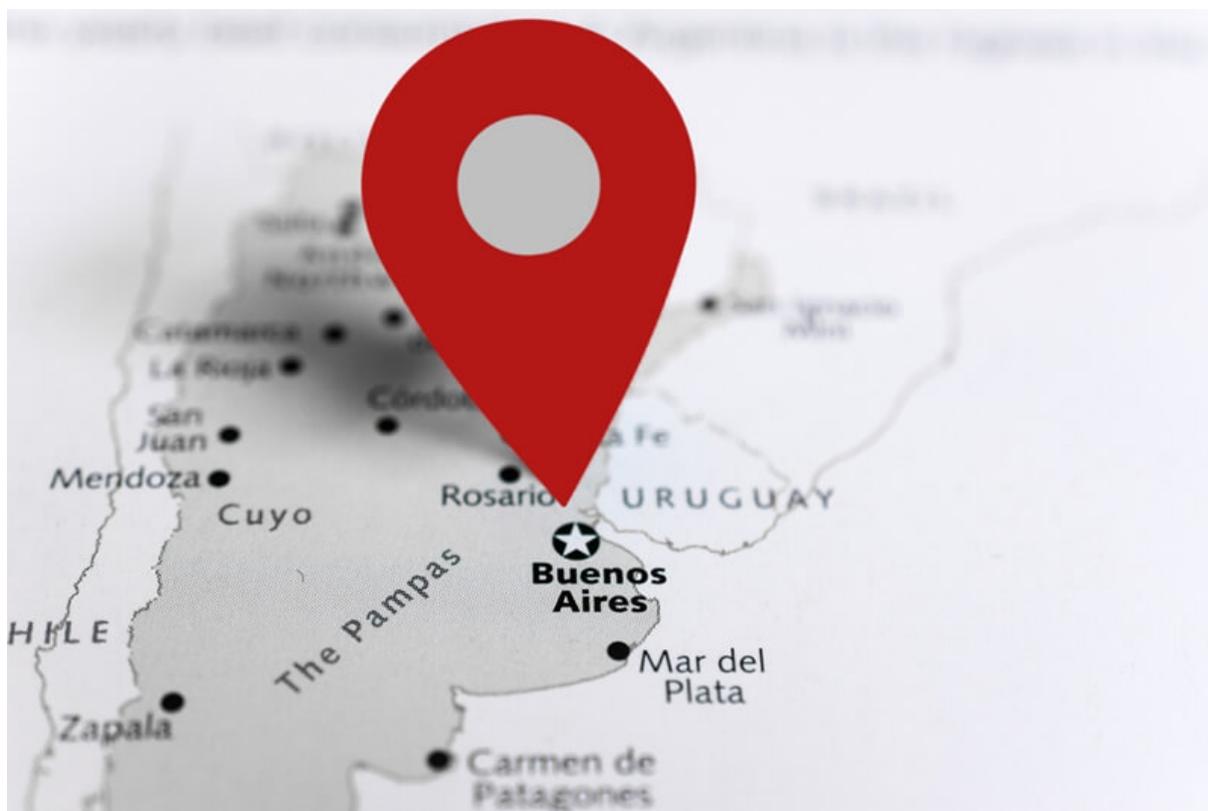


## La publicidad comparativa es -finalmente- lícita en la República Argentina

Por **MARCELO E. GALLO**

**ABELEDGO GOTTHEIL ABOGADOS**



En la Argentina, al igual que en muchos otros países, la licitud de la denominada “publicidad comparativa” fue largamente discutida.

Durante buena parte del siglo pasado, varios de los más prestigiosos doctrinarios de nuestro país la reputaban ilícita.

Zabala Rodríguez, por ejemplo, la consideraba como una forma de concurrencia desleal por medio de la publicidad, denigratoria de los competidores<sup>[1]</sup> e igualmente ilegal aun cuando la comparación estuviese sustentada en la realidad – y no en la alegación de hechos falsos.

“No puede aceptarse... que para difundir un producto el concurrente recurra o tome como punto de vista los productos rivales.”[2]

Esa posición – que yo califico de extrema – era compartida por el prestigioso jurista Ernesto Aracama Zorraquín – al igual que Zabala Rodríguez, maestro de varias generaciones de abogados – que, por ejemplo, afirmaba en el opúsculo titulado “Contra la publicidad comparativa”[3], que “La publicidad comparativa es un accionar desleal. Lo es genéricamente. Lo es, también de manera específica.”

Bajo el influjo de esa corriente doctrinaria, la Sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal dictó, a fines de 1971, el muy conocido fallo “Rolex c/Orient”[4], fulminando la publicidad comparativa, por considerarla contraria a la moral y a las buenas costumbres y consecuentemente violatoria del artículo 953 del Código Civil entonces vigente.

La doctrina judicial del fallo “Rolex” predominó con claridad hasta principios de la década de los años 90.

A partir de los precedentes “Navarro Correas”[5], “Tango”[6] y en especial[7] del dictado del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso del “Desafío Pepsi”[8], la publicidad comparativa se fue abriendo camino en la República Argentina.

Entre los más prestigiosos defensores de la legalidad de la publicidad comparativa en Argentina puede mencionarse a Jorge Otamendi, que tuvo durante años una posición contraria a este tipo de publicidad. Su cambio de opinión se reflejó en el trabajo titulado “La Competencia Desleal”, publicado en la Revista Jurídica de la Universidad de Palermo[9], en el que puede leerse:

“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 actividades y compare lo que es comparable, debe ser admitida.”

También en favor de la publicidad comparativa en Argentina se pronunciaron, entre otros, el doctrinario alemán Burkhardt Menke[10] y los argentinos Zapiola Guerrico[11] y Alonso.[12]

En Europa, donde la licitud de la publicidad comparativa fue asimismo objeto de debate durante muchos años, el tema fue finalmente zanjado por la Directiva Europea 97/55 - dictada por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea hace más de 20 años, el 6 de octubre de 1997 – que, entre otras modificaciones, incorporó

---

a su similar, N° 84/450/CEE; el artículo 3 bis, norma que establece que la publicidad comparativa[13] estará permitida siempre que cumpla con las siguientes condiciones:

**a)** que no sea engañosa según la definición del apartado 2 del artículo 2[14] y lo dispuesto en el artículo 3[15] y el apartado 1 del artículo 7[16];

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

**c)** que compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio;

**d)** que no dé lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor;

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

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

**g)** que no saque indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores;

**h)** que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos.

Mientras tanto, en la Argentina, excepto por la escueta y – digamos – lateral mención contenida en el artículo 29 de la Resolución de Secretaría de Comercio 100/83[17] – reglamentaria de la Ley de Lealtad Comercial – ninguna norma legal se refería expresamente a la publicidad comparativa.

Ello, hasta el reciente dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 274/2019 (nuevo régimen de Lealtad Comercial), cuyo artículo 15, primer párrafo, define a la publicidad comparativa como aquella publicidad que alude, explícita o implícitamente, a un competidor o a su marca o a los productos o servicios ofrecidos por él.[18] Y sujeto a las condiciones que seguidamente consigna, establece su licitud.

---

El mencionado artículo 15, que aparece claramente inspirado en la norma europea antes comentada, establece que la publicidad comparativa estará permitida si cumple con la totalidad de las siguientes condiciones:

- a) No deberá inducir a error, engaño o confusión entre el anunciante y un competidor o entre los bienes del anunciante y los de algún competidor.[19]
- b) Deberá comparar bienes que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad.[20]
- c) La comparación se deberá realizar en forma objetiva, entre una o más características esenciales, pertinentes, representativas y comprobables de dichos bienes (entre las que podrá incluirse el precio).[21]
- d) La finalidad de la publicidad debe ser la de informar al público al cual se dirige sobre las ventajas de los bienes publicitados.
- e) La publicidad no deberá desacreditar ni denigrar los derechos de propiedad intelectual e industrial o circunstancias de algún competidor.[22]
- f) La publicidad no deberá obtener indebidamente ventaja de la reputación de una marca de algún competidor.[23]
- g) No deberá, tampoco, presentar un bien como imitación o réplica de un bien con una marca o un nombre comercial protegidos.[24]

En definitiva, la norma argentina se diferencia de la europea, únicamente, porque no efectúa una remisión expresa a la norma del ordenamiento legal interno que define la publicidad engañosa (artículo 11 del DNU 274/2019). Sin que ello signifique, claro está, que la publicidad comparativa esté permitida cuando mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios.

Y por la norma del inciso d) del artículo 15, que establece que la finalidad de la publicidad comparativa debe ser la de informar al público al cual se dirige sobre las ventajas de los bienes publicitados. Esta disposición, en mi opinión, está inspirada en el **artículo 19º, punto 2 del Código de Ética y Autorregulación Publicitaria del CONARP (Consejo de Autorregulación Publicitaria), que establece que: “Artículo 19º.- Los mensajes que contengan comparaciones de precios u otras**

---

características deben: ... **2.** Tener como finalidad informar al consumidor sobre las ventajas comprobables del producto anunciado.”

La norma del artículo 15 merece un mayor análisis que el escueto realizado en este trabajo, cuyo propósito es básicamente ayudar a difundir el que la publicidad comparativa – finalmente - ha sido legislada en la Argentina, para permitirla.

Ese mayor análisis y el de las consecuencias legales de la realización de publicidad comparativa “ilegítima”, por el incumplimiento de una o más de las condiciones establecidas por el artículo 15 del DNU 274/2019, serán objeto de nuevos trabajos que me propongo escribir en un futuro próximo.

---

[1] En su obra “Publicidad Comercial – Régimen Legal” (Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, página 415), el autor citado dice: “Otra forma de denigrar a un concurrente, menos franca pero no menos perjudicial que las anteriores, es publicar anuncios establecido comparaciones entre los productos o negocios propios y los del rival. A eso se lo denomina publicidad comparativa.”

[2] Zabala Rodríguez, Carlos Juan, obra citada, página 416.

[3] Publicado en “Jurídica”, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 20. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/issue/view/642>.

[4] “Rolex S.A. c/Orient S.A. y otro”, fallo del 30 de diciembre de 1971, publicado en La Ley, Tomo 147, páginas 231 y siguientes.

[5] Sentencia dictada por la Sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal el 22 de marzo de 1991, en los autos “Bodegas Edmundo Navarro Correas S.A. c/ Agro Industrias Cartellone S.A.”.

[6] Sentencia dictada por la Sala I de la Cámara Civil y Comercial Federal el 30 de diciembre de 1993, en los autos “Axoft Argentina S.A. c/ Megasistemas S.A.”

[7] En mi opinión, que podría no ser totalmente objetiva, ya que fui uno de los dos colíderes del equipo de abogados que defendió a la entonces Pepsi Cola Argentina S.A.C.I. en las acciones judiciales iniciadas por The Coca Cola Company para procurar impedir – a la larga sin éxito - la realización del denominado “Desafío Pepsi”.

[8] Sentencia dictada en el recurso de hecho: “The Coca Cola Company y otros s/ medidas cautelares”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12 de septiembre de 1995.

[9] Disponible en: [https://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/pub\\_a3n2.html](https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub_a3n2.html).

[10] Que publicó en Argentina, entre otros trabajos, los titulados, “La publicidad Comparativa”, La Ley, 1995-A y “Publicidad comparativa, nuevas modalidades en Europa”, La Ley, 1999- C.

[11] “La publicidad comparativa. (Aspectos jurídicos)”, Zapiola Guerrico, Martín, publicado en La Ley 1988-C, 772.

[12] “Publicidad comparativa. Análisis de un reciente fallo”, Alonso, Fernando Martín, publicado en La Ley, 1991-C, páginas 526 – 543.

[13] Definida en su artículo 2, apartados 2 bis, como: “publicidad comparativa: toda publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor.”

[14] Dice el apartado 2 del artículo 2: “publicidad engañosa: toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor.”

[15] El mencionado artículo 3 establece que: “Para determinar si una publicidad es engañosa, se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a : a. las características de los bienes o servicios, tales como su disponibilidad, su naturaleza, su ejecución, su composición, el procedimiento y la fecha de fabricación o de prestación, su carácter apropiado, sus utilidades, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y las características esenciales de las pruebas o controles efectuados sobre los bienes o los servicios; b. el precio o su modo de fijación y las condiciones de suministro de bienes o de prestación de servicios; c. la naturaleza, las características y los derechos del anunciante, tales como su identidad y su patrimonio, sus cualificaciones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios que haya recibido o sus distinciones.

[16] Artículo 7, 1. La presente Directiva no será óbice para que los Estados miembros mantengan o adopten

*disposiciones tendentes a asegurar una protección más amplia, en materia de publicidad engañosa, de los consumidores, de las personas que ejercen una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, así como del público en general.*

*[17] Dice el mencionado artículo 29: Análisis Comparativos - Cuando a los fines de verificar el cumplimiento de la ley resulte necesario efectuar el análisis de dos o más productos en forma comparativa (Por ejemplo: para verificar la veracidad de una publicidad comparativa), los mismos se realizarán en presencia de todos los interesados, a los que se citará en la forma prevista en la forma prevista en el artículo 26, bajo apercibimiento de que si dejaren de comparecer se tendrá por definitivo el resultado del análisis realizado, dejándose constancia en protocolo o acta firmada por los concurrentes al acto.*

*[18] Dice al respecto el mencionado párrafo primero del artículo 15 del DNU: "Publicidad comparativa. A los efectos de este Decreto, se considerará publicidad comparativa a la publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor, o a su marca, o a los productos o servicios ofrecidos por él."*

*[19] Nótese la similitud con el artículo 3 bis, inciso d), de la Directiva Europea, que establece: "d) que no dé lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor;"*

*[20] Norma casi idéntica a la del artículo 3 bis, inciso b), que textualmente dice: "b) que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad;"*

*[21] Nótese la similitud con la norma del inciso c) del artículo 3 bis, que establece: "que compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio;"*

*[22] Similar a la norma del inciso e) del artículo 3 bis, cuyo texto es el siguiente: "e) que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor;"*

*[23] Inspirada en la norma del artículo 3 bis, inciso g): "que no saque indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores;"*

*[24] Casi idéntico al inciso h) del artículo 3 bis: "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."*

---