

Artículos

La competencia desleal

Jorge Otamendi *

INTRODUCCIÓN

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 establezca la legislación, alcanza la categoría de delito. Su realización causará un daño resarcible y, desde luego, la justicia ordenará su cese.

Existe una gran dificultad, sino imposibilidad, en encontrar una definición del concepto de competencia desleal. Ello, porque la variedad de actos desleales es tal que impide abarcarlos en una definición concreta.

No es competencia desleal el captar un cliente de un competidor, ya que esa es la esencia de la competencia. La cuestión está entonces en los medios que se utilizan para captar ese cliente. Hay medios leales, como lo es el ofrecer el producto de la mejor calidad posible al menor precio posible, sin llegar al dumping, la realización de campañas publicitarias o promocionales, la distribución del producto en todos los lugares en que es buscado, para citar los principales. Como vemos, se trata de medios en los que el competidor solo se apoya en su propio esfuerzo y desde esta posición, intenta vencer a su o sus competidores. Esta conducta es impecable y leal.

Cuando el competidor, para luchar por la clientela, comienza a “apoyarse” en su o sus competidores, en sus esfuerzos, o en sus productos y servicios, entonces entra en un terreno en el que la deslealtad y, por ende, la ilicitud, puede aparecer con toda facilidad. Utilizo la palabra “apoyo” en su acepción más amplia, abarcando la copia, el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno y hasta las maniobras para dañar o destruir al competidor. También hay deslealtad cuando lo que se ofrece no es lo que se dice ofrecer. Aparece así el engaño que intenta mostrar lo que no es.

El tener una noción lo más clara posible de lo que es un acto de competencia desleal es siempre importante. La variedad casi infinita de actos desleales, y la ausencia de normas específicas nos obligan, en muchos casos, a recurrir a los principios generales del derecho en busca de protección. Cuanto más clara dicha

* Abogado, Universidad Católica Argentina; Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires; Master of Comparative Law, University of Illinois, Urbana - Champaign. Profesor del Master en Derecho de la Universidad de Palermo y Profesor de la Universidad Austral.

noción, más cerca estaremos de llegar a una justa solución. Al tratar de encontrar una idea lo más cercana a la imposible definición, debe tenerse cuidado de no convertir la competencia en algo tan condicionado que termine eliminándola. Si esto ocurre, el consumidor será el gran perjudicado ya que no tendrá frente a sí la mejor selección, y los precios y calidad no serán los mejores posibles.

Sirve para saber si la hay competencia desleal, el determinar si ha habido honestidad al actuar o si se han contravenido normas que defienden la moral y las buenas costumbres. Conceptos estos también generales que deben ser aplicados con cuidado. El panorama se complica, porque hay otros derechos en juego según sea el medio competitivo utilizado, como ser el derecho de expresarse, de trabajar y de informar libremente, el derecho de copiar lo que está en el dominio público y el derecho a comerciar. Estos factores jugarán un papel fundamental en la determinación de la deslealtad, es decir, de la ilicitud.

La constante evolución de las técnicas y estrategias de comercialización, es una fuente inagotable de nuevos actos que se realizan en el marco, también cambiante, de lo que es considerado permitido, posible, moral o ético. La legislación nunca se modifica con la misma velocidad con que lo hace la realidad, por lo que los tribunales son los que, aplicando los principios tradicionales, resuelven sobre nuevos actos en un contorno social cambiante. Tarea difícil. Hay actos cuya deslealtad ayer no se discutía y que hoy no parecen serlo. La ausencia de normas específicas, como dije, acentúa el problema, pero no lo hace desaparecer. En esta materia siempre habrá nuevos actos que se apartarán del tipo legislado y que requerirán una interpretación de la ley y de los principios generales.

Como bien dice Nims: “No existe un índice de actos que constituyan competencia desleal. Ningún profeta ha intentado predecir qué actos serán considerados de competencia desleal en el futuro. Los tribunales reconocen el genio del infractor y declinan definir el fraude, reservándose el derecho de tratar con él, en cualquier forma en que pueda presentarse. El ingenio del competidor desleal es ilimitado por definición. Su campo es amplio y cambiante por siempre. Elude clasificación o definición”.¹

El causar un daño es un dato importante, pero no esencial. Los actos de competencia desleal no siempre causan un daño a una misma persona. Si bien siempre dañarán al competidor, no siempre dañarán al consumidor. Cuando se roba un secreto de fábrica, se perjudica al competidor, pero esto no daña al consumidor. Cuando se realiza una publicidad engañosa se perjudica no sólo al competidor sino también al consumidor. Sin embargo, en la medida en que el acto esté calificado como de competencia desleal, quizás el consumidor no pueda invocar esa norma para obtener una reparación. Esto nos muestra que si bien puede haber actos de competencia desleal, su regulación puede estar en leyes que no se denominen de competencia desleal. Es el caso, por ejemplo, de las leyes de lealtad comercial, de marcas y designaciones, de modelos y diseños industriales, y hasta de la propiedad intelectual. Su violación, en la gran mayoría de los casos constituye un acto de competencia desleal, pero los actos violatorios no serán perseguidos como tales, sino en virtud de lo que esas leyes específicas

1. Nims, Harry D., *The Law of Unfair Competition and Trademarks*, New York, 1947, Volumen I, Página 14.

determinen. La competencia desleal es así un paraguas enunciativo y abarcativo de cantidad de conductas. Conductas que estarán regidas por normas específicamente designadas como de competencia desleal por la legislación dictada a tal efecto, o por otras leyes que sin considerarlas como de competencia desleal las castigan, o por los principios generales del derecho, que los tribunales deberán aplicar ante la ausencia de normas específicas.

Normas aplicables

Como dije antes, no hay en Argentina un cuerpo legal orgánico que se refiera a los actos de competencia desleal. Hay normas directamente aplicables y específicamente referidas a la competencia desleal, algunas provienen del derecho interno, otras del derecho internacional, adoptadas como legislación de nuestro país. Entre las primeras están los artículos 159 y 289 inciso 1º del Código Penal, las normas de la Ley No. 22.802 de Lealtad Comercial, las normas de la Ley 22.362 sobre Marcas y Designaciones, y las normas de la Ley 24.766 de Confidencialidad.

Las que provienen del derecho internacional son las contenidas en el artículo 10 y 10 bis del Convenio de París, Ley 17.011 y las contenidas en el artículo 39 de las normas sobre propiedad intelectual dictadas en el marco del GATT, conocidas internacionalmente como TRIPS, aprobadas por la Ley 22.425.² Obviamente, hay normas en el Convenio de París y del TRIPS que, al defender a las marcas y otros derechos de la propiedad industrial e intelectual, también se refieren a actos de competencia desleal.

La competencia está también regida por la Ley 22.262 de “Defensa de la Competencia”. Esta ley castiga lo que genéricamente se denominan actos restrictivos de la competencia. Si bien se trata de una cuestión diferente a la competencia desleal, es difícil a veces establecer una línea clara de separación. El acto de competencia desleal es el que implica competir, aunque de manera indebida. Los actos restrictivos tienen por finalidad el no competir, o competir menos, anulando el accionar del competidor. La ley de defensa de la competencia protege, como su nombre lo indica, a la competencia, es decir, al libre juego de la oferta y la demanda. El régimen de la competencia desleal protege al competidor. En lo mediano ambos regímenes protegen tanto a la competencia, como al competidor y, por último, al consumidor. No debe olvidarse que cuanto más perfecta y leal sea la competencia, mayor será el beneficio del público consumidor.

La inexistencia de normas legales que específicamente prohíban determinados actos no debe ser óbice para obtener el cese de las conductas indebidas. Las normas específicas tienen sustento en los principios generales del derecho. Ellas refuerzan y aclaran esos derechos, castigan con penas en algunos casos, pero su ausencia no hace legales a los actos indebidos.

2. Cabe aclarar que mientras la Ley 17.011 aprobó el texto del artículo 10 bis en la versión aprobada en Lisboa, el TRIPS incluyó como propia la versión del Convenio de París adoptada en Estocolmo. El texto del artículo 10 bis fue el mismo aprobado en Lisboa aunque en otros artículos hay algunas modificaciones que no vienen al caso explicar aquí. Para mayor información, Argentina ya había aprobado parcialmente el texto aprobado en Estocolmo por Ley 22.195. Parcialmente porque esta ley aprobó del artículo 12 al 30. Con la aprobación del TRIPS, Argentina aprobó plenamente el texto de Estocolmo.

No hay en el Código Civil ni en el Código de Comercio una norma que expresamente se refiera a los actos de competencia desleal. Debemos recurrir entonces a las normas que se aplican a todo acto jurídico, contenidas en el Código Civil y aplicables, por vía supletoria, a los actos de comercio. El primero de ellos es el artículo 953 que establece que “el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”.

Dado que este artículo sólo se refiere a la nulidad de tales actos, pero no a la forma de lograr su cesación, podría sostenerse que no es base suficiente para obtener del Juez una orden de cesación o de abstención en la realización de un acto de competencia desleal.

Esta interpretación es restrictiva, excesivamente formalista y dejaría impunes una serie de actos indebidos. Nos lleva esto a preguntarnos si un acto de competencia desleal es o no un acto ilícito. Sin duda sí lo es, aun cuando no haya una prohibición expresa tal como lo exige el artículo 1066 del Código Civil.³ Lo es, porque ningún sistema que se base en la justicia puede admitir actos incorrectos, deshonestos, que tengan como finalidad el aprovechamiento del esfuerzo de un tercero, para luego usarlo en contra de éste; o como medio para lograr algo, el engaño o la denigración.

También está el artículo 1109 que establece que “todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio”.

Toda vez que un acto de competencia desleal cause un daño, el perjudicado puede recurrir a este artículo y obtener la correspondiente reparación. Pero no siempre un acto de competencia desleal causa un daño concreto, aunque pueda causarlo en el futuro, y si lo ocasiona muchas veces es muy difícil, sino imposible, probarlo. ¿Significa ello que tal acto queda sin sanción, que no puede ser detenido por la justicia? Desde luego que no. Causado el daño nacerá el derecho a la reparación. Pero la ausencia del mismo no puede ser un obstáculo a que se ordene el cese de la conducta indebida.

Es también aplicable el artículo 1071 del Código Civil, que considera un ejercicio abusivo del derecho el “que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

Que principio más justo y más relacionado con estas normas que aquél que obliga a dar a cada uno lo suyo. La competencia desleal es una franca contradicción al mismo.

Roberto Goldschmidt, que ha tratado el tema con profundidad afirma que “la moral jurídica exige, especialmente, que dentro del ordenamiento jurídico, social y económico existente, rijan sanas condiciones sociales y económicas y que, por consiguiente, los negocios y los actos inconciliables con

3. ART. 1066: «Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto».

ellas no encuentren ningún reconocimiento jurídico o que responsabilicen por el daño causado”.⁴

Agrega este autor que de la “ilicitud objetiva nace siempre un derecho al restablecimiento de la situación conforme a derecho, sin que haya necesidad de recurrir a una acción de reparación”.⁵ Se refiere a la acción de supresión, que tiende a “impedir la realización de un acto objetivamente antijurídico”.⁶

Veremos luego cómo nuestros Tribunales han recurrido a estas normas para sancionar los actos de competencia desleal.

Las actividades comprendidas

El régimen en análisis cubre toda actividad que se realice sea esta comercial o no. Las entidades sin fines de lucro pueden ser víctimas de actos de competencia desleal. También pueden serlo las personas que desarrollen una actividad profesional. De hecho, muchos profesionales actúan regidos por códigos de ética, que en definitiva no son más que pautas para competir sana y lealmente entre sí.

Por lo tanto, no hay actividad excluida. Todos los que realicen cualquier actividad por la cual ofrezcan algo a alguien deben actuar lealmente.

El competidor. La competencia parasitaria

Competencia implica necesariamente que haya más de uno que pujan por lo mismo. En el caso, luchan por la clientela. Para que exista un acto de competencia desleal tiene que haber otro a quien se quiere perjudicar, otro de quien se quiere aprovechar su esfuerzo, otro a quien se le quiere quitar la clientela. En definitiva, habrá un competidor perjudicado, o a quién se intenta perjudicar. Con lo cual, pareciera ser que un acto realizado en perjuicio de quien no es un competidor, no es un acto de competencia desleal. Podría ser ilícito, pero no de competencia desleal. Como veremos luego, el artículo 159 del Código Penal castiga a quien realice determinados actos para captar clientela ajena. Este concepto de clientela ajena requiere que haya al menos un competidor. Por tanto, para que se dé el tipo penal, debe existir tal competidor.

¿Es lo correcto mantener este concepto en la esfera civil? Pienso que no. El concepto de competencia desleal, como vimos, es un nombre que se le da a un conjunto de actos diversos. Muchos de ellos son castigados aun cuando no exista un competidor. Por ejemplo, quien realiza publicidad engañosa es castigado aun cuando sea el único oferente en el mercado en que actúa. El acto es castigado porque es malo en sí mismo, y, desde luego, porque causa un daño al público. Hay otros actos que pueden ser realizados en perjuicio de quienes no son competidores. Por ejemplo, el que copia un estilo comercial o una marca de

4. Goldschmidt, Roberto, *Hacienda Comercial y Competencia Desleal*, Imprenta de la Universidad de Córdoba, Argentina, 1950, página 53.

5. Goldschmidt, *op. cit.*, página 82.

6. Goldschmidt, *op. cit.*, página 89, quien explica luego (página 92) que la acción de supresión no requiere la culpabilidad, y que deriva del derecho de la persona protegida a la cesación de la turbación de la obligación legal de no realizar actos prohibidos. También existe, dice el autor, la acción de abstención «propuesta por lo general después de un acto objetivamente ilícito, cuya repetición amenaza».

alguien que actúa en otro mercado, dentro o fuera del país. O quien roba información que otro guarda confidencialmente.

¿No deberían estos actos ser prohibidos? La solución está en castigar el acto porque es malo en sí mismo y no por ser hecho en perjuicio de un competidor. Ni siquiera es necesario para ello el ampliar el significado de competidor, para que comprenda también al eventual o potencial.

Ives Saint Gal se ha referido hace muchos años a esta cuestión. El denomina a las conductas realizadas fuera del marco de la competencia con el nombre de accionar parasitario. Define esta conducta como “el acto de un comerciante o un industrial que, mismo sin la intención de dañar, obtiene o trata de obtener provecho del prestigio adquirido legítimamente por un tercero, y sin que haya normalmente riesgo de confusión entre los productos y los establecimientos”.⁷ La represión de estos actos, para este autor, puede fundarse, criterio que comparto, en los principios generales del derecho relativos a la buena fe y que sancionan los actos realizados con malicia y mala fe.⁸

Un caso de esta naturaleza se da cuando alguien utiliza una marca notoria de un tercero, obviamente sin su autorización, para distinguir productos para los cuales aquélla no está registrada. No se da el acto de competencia pero existe un aprovechamiento del prestigio ajeno. Lo mismo puede suceder cuando se copia una publicidad o un estilo publicitario, utilizados con intensidad para otros productos.

El conocido autor norteamericano Rudolf Callman explica que “es el propósito de la ley de competencia desleal el proteger la posición competitiva de la empresa”.⁹ Agrega luego que para que tal protección sea efectiva, es también necesario proteger sus derechos y valores particulares contra los actos dañinos de no competidores”. Aunque aclara que “en tales casos, el daño constituye una violación legal, independientemente de la ley de competencia desleal, y está sujeta a las reglas de la ley general de daños”.¹⁰

En esta idea, todo aquello que cause un daño a los bienes que se utilizan para competir debería ser prohibido. El uso de la marca de un no competidor puede afectar su poder distintivo y el uso de su publicidad puede disminuir su impacto ante el público. Quien actúe en el mercado debe entonces, no solo competir lealmente, sino valerse de su propio esfuerzo. En otras palabras, deberá siempre correr con sus propios colores.

Krasser explica que “el hecho que dos empresas pertenezcan a escalones diferentes del circuito económico no excluye una competencia desleal de uno contra el otro”.¹¹ Y da como ejemplos, el caso del farmacéutico que fue condenado por denigrar a un fabricante de medicamentos, y el del vendedor minorista condenado por comparar un producto peyorativamente con otro. En ninguno de estos casos quien actuó indebidamente competía con el damnificado.

7. Saint-Gal, Yves, *Protection et défense des marques de fabrique et concurrence déloyale*, 2me. edition, J. Delmas et Cie., París, 1962, página X-A 3.

8. Saint-Gal, *op. cit.*, página X-A 4.

9. Callman, Rudolf, *The law of unfair competition and Monopolies*, Callaghan & Co., Illinois, 1990, Volumen 1, Capítulo 109, página 33.

10. Callman, *op. cit.*, volumen 1, Capítulo 109, página 33.

11. Krasser, Rudolf, *La repression de la concurrence déloyale dans les Etats Membres de la Communauté Economique Européenne*, De. Dalloz, 1972, T 4, página 53.

La noción de competencia desleal, debe alcanzar para prevenir la realización de actos que, sin tener por objeto quitarle la clientela a otro, chocan con la buena fe. Si se quiere, debería cambiarse el nombre de competencia desleal, por el de competencia incorrecta. Y así reflejar acabadamente el deber ser que se desea exista cada vez que alguien actúa en un mercado. El régimen establecería entonces cómo debe comportarse quien actúe en un mercado, sin importar si aprovecha el esfuerzo de, o perjudica, a un competidor o a quien no lo es.

Clasificación de actos de competencia desleal

Lo dicho antes respecto de la dificultad de definir al acto de competencia desleal, es también aplicable cuando se trata de hacer una clasificación. Cualquiera estará influenciada por los actos de competencia desleal reconocidos como tales hasta hoy. Una clasificación ayuda a estudiar y comprender la cuestión, pero no siempre servirá para considerar desleales a otros actos que no caigan dentro de la misma. A lo largo de los años, la doctrina ha elaborado distintas clasificaciones. La que considero más completa y abarcativa es la que da Roubier.¹²

Este autor divide a los actos de competencia desleal en actos de confusión, actos de denigración, actos de desorganización interna de la empresa competidora y actos de desorganización general del mercado. Seguiré esta clasificación y al tratar los diversos actos me referiré tanto a la legislación aplicable como a los casos resueltos por nuestros tribunales, si los hay.

LA CONFUSIÓN

Introducción

Una de las formas clásicas y más habituales de competencia desleal es la de tratar de confundir al consumidor. El competidor desleal intenta modificar la elección del consumidor mostrándole una realidad que no es tal. La confusión es, entonces, la consecuencia de un engaño. La confusión a la que me refiero aquí es la que se intenta provocar sobre el origen de los productos o servicios, o sobre los productos o servicios mismos. Este acto de competencia desleal se da cuando se realizan actos que hacen creer al consumidor que un negocio o actividad, o que el producto o servicio que va a comprar, es el de un competidor.

Para lograr esto, el competidor puede realizar los siguientes actos:

1. Usar una marca confundible con la de un competidor.
2. Usar elementos distintivos en la realización de su actividad confundibles con los de un competidor. Esto comprende el uso de una designación confundible con la de un competidor o bien utilizar elementos distintivos característicos de un competidor o confundibles con ellos, como ser, la presentación general de los productos, uniformes de empleados, decoración interior o exterior de locales, la imitación de la publicidad de un competidor, la imitación o reproducción de elementos distintivos de la actividad o negocio fuera del mismo, como ser los utilizados en camiones y otros vehículos del competidor, los utilizados en

12. Paul Roubier, *Le Droit de la Propriete Industrielle*, 1954, París, volumen 1, página 504.

uniformes del personal del competidor, de sus vendedores ambulantes, repartidores y visitadores, entre otros.

3. Afirmar que el producto propio es como el de un competidor. Es el caso en que se vende un producto afirmando que es “tipo” el de un competidor.

4. Hacer creer que el producto del competidor es de una distinta calidad, estado o clase, o bien que no es del competidor.

5. Usar el nombre del ex-empleador o ex-socio en la propia actividad queriendo mostrar un vínculo inexistente.

6. Imitar el producto del competidor.

En los casos de confusión, para que exista competencia desleal es necesario que el elemento distintivo usado por el competidor sea precisamente eso, distintivo. Ese elemento debe ser un elemento hábil para distinguir al competidor y a sus productos o servicios de los demás. Esto significa que si dicho elemento es de uso común, entonces cualquiera puede utilizarlo. Por ejemplo, nadie podría pretender que hay un acto de competencia desleal por utilizar un uniforme de color blanco en una farmacia, o por usar en una botella de color verde para vender vino.

Por lo tanto, cuanto más distintivos, únicos y característicos sean los elementos usados menos podrán acercarse los competidores sin correr un riesgo de actuar deslealmente. Quien elige usar medios distintivos débiles o publicidad que es común a muchos, sabe que debe aceptar que otros también podrán hacerlo y que él no tendrá acción para impedirlo.

Veamos los distintos supuestos en los que se recurre a la confusión para competir:

Uso de marcas confundibles

Toda vez que se utiliza una marca para distinguir un producto que es confundible con la que usa un competidor, estamos frente a un acto de competencia desleal. Cabe aclarar que en muchos casos, seguramente casi en la totalidad de ellos, se tratará del uso de una marca confundible con otra marca registrada. En este caso, el titular de esa marca tendrá a la mano las acciones que le da la ley 22.362 de Marcas y Designaciones. Por lo cual, su acción será una acción marcario y no una acción de competencia desleal. Cabe agregar, que la ley de marcas da protección a la marca registrada sin importar que exista o no un acto de competencia desleal, y aún cuando en la mayoría de la veces ésta exista. La ley de marcas protege a la marca registrada y le otorga un derecho exclusivo a su titular que se limita, en principio, a los productos o servicios para los que la marca fue registrada. El régimen de competencia desleal castiga al acto por el acto indebido en sí.

La Ley de Marcas protege la marca registrada sin importar si el que usa una marca confundible actúa deslealmente. Es más, hay casos en los que no hay acto de competencia desleal, ni siquiera parasitaria, y hay violación del derecho marcario. Por ejemplo, cuando hay una marca registrada y desconocida, que no es usada por su titular porque es meramente defensiva de su nombre comercial, que cubre productos no afines con la actividad de su titular y es usada por un tercero.

Con esto, vemos que puede darse el caso en que el régimen de competencia desleal se separe del régimen marcario, aun cuando suceda en pocas oportunidades. El régimen de marcas tiene su origen y necesidad, después de

todo, en evitar que los productos y servicios que están en el mercado sean confundidos por el público consumidor.

El régimen de competencia desleal adquiere relevancia determinante en materia de confusión marcaria cuando el titular de la marca no puede recurrir a la ley de marcas. Y esto sucede cuando la marca en cuestión no está registrada conforme a la Ley 22.362.

El artículo 4° de dicha ley establece que la propiedad de una marca y el derecho exclusivo se adquieren con su registro. Todas las medidas y acciones que otorga esta ley lo son para la marca registrada. Hasta tanto la marca sea registrada la ley de marcas no entra en escena. Y esto vale tanto para las marcas en trámite de registro como para aquellas que ni siquiera han iniciado ese trámite.

Una marca no registrada es una marca de hecho, como se la denomina en la jerga marcaria. Otorgar la protección que reconoce la ley de marcas a una marca de hecho es desvirtuar completamente el régimen marcario.

Es por ello que, ausente el registro, el titular de la marca debe recurrir a otras normas para obtener protección. La cuestión es importante pues tendrá que probar cosas diferentes, no solamente la titularidad de la marca registrada y el uso confundible como sucede cuando hay marca registrada.

Extremos a probar

En primer lugar, el accionante debe probar que es el titular de una marca de hecho que es reconocida por el público. Esto implica que ha usado una marca durante un plazo tal que le ha permitido ganar una clientela. Es necesario probar un grado de reconocimiento y la existencia de clientela, ya que de lo contrario, el otro no habrá competido deslealmente.

La prueba del uso y la clientela darán la medida de la protección. Supongamos que en la ciudad de Salta alguien vende empanadas con una marca que no registró y su clientela se limita a una zona de dicha ciudad, en su mayoría habitantes de la misma. Este empresario no tendrá acción alguna contra quien utilice la misma marca en Bahía Blanca. Aquí no hay aprovechamiento de prestigio alguno, no hay competencia, ni daño. Distinto sería el caso si alguien comenzara a vender empanadas con la misma marca en la ciudad de Salta.

Desde luego el titular de la marca de hecho deberá demostrar que existe posibilidad de confusión. Esto se dará cuando se trate de los mismos productos o servicios o sin serlo, tengan una relación tal que hagan creer al consumidor que provienen del mismo origen.

Al igual que sucede con la marca registrada basta con que exista posibilidad de confusión, y no confusión probada. Esta confundibilidad se puede dar por las similitudes gráficas, ideológicas o fonéticas que existan entre las marcas. No me extenderé sobre el tema tratado con profundidad en el derecho marcario.

La protección geográfica y de producto o servicio que recibirá la marca de hecho estará dada por la extensión del uso. La marca registrada tiene protección nacional y lo merece para todos los productos o servicios que ampara aunque no sea utilizada, mientras esté vigente.

En cierta forma la marca de hecho tiene una protección similar a la de la designación de actividades. Cuando más difundida sea la marca y mayor sea el ámbito geográfico en el que se usa, mayor será su protección.

Elementos distintivos de la actividad

Una actividad puede ser distinguida de otras de distintas formas. El elemento distintivo principal de una actividad comercial es el nombre comercial. Es el elemento distintivo con el que el comerciante se da a conocer frente al público. Cuando ese elemento distintivo se coloca sobre la fachada del local, se le denomina enseña comercial. Es habitual que ambos nombre comercial y enseña comercial coincidan.

La ley 22.362 protege a la designación de actividades comprendiendo tanto a las actividades con fines de lucro como a las que no lo tienen. Aquellas son el nombre y enseña comercial y estas serán simplemente designaciones, siendo ésta su denominación genérica.

Pero no es esta la única manera de distinguir una actividad. Hoy en día es común ver en una sola empresa una cantidad de elementos usados para diferenciarla, para distinguirla, para identificarla. Entre ellos están entre otros, la decoración exterior e interior de los locales, los uniformes de empleados, la decoración de los vehículos de la empresa, la presentación general de los productos, un estilo publicitario, etc.

En lo que hace a la designación y hasta la enseña, no hay duda que están amparados por las normas de la Ley 22.362. Con lo cual, cualquier perjudicado por un uso confundible apela a dichas normas y tendrá la protección específica. Pero cuando otros son los elementos distintivos de la actividad podría interpretarse eventualmente que no entran dentro del concepto genérico de designación y entonces el perjudicado tendrá que recurrir a otras normas del derecho.

De todas maneras, no hay muchas diferencias en lo que debe probarse se apele o no a la Ley 22.362. En todo caso debe probarse el uso del elemento distintivo, su titularidad y la posibilidad de confusión.

a) Designación de actividades y nombre comercial

El caso típico es la utilización de una designación confundible que haga creer al público que esa actividad o negocio es otro o relacionado con otro.

Puede haber una infracción a una designación sin que exista competencia desleal. Por ejemplo, cuando alguien no es un distribuidor o representante oficial, utiliza el nombre o marca de éste de tal manera que hace creer que si lo es. Es el caso de vendedores de repuestos o de quienes se dedican a la reparación y usan las designaciones o marcas de un tercero con tal preeminencia para causar ese engaño. La jurisprudencia ha considerado esta práctica como violatoria de los derechos protegidos por la ley 22.362. Pero no como un acto de competencia desleal.

b) Publicidad de ex-empleados

Algo que se da con bastante frecuencia es que empleados de una empresa se desvinculen de ésta, se instalen por su cuenta y en su nueva actividad hagan referencia a su antiguo empleo. Este supuesto no ha sido considerado delito o ilícito civil por la justicia.

Se ha dicho que “los simples avisos de propaganda relativos a la instalación de una casa de comercio constituida por los ex-empleados de Francisco José Chauvín, no constituyen maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o un medio de propaganda desleal para desviar en su provecho la clientela de un

establecimiento comercial o industrial”.¹³ Este criterio fue confirmado en sede civil en un caso que comentaré después.¹⁴

El simple hecho, entonces, de mencionar que se trata de ex-empleados no parece ser, por sí solo, un acto de competencia desleal. Sin embargo, ese uso debe ser realizado de tal manera, a mi juicio, que no permita inferir al consumidor que existe una vinculación con el ex empleador. Si ello ocurriese estaríamos frente a un acto de competencia desleal.

c) Decoración Exterior

Una empresa puede caracterizarse frente al público por la forma especial que le da al edificio o edificios en los que desarrolla su actividad. Es posible registrar esa forma especial como marca y también es posible que tal registro no se haya solicitado. La imitación de esa forma confundirá al público y por tanto constituye una forma de competencia desleal. Podría también darse el caso que los locales se caractericen por construcciones particulares colocadas fuera del local que los identifican y distinguen. Su reproducción o copia provocará confusión y será un acto desleal. Lo mismo sucederá cuando se imiten los colores con los que se distingue el local. Las estaciones de servicio son un ejemplo típico de diferenciación de los distintos competidores por medio de colores.

d) Decoración Interior

Hay quienes decoran el interior de sus locales de manera uniforme. Usan muebles con ciertas características y los combinan de manera especial, usan colores en paredes, pisos y techos, u otros elementos, de manera tal de crear una imagen propia. Seguramente, tomados individualmente no tendrán mucho o quizás nada de particular o distintivo. Pero combinados crean esa característica que los distingue. Su imitación provocará confusión y constituirá un acto de competencia desleal.

e) Uniformes

Muchas veces se usan combinaciones de colores en los uniformes que llevan los empleados que atienden al público o que salen a la calle a realizar tareas para su empleador. En muchos casos esos colores son los característicos de la empresa. Así vestidos, son vistos y reconocidos por el público como de una empresa determinada. El ejemplo más clásico lo vemos en las principales estaciones de servicio. Con solo ver el color de sus uniformes sabemos de qué empresa se trata. Su imitación provocará una inevitable confusión y, por ende, será también un acto de competencia desleal.

f) Vehículos

Hay casos en los que una empresa puede utilizar un tipo característico de vehículos o bien vehículos con una decoración exterior característica. Esta práctica constituye una forma de publicidad ya que al verlos circular recuerda a

13. Chauvin, Leopoldina, S. de Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal, 10-6-1936, LL-3-341.

14. Brown Boveri Sudam S.A. v Ruffa, M. y Otros. Causa 29824, Cámara Nacional Comercial, Sala B, 14-3-1980, J.A., 15-10-80, N° 5172, página. 32.

la empresa a la que pertenecen. Además, acrecientan el vínculo empresa-consumidor, cuando la decoración sigue los lineamientos distintivos de la empresa en otras manifestaciones. Su imitación también provocará confusión y es un acto de competencia desleal.

Imitación de la publicidad

Cuando se reproduce la publicidad que otro realiza podemos estar frente a una violación de un derecho de propiedad intelectual protegido por la ley 11.723 o por las convenciones internacionales aprobadas por nuestro país. En estos casos, se trate o no de competidores, habrá una protección contra la comisión del ilícito.

Nos interesan aquí los casos en los que no hay una reproducción en dichos términos. Son los casos en los que un competidor toma una idea publicitaria que ha sido utilizada por otro competidor. Es decir, cuando imita la publicidad de un competidor. Cuando esto sucede y el público es inducido a creer que ese producto o servicio tienen otro origen, habrá competencia desleal. Desde luego habrá que analizar con cuidado la publicidad ya que muchas “ideas” publicitarias son conocidas y han sido utilizadas antes por distintos empresarios, aun en otros rubros. Lo mismo sucede con la publicidad que es necesaria para publicitar un producto o servicio determinado. Por ejemplo, el mostrar un producto que se rompe para luego demostrar la virtud de un pegamento.

La confusión en este rubro se da cuando se utiliza no sólo una misma idea o tema, sino también, frases o palabras características, o signos de cualquier tipo que son asociados por el público con un producto o servicio determinado.

Cabe señalar que en nuestro país, la Asociación Argentina de Agencias de Publicidad, en su Código de Ética Profesional, considera una falta de ética el copiar una idea publicitaria. En ese Código, las agencias establecen las pautas que han de regir su conducta y entre los compromisos que asumen está el de no “producir”, no “manejar” cualquier publicidad basada en, o que incluya, una o varias de las siguientes características indeseables: “... Plagiar ideas, logos, lemas, textos, ilustraciones, etc., que hayan sido utilizados previamente por otro anunciante tanto dentro como fuera del país”.¹⁵ Para los que hacen publicidad el imitar o copiar, ellos hablan de plagiar, resaltando el carácter de indebido, es un acto desleal.

Callman¹⁶ cita varios casos fallados en los Estados Unidos de Norte América, en los que la imitación de la publicidad daba lugar a confusión, que fueron considerados actos de competencia desleal. Cita un caso de 1981 en el que quien usó en el slogan “*I give my man English leather every chance I get*” (Le doy a mi hombre *English Leather* en cada oportunidad que tengo), obtuvo un orden de cese contra quien usó “*Yardley Leather*”. *Give it to your man tonight*” (*Yardley Leather*. Déselo a su hombre esta noche).

Este autor señala, sin embargo, la dificultad que existía en su país para condenar la imitación de la publicidad, debido al énfasis exagerado que los

15. Capítulo E, párrafo 6. En Brasil, la Ley 4680 sobre el Ejercicio de la Profesión de Publicitario establece una protección específica a la idea publicitaria al decir en su artículo 6º ... VIII: «La idea utilizada en publicidad es presumiblemente de la agencia, no pudiendo ser explotada por otro sin que aquella, por la explotación, reciba la remuneración justa, salvo lo dispuesto en el artículo 454 de la consolidación de las Leyes del Trabajo».

16. Callman, *op. cit.* Capítulo 15, páginas 83-85.

tribunales ponían sobre el Copyright. Así, en muchos casos, ausente aquél, el imitador quedaba impune. Callman critica esto y afirma que el uso de publicidad ajena hecho por un competidor, esté o no protegido por un derecho de autor, es competencia desleal.

Imitación del Producto

Es un principio establecido, que un producto que no esté amparado por una patente de invención o por un modelo de utilidad, y si se quiere por un modelo industrial, está en el dominio público y puede ser fabricado por quien lo desee.

La cuestión se debatió en los Estados Unidos de Norte América en dos sonados casos, *Sears*¹⁷ y *Compto*.¹⁸ En el primer caso *Sears* lanzó una lámpara idéntica a la fabricada por una empresa llamada *Stiffel*. Esta última alegó que la copia idéntica del producto constituía un acto de competencia desleal. *Stiffel* también había alegado violación de patentes que cubrían la lámpara pero éstas fueron declaradas inválidas. El caso llegó a la Suprema Corte que revocó la sentencia del tribunal de apelaciones que había sostenido que *Sears* había cometido un acto de competencia desleal. La Corte sostuvo que “un artículo no patentado, como un artículo sobre el cual la patente ha expirado, está en el dominio público y puede ser hecho y vendido por quienquiera que elija hacerlo”. La Corte admitió que podía haber confusión en cuanto a quien podía haber fabricado las lámparas. Pero agregó que la “mera inhabilidad del público de poder diferenciar dos artículos, no es suficiente para sostener una orden de cese contra la copia o el otorgar una indemnización de daños por copias lo que las leyes federales de patentes permiten copiar”.

Sin embargo, la Corte admitió que un Estado podía “en circunstancias apropiadas, requerir que los productos patentados o no patentados, sean etiquetados, o que otras medidas precaucionales se tomen, para impedir que los consumidores sean engañados en cuanto al origen, tal como puede proteger negocios en el uso de sus marcas, etiquetas o presentación distintiva en el empaque de sus productos para impedir que otros, al imitar esas marcas, engañen a los compradores en cuanto al origen de los productos”.

En el segundo caso, fallado el mismo año por la Suprema Corte, se mantuvo la misma doctrina. *Compto* había copiado exactamente aparatos de iluminación fabricados por *Day-Brite*. Dijo ese tribunal que lo que no está patentado, “bajo las leyes federales de patentes, está, por lo tanto, en el dominio público y puede ser copiado en cada detalle por quienquiera que lo desee”.

Este es el principio que rige también en Argentina. Sin embargo, el que pueda copiarse algo que está en el dominio público hasta en su más mínimo detalle, está limitado a los aspectos funcionales y no a los distintivos. La copia o reproducción del producto no autoriza la confusión sobre el origen, aunque aquella pueda contribuir a ésta. Quien copia deberá cuidarse bien de dotar al

17. Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América, 1964, 376 US 225, 84 S. Ct. 784, 11 L. Ed. 201.661, 376 US 973, 84 S. Ct. 1131, 12 L. De. 201.87, en Edmund W. Kitch & Harvey S. Perlman, “*Legal Regulation of the Competitive Process*”, New York, 1979, página 39.

18. Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América, 1964, 376 US. 234, 84 S. Ct. 779, 11 L. De. 2d. 669, 377 US 913, 84 S. Ct. 1162, 12 L. De. 2d. 183, en Kitch & Perlman, *op. cit.*, página 43.

producto copiado de elementos distintivos que permitan distinguirlo del original. De lo contrario, habrá competencia desleal.

La justicia penal ha considerado en tres oportunidades que la imitación, la copia o la reproducción de un producto no constituye delito castigado en el artículo 159 del Código Penal. En el primero de ellos se reprodujo con exactitud una pared sanitaria, cuyo secreto de fabricación había sido entregado al reproductor ante la creencia que había de formarse con él una sociedad para su explotación. No se hizo lugar a la querrela porque no se probó que el querellante tuviera clientela que pudiera ser desviada.¹⁹ Se dijo también que la cuestión podía caer en el ámbito de la ley de patentes pero no en la norma del artículo 159.

En el segundo caso el querellado había reproducido unas sillas cuya licencia de fabricación le había sido dada por el diseñador “Bertoia” a un tercero. El querellado las vendió como “Bertoia” o “tipo Bertoia”. La querrela fue rechazada por faltar, a juicio del tribunal, el “propósito de captar maliciosamente la clientela ajena”. Agregó que la venta de una mercadería en apariencia similar a la de la licencia, de menor o igual consistencia y de precio algo inferior, no alcanza a constituir, de por sí sola, una maquinación fraudulenta”, si no se comprueba, además, que esa conducta estuvo informada por aquél elemento subjetivo.²⁰

Este criterio fue confirmado en el último caso tratado por la justicia en el que el querellado “fabricó y vendió una bocina para automotores cuya forma externa era igual o casi igual a las fabricadas por el querellante”. La Excelentísima Cámara dijo aquí que “no cualquier estratagema es suficiente para integrar la “maquinación fraudulenta” a que se refiere el Código. Es necesario que se trate de una maniobra de cierta magnitud; lo que no es dable admitir es la simple imitación de la forma si además no se recurre a algún otro recurso engañoso que haga del fraude una “maquinación”.²¹

Esta jurisprudencia es acertada y no podría ser diferente. La exclusividad en la fabricación de un objeto sólo la tiene el titular de una patente de invención, de un modelo de utilidad o de un modelo o diseño industrial. Aquello que no está así protegido, puede ser fabricado por cualquiera. El artículo 159 de ser aplicado en otra forma implicaría la invasión de otro ámbito ya regulado por leyes específicas.

Referencia explícita al producto del competidor

Hay quienes para vender más su producto, afirman en su publicidad que es igual o parecido a otro de un competidor. Utilizan generalmente la palabra “tipo” seguida de la marca del competidor para indicar que ambos productos son iguales. Aunque también usan otras palabras o frases, tales como “igual a” o “si le gusta xxx le gustará ooo”.

En el ámbito marcario, este accionar ha sido considerado delito. Se ha castigado a quienes usaban las expresiones “tipo Faber” y lápices “t/Faber”²² o

19. Corte, Mario, Cámara Criminal y Correccional de Capital federal, 7-5-1946, LL-43-285.

20. Cavalcanti, Anibal, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, 22-3-1968, ED-25-161.

21. Gorojovsky M., Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala III, 6-8-1968, ED-25-159.

22. «Bleistiff Fabrik Johan Faber A.G. c/ Cerini, Américo y Otro» del 22-12-1977, LL-9-796.

“tipo Carlitos”²³ o “como Dentol”,²⁴ o “Fernet tipo Branca”²⁵ o “Anís tipo 8H”.²⁶

En estos casos había una marca registrada y se consideró que el uso en cuestión constituía una violación de la misma. ¿Debería ser la solución la misma en ausencia del registro marcario? Entiendo que sí. Nadie tiene derecho a vender su producto basándose en el prestigio ajeno. Y esto es lo que sucede cuando se nombra la marca ajena. Además, existe la posibilidad de engaño ya que difícilmente puede darse siempre una reproducción exacta del otro producto. Habrá diferencias, aunque mínimas, que harán que los productos no sean los mismos. Justamente, el uso de la marca ajena se hace para eliminar las dudas que acertadamente tendrá el consumidor.

Engaño sobre el producto del consumidor

Existe a mi juicio competencia desleal toda vez que alguien intenta confundir al público respecto de las características del producto de su competidor, actuando sobre el producto del competidor. Por ejemplo, ensuciar los envases exhibidos en una góndola para darles el aspecto de viejos y en mal estado. Igual efecto se consigue rompiendo, aunque sea parcialmente, la etiqueta o el envoltorio o rayando el envase.

Otro supuesto es el de la eliminación de la marca del competidor del producto que la lleva, para que el público no pueda identificar el producto que desea.

Otra forma de confusión puede darse cuando un competidor, hace creer que el producto del competidor tiene características diferentes a las que realmente tiene. Imaginemos que el competidor desleal organiza un test de eficiencia entre productos de 100 gramos de peso e incluye el de un competidor que pesa 120 gramos.

Normas aplicables

El artículo 159 del Código Penal considera delito el intentar captar clientela ajena mediante maquinaciones fraudulentas.

Una maquinación según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española es “un proyecto o asechanza artificiosa dirigidos a un mal fin”. Además, la maquinación debe ser fraudulenta, es decir, una maquinación basada en el engaño. En otras palabras, engañar para confundir. Todos los supuestos antes vistos caen en esta norma. Cabe advertir que la norma exige, según los Tribunales, que tanto el sujeto activo como el pasivo, sean comerciantes o industriales²⁷ y que además sean competidores.²⁸

Luego tenemos el artículo 10 bis del Convenio de París que establece la obligación de prohibir “cualquier acto de tal naturaleza que cree una confusión,

23. «Selasco, Poch y Muñiz c/ León Yernazian», Primera Instancia del 17-10-1938, en *Patentes y Marcas*, 1938, página 465.

24. «E. Vaillant y Cia. c/ C. Bertini y H. C. Orsted», Primera Instancia del 18-5-1932, y Segunda Instancia del 19-2-1932, en *Patentes y Marcas*, 1932, páginas 321 y 646.

25. «Antonio Freixas y Fratelli Branca c/ Pedro Nieva Plaza», en *Patentes y Marcas*, 1934, páginas 329 y 501.

26. «S.A. La Química Bayer c/ D. Lowell E. Alderman», CSJN, 6-7-1945, *fallos*: 202:188.

27. «Chaud, Jorge A.», Tribunal Superior de Córdoba, 13-2-1947, LL, página 427.

28. «Natin, Alberto y otro», Cámara Nacional Penal, 5-7-1957, LL- 89-183.

por cualquier medio que sea, con el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor” (artículo 10 bis 3 1°).

Quedan aquí comprendidos todos los actos de confusión que hemos analizado. El competidor damnificado tiene con esta norma un instrumento que le permitirá obtener el cese de la conducta ilícita.

LA DENIGRACIÓN

Introducción

Hay quienes, para vender sus productos o servicios recurren a la denigración del competidor o de sus productos o servicios. Todo aquello que contribuya a desacreditar de cualquier manera al competidor o lo que éste hace, o sus productos o servicios, constituye un acto denigratorio y por tanto, de competencia desleal. Se trata de juicios, basados en hechos o en opiniones emitidos sobre el competidor, sus productos o servicios que serán interpretados por la mayoría de los consumidores como una descalificación, como una “mala nota”.

Aquí hay dos cuestiones que deben ser tenidas en cuenta. La primera es que la afirmación debe realizarse en el marco de la competencia, con el propósito de perjudicar al otro como competidor y de beneficiar la actividad comercial de su autor.²⁹ En este sentido, no es lo mismo decir que un señor es feo y que se viste mal, o que nunca paga sus deudas. La denigración en este marco es la que tiene la posibilidad de tener un efecto en el mercado.

La denigración sobre la persona del competidor es la menos común y seguramente la de más difícil prueba. Por lo general, quien habla mal de un tercero no lo ratifica por escrito. Son ejemplos de denigración, el afirmar que es un mal pagador, que nunca entrega en término, que no respeta las exclusividades que asume, entre otras. También hay denigración cuando se revelan hechos que, sin ser relativos a su actividad comercial, pueden desacreditarlo. Decir que acaba de salir de la cárcel, o que no paga sus impuestos, en la medida que esto tenga efecto en el mercado, también es denigratorio.

Callman³⁰ destaca que: “1) Un ataque dirigido a un competidor es presuntivamente impropio a menos que sea justificado, por ejemplo, por la necesidad de auto-ayuda y 2) La publicación de una afirmación competitiva denigratoria está claramente dirigida a influir el juicio del consumidor en perjuicio del rival”. Reconoce que la cuestión está en determinar en qué medida el competidor puede vender “no sobre los méritos de sus propios productos o servicios, sino en las alegadas deficiencias de sus competidores”.

La primera pregunta que surge ante esta cuestión es, si es desleal el afirmar algo que es cierto. Parece razonable que alguien pueda decir que el producto del competidor explota a las 10 horas de uso, si efectivamente así sucede. ¿Es desleal que lo haga? En principio sí lo es. En lugar de realizar esa afirmación puede decir que su producto no explota a las 10 horas de uso, o si fuera cierto, que es el único que no explota a las 10 horas de uso.

29. Krasser, *op. cit.*, T. IV, página 283.

30. Callman, *op. cit.*, 11.03., capítulo II, página 5.

No quiero confundir este acto de denigración directa, con la publicidad comparativa, calificada cuando desleal, como una denigración indirecta. La veracidad en la publicidad comparativa es esencial para la legalidad de la publicidad comparativa. ¿Por qué entonces la verdad no es también la diferencia entre lo legal y lo ilegal en un acto de denigración? Puede decirse que cuando hay verdad no hay denigración, y que en todo caso es el objeto de la afirmación el causante de la denigración.

Sin embargo hay diferencias. Cuando se comparan características de dos productos se hacen afirmaciones de hechos que deben ser objetivos. Se muestra lo que es, lo que está en competencia. Si se quiere, se ayuda a que el consumidor elija.

Cuando se denigra directamente, el objetivo no es informar, esto se puede hacer con la publicidad comparativa. El objetivo es atacar y destruir al competidor. No es la destrucción resultado de una sana competencia, es la destrucción como consecuencia de las afirmaciones hechas en su contra, y no de la libre elección del consumidor.

Callman³¹ enumera una serie de afirmaciones verdaderas que es útil recordar: a) La referencia a crímenes cometidos en el pasado por el competidor. No hay relación alguna entre los actos pasados y la actividad presente de competencia; b) Afirmaciones relativas a la conducta presente. Por ejemplo, que no paga impuestos. El competidor puede recurrir a las autoridades pertinentes y hacer allí la denuncia; c) Afirmaciones que pueden ser engañosas como las relativas al origen, religión o raza. No hay por qué apelar a esto para vender, excepción hecha en los casos en que un país adopte medidas contra otro en virtud de guerras o conflictos. En cuyo caso no se declara ilegal el proclamar que tiene determinado origen; d) Afirmaciones sobre un producto específico. Callman afirma que “en el contexto competitivo, sin embargo, la afirmación fáctica verdadera es una rareza”; e) Afirmaciones sobre la no continuidad en el negocio por el competidor. Es muy cuestionable que quien hace la afirmación sepa si realmente esto va a pasar.

Callman opina que en todos estos casos que enumera de afirmaciones sobre hechos verdaderos debe regir la regla de la necesidad. Opina que si no hay una necesidad competitiva u otra razón válida para hacer la afirmación, más que el desviar la clientela de un rival sin tener en cuenta los méritos relativos del producto, entonces hay denigración.

Es obvio que bajo esta línea de separación no cabría prácticamente ninguna afirmación que se justifique. El consumidor no necesita que el competidor descalifique de manera alguna a nadie, para poder elegir. En pocas oportunidades existirá “necesidad” de denigrar, de descalificar a otro en forma directa.

Se me ocurre un caso. Supongamos que por cualquier razón existe la creencia de que un género de productos tiene un vicio que desaconseja su uso o adquisición, o de que todos los productores o empresarios en una determinada actividad están en quiebra. En estos casos puede existir la legítima necesidad de diferenciarse, de destacar que la situación que comprende a otros no es la propia. Pero aún en estos casos seguramente esto puede hacerse sin hacer una referencia concreta a un competidor, o competidores, sus productos o servicios.

31. Callman, *op. cit.*, página 7, capítulo 11.

Otro caso de necesidad puede existir cuando se actúa en defensa propia. El competidor responde a un acto de denigración con otro de denigración igual o mayor. Sin embargo, no es admisible que se responda a un acto ilegal con otro acto ilegal. El competidor perjudicado, siempre puede responder con una acción judicial e informar al público que ha recurrido a la justicia en defensa de sus derechos.

No parece estar en juego, en estos casos, la libertad de expresión. Si bien todos tienen derecho a expresarse libremente, existen cantidad de situaciones, que no he de enumerar aquí, en las que esa expresión está limitada o prohibida. El secreto profesional es un ejemplo. No es tarea del competidor el informar sobre un defecto pasado o presente de su competidor, productos o servicios. No es su tarea investigarlo para dar a conocer al público sus defectos. Esto lo harán las autoridades, los periodistas, las asociaciones de consumidores o las entidades científicas. El competidor debe limitarse a vender sus productos y servicios y a publicitarlos. En esta publicidad, como veremos enseguida, puede referirse a la competencia, pero no puede denigrar. La denigración no puede esconderse bajo el disfraz de la libertad de expresión.

Obviamente, cuando la afirmación es falsa, el acto si cabe, es doblemente desleal. A la denigración se agrega el engaño. Si hay falsedad, esto basta para que haya un acto desleal. No es necesario discutir la cuestión de la denigración.

Una forma de denigrar puede darse en una publicidad en la que sin hacer afirmación alguna, se ridiculiza al competidor o a sus productos o servicios. La utilización del humor en la publicidad puede ser un recurso más en la competencia leal. Se trata, sin embargo, de un recurso que debe ser utilizado con cuidado ya que de un toque de humor a la ridiculización denigratoria hay un paso muy corto.

Normas aplicables

El artículo 159 del Código Penal considera delito el intentar desviar clientela ajena mediante la propagación de sospechas malévolas. Crear una sospecha malévola es inspirar desconfianza sobre alguien o algo. En el caso, sobre el competidor, su actividad, sus productos o servicios. La denigración que hemos analizado en este capítulo encuadra perfectamente en este tipo penal. La denigración es el término genérico que describe el efecto que se busca mediante la propagación de sospechas malévolas.

Estrictamente el tipo penal va mas allá del acto de denigración, ya que parecería incluir la mera insinuación, no ya la referencia directa y concreta. Esta interpretación es la correcta ya que cualquiera sea la forma utilizada para crear esa desconfianza, una duda en el ánimo del consumidor, es un acto desleal y punible.

El artículo 10 bis 3.2. del Convenio de París, establece que constituyen actos de competencia desleal “las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor”.

Esta norma no se refiere a la publicidad engañosa, ya que ésta es considerada como desleal en el párrafo 3.3. de ese mismo artículo 10 bis. Se refiere a la denigración. Pero, sólo considera tal a la que es consecuencia de aseveraciones falsas.

Sin embargo, esto no significa que el Convenio de París considera legal la denigración realizada mediante aseveraciones ciertas. Como explica

Bodenhausen,³² que fue director del entonces BIRPI,³³ hoy OMPI: “se ha dejado a la legislación interna o a la jurisprudencia de cada país el decidir si las aseveraciones que desacreditan pero no son estrictamente inexactas, pueden constituir también actos de competencia desleal, y en qué circunstancias”.

Jurisprudencia

Para los tribunales argentinos la denigración es un acto de competencia desleal. Así lo han entendido al declarar que “la divulgación pública por un medio eficaz de difusión, como son las transmisiones de radio, atribuyendo calidades nocivas a productos individualizados por su clase y enseña, y anunciando al mismo tiempo la excelencia de productos similares, con indicación de su marca y lugar de fabricación y expendio, constituye un acto típico de competencia desleal”.³⁴

En otra oportunidad, fueron condenados los dueños de una firma dedicada a la fabricación de cerraduras. Estos, en visitas a distintas personas, habían realizado una intensa campaña de descrédito contra una firma competidora. Denigraban las cerraduras que ésta fabricaba al decir que “no eran confiables”, “que no iban a durar”, “que eran malas”, etc. Y también denigraban al competidor al manifestar “que la cerradura Rench era una imitación de la que ellos proveían y que hacían competencia desleal”. Y también “que era una aventura comprarlas, porque eran una aventura las cerraduras como así también los que las vendían”.

Lo interesante del caso fue que se condenó a los imputados a pagar a la damnificada una indemnización en concepto de reparación del daño moral causado, siendo ésta una persona jurídica, “toda vez que el hecho tuvo aptitud para afectar el prestigio de la sociedad, y su nombre frente a terceros”.³⁵

La justicia también aplicó el artículo 159 en un caso en el que un Sr. Castro había remitido varias cartas a los clientes del querellante diciendo que contra éste se había librado una orden judicial de embargo. Esta orden amenazaba impedirle disponer libremente de la mercadería y por ello no existía seguridad de que pudiera venderles en el futuro. Por ello no debían comprarle al Sr. Pérez, el querellante, sino a él.³⁶

La publicidad comparativa

Si hay una práctica del comercio que ha despertado posiciones encontradas y ha hecho correr ríos de tinta es la publicidad comparativa. Es la publicidad en la que un competidor nombra a uno o más competidores o a sus marcas y hace una comparación, entre la actividad, producto o servicio propio y los de su o sus competidores.

32. George H. C. Bodenhausen, “*Guía para la aplicación del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial*”, BIRPI, Ginebra, 1969, página 160.

33. BIRPI, *Bureaux Internationales Reunies pour la Protection de la Propriete Industrielle*.

34. «Cuenca De Pons y Otro v. Romero y Otro», Cámara Civil y Correccional de la Capital Federal, 15-6-1931, J.A.-6- 1145.

35. «Rabinowicz, Juan y Otro», Cámara Civil y Correccional, Sala I, 2-5-1977, LL-1.978-S-590.

36. «Castro, José M.», Cámara Civil y Comercial, 19-5-1931, J.A.-35-1041.

En un principio la publicidad comparativa consistía en comparar la marca propia con “una de las marcas líderes” o con “otra marca líder”, mostrándose un envase con la única leyenda “XX”. Desde luego que, sin que se dijese, el público en general sabía que producto se trataba. Otras veces se deformaba el producto comparado de manera que quien veía el aviso no podía identificarlo. En muchas oportunidades algún competidor decía ver las características de su marca y no se equivocaba.

Cuenta Thomson que en los Estados Unidos de Norte América muchos anunciantes creían que si nombraban al competidor o a su marca, le crearían una imagen simpática ante el público, haciéndole publicidad gratis. Pero un día comenzó la campaña de AVIS bajo el slogan “WE TRY HARDER” a mediados de 1960. La campaña hablaba del competidor como el *Número Uno* y aunque no se lo nombraba, la referencia a HERTZ era evidente. Esta campaña fue tremendamente exitosa. Tanto es así que luego de su primer año AVIS tuvo ganancias por primera vez luego de 15 años.³⁷

En ese país en 1971, sigue Thomson, la cadena NBC, que previamente había obtenido la autorización pertinente de la Federal Trade Commission (FTC), anunció que televisaría avisos en los que se identificaría a los competidores por el nombre. De esta manera, la FTC estimuló la publicidad comparativa. La FTC consideró en ese entonces, que dicha publicidad invariablemente promocionaba la competencia y podía llevar a bajar los precios en el mercado. Esta agencia gubernamental vio a la publicidad comparativa como un medio efectivo de presentar información sobre el producto al público y permitir hacer compras más racionales.³⁸

Información y mas competencia dicen los defensores. Aprovechamiento del prestigio ajeno y confusión, contestan quienes no la aprueban.

Los cuestionamientos a la publicidad comparativa parten de varios lados. El primero es que se usa una marca ajena sin autorización y así se aprovecha el prestigio ajeno. Además, al hacerse la comparación es obvio que la marca comparada lleva la peor parte, con lo cual, se dice que existe denigración. Por último, al no compararse todas las características esenciales de los productos, la publicidad es engañosa y confunde al consumidor. Así, Monteiro afirma que: “La comparación publicitaria entre dos marcas, en lugar de contribuir a informar al consumidor, es la más de las veces fuente de confusión entre las marcas comparadas”.³⁹ Mathely a su vez dice que: “puede ponerse en duda que la publicidad comparativa sea en el interés de los consumidores” ya que “la publicidad, mismo la comparativa, es siempre parcial y no puede ser más que parcial ya que emana de quien la formula en su propio interés”.⁴⁰

Todo lo dicho recién es cierto pero no parece alcanzar para decretar la ilicitud de tal práctica. En el mundo competitivo de hoy es habitual ver una intensa publicidad que muchas veces atribuye los mejores resultados, características, más altos montos de venta, entre otros. Esta es una forma de comparar, aunque sin

37. Thomson, David I.C., «Problems of Proof in False Comparative Product Advertising: How gullible is the Consumer? Trademark Reporter», volumen 72, página 386.

38. Lee, Jerome G., «Comparative Advertising, Commercial Disparagement and False Advertising», Trademark Reporter, volumen 71, página 621.

39. Monteiro, José, «Droit de Marques et Publicite Comparative», Gazette du Palais, París, 13-6-1996, página 30.

40. Mathely, Paul, «Le Nouveau Droit Francais des Marques», página 184.

mencionar marca o nombre comercial alguno. Spolansky en un reciente trabajo explica que con la publicidad comparativa permite que los competidores exhiban “lo que son con relación a los otros” y además “garantiza el derecho a la información objetiva al consumidor que es el destinatario final del sistema competitivo”.⁴¹

Si se quiere, la publicidad comparativa es una forma de combatir una posición de liderazgo que, de ser cierto lo que se dice en la publicidad comparativa, demostraría que puede haber razones para que el público no siga dando por sentado que esos productos son indiscutiblemente los mejores. Es así que la publicidad comparativa que vemos habitualmente es informativa. Por tanto, quien realiza este tipo de propaganda está en cierto modo ejerciendo su derecho de libertad de expresión.

Esto me lleva a señalar que la publicidad tan discutida en el ámbito comercial, no lo es en otros ámbitos. ¿Por qué no es ilegal la comparación que hacen, hasta el hartazgo, los candidatos políticos en las contiendas electorales? Nadie cuestiona el derecho que un candidato tiene de decir cómo se diferencia de los otros candidatos. El candidato se vende a sí mismo y usa el nombre de los otros candidatos. No hay diferencia alguna de fondo entre esta promoción y la de un producto o servicio. ¿Por qué tiene el público el derecho a ser informado sobre lo que ofrecen los candidatos competidores pero no sobre las de un producto o servicio? Es conocida la estrategia de candidatos desconocidos que para hacerse conocer, atacan a los que más posibilidades tienen. Esto no ha sido considerado ilegal. ¿Por qué no sucede lo mismo con productos y servicios? El que a un candidato político se lo vote una vez cada tanto y a un producto o servicio todos los días, no cambia la situación.

Ahora bien, tal como un candidato no puede decir cualquier cosa de otro, lo mismo debe suceder con los productos y servicios. El problema no está en nombrar al candidato, a la marca, al competidor, al producto o servicio de otro. El problema está en lo que se dice de ellos.

La tendencia mundial, es permitir la publicidad comparativa. En los Estados Unidos de Norte América, la publicidad comparativa es legal si efectúa una comparación veraz, pero no lo será si confunde a los consumidores en cuanto a lo que están comprando.⁴²

Lee transcribe en su trabajo⁴³ los requisitos exigidos por la cadena NBC para la publicidad comparativa, establecidos en 1974. Básicamente, se exige que los competidores sean honestos y apropiadamente nombrados, que el mencionar al competidor debe ser para propósitos de comparar y no de crecer por asociación, que no se desacredite, denigre o deslealmente se ataque a los competidores, sus productos u otras industrias, debe compararse lo mismo, y lo comparado debe ser significativo en términos del valor o utilidad del producto para el consumidor y, por último, la diferencia debe ser medible y significativa.

Los tribunales de ese país han exigido que para que la publicidad comparativa sea legal, debe ser veraz, no ser denigratoria, ni debe causar confusión al público.

41. Spolansky, Norberto, «*El Delito de competencia y el mercado competitivo*», Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 1997, página 56.

42. McCarthy, Thomas J., «*Trademarks and Unfair Competition*», Rochester, 1973, Volumen 2, página 192.

43. Lee, *op. cit.*, página 638.

La Comunidad Económica Europea ha legalizado, si cabe el término, a la publicidad comparativa. Ello surge de la Directiva 97/55 dictada el 6 de octubre de 1997 por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. Se trata de un proyecto que se viene estudiando desde hace algún tiempo y finalmente, con leves modificaciones ha sido aprobado. En los considerandos se reconoce que la misma “cuando compara características pertinentes, verificables y representativas cuando no sea engañosa, es un medio legítimo de informar a las comunidades en su propio interés”.⁴⁴

En su artículo 3 bis establece las siguientes condiciones para que sea lícita:

- a) que no sea engañosa
- b) que compare productos o servicios que respondan a las mismas necesidades o tengan el mismo objetivo.
- c) que compare objetivamente una o varias características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los productos o servicios, de las que el precio puede formar parte.
- d) que no provoque confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, productos o servicios del anunciantes y aquellos de un competidor.
- e) que no entrañe descrédito o denigración de marcas, nombres comerciales, de otros signos distintivos, productos, servicios o actividades de un competidor.
- f) para productos que tengan una denominación de origen, ella se refiera en cada caso a productos que tengan la misma denominación.
- g) no genere un beneficio indebido de la notoriedad de una marca, de un nombre comercial o de otros signos distintivos de un competidor o de la denominación de origen de productos competidores.
- h) que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos.

Puede advertirse que se trata de una enumeración completa, que no difiere mucho de lo exigido en los Estados Unidos de Norte América para que la publicidad comparativa sea lícita. Se espera que, con mínimas modificaciones, en pocos meses se apruebe este proyecto.

Monteiro criticó el proyecto de directiva en su momento, al que calificó como reductor de los derechos de los titulares de marcas; no porque declaraba la legalidad de cierta publicidad comparativa, sino porque admitía una forma de uso indebida de la marca ajena. Este autor diferencia la publicidad comparativa de productos, de la de marcas. En la primera se comparan calidades y características de los productos y la marca juega un papel accesorio. En la segunda, la marca rival aparece como único argumento de venta.⁴⁵ El reconoce que mientras la publicidad comparativa “sea legal, exacta y que la comparación se refiera a la propiedades determinantes del producto, ella puede ser una fuente de progreso”.⁴⁶ La otra publicidad, la que se hace entre marcas, es para él, sinónimo de parasitismo.

44. Considerando 5º.

45. Monteiro, *op. cit.*, página 31.

46. Monteiro, *op. cit.*, página 32.

Monteiro se refiere a la publicidad de réplicas (*knock-offs*). Es la publicidad que se basa en afirmaciones tales como “compre XX tipo AA”. O las que ejemplifica este autor “si Ud. ama *Tressor*, Ud. adorará XXX” y “YYY es una mejor versión de *ANAIS-ANAIS*”. Ya me he referido a esta práctica como causante de confusión y por tanto desleal.⁴⁷ Critica, con razón, el proyecto de directiva por no ser determinante en declarar la ilegalidad de esta práctica, y por no permitir que los países, tal como lo hace Francia, la declaren ilegal.

El inciso h) del Artículo 3 bis que no existía en el proyecto de directiva, declara la ilegalidad de este tipo de publicidad.

Clases de publicidad comparativa

Hay varias clases de publicidad comparativa. Me interesa aquí referirme a aquella en la que un competidor nombra a otro competidor por su nombre, en la que hace referencia concreta a su enseña comercial o a sus marcas, comparando una o más características de su actividad o de sus productos o servicios con los propios. Veamos a continuación las distintas clases que existen.

Un tipo de publicidad comparativa es la que consiste en comparar un producto con otro, en alguna de sus cualidades o características. Por ejemplo, la cantidad de combustible que consumen los automóviles, o el precio de venta, o la cantidad de consumidores que tienen. Una forma más atenuada si se quiere de esta forma de publicidad comparativa, es la que designa a varios competidores, o a varias marcas. Un caso típico del primero es la que se realiza mostrando un *ranking* de todos los que actúan en el mercado. Es el caso de las AFJP que periódicamente muestran la cantidad de afiliados que tienen los competidores. En el segundo caso están las comparaciones de precios de los productos competidores. En todos estos casos el denominador común es el describir hechos comprobables y muchas veces comprobados.

Una variante de este tipo de publicidad comparativa es aquella que toma los resultados de un estudio realizado por una entidad independiente, distinta del anunciante, y los publicita. Es posible que esta entidad haya sido contratada por el anunciante para realizar tal estudio. En la medida en que el estudio sea objetivo y no hecho a medida no se incurrirá en publicidad engañosa.

Otra publicidad comparativa es la que se basa en juicios de valor, en opiniones con algún sustento en la realidad. Es el caso en que se comparan productos diciendo que uno de ellos es más confortable, o más rico, o con mejor sabor que el otro u otros.

Están también las comparaciones que se realizan en los puntos de venta usando el producto propio y uno de la competencia. A veces se realizan pruebas de sabor, en las que el consumidor sin saber qué producto está probando elige uno de los dos. A veces se usan productos para demostrar que uno es mejor que el otro, por ejemplo con detergentes, comprobándose que uno limpia más que el otro. Estas pruebas son generalmente filmadas y usadas luego como publicidad del producto que, obviamente, demostró ser mejor.

Una categoría especial de publicidad comparativa, aunque no es tal estrictamente, es la que consiste en mostrar ambas marcas o productos y servicios

47. Ver *ut supra* capítulo: «Referencia explícita al producto del competidor».

en una situación que provoca risa. Obviamente, quien realiza la publicidad es quien sale mejor parado y el competidor tiende a ser ridiculizado. Cuando esto ocurre, la línea divisoria con la denigración puede pasarse. De no ser así, no será más que una expresión de sano humor que solo provocará risas en quienes vean esa publicidad. El público no pensará que ese producto es peor porque ríe viendo la publicidad.

Uso de marca

El denominador común en toda publicidad comparativa es la mención de la marca o del nombre comercial del competidor o competidores. ¿Constituye esto un uso indebido de marca en los términos de la Ley 22.362?

Hay uso marcario toda vez que se usa la marca ajena en fórmulas tales como “*tipo XX*”, igual a “*XX*” y toda vez que se dice que una marca es como la otra. Ya hemos visto como en nuestro país, esta práctica es considerada como violatoria de la ley de marcas. En estos casos la marca ajena es usada para vender el producto propio.

En los demás casos, si bien hay quienes afirman que hay un uso marcario, porque se muestra la marca ajena, en mi opinión no hay tal uso. No se usa la marca en función marcaria. No se usa la marca aplicándosela al producto propio para hacerlo pasar por el producto de otro. No hay una venta de producto con marca falsificada. Tampoco es éste el supuesto de uso de marca ajena sin autorización de su titular en los términos del inciso b) del artículo 31, de la ley de marcas. Este inciso se refiere al uso de marcas legítimas ajenas para vender productos propios. Es el supuesto, por ejemplo, del delito de relleno, que consiste en llenar un envase con marca de otro, con un producto que no es el original.

Resumiendo, el uso de la marca en la publicidad comparativa no es un uso que caiga bajo las normas de la ley de marcas. La publicidad comparativa debe ser analizada dentro de las pautas de la competencia desleal. Y para que no sea ilegal, hay límites que no deben traspasarse. La ilegalidad estará dada cuando lo que se diga sea falso o denigratorio. La publicidad comparativa tampoco debe inducir a confusión. Confusión no sólo sobre la calidad del producto sino sobre su origen. El proyecto de directiva que he analizado más arriba, y lo mismo sucede en el derecho norteamericano, exigen que la comparación se haga entre características esenciales, pertinentes, verificables y representativas. Y que los productos pertenezcan a una misma categoría o satisfagan una misma necesidad.

La jurisprudencia argentina

En nuestro país hay ya varios casos en los que la publicidad comparativa ha sido objeto de causas judiciales.

El primero de ellos es el conocido caso de los relojes ORIENT. La firma ORIENT S.A. realizó una publicidad en la que se presentó al reloj ORIENT como el reloj desconocido y se lo comparó con el reloj ROLEX. Se enumeraban una a una las ventajas y bondades del reloj ROLEX y de inmediato se decía que también las tenía el reloj ORIENT. La parte final del aviso era la siguiente: “ROLEX tiene un año de garantía. Pero ORIENT tiene dos años de garantía. Este ROLEX en particular cuesta 875 pesos nuevos. Este ORIENT en particular

cuesta 325 pesos nuevos. Hacemos la comparación para mostrarle que ORIENT también es un reloj muy fino y que no siempre hay que pagar mucho mas, simplemente por comprar un reloj fino. Reloj ORIENT. No será desconocido por mucho tiempo”.⁴⁸

El Juez de Primera Instancia en fallo confirmado por el Tribunal de Apelación sostuvo que tal práctica constituía “una clara violación del artículo 953 del Código Civil por ser repugnante a la moral y las buenas costumbres -entre las cuales debe entenderse comprendido el ejercicio honesto y leal de la actividad comercial- y tener por finalidad el perjuicio de terceros”.

La Excelentísima Cámara, al confirmar el fallo, consagró las pautas relativas a la legalidad de la publicidad comparativa cuando, citando a Zavala Rodríguez, afirmó: “La propaganda comparativa sería aceptable en principio, cuando destaca los méritos de una mercadería frente a todas las demás, pero no cuando las individualiza designándolas por sus marcas y características”.⁴⁹ Claro que este autor se refería a una publicidad que no es la llamada publicidad comparativa.

Un aspecto interesante de este fallo es el referido al daño. Luego de reconocer que no hay derecho a obtener reparación si no hay ofendido que prueba el daño, la sentencia afirmó que “en esta materia no se debe ser excesivamente riguroso en su apreciación por ser la desviación de clientela un elemento sutil, de muy difícil prueba”.

Y agregó, fundamentando la obligación de indemnizar que impuso, que “el sólo hecho de efectuar propaganda comparativa ilícita acarrea la presunción de que ocasiona daño mediante captación de clientela...”.

Aunque en este fallo se citó el artículo 10 bis de la Convención de París, el fundamento de la ilicitud se encontró en el artículo 953 del Código Civil. Debo destacar que en el fallo no se fundamentó porque la práctica condenada era contraria a los usos honestos, a la moral o a las buenas costumbres, lo que hubiera sido muy útil para el estudio de la cuestión.

En los últimos años esta posición terminante adoptada en 1971 parece estar en vías de una modificación.⁵⁰ En el caso *Navarro Correas*, el Dr. Craviotto, en opinión no compartida por sus colegas, afirmó que la publicidad comparativa no es admisible, salvo cuando se refiere a precios. La mayoría, liderada por el voto del Dr. Pérez Delgado, rechazó la demanda por entender que no había publicidad comparativa por no haber mención de marca. A pesar de ello, el Dr. Pérez Delgado manifestó que “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”. Y agregó que “la mera referencia o evocación de una marca se encuentra por sí vedada en nuestro ordenamiento positivo, en tanto no se lesionen legítimos derechos de su titular”.

48. «Rolex SA c/Orient SA y otro», Cámara Civil y Comercial Federal, Sala II, 30-12-1971, LL-1147-233.

49. La cita de C.J. Zavala Rodríguez corresponde a «*Publicidad Comercial*», Editorial Depalma, 1947, páginas 416/19.

50. Me refiero a lo que denomino un cambio de tendencia en “*Publicidad Comparativa: ¿un cambio de tendencia?*”, publicado por La Ley: Año LVIII, No. 121, 28-6-1994. El fallo *Navarro Correas* fue decidido en la causa “*Bodegas J. Edmundo Navarro Correas S.A. c/ Agroindustria Cartellone S.A.*”. Causa 1407, Sala I del 22/3/91.

Luego vino el caso *Tango*.⁵¹ Aquí el Juez preopinante es el Dr. Farrell, quien reitera su voto en el caso Navarro Correas, avanza un poco más en el camino del Dr. Pérez Delgado en dicho caso. Reiteró que la ley marcaría no prohíbe la publicidad comparativa. Agrega: “Lo que la ley prohíbe es el uso de una marca ajena como si fuera propia, prohíbe -entonces- el apoderamiento de una marca ajena. Pero no prohíbe el uso de una marca ajena como ajena, para comprobar los productos que ampara con los propios” y afirma “cuando hay mala fe la publicidad comparativa no es legítima”.

El Dr. Pérez Delgado no concibe “ninguna utilización de la marca ajena, aún con el reconocimiento de que pertenece a otro, en tanto de esa manera se la intente desacreditar”. Aunque admite que se puede hacer referencia a la marca de un tercero en la publicidad, o poner de manifiesto su existencia, ello “no puede llevar esa prerrogativa a los extremos de desacreditarla o de desmerecer sus atributos”. El Dr. Craviotto reitera su postura contra toda forma de publicidad comparativa, salvo la de precios. En el caso se falla en contra del demandado porque la publicidad había sido engañosa.

Estos fallos contienen material suficiente para enriquecer la polémica sobre la legalidad de la publicidad comparativa.

Se puede agregar a lo dicho respecto del cambio de tendencia, dos hechos que también son significativos. El primero es la cantidad de avisos en los que se hace publicidad comparativa y que no son cuestionados por las partes interesadas. Abundan este tipo de avisos de canales de televisión, de administradoras de fondos de pensión, bancos y fábricas de autos.

El segundo es la actitud que han asumido las agencias de publicidad agrupadas en la Asociación Argentinas de Agencias de Publicidad. El párrafo 7, del Capítulo D, del Código de Ética de dicha asociación, establece: “Toda vez que una Agencia utilice el recurso de la denominada publicidad comparativa, deberá adecuarle a las siguientes normas:

- A. Que la comparación sea objetiva
- B. Que las afirmaciones que se realicen puedan ser comprobadas
- C. Que la comparación no induzca a error”.

Estos hechos son significativos ya que, tratándose de conductas que hacen a los usos y costumbres, es interesante como la propia comunidad, y en cierta forma los propios interesados la tratan.

En rigor de verdad, debe reconocerse que naturalmente la mayoría está en favor de la misma. Quienes se oponen son en general los que no recurren a ella. Estos son los líderes en cada mercado, ellos son los comparados. Los que no son líderes, son los que comparan para acortar distancias. También hay doctrina que está en favor de la tesis de la ilegalidad. Por todo ello, el que la mayoría esté en favor no parece ser un gran argumento, aunque sí lo son los avisos que aparecen periódicamente sin cuestionamientos.

En mi opinión, y modifico la que sostuve hace 20 años, la publicidad comparativa en tanto no denigre, sea veraz, no induzca a confusión, se refiera a características determinantes de la calidad de los productos o servicios o

51. «Axoft Argentina S.A. c/ Megasistemas S.A.», causa 6275/71, Sala I, del 30-12-93, La Ley del 1-6-94, página 5.

actividades y compare lo que es comparable, deber ser admitida. No es fácil cumplir con estos requisitos, pero ese es otro problema.

DESORGANIZACIÓN INTERNA DE LA EMPRESA COMPETIDORA

Violación de Secretos

Una de las formas clásicas de competir aprovechando indebidamente el esfuerzo ajeno, es utilizando información que ha sido robada a un competidor. Quienes no están dispuestos a desarrollar esa información y no tienen los escrúpulos, se la roban a sus competidores. Recurren a lo que se conoce como espionaje industrial. Esta información es sin duda valiosa tanto para el que la posee, como para el que se apropia de ella.

Ahora bien, no toda la información que está en manos de un competidor es considerada un secreto, en términos tales que merezca protección contra su apropiación indebida, y contra su posterior comunicación y utilización. Por ello es necesario definir qué es el secreto protegible. Máxime porque la información o conocimientos que no están protegidos por un derecho tal como una patente de invención, están en el dominio público.

Si bien no hay una definición exacta de lo que es secreto, la doctrina y la legislación internacionales coinciden en establecer cuales son los requisitos que debe reunir la información para merecer protección. El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, entre las varias acepciones que le da a la palabra, tiene dos que nos interesan “lo que cuidadosamente se tiene reservado” y “conocimiento que exclusivamente alguno posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en la medicina o en otra ciencia, arte u oficio”. Con estos conceptos nos aproximamos ya a la idea de secreto.

Un primer problema que se ha planteado con respecto al secreto es el de saber si debe exigirse una novedad absoluta o una relativa. Creo que debe bastar con la relativa. Quien roba un conocimiento de un tercero, o quien viola un secreto que le fue confiado no puede luego ampararse en que el mismo ya era conocido en otro país. Esto, por supuesto, no significa admitir que es secreto lo que es de conocimiento público. La doctrina predominante conviene actualmente en que es suficiente una novedad relativa.

En otros países se ha exigido que el objeto del secreto no sea conocido y además su conservación para el propietario presente un interés económico. Esto último es fácil de probar ya que nadie puede dudar que existe un interés económico en mantener un secreto que otorga una posición de privilegio en el mercado.

Secreto debe ser considerado aquello que no es conocido y que su propietario mantiene bajo reserva, aquello que no quiere divulgar. Esta ocultación no debe ser tampoco absoluta, el propietario puede haber hecho conocer al secreto a un pequeño grupo de personas a quienes además les ha manifestado el carácter de tal y les ha impuesto la obligación de mantenerlo como tal.

Clases de secreto

Hay dos clases generalmente admitidas de secreto. Por un lado está el secreto industrial, que comprende invenciones patentables pero no patentadas,

innovaciones y perfeccionamientos no patentables, métodos de fabricación, fórmulas químicas, etc.

Por otro lado, tenemos los secretos de comercio donde quedarían comprendidos, entre otros, los sistemas de ventas, listas de clientes, informaciones sobre ellos y formas de organización de la empresa.

Violación de secretos. Casos:

Por sus características pueden distinguirse tres tipos o clases:

1. Violación de secretos por empleados o ex-empleados;
2. Por terceros;
3. Por terceros que obtuvieron la información por una relación de negocios.

Por empleados

El primer caso es del empleado que, corrupto por un competidor, le revela esta información de su patrón. Este caso es típico de violación, de robo de secreto. Es indudable que la obtención del secreto es contraria a la voluntad de su titular y por tanto indebida. Existe además una violación del deber de fidelidad que existe hacia el patrón.

Ex-empleados

Es el caso de quien al finalizar su relación de trabajo utiliza la información obtenida durante su empleo en su beneficio, instalándose por su cuenta o con un competidor. El acto de competencia desleal se configura aunque no haya una obligación contractual de no establecerse, y de no competir.

La diferencia entre el acto de competencia desleal y el desarrollo de una actividad lícita no es tan clara. Muchas veces no es clara la división entre los conocimientos que son propiedad del empleador de aquellos que son del empleado, la división del secreto con el desarrollo de su propia capacidad. Un ejemplo puede ser el siguiente: supongamos que alguien ha trabajado durante veinte años en una compañía francesa y se ha enterado de algunos de los secretos de la misma, como ser, la organización de ventas y también aprendió a hablar francés. Si bien es ilícito que divulgue ese secreto, nadie le puede prohibir que hable francés y tampoco se le puede acusar de realizar competencia desleal porque trabajó en otra empresa en esa misma área de ventas.

No interesa si el ex-empleado se apodera en forma deshonesto de dichos conocimientos porque bien los puede haber tenido por su actividad normal dentro de la empresa. El problema se reduce a determinar si la actividad que desarrolla es la explotación del secreto de un ex-jefe o el desarrollo de sus capacidades normales o intelectuales. Se trata de saber si se trata de valores que presentan un enriquecimiento personal por su actividad o de valores correspondientes al patrimonio de su viejo empleador.

Un caso interesante en el que se cuestionó la conducta de un ex empleado fue decidido por la suprema corte de Pennsylvania en 1960. Un Sr. Greenberg entró a trabajar en una compañía llamada *Bukingham*, que se dedicaba a fabricar productos químicos. El trabajo de este señor era analizar y duplicar productos

de la competencia. Luego les introducía mejoras para que su compañía los fabricara. Años después, se fue de esta compañía y se colocó como director de *Brite*, empresa que era cliente de su antiguo empleador. Desde ese entonces, *Brite*, comenzó a fabricar productos según las fórmulas de su anterior proveedor y dejó de comprarle a *Buckingham*.

La demanda fue rechazada porque se probó que Greenberg había sido quien había desarrollado las fórmulas, sin “ninguna apreciable asistencia vía información o gran gasto o supervisión por *Buckingham*, fuera de los gastos normales de su trabajo”. El tribunal señaló también que no se había firmado contrato de confidencialidad con Greenberg. Con lo cual, este tenía todo el derecho de usar dichos conocimientos.

El Tribunal estableció que no era suficiente para castigarlo que este señor supiera que la competencia con productos iba a dañar a su ex-empleador. Que no se estaba divulgando un secreto del ex-empleador sino aprovechando la técnica y conocimientos del Sr. Greenberg.⁵²

Por terceros

Es el caso del tercero que, en forma indebida, y en contra de la voluntad de su titular, obtiene la información guardada con cuidado. Es la forma clásica del espionaje industrial. Por lo general se irrumpe en el local en el que se guarda la información y se la extrae, de cualquier forma. Pero, hay otros medios de robar información, tal como veremos en el caso que fue tratado por un tribunal norteamericano hace algunos años.

La empresa *Du Pont* estaba construyendo una fábrica en la que iba a producir metanol. Dado que la especial disposición de las distintas partes de la misma podían revelar el proceso que se iba a utilizar, y que esto quería mantenerse secreto, la empresa fue vallada en todo su perímetro. Unos hermanos llamados Christopher, contratados por un tercero, fotografiaron desde el aire la planta. Según *Du Pont* estas fotos permitirían a alguien técnico o avanzado en el arte deducir el procedimiento secreto para fabricar metanol.

El tribunal condenó a los hermanos a devolver las fotos y al tercero a no utilizarlas. Al hacerlo, realizó afirmaciones que tienen plena vigencia hoy por su claridad. Dijo que “Uno puede usar el proceso secreto de un competidor si lo descubre por ingeniería reversa aplicada al producto terminado; uno puede usar el proceso de su competidor si lo descubre por su propia e independiente investigación; pero uno no puede evitar estas tareas quitando el proceso de su creador sin su permiso en un momento en el que éste toma precauciones razonables para mantener su secreto. El tomar conocimiento de un proceso sin gastar el tiempo y dinero para descubrirlo independientemente es impropio a menos que su titular lo revele voluntariamente o fracasa en tomar precauciones razonables para asegurar el secreto”.

También es interesante leer lo que dijo el tribunal respecto de las precauciones que deben tomarse para guardar el secreto. “No deberíamos exigir a una persona o a una corporación el tomar precauciones irrazonables para impedir a otro hacer lo que él no debería hacer. Podemos requerir precauciones

52. «Wexler c/ Greenberg», en Kitch & Perlman, *op. cit.*, página 517.

razonables contra ojos predatorios, pero una fortaleza impenetrable es un requisito irrazonable, y no estamos dispuestos a hacer cargar a inventores industriales con tal tarea para proteger el fruto de sus esfuerzos”.⁵³

A raíz de una relación de negocios

Es habitual que quienes realicen negociaciones para concluir algún negocio, entreguen a la otra parte información que permitirá un mejor conocimiento de la empresa o del negocio que se discute. Desde luego, hablamos de información que es secreta y que de no ser por esas negociaciones no se daría a conocer. En muchos casos no se firma acuerdo de confidencialidad y de no uso. El dueño de la información, ingenuo quizá, cree en la buena fe de su contraparte y confía en que no ha de usar la información más que para el análisis del negocio. No siempre sucede así. Es indudable que la ausencia de contrato o compromiso escrito no justifica que alguien pueda aprovecharse de la buena fe volcada en una negociación para obtener y usar lo que es ajeno. La información no le fue entregada para su posterior uso o divulgación. Él no pagó por la misma ni pidió autorización para disponer de ella. El hacerlo constituye una apropiación indebida que merece el reproche legal. Como veremos enseguida, la ley de confidencialidad así lo dispone.

Legislación Aplicable

Hasta que Argentina aprobó el TRIPS, no había protección específica para los llamados secretos de fábrica y comercio. La Sección 7º, artículo 39, se refiere a la “Protección de la información no divulgada”.⁵⁴

En este artículo se establece, en primer término, que la información divulgada debe ser protegida en los términos del artículo 10 bis del Convenio de París. Con lo cual considera que su divulgación y utilización no autorizadas constituye

53. «E. I. du Pont de Nemours c/ Christopher», US Court of Appeals, 5th. Circuit, 1970, en Kitch & Perlman, *op. cit.*, página 528.

54. Artículo 39: «1. Al garantizar una protección eficaz contra la competencia desleal, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 bis del Convenio de París (1967), los Miembros protegerán la información no divulgada de conformidad con el párrafo 2, y los datos que se hayan sometido a los gobiernos o a organismos oficiales, de conformidad con el párrafo 3.

2. Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté ilegítimamente 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, en la medida en que dicha información:

a) Sea secreta en el sentido que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisa de sus componente, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que se utiliza el tipo de información en cuestión; y

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.

3. Los Miembros, cuando exijan, como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, la presentación de datos de pruebas u otros no divulgados cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán esos datos contra todo uso comercial desleal. Además, los Miembros protegerán esos datos contra toda divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal”.

un acto de competencia desleal. El artículo 10 bis no enumeraba entre los casos de competencia desleal a la apropiación de secretos, aunque esto no significaba que no lo fuera, ya que la enumeración allí contenida es enunciativa. No vale la pena extenderme en la explicación de la norma del TRIPS, ya que ellas han sido reproducidas en la ley 24.766, llamada “De Confidencialidad”. Ya veremos como alguna de las normas de esta ley se apartan del TRIPS, con lo cual son inconstitucionales por contravenir una norma de jerarquía superior, como lo es un tratado internacional aprobado por el Congreso de la Nación.

La ley de confidencialidad. Información Protegida

El artículo 1 de la ley reproduce prácticamente el párrafo 2 del artículo 39 del TRIPS. Aquél establece que, tanto las personas físicas como las jurídicas, pueden impedir que la información “que esté legítimamente en su control, se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos...”. Luego establece otras condiciones que dicha información debe reunir para que merezca la protección legal. Digo otras, porque la primera condición es que la información esté “legítimamente bajo su control”. Al decir “legítimamente”, la norma exige que dicha información no haya sido, a su vez, indebidamente obtenida por su titular. Esto significa que quien reclame la protección legal deberá probar que la información ha sido por él desarrollada o legalmente obtenida de un tercero. En realidad, debe probar que tiene “control” sobre la información. Esto significa que debe poder determinar qué hacer con dicha información, debe poder disponer libremente de la misma.

En el inciso a) del artículo 1, se exige que la información sea secreta. Considera que es secreta cuando no sea “generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión”. Esta redacción parece adoptar la novedad relativa para calificar el secreto. Al hablar de “generalmente conocida” y de “fácilmente accesible” admite la protección a información que sea conocida en otros lugares pero no en Argentina. El artículo 8 de la ley agrega su parte. Este artículo establece que no está protegida “la información que hubiera caído en el dominio público en cualquier país, por la publicación de cualquiera de los datos protegidos, la presentación de todos o partes de los mismos en medios científicos o académicos, o por cualquier otro medio de divulgación”.

La justicia deberá determinar si el artículo 8 establece algo que es contrario a lo establecido en el artículo 39 del TRIPS. Si el TRIPS hubiese querido establecer la novedad absoluta como requisito de la protección, lo hubiera establecido. No debemos olvidar que la apropiación de la información de manera indebida es lo que debe castigarse y constituye un acto de competencia desleal. Si alguien roba información está actuando indebidamente. Este acto no puede quedar impune porque luego alega que la información era conocida en otro país. Si así fuere, nada le impedía tomar la información conocida en otro lado en lugar de robarla localmente. En otras palabras, la mejor manera de demostrar que no hubo apropiación indebida, es probar que la obtuvo en otro lado.

La información debe ser fácilmente accesible o generalmente conocida para personas con conocimiento en el área en cuestión. La información podrá

ser incomprensible para la generalidad pero no para quienes tengan un nivel de conocimientos “en los círculos en que normalmente se utiliza”.

En el inciso b) se exige que la información “tenga un valor comercial por ser secreta”. Es obvio que si el titular mantiene una información secreta es porque tiene valor. Y si alguien se apropia de ella, también lo tiene para él. Parece difícil probar que tal información no tiene algún valor comercial.

El inciso c) establece el cuarto y último requisito: “La información debe haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla”. Esto significa que en cada acto de revelación que realice el titular deberá hacer saber que se trata de información confidencial, o bien hacer saber a quien le sea revelada que no puede divulgarla ni utilizarla. Y, desde luego, significa que el titular no debe haber realizado actos que provoquen la divulgación al público de la información. No hay una receta fija para mantenerla secreta. La ley al hablar de “circunstancias” admite medidas de protección diferentes para cada caso. Lo que sí debe ser evidente es la voluntad del titular de la información de mantener la información circunscripta a un grupo limitado de personas.

Debe destacarse que la información será protegida, cualquiera sea el medio que la contenga, tal como lo establece el artículo 2 de la ley.

La utilización indebida

La ley reconoce la protección cuando la información se divulgue, adquiera o sea utilizada, “de manera contraria a los usos comerciales honestos”. En el último párrafo del artículo 1 se considera que es contrario a los usos comerciales honestos “el incumplimiento de los 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”. Se trata de un párrafo que no se caracteriza por su claridad. Además, al definir algunos supuestos, deja fuera otros tan deshonestos como los que enumera. Por lo tanto, debe necesariamente interpretarse que el último párrafo contiene una enumeración enunciativa y no taxativa. De lo contrario, la protección será inalcanzable en la mayoría de los casos de espionaje industrial. De ser así, se estaría violando lo establecido en el TRIPS, que protege la información secreta o confidencial contra su divulgación, adquisición o uso de manera contraria a todos los usos honestos, sin limitación.

La prohibición de uso y de divulgación

La información no divulgada no puede ser divulgada ni utilizada, sin autorización de su titular. Este es el principio básico que le da razón de ser a la ley. Como veremos luego, las acciones que tiene a su alcance el titular así lo demuestran. Sin embargo, en el artículo 3 parece crearse una categoría especial para determinadas personas. En este artículo se establece una prohibición de divulgación y de uso a toda aquella persona a quien en razón de “su trabajo, empleo, cargo, puesto de desempeño de su profesión o relación de negocios”, haya conocido la información, que reúna los requisitos del artículo 1. Y siempre

que se les haya prevenido sobre la confidencialidad. Pero, también establece que estas personas podrán usar dicha información y revelarla con causa justificada o con “consentimiento de la persona que guarda dicha información o de su usuario autorizado”.

En realidad, este artículo no tiene ninguna necesidad de existir. El principio absoluto es que sin autorización no puede haber divulgación, ni uso. No es necesario que la ley lo establezca. Es mucho más preocupante el que se hable de causa justificada para hacerlo, como si fuera cosa de todos los días. Salvo que un juez lo solicite, para lo que no es necesario que la ley lo diga, no se me ocurre ninguna causal que pueda justificar la divulgación con el daño enorme que puede causar. En cuanto al uso no veo cómo puede justificarse en forma alguna. Como puede advertirse, este artículo pudo, mejor dicho, debió ser omitido. De todas maneras, lo que establece es contrario a lo establecido en el TRIPS, y por tanto inconstitucional.

Acciones para la protección

A pesar de lo establecido en el articulado ya comentado, la ley pone a disposición del titular de la información confidencial, acciones que le otorgan una efectiva protección.

Medidas cautelares

El inciso a) del artículo 11 establece que el titular puede “solicitar medidas cautelares destinadas a hacer cesar las conductas ilícitas”. Estamos frente a una prohibición temporaria de utilización, hasta tanto se sustancie la acción de fondo. Se trata de una *injunction* al estilo del derecho norteamericano. La prohibición de la utilización o de la divulgación como medida precautoria, es una efectiva defensa que tiene el titular de la información confidencial. Una vez que se divulga la información, el daño es total y seguramente irreparable. La divulgación hará que la información no sea ya más secreta y así caerá en el dominio público, impidiendo que su titularidad recupere le exclusividad que el secreto le otorgaba. La medida cautelar puede también consistir en el embargo de los medios que contengan dicha información.

Acciones civiles y penales

El inciso b) del artículo 11 establece que el titular puede iniciar acciones civiles “destinadas a prohibir el uso de la información no divulgada y obtener la reparación económica del perjuicio sufrido”. La palabra “uso” debe ser entendida en su acepción más amplia y así incluir tanto el cese o prohibición de la utilización, como el de la divulgación. En lo referente a la reparación del daño, esta acción debe incluir también el lucro cesante.

Aún cuando el artículo 11 no lo mencione, de acuerdo a lo establecido en el artículo 12, el titular de la información puede también recurrir a los tribunales penales y solicitar la aplicación de las penas “concordantes para la violación de secretos”. La primera parte de la norma se refiere a los artículos 153 y 156 del Código Penal.

Protección de datos presentados para la aprobación de productos. La novedad

Como vimos, protege también, la información no divulgada que debe presentarse para la aprobación de la comercialización de productos farmacéuticos y de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas. Esta protección se otorgará cuando la elaboración de esos datos “suponga un esfuerzo considerable”. La protección se otorgará “contra todo uso comercial desleal”. Y “contra toda divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal”.

El artículo 4 de la ley de confidencialidad se refiere a esta protección. Sin embargo, lo hace de una manera que puede violar lo establecido en el artículo 39 del TRIPS, tornando a dicho artículo 4 en inconstitucional. El artículo 4 de la ley condiciona la protección a que el producto cuya aprobación se solicite no tenga “registro previo ni en la Argentina ni en cualquier otro país”. No se requiere mayor análisis para advertir que el hecho de estar la misma entidad química registrada en otro país no significa que ella no sea nueva. Y ello ocurre cuando el que la solicita es el mismo que la solicitó en el extranjero. Es decir que para nuestra ley, si el titular ya obtuvo un registro, entonces cualquiera puede robarle los datos que presentó en un expediente que por su naturaleza debe ser de por sí reservado en tanto esté en trámite. Es de esperar que la reglamentación corrija esta norma aclarando que el registro anterior del mismo producto, realizado por su titular o por alguien con su autorización, no le hace perder a la entidad su carácter de nueva si efectivamente lo es. Tal interpretación, por otra parte, se adecuaría perfectamente a lo establecido en el artículo primero de la ley que permite al titular de la información impedir a terceros su utilización.

El artículo 5 también ataca el respeto por la confidencialidad de los datos, ya que parece admitir que ciertos datos, esenciales para que la autoridad sanitaria argentina pueda evaluar si procede la aprobación, no deben ser presentados si ya medió autorización de mismo producto en una cantidad apreciable de países que se enumeran en el Anexo 1 de la ley. Se trata de otra trampa para evitar la protección de la información confidencial.

El artículo 14 establece un requisito adicional. Este artículo dice que la novedad debe juzgarse en los términos del artículo 4º de la Ley 24.481 de patentes de invención. Para la ley de patentes un producto es nuevo toda vez “que no esté comprendido en el estado de la técnica” (artículo 4, inciso b). Por “estado de la técnica”, define el inciso c) del mismo artículo, “deberá entenderse el conjunto de conocimientos técnicos que se han hecho públicos antes de la fecha de la solicitud de la patente o, en su caso, de la prioridad reconocida, mediante una descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información, en el país o en el extranjero”.

¿Cómo interpretar el confuso artículo 14 de la ley de confidencialidad? Es esencial determinar la fecha en que debe juzgarse la novedad. La ley parece presumir que todos los productos nuevos están patentados o en trámite de serlo. Por ello recurre a la ley de patentes y toma como fecha de la novedad la de la presentación de la solicitud en Argentina, o en su caso, la fecha anterior de la prioridad reconocida. Si antes de estas fechas el producto era conocido, entonces el producto que se somete a la aprobación no es nuevo.

Esta interpretación es la más lógica ya que de lo contrario podría interpretarse que cualquier divulgación previa a la fecha de la presentación de la solicitud de aprobación le quitaría la novedad requerida, incluyendo la divulgación del producto hecha por el propio solicitante de la patente en el extranjero. Y esto puede suceder con la publicación de la concesión de la patente en otro país. De esta forma, y teniendo en cuenta los tiempos en que se solicita la aprobación de comercialización, dentro o fuera del país, pocos sino ningún producto, tendría la novedad requerida.

Puede suceder que el producto en cuestión no tenga protección de patente ni se haya solicitado la misma. Entonces, la fecha debe ser la de presentación del pedido de aprobación. En este caso, la novedad debe ser establecida solamente con respecto a productos de terceros y no con el producto propio. Con esto, la divulgación realizada por el solicitante dentro o fuera del país, antes de esa fecha, no afectará la novedad.

Ahora bien, por disposiciones legales, la presentación del pedido de aprobación no puede sino ser realizada por una firma local. Ésta, cuando se trata de sociedad de capital extranjero, no es la que inventó el producto. Lo mismo sucede cuando una firma de capital nacional ha obtenido una licencia de una extranjera que inventó el producto. En estos casos, la novedad no debe perderse y el solicitante local puede acogerse a la protección.

Por último, se establece una sanción adicional a los funcionarios de los organismos que intervinieron. En el artículo 13 se establece que ellos, además de las penas fijadas en el artículo 12, serán pasibles de exoneración y multa.

Los artículos 153 y 156 del Código Penal

El artículo 153 castiga al “que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telefónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido; o se apodera de indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado...”.

Un procedimiento de fabricación, un plano, la lista de clientes y todo otro documento que contenga información que haga al manejo de cualquier negocio, y que sea mantenido bajo cierta reserva y confidencialidad, es un “papel privado”.

El artículo 156 castiga a quien “teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”.

En los casos de robo de secretos es un medio utilizado el corromper al empleado del competidor. Éste, actuando con abuso de confianza, transmite lo que le ha sido impuesto bajo reserva y en el entendimiento de mantenerlo así, ya que no siempre existe una instrucción o compromiso escrito en tal sentido. La comunicación a otro de lo secreto, implica necesariamente un daño como lo es la pérdida de la situación de privilegio o exclusividad que dicho secreto otorgaba.

Como puede advertirse, estas normas pueden ser aplicadas en determinados casos, aún cuando no fueron concebidas como actos de competencia desleal, sino como una defensa de la libertad.

Captación de empleados

La cuestión a decidir es si la captación de empleados o colaboradores de un competidor es un acto de competencia desleal. En muchos casos, esa captación

le producirá un daño al competidor. Sobre todo, cuando ellos ocupen cargos o realicen tareas de importancia para el competidor. Se trata de una cuestión delicada, ya que está en juego la libertad de trabajo y la de comercio. Y porque si se adopta una solución muy rígida, se impedirá la beneficiosa movilidad laboral, que no sólo beneficia al trabajador, sino también a la propia competencia.

Por ello, en principio, el captar uno o más trabajadores de un competidor no constituye un acto de competencia desleal. Pero esto no es algo absoluto, y debe analizarse caso por caso. Si la captación se hace para causar un daño al competidor, entonces habrá competencia desleal. Por ejemplo, cuando se toma personal en forma sistemática de un competidor, pudiendo no hacerlo. O cuando se toma personal que no se necesita, pero que sí necesita el competidor. O cuando se toma una cantidad grande de personal en un corto período de tiempo. Estos actos realizados para dañar al competidor, para “desorganizarlo”, son desleales.

Una cuestión que merece una atención especial, se da cuando el empleado ha firmado con su empleador un contrato de trabajo, y su competidor, sabiéndolo, lo induce a romperlo y a trabajar con él. En Francia, tal accionar es considerado desleal. Se considera allí que se trata de un acto de ruptura abusiva de un contrato, en el sentido del artículo 1382 del Código Civil de ese país.⁵⁵ El elemento esencial de la deslealtad está en el conocimiento que el competidor tenía del contrato que unía al trabajador con su antiguo empleador.

En esta situación no puede quedar comprendido quien pone un aviso en un periódico informando su deseo de contratar personas con determinadas cualidades. Muchas veces, quien se presenta está trabajando para un competidor, e informa al anunciante de tal circunstancia. Sin embargo, si el trabajador es contratado, no puede hablarse de competencia desleal. El empleado, al presentarse ya había tomado la decisión de terminar su relación laboral, si las condiciones nuevas le convenían. El competidor que publicó el anuncio, no indujo al trabajador a terminar con su empleo. El trabajador tomó esa decisión. Es cierto que existen avisos que parecen diseñados para personas específicas, pero también en este caso es el trabajador quien toma la decisión de abandonar a su empleador.

En el año 1918, en los Estados Unidos de Norte América, un Juez federal sostuvo algo que tiene aún vigencia: “Nadie ha pensado jamás, según hemos podido encontrar, que en ausencia de algún propósito monopolístico, cualquiera no tiene el derecho de ofrecer mejores términos al empleado de otro, siempre que aquél esté libre para partir. El resultado de lo contrario sería intolerable para ambos empleadores ya que podrían usar al empleado más efectivamente y para el empleado porque podría recibir una paga adicional. Ello pondría un final a cualquier clase de competencia”.⁵⁶

Otro caso de interés también fallado en ese país en 1962, fue el de *Wear-Ever Aluminium*. En este caso, el demandado convenció al cuerpo de ventas del actor para que trabajara con él, dejando a su antiguo empleador. El tribunal reconoció que el cuerpo de ventas había sido formado con gran esfuerzo y que era de gran valor para el actor. Se probó que el actor había perdido no solo valores humanos, sino también que había sufrido pérdidas monetarias. El tribunal afirmó que “la injustificada intromisión oficiosa con esta relación legalmente

55. Krasser, *op. cit.*, página 280.

56. Kitch & Perlman, *op. cit.*, página 471.

obtenida no puede tener el sello judicial de aprobación”. El tribunal destacó que hubiera correspondido fallar prohibiendo al demandado contratar los empleados por un plazo de un año. Pero no lo hizo para no castigar a un grupo de personas no demandadas y que por ello no habían tenido posibilidad de defenderse. Aunque condenó al demandado a indemnizar a la parte actora por las pérdidas sufridas, por el valor del entrenamiento de los empleados “pirateados”, y por el costo de reclutar y entrenar nuevos empleados para reemplazar los que se fueron.

En este caso se aclaró que el hecho de que la relación entre los empleados y el viejo empleador, pudiera terminarse “a voluntad, no provee la base para la justificación cuando un tercero dolosamente interfiere con una relación de empleo”.⁵⁷

Supresión de los signos distintivos de los productos

Roubier⁵⁸ considera que es un acto de competencia desleal, tendiente a desorganizar la empresa competidora, la supresión de cualquier signo de los productos de un competidor. Cita una ley del año 1928, que consideraba un delito de fraude la supresión fraudulenta de todo signo que identifique el producto, incluyendo los números de serie y cifras. “Porque esta numeración, sirve al productor para reconocimiento de sus diversos tipos de fabricación, con sus condiciones de venta particulares”. La jurisprudencia entendió luego que los signos no necesariamente debían estar aplicados al producto, sino que era igualmente ilegal suprimir los que aparecían en los envoltorios y embalajes.

Estos actos tienden a evitar que el consumidor no pueda asociar al producto con su fabricante, privando a éste de hacerse conocer y ganar el prestigio y reconocimiento que sus productos en el mercado le aportarán. Una maniobra de este tipo puede causar un daño importante, ya que los esfuerzos por aumentar las ventas serán infructuosos.

Estos actos pueden dividirse en dos grupos:

1) Actos que atentan contra el signo distintivo y que impiden que éste indique su origen.

2) Actos que atentan contra otras indicaciones que contiene el signo distintivo como ser calidad, precio, composición, medidas, etc.

1) Dentro del primer grupo podemos aun distinguir tres actos diferentes de competencia desleal:

a) Alteración parcial de una marca pero que no obstante permite ser individualizada. El producto por este motivo chocará al consumidor. ¿Acaso nosotros hemos de adquirir un producto en el que la etiqueta esté roída, gastada o descolorida, que da la impresión de vejez del producto? Por cierto que no. ¿O que puede hacer creer que el producto ha sido sometido a la intemperie o a temperaturas inadecuadas? Sin duda tampoco, aquí el daño que se le infringe al competidor es claro. Se le hace perder clientela. Quien hubiera comprado el producto X comprará otro.

57. «Wear-Ever Aluminium c/ Towncraft Industries», en Kitch & Perlman, *op. cit.*, página 466.

58. Roubier, *op. cit.*, tomo 2, página 560.

b) Cuando la alteración es tal que impide la individualización de la marca, o se suprime totalmente el signo distintivo.

Es decir, cuando estamos frente a un producto sin marca. Hoy en día, parece difícil que ciertos productos que no lleven una marca sean comprados.

En este caso se rompe el vínculo que existe entre el público consumidor de un producto y su fabricante. El cliente habitual de ese producto ya no lo encontrará en el lugar de venta, y necesariamente se volverá hacia otro similar. Todo el esfuerzo en mejorar sus productos o en publicitarlos, que efectúe el fabricante, será en vano. La disminución en las ventas que le ocasionará la pérdida de clientela le significará un daño enorme.

c) El tercer caso es cuando luego de la supresión de la marca, el competidor le pone al producto la suya propia.

Además del daño que causa y que es el mismo recién señalado, el competidor desleal se aprovecha aquí de todas las cualidades del producto, en beneficio de su marca. Sin haber realizado esfuerzo alguno gozará de los beneficios y prestigio que no le pertenecen.

Distinto de este caso es el del comerciante o distribuidor que agregan al producto una leyenda por la que hacen conocer su intermediación en la comercialización del producto. Esto es lógico y razonable y no puede, en principio, impedirse que quienes tienen tan importante función en la relación fabricante consumidor permanezcan en el anonimato. No olvidemos que el éxito de una marca en el mercado puede depender también de factores ajenos a las cualidades del producto, como ser una distribución adecuada que permita encontrarlo en cualquier comercio. Que sea un producto fácil y cómodo de adquirir.

2) El segundo grupo de actos que señalamos no van ya contra la indicación de origen sino contra otro tipo de indicaciones que puede llevar un producto junto con la marca. Nos referimos al precio, composición, indicaciones de calidad, medidas, etc.

Las variantes que pueden darse aquí son varias. Imaginemos que se altera el precio de un producto volviéndolo altísimo, de manera que se puede ahuyentar la clientela. O que se modifique la indicación, por ejemplo, de graduación alcohólica. O que se consigne componentes que no existen en el producto con el consiguiente desprestigio al comprobarse la falsedad. O también se modifique el peso o la fecha de fabricación. Los ejemplos pueden ser muchos pero el daño que se le puede causar al competidor es siempre el mismo: la pérdida de clientela.

Legislación aplicable

Para castigar estos actos recurrimos al artículo 183 del Código Penal que reprime con prisión de un mes a dos años al que “destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble...”. Una marca, una etiqueta, un membrete son cosas muebles y su destrucción o inutilización quedan comprendidas en este delito.

Otra norma aplicable es la del artículo 289 inciso 1º del citado Código que reprime con prisión de seis meses a tres años al que falsificare marcas, contraseñas y firmas oficialmente usadas o legalmente requeridas para contrastar pesos o medidas, identificar cualquier objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido. Dado que este es un delito contra la fe pública, puede cometer tanto

el dueño de la mercadería como un tercero con el móvil de perjudicar al dueño de la marca.

Claro que su aplicación se restringe a los casos en que se alteren signos legalmente requeridos para certificar la calidad, cantidad, origen o contenido del producto, y en ciertos casos puede llegar a ser la marca cuando su inclusión fuese obligatoria.

Si dichos signos no fueran obligatorios, igualmente habría un acto de competencia desleal y el damnificado podría recurrir a los artículos 953 y 1109 y concordantes del Código Civil, como ya hemos visto.

Por último, la ley 22.802, sobre identificación de mercaderías, exige que los productos lleven la indicación de calidad y/o pureza o mezcla y las medidas netas de su contenido. Con lo cual si alguien las elimina, violaría la norma.

Supresión de la publicidad

Igualmente ilegal es el suprimir la publicidad de un competidor. Esto ocurre cuando se tapa un cartel de un competidor, o se coloca algo delante de él, impidiendo su visión. Roubier,⁵⁹ cita otros ejemplos como el de suprimir la dirección del competidor debajo de su nombre, el colocar otra dirección en su lugar y el quitar afiches del competidor.

Incitar la violación de contratos

Es habitual que quienes actúan en el mercado firmen con proveedores o clientes contratos en los que se pacte una exclusividad. Un competidor interesado en comprarles o venderles a ellos, y conociendo el contrato que les impide hacerlo, les incita a violarlo. ¿Es este un acto de competencia desleal? Definitivamente lo es. Nadie tiene derecho a quebrar una relación contractual que puede significar una ventaja competitiva para un competidor. El competidor tiene derecho a que se respeten sus relaciones contractuales con terceros, las que seguramente consiguió con esfuerzo. Nadie tiene porqué beneficiarse luego con ese esfuerzo y además causar un daño. En muchos casos, además, él habrá contribuido a una mejora técnica de su contratante, que lo hace atractivo para sus competidores.

La Suprema Corte de California, en 1941, sostuvo al condenar tal práctica que “cualquiera sea el interés de una sociedad en estimular la competencia libre y abierta, la estabilidad contractual es generalmente aceptada como de mayor importancia que la libertad competitiva”. Aunque aclaró que la “libertad competitiva, sin embargo, es de suficiente importancia como para justificar que un competidor induzca a un tercero que abandone a otro competidor, si no hay entre estos últimos dos una relación contractual”.⁶⁰

Es cierto que cualquiera puede terminar una relación contractual, y luego responder por ello ante los tribunales. Esta ruptura entre las partes de un contrato, no exime de responsabilidad al competidor que instigó dicha ruptura. Puede suceder que un competidor desee negociar con alguien que le manifiesta que no puede hacerlo por haber firmado un contrato de exclusividad. El competidor

59. Roubier, *op. cit.*, página 562.

60. «Imperial Ice Co. c/ Rossier», caso citado por Kitch y Perlman, *op.cit.*, página 464.

entonces desiste de su oferta, pese a lo cual aquél rompe su contrato. Luego de hacerlo vuelve a ver al competidor y le dice que está libre de hacerlo. En este caso, si este competidor comercia con él, no habrá un acto de competencia desleal. Este no ha inducido la ruptura contractual, aun cuando pueda haber quedado claro en la mente del otro, que de romper el contrato habría de negociar con él.

DESORGANIZACIÓN GENERAL DEL MERCADO

La publicidad engañosa

Engañar al público consumidor es una de las formas clásicas de competencia desleal. Una de las formas de engañar es a través de la publicidad. Mostrar cualidades o características inexistentes en el producto o servicio que se ofrece, es algo a lo que recurren habitualmente muchos competidores. Al no haber realizado el esfuerzo para llegar a las características que le permiten competir mejor, dicen que ofrecen lo que no tienen. De esta manera, inducen a comprar a quienes, de conocer las verdaderas cualidades o características de lo ofrecido, no comprarían.

Esto, sin duda, constituye un acto de competencia desleal. Nadie debe mentir al mostrarse ante el público consumidor. De permitirse la mentira y el consiguiente engaño, quien actúe como debe y ofrece lo que realmente tiene, no puede competir contra quien ofrece algo como superior. Competir lealmente es correr con los propios colores, engañar es correr con otros colores, y ello no es admisible.

El engaño en la publicidad crea un desorden en el mercado ya que la mentira será, en algún momento, descubierta por el consumidor. Al hacerlo, quedará no sólo defraudado sino también desconcertado, ya que no sabrá quién dice la verdad y quién no. Para él, todos los que están en el mercado carecerán de seriedad con el consiguiente daño para ellos. El consumidor defraudado podrá recurrir ante los tribunales por el daño que ha sufrido, e invocará las normas del Código Penal o del Código Civil, que castigarán y permitirán resarcir dicho daño. El competidor ha sufrido un daño diferente, que es el que causa el acto de competencia desleal.

La publicidad exagerada

En principio, la existencia de engaño es una cuestión de hecho. Si lo que se dice no está reflejado en la realidad, hay falsedad y, por tanto, lugar a engaño. Sin embargo, cuando se analiza la legalidad de una publicidad debe diferenciarse la llamada publicidad exagerada de la que es engañosa. La publicidad exagerada es aquella en la que se hacen afirmaciones que extreman las bondades o virtudes de los productos o servicios publicitados.

Estrictamente, se trata de afirmaciones que no son verdaderas. Pero eso no las hace siempre engañosas. Ello, porque el público consumidor sabe que esa publicidad no representa exactamente lo que manifiesta. El público, en cierta forma, espera una cierta exageración en la publicidad. Por tanto, no es engañado por ella. Cuando el consumidor escucha que está frente al mejor producto del mundo, al de mejor sabor, al más antiguo de plaza, al de mejor rendimiento, sabe que probablemente no lo sea. En la práctica, el consumidor no se dejará

llevar por afirmaciones de este tipo para realizar su elección. La publicidad exagerada, por esta razón no tiene la aptitud de engañar, y por ello, no es engañosa ni ilegal.

Esto no significa aceptar cualquier clase de afirmación, so pretexto de que es exagerada. La cuestión es entonces determinar en dónde está la línea divisoria entre lo exagerado y lo engañoso, entre lo lícito y lo ilícito. Desde luego, habrá más lugar para la exageración cuando se trate de afirmaciones que son cuestiones de opinión, que cuando se trate de cuestiones de hecho. En estas últimas, si la afirmación no se corresponde con la realidad, deben ser muy poco determinantes las características sobre las que se falsea la realidad para que no haya engaño.

Para determinar si la publicidad es engañosa, hay que conocer cual ha de ser la actitud del público. Un tribunal norteamericano, al considerar que era publicidad engañosa el afirmar que la crema cosmética publicitada era “rejuvenecedora” y que restablecía la humedad natural, afirmó que la ley aplicable “no había sido hecha para la protección de expertos, sino para la del público -esa vasta multitud que incluye al ignorante, al que no piensa y al crédulo-”, y que “el hecho que una afirmación falsa pueda ser obviamente falsa para aquellos que están entrenados y experimentados no cambia su carácter, ni se lleva su poder de engañar a otros menos experimentados”.⁶¹ Sin embargo, a los efectos de medir el impacto en el público, no debe partirse del supuesto de que todos los consumidores son totalmente crédulos de cualquier cosa que se afirme. En términos generales, debe aceptarse que el público tiene un cierto grado de conocimiento y de desconfianza, que le permite dirimir entre lo lógico y lo absurdo.

Legislación aplicable

El artículo 159 del Código Penal considera delito el captar clientela ajena mediante propaganda desleal. La publicidad engañosa es una propaganda desleal, porque recurre a la mentira para captar esa clientela.

El artículo 10 bis del Convenio de París en el inciso 3º, del párrafo 3, establece que deben prohibirse: “Las indicaciones o alegaciones cuyo uso, en el ejercicio del comercio, sean susceptibles 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”. Como se advierte, sin mayor análisis, esta norma cubre todo engaño que se realice en el comercio. Cabe destacar que sólo se aplica al caso de mercancías. No cubre servicios ni otras actividades no comerciales.

Además, el articulado de la ley N° 22.802 de Lealtad Comercial, contiene cantidad de disposiciones dirigidas a impedir el engaño. Si bien esta ley no está diseñada como un instrumento para combatir la competencia desleal, sino para proteger al público consumidor, ella sirve para que cualquier competidor recurra a la autoridad de aplicación, con la denuncia respectiva. Esta ley contiene disposiciones en el artículo 1, que establecen la obligatoriedad de consignar las indicaciones de origen, calidad, pureza o mezcla y las medidas netas de su contenido. Además, en el artículo 4, establece que tales indicaciones estén escritas en español, aunque se admiten traducciones. Esto tiende a que exista una correcta información sobre el producto, y así se evite todo equívoco.

61. Ver Kitch & Perlman, *op. cit.*, página 193, en la causa «Charles of the Ritz Distrib. Corp. c/ FTC».

En el artículo 5 se prohíbe consignar cualquier indicación o signo, en folletos, envases, productos, etc., “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”. En el artículo 9 se prohíbe “cualquier clase de publicidad o propaganda”, que pueda inducir a confusión o engaño sobre características de los productos, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes y servicios.

Normas similares contiene el Código Alimentario Nacional, ley No. 18.284, dirigidas a la correcta y completa rotulación de los productos alimenticios.

Por último, debo mencionar también la ley 22.240, de Defensa del Consumidor. Esta ley impone a quienes intervengan en la producción, importación y comercialización de productos, y en la prestación de servicios, que suministren “a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos”. Nuevamente se trata de una norma que esta diseñada para proteger al consumidor. Aunque nada impide que el competidor realice la denuncia correspondiente.

Como hemos visto, existen cantidad de normas que castigan el engaño y, por tanto, a la competencia desleal a través del mismo.

La jurisprudencia

No hay en la jurisprudencia penal condenas a actos de publicidad, basados en el artículo 159 del Código Penal. Existen sí, dos casos en los que los imputados fueron absueltos. En uno de ellos, el más antiguo, se consideró que no era delito proclamar “la superioridad de una lámpara, asegurando que no existe ninguna mejor”,⁶²

Años después, el criterio fue confirmado al declararse que “no constituye delito afirmar que determinado detergente es cuatro veces superior a otros (no determinados), lo que equivale a decir que es mejor, ni publicar o hacer propaganda expresando que “lava 90 veces”, cualquiera sea el grado de tal afirmación. Aunque agregó el tribunal: “... siempre que no se identifique o tienda a identificar alguna marca competitiva, o tienda a la manifiesta confusión con otro producto también determinable”.⁶³ La llamada por el tribunal publicidad exagerada, no punible, se transformaría así en publicidad comparativa punible, en ese entonces considerada ilegal.

En otro caso, en el que no hubo condena, se entendió que había habido propaganda desleal. Un ciclista ganó una carrera utilizando en su bicicleta tuberías de marca “Alessandro”. Sin embargo, en la conocida revista “El Gráfico” apareció una publicidad en la que se decía que las cubiertas habían sido “ESTRELLA BLANCA”, marca de Pirelli. La publicidad había sido ordenada por los fabricantes de los productos Pirelli.

62. «Durz, Máximo y Tryan, Francisco», Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, 5-6-1936, LL-3-154.

63. «Kolynos S.A.», Cámara Criminal y Correccional, Sala I, 4-4-1972, ED-44-728.

El Juez de Primera Instancia, en fallo confirmado por la Cámara, reconoció que se trataba de una propaganda desleal, que había desvío de la clientela y la posibilidad de un aprovechamiento ilegítimo. Pero, el querellado fue absuelto porque había obrado de buena fe al creer, de acuerdo a lo que estaba previamente convenido con la patrocinadora del equipo al que pertenecía el ciclista, que se había usado la cubierta “ESTRELLA BLANCA”. Faltó pues el dolo, esencial para configurar el delito.⁶⁴

Adopción de falsos títulos y de falsas calidades

Es un caso típico de publicidad engañosa. Falsos títulos son el declarar ser proveedor de algún cliente importante y no lo es, o decir que se es licenciado de alguna empresa extranjera no siéndolo, falsas calidades cuando se dice por ejemplo que es agua mineral no siéndolo o de otro tipo de indicaciones de calidad que no son las que reúne el producto. Es también una falsa calidad el decir que es el único fabricante del producto cuando no lo es. Esto podría provocar que la clientela se volcara a él sin ir a otros de la competencia.

Usurpación de medallas o recompensas industriales

Es otra forma de engañar. Alegar haber ganado premios no ganados o de concursos o certámenes inexistentes, le da al producto una apariencia de calidad e importancia que no tiene.

Ventas a precios bajos

Es habitual hablar de la venta a precios bajos como de un acto de competencia desleal.

La venta a precios bajos es ilegal cuando es por debajo de los costos y no existen razones que la justifiquen. No me extenderé en esta cuestión ya que entiendo que esta maniobra, conocida como *dumping*, cae más bien dentro de las normas de la Ley 22.262 sobre defensa de la competencia. Es el vender a un precio muy bajo, y por debajo del costo, con el objetivo de eliminar al competidor que no podrá bajar sus precios sin riesgo de incurrir en pérdidas hasta desaparecer. El no poder vender a esos precios bajos también lo hará desaparecer. Esto es lo que busca quien hace *dumping* y que por su mayor respaldo puede sufrir pérdidas hasta que consiga su posición de monopolio y luego elevar sus precios por encima de lo que sería el precio de mercado, recuperando sus pérdidas con creces.

Este accionar tiende a eliminar la competencia y por ello cae en las normas de la ley mencionada.

Desde luego, hay razones justificadas para vender por debajo del costo y que son habituales en el comercio. Se dan en las llamadas “liquidaciones por fin de temporada”, “por mudanza” o “por cesación del negocio”, entre otras. Estas ventas no son desleales ya que son puntuales, temporales y no tienden a eliminar o dañar la competencia.

64. «Valdani, Víctor y otro», Cámara Criminal y Correccional, 9-12-1941, LL-24-952.

Hay un caso que si merece un trato especial y es aquél en el que un comerciante que ofrece cantidad grande de productos de terceros, vende algunos de ellos a precios por debajo del precio de compra al proveedor, y por ende mucho más bajos que los mismos que ofrecen en venta otros comerciantes.

El producto *X* está en los comercios de venta al público, digamos a cinco pesos. El comerciante en cuestión lo vende a dos pesos. El público tentado por esta oferta y por la de unos pocos otros productos, concurre al local y como es lógico, además de comprar los productos baratos, compra otros. Este consumidor, de no haber existido esa oferta, no hubiera ido allí a comprar y hubiera comprado en el comercio habitual. No puede argumentarse que el consumidor hubiera comprado allí igualmente sin la atractiva oferta, porque de ser así, el comerciante en cuestión no hubiera realizado tal práctica.

De todas maneras es, a mi juicio, desleal atraer a la clientela por este medio. Esto no es vender el producto al más bajo precio posible, porque no es verosímil que alguien pierda dinero y considere que el precio es posible. Esta práctica está dirigida a captar clientela que no se captaría si se vendiera el producto a los precios que normalmente todos pueden venderlos. Y estos precios no pueden ser por debajo del costo.