealtad y honestidad basando la obtención del negocio sobre el mérito propio". Si bien no advierto en esta norma ninguna restricción al empleo de publicidad comparativa cabe aclarar de todas formas, que la versión del Código vigente en la actualidad autoriza expresamente la publicidad comparativa siempre que la comparación sea objetiva y no induzca a error y las afirmaciones que se realicen puedan ser comprobadas.

Por otra parte, el Código de Ética y Autorregulación Publicitaria vigente en la actualidad (15), en su art. 8º admite expresamente la publicidad comparativa siempre que sus mensajes sean exactos y veraces, no coloquen en ridículo a la competencia o afecten su crédito y buen nombre, y no puedan crear confusiones en el público consumidor.

- Código de prácticas leales en materia de publicidad de la Cámara Internacional de Comercio (adoptado por más de 200 organizaciones en todo el mundo): La versión sancionada en 1937 contenía prohibiciones expresas sobre publicidad comparativa, adoptando luego una actitud más permisiva a lo largo de sus sucesivas revisiones. La versión vigente en la actualidad (san. el 20/5/73) acepta expresamente la publicidad comparativa en tanto no sea engañosa, esté basada en hechos comprobables y equitativamente seleccionados y cumpla con los principios de la competencia leal.

- Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial: Las disposiciones de este tratado (16), no contienen ninguna referencia específica a la publicidad comparativa, limitándose a promover en sus arts. 1º y 10 bis, la represión de los actos de competencia desleal entre los que incluye a los actos de confusión, las afirmaciones engañosas y las aseveraciones falsas capaces de desacreditar el establecimiento, productos o actividad de un competidor.

Cabe agregar que la franca tendencia permisiva que se refleja en las normas citadas, se ve afirmada por disposiciones de la Comunidad Económica Europea y la Organización de las Naciones Unidas que reconocen la importancia de este tipo de publicidad. Así es que en el art. 4 de las directivas de la C.E.E. dictadas en 1978 se admite la publicidad comparativa en cuanto puede aportar al consumidor informaciones útiles y válidas, sobre los bienes y servicios ofrecidos (17) y por otra parte la O.N.U. en sus "Directrices para la Protección del consumidor"(18) establece como uno de sus objetivos "el acceso a los consumidores a una información adecuada

que les permita hacer elecciones bien fundadas" e invita a los gobiernos a alentar la competencia leal y efectiva a fin de brindar a los consumidores la posibilidad de elegir productos y servicios dentro del mayor surtido y a los precios mas bajos y a promover la libre circulación de la información exacta a este respecto.

En resumen, no considero al fallo comentado como un antecedente válido con respecto a la cuestión de la publicidad comparativa por cuanto:

- Sostiene la ilicitud de este tipo de publicidad basándose en una interpretación incorrecta y desmesurada de los principios de la competencia desleal.

- Esgrime la concepción de la clientela como bien susceptible de apropiación, idea ya abandonada por la doctrina y que jamás contó con fundamento legal alguno.

- Se basa en normas restrictivas vigentes a la época del fallo, pero que ya han sido modificadas, no teniendo vigencia en la actualidad.

#### V. Conclusión

Considero que la publicidad comparativa es un elemento importante a efectos de lograr el acceso del consumidor a una información mas 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.

Sin perjuicio de reconocer la posibilidad de excesos o abusos, que el legislador debe prevenir y el juez castigar, considero que la mayor parte de los argumentos vertidos en contra de este tipo de publicidad evidencian la intención de mantener artificiosas distinciones entre productos y de ese modo poner a salvo a los productores del proceso racional de educación del consumidor.

En cuanto a la situación en nuestro país, no veo reales impedimentos legales para su realización. Reitero que una correcta interpretación del concepto de "uso" de la marca -ya esbozada por nuestra jurisprudencia- deja fuera del mismo, y del alcance de las sanciones de la legislación marcarla, a la mera mención o exhibición de la marca competidora que se realice en un aviso publicitario al solo efecto comparativo. Considero, por otra parte que 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 marcarlos.

En el terreno jurisprudencial, considero que el fallo comentado -único existente en la materia- trasunta la idea de ilicitud de la publicidad comparativa, merced a una desmesurada e incorrecta interpretación de la disciplina de la competencia desleal y una caduca concepción de la clientela como bien susceptible de apropiación. Este antecedente, aunque se basa en fundamentos normativos no vigentes en la actualidad, provoca una actitud general de prevención ante el tema, con la excepción de los recientes y contados avisos comparativos mencionados al comienzo de este trabajo.

Es por lo expuesto que se torna indispensable establecer reglas claras en esta materia, mediante la sanción de una norma -que podría incorporarse a la ley de lealtad comercial- que contemple expresamente este tipo de publicidad y establezca los recaudos que debe cumplir la misma para evitar la posibilidad de confusión o engaño al consumidor y conductas desleales que perjudiquen ilícitamente a los competidores.

(1) ROSDEN, George E., "The law of advertising", vol. III, p. 31-1, Ed. Mathew Bender, New York, 1986.

(2) Para una enumeración exhaustiva ver ROSDEN, George E., op. cit., vol. III, ps. 31-3, 31-4 y 31-5.

(3) NYE, Stephen, "In defense of truthful comparative advertising", The Trademark Reporter, vol. 67, ps. 353-7.

(4) Idem.

(5) BREUER MORENO, P. C., "Tratado de marcas de fábrica y comercio", Ed. Jesús Menéndez, 1937.

(6) Conforme fallos CNFed., sala civil y comercial, 23/8/68, Rev. LA LEY 133, p. 364 y CS, 24-8-64, Rep. LA LEY, t. XXV, p. 1025 núm. 3; entre otros.

(7) Rev. LA LEY, t. 39, ps. 590, 25/8/45.

(8) J.A. 1945-IV, p. 133.

(9) Conforme fallos CNFed., sala II Civil y Com., 16/9/75, Rev. LA LEY 1976-C, p. 436, fallo 33.700-S; CNEspecial 12/4/52, Rev. LA LEY, t. 67, p. 5; CS 2/3/64, Rev. LA LEY 115-251. Ver en igual sentido ASCARELLI, Tulio, Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales", p. 438, ed. Bosch. Barcelona, 1970.

(10) CNFed. Civil y Com., sala II, "Rolex, S.A. cc. Orient, S.A. y otro", 30/12/71, Rev. LA LEY, t. 147, p. 231.9.

(11) Ascarelli, Tulio, op. cit., p. 199.

(12) RAMELLA, Agostino y DI FRANCO, Luigi citados en ZAVALA RODRIGUEZ, Horacio G. " La publicidad comercial", p. 388, Ed. Depalma, 1947.

(13) ASCARELLI, Tullio, op. cit., ps. 203 y siguientes.

(14) RAMELLA, Agostino, "Tratado de propiedad industrial", 2ª edición.

(15) Adoptado en 1986 por la Cámara Argentina de Anunciantes, Asociación Argentina de Agencias de Publicidad, Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas, A.R.P.A. y Asociación de Agencias de Publicidad en la Vía Pública.

(16) La versión según acta de Lisboa (1958) fue aprobada en nuestro país por ley 17.011 (Adla, XXVI-C, 1528) y la versión según acta de Estocolmo (1967) fue aprobada por ley 22.195 (Adla, XL-B, 907).

(17) Citadas en STIGLITZ, Gabriel A., "La protección jurídica del consumidor", p. 19, Ed. Depalma, 1986.

(18) Resolución 39/248 (16/4/85) transcripta en STIGLITZ, Gabriel A., op. cit. p. 109.