

"TEMAS LEGALES CLAVE"

por Marcelo Gallo⁽¹⁾

En el diseño e implementación de promociones de venta con entrega de premios o regalos debe tener presente el hecho de que existen ciertos condicionamientos impuestos por el marco legal vigente. No solo en relación con el mecanismo promocional en sí mismo, sino también con la publicidad mediante la cual se difundirá la acción, con la rotulación de los productos promovidos, cuestiones de derecho marcaño que no deberá olvidar al momento de insertar en los envases publicidad de la promoción, etc.

El objetivo de esta nota es brindar a los lectores de Promo News un breve desarrollo de los temas legales clave, que deberán contemplar en el planeamiento y ejecución de una promoción de venta con entrega de premios distribuidos por azar, para minimizar el riesgo de que la acción promocional pueda ser objeto de cuestionamientos, ya sea por parte de las autoridades encargadas de la aplicación de las leyes de Lealtad Comercial y de Defensa del Consumidor, ya por el público en general.

* **Ajuste del mecanismo promocional a las limitaciones impuestas por el art. 10 de la ley 22.802.**

Habida cuenta de que la Ley 22.802 establece, en su art. 10º, determinadas limitaciones para la realización de promociones de venta con entrega de premios en cuya distribución intervenga el azar, esta es la primera cuestión legal que deberá abordar.

Siempre que exista azar en la asignación de premios y aún cuando los mismos se distribuyan mediante concursos, certámenes o sorteos de cualquier naturaleza, deberá asegurarse que se otorgue a los no consumidores la posibilidad de participar en la acción promocional sin necesidad de adquirir los productos. Esto es, que todo el universo definido como potencialmente ganador de los premios ofrecidos tenga la posibilidad de acceder a tales premios "sin obligación de compra". Y que tal posibilidad sea real y no meramente "formal".

En ese aspecto no es suficiente, para dar cumplimiento al requisito legal, el indicar un domicilio en donde el público de todo el país -o de toda una provincia o región- pueda, con mayores o menores limitaciones de horarios, retirar el o los elementos que le permitan participar en la promoción. La autoridad nacional de aplicación de la Ley 22.802, en reiteradas oportunidades

¹ **Marcelo Gallo es abogado. Socio del Estudio Abeledo Gottheil Abogados, se ha especializado en temas legales relacionados con la publicidad y el marketing.**

ha impuesto multas a las empresas que al realizar promociones de venta de este tipo utilizan ese único recurso para permitir la "participación gratuita".

* **Redacción de las Bases de la Promoción.**

Tenga presente que desde el punto de vista legal las bases de la promoción son de enorme importancia. Las bases son las normas a las cuales se sujetarán la empresa y el público en todo lo relacionado con el mecanismo promocional.

En las bases deberá definir: productos que participarán en la promoción, personas habilitadas para hacerse acreedores a los premios (universo elegido); exclusiones dentro del universo elegido -si las hubiera-; mecanismo promocional; forma y plazo para la acreditación por los ganadores de su derecho a los premios; ámbito territorial en que regirá la promoción; plazo de vigencia; limitaciones, lugares y plazos de entrega de premios; y forma de participar sin obligación de compra. También es conveniente reglar otros aspectos que, aunque quizás secundarios, son de importancia, tales como el destino de los premios remanentes; el otorgamiento de garantías de funcionamiento respecto de los premios ofrecidos; la transferibilidad o intransferibilidad de los premios; la utilización de la imagen de los ganadores en acciones publicitarias; la posibilidad de modificar la promoción -por causas que lo justifiquen-; el mecanismo de realización de los sorteos -si los hubiere-, etc.

* **Intervención de Escribanos Públicos.**

Por las limitaciones impuestas por la ley 22.802 y para acreditar ciertos extremos en el caso de que algunos "pícaros" -que entre nosotros no faltan- intenten cobrar sin derecho los premios ofrecidos, es de gran utilidad dejar constancia ante Escribano Público de ciertos aspectos de las acciones promocionales; como mínimo de:

- Bases de la promoción;
- Fabricación y colocación de códigos de identificación en los elementos que otorgan derecho a premios;
- Asignación por azar de los elementos que otorgan derecho a premio entre productos y público en general; y
- Realización de sorteos.

La lista precedente no es completa, ni puede serlo. Cada acción promocional tiene específicas características, de cuyo análisis puede surgir la necesidad -o cuanto menos la conveniencia- de requerir la intervención de escribanos públicos para cubrir otros aspectos.

* **Nombre de la Promoción.**

Especialistas en derecho marcario opinan que no es preciso registrar como "marca" al "nombre" que identificará a una promoción de venta con entrega de premios. Y más, que es dudoso que pueda obtenerse la protección del derecho marcario para un "nombre" o frase que no será utilizado para identificar productos o servicios sino para designar y publicitar un mecanismo promocional.

Sin perjuicio de ello, y para el caso de que prevea utilizar el "nombre" de su promoción en los empaques de los productos promovidos, encomiende a su agente de marcas la averiguación de si el nombre en cuestión se encuentra registrado para la identificación de productos similares a los que serán objeto de promoción. Porque en caso de que así sea, y aún cuando el uso del nombre de la acción promocional en los empaques de los productos promovidos no constituya "uso de marca", existe la posibilidad de que el propietario de la marca se oponga a su utilización y obtenga el dictado de medidas cautelares -que pueden llegar incluso hasta el embargo de productos- que podrían dificultar la realización de su promoción.

Dependiendo de las características de la acción promocional, también puede ser necesario que chequee marcas registradas en las clases que abarcan juegos y juguetes y entretenimientos.

* **Licencias.**

En las promociones de venta con premios se utiliza, con alguna frecuencia, marcas, dibujos, nombres de personajes de fantasía, etc., de propiedad de terceros, con los cuales deberá firmar contratos de licencia que le permitan dicha utilización. Al definir el mecanismo promocional asegúrese de que el uso que piensa darle a tales propiedades ajenas esté permitido por dichos contratos de licencia.

* **Publicidad de la Promoción.**

El examen por un abogado de los guiones de los comerciales de televisión, del texto de los spots de radio y de los avisos que publicará en medios gráficos para difundir el mecanismo promocional, su lanzamiento, la identidad de los ganadores de premios, etc., puede evitar posteriores imputaciones de "publicidad engañosa", conducta prohibida por el art. 9 de la ley 22.802, de Lealtad Comercial.

Dicho examen le será asimismo de utilidad para decidir sobre la necesidad o conveniencia de incluir en los comerciales de TV ciertas frases "legales" que alerten al público, por ejemplo, sobre la innecesariedad de adquirir el producto para participar en el mecanismo promocional, la limitación temporal de la oferta, lugares donde pueden obtenerse las bases de la promoción, ámbito territorial de validez de la misma, etc.

No quiero dejar de señalar aquí que, en caso de utilizar publicidad gráfica, es casi imprescindible, para evitar cuestionamientos de parte de las autoridades de aplicación, que incluya en dicha publicidad las bases de la promoción o cuanto menos la explicación de cómo puede concretarse la participación gratuita. En ausencia de publicación de las bases en dicha publicidad, considere -al igual que en los comerciales de TV- la inclusión de ciertas frases de contenido legal.

Lo dicho con relación a la TV y medios gráficos es igualmente aplicable para el texto y menciones legales del material mediante el cual difundirá el mecanismo promocional en los puntos de venta.

Debe tener en cuenta por último que ciertos productos -como por ejemplo el tabaco y las bebidas alcohólicas- son objeto de restricciones a su publicidad, impuestas legalmente o por códigos de ética.

* **Rotulación.**

Atento a que no existe una limitación legal, cuanto menos general, la colocación en envases y etiquetas de menciones que anuncien al público que los productos "participan" en una determinada promoción de venta con entrega de premios es viable, sin necesidad de obtener una aprobación específica de la etiqueta o envase. Ello en tanto y en cuanto respete las indicaciones legales que deben contener los productos en sus envases o etiquetas y no modifique -excepto por el agregado de la publicidad de la promoción- los rótulos aprobados.

Sin perjuicio de ello piense que es conveniente que un especialista examine los envases y etiquetas para minimizar el riesgo de que pueda considerarse configurada la "rotulación engañosa", prohibida por el art. 5º de la ley 22.802.

* **Difusión de las Bases de la Promoción.**

Finalmente quiero destacar que, si bien no existe una norma legal que obligue a difundir el texto de las bases de las promociones de venta con entrega de premios, la experiencia de quince años de manejo legal de decenas de promociones enseña que es -por decir lo menos- en extremo conveniente. Porque en tanto las bases estén bien redactadas brindan al público información sobre el mecanismo promocional que es valiosa para quienes quieren participar en él y, a la vez, sirven de vallado infranqueable para quienes -carentes de buena fe- intenten recibir sin derecho alguno de los premios ofrecidos.

* **Criterio general.**

A modo de conclusión y como criterio general, tenga presente que cada etapa de una promoción está cargada de temas legales. Desde escribir sus bases hasta atribuir los premios. Desde

conducir un sorteo hasta formar el jurado de un concurso y determinar las reglas bajo las cuales actuará. Por ello, recuerde que el abogado -ya sea el de su propia empresa o el de su agencia de publicidad o promoción- es un miembro crítico del equipo; especialmente en los mecanismos promocionales donde el azar determina el reparto de los premios o regalos.