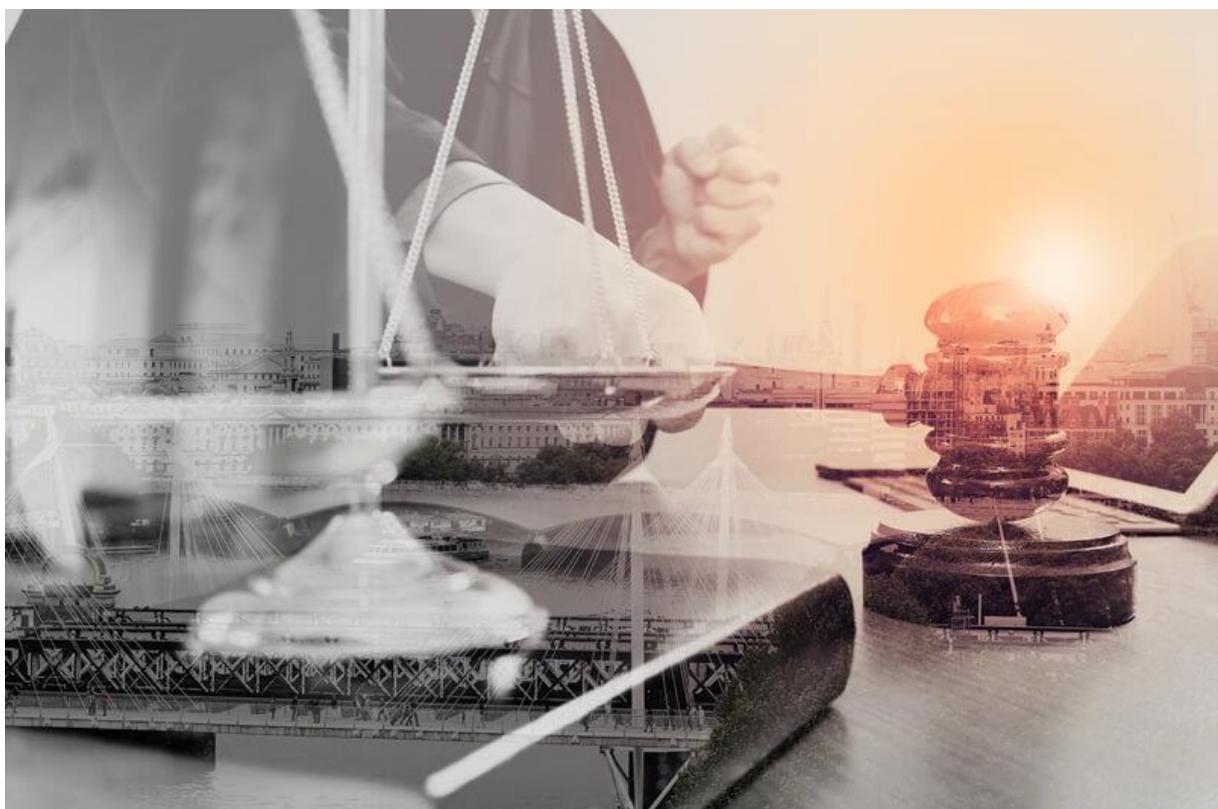


## Publicidad Comparativa Ilícita. Remedios legales para hacer cesar su difusión

Por MARCELO E. GALLO

ABELEDOTOTHEIL ABOGADOS



En un trabajo que publiqué recientemente en [Abogados.com.ar](https://www.abogados.com.ar)<sup>[1]</sup> comenté cuales eran las condiciones establecidas por el artículo 15 del **Decreto de Necesidad y Urgencia 274/2019** (nuevo régimen de Lealtad Comercial) para que la denominada “publicidad comparativa”<sup>[2]</sup> sea considerada lícita en la República Argentina.

Explicé entonces que la publicidad comparativa será lícita cuando cumpla con las siguientes condiciones:

a) No induzca a error, engaño o confusión entre el anunciante y un competidor o entre los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor.

---

- b) Compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad.
- c) La comparación se realice objetivamente, entre una o más características esenciales, pertinentes, representativas y comprobables de los bienes o servicios objeto de comparación.
- d) Su finalidad sea la de informar al público sobre las ventajas de los bienes o servicios publicitados.
- e) No desacredite ni denigre los derechos de propiedad intelectual e industrial o circunstancias de algún competidor.
- f) A través de ella no se obtenga indebidamente ventaja de la reputación de una marca de algún competidor.
- g) 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.
- h) En el caso de bienes amparados por una denominación de origen, una indicación geográfica o una denominación específica, la comparación se efectúe con otros bienes de la misma denominación.[\[3\]](#)

Si la publicidad no cumpliera con todas las condiciones mencionadas precedentemente, entonces su emisión estará violando el marco jurídico.

El propósito de esta reseña es enumerar los medios legales disponibles para procurar hacer cesar la difusión de una publicidad comparativa ilícita.

- **DNU 274/2019. Competencia Desleal**

Cuando la publicidad no cumpla con las condiciones que estatuye el artículo 15 del DNU 274/2019 será considerada como un acto de competencia desleal, conforme lo establece ahora, expresamente, la norma del inciso m) del artículo 10 del DNU, que tipifica como un supuesto particular de acto de competencia desleal a “La publicidad comparativa en infracción a lo dispuesto por el artículo 15.”

En esa hipótesis, el acto de competencia desleal habilitará a los competidores:

- (i) En el ámbito administrativo, a efectuar denuncias ante cualquiera de las Autoridades de Aplicación del DNU, solicitando el cese de la publicidad durante la instrucción del sumario.

La orden de cese puede ser dictada por la Autoridad Nacional de Aplicación[\[4\]](#) y también por las Autoridades de Aplicación provinciales.[\[5\]](#)

---

Si la publicidad se emite en más de una jurisdicción, las denuncias y solicitudes de cese de la publicidad podrán efectuarse tanto en jurisdicción nacional como en una o más de las jurisdicciones en las que se la emita. Pero, habida cuenta de que habría afectación del comercio interjurisdiccional, las actuaciones – aun después de dictada una orden de cese de la publicidad - deberán ser remitidas a la Autoridad de Aplicación Nacional, para su trámite posterior.<sup>[6]</sup>

Contra la resolución que ordene el cese de la publicidad, dictada en hipótesis sin sustanciación, procederá la interposición del recurso de reposición – con o sin apelación en subsidio – reglamentado por el artículo 40 del DNU 274.

La norma no establece con que efecto será concedido el recurso de apelación; pero tratándose la orden de cese de una medida cautelar, entiendo que no podrá ser otro que devolutivo.

En caso de que la publicidad sea en definitiva considerada ilícita, las multas aplicables serán las establecidas para las infracciones al régimen de Lealtad Comercial, que se gradúan actualmente entre un mínimo de \$ 26,40 (pesos veintiséis con cuarenta centavos) y un máximo de \$ 264.000.000,- (pesos doscientos sesenta y cuatro millones).<sup>[7]</sup>

Además de la sanción de multa, el DNU faculta a la Autoridad de Aplicación a aplicar la sanción administrativa de “rectificación de la publicidad” al infractor que, a través de información o publicidad, hubiera incurrido en prácticas engañosas o abusivas.

En caso de incumplimiento de la sanción de rectificación de publicidad el infractor será pasible de una multa adicional, de hasta el cincuenta por ciento (50%) de la multa original, sin perjuicio del reembolso de gastos en los que haya incurrido la Autoridad de Aplicación si procediera a efectuar la publicación a costa del infractor.

(ii) En el ámbito judicial, a promover:

La acción judicial de cese de la publicidad, en hipótesis ilícita, en tanto acto de competencia desleal, prevista por el artículo 61, inciso 1), del DNU. Esta acción podría asimismo incluir el reclamo de pago de los daños y perjuicios ocasionados por el acto de competencia desleal. En tal caso, el resarcimiento puede incluir la publicación de la sentencia a costa del infractor.

El mencionado artículo 61 prevé expresamente, en su inciso 3), la posibilidad de requerir al juez el dictado de medidas cautelares de cese o prohibición provisoria del acto (en el caso, de la publicidad comparativa supuestamente ilícita).

Es competente para entender en esas acciones judiciales la Justicia Nacional en lo Civil y Comercial Federal y los competidores estarían legitimados para iniciarlas en tanto participan en el mercado relevante y – en hipótesis - sus intereses económicos estarían directamente perjudicados o amenazados por el supuesto acto de competencia desleal.

---

- **Código Civil y Comercial. Publicidad Prohibida**

Si la publicidad comparativa fuese además engañosa, podrá obtenerse el cese de la publicidad ilícita en el marco de la acción judicial del artículo 1102 del Código Civil y Comercial de la Nación, que puede ser ejercida no solamente por competidores sino también por consumidores, en tanto se trate de publicidad prohibida por el artículo 1101 del mismo Código, que prohíbe toda publicidad que, en lo que aquí interesa:

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

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

Aun cuando no se encuentre expresamente establecido por el Código Civil y Comercial, puede en el marco de esa acción solicitarse el dictado de una medida cautelar que ordene provisoriamente el cese de la publicidad ilícita, con fundamento en las normas sobre medidas cautelares reglamentadas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

- **DNU 271/2019. Publicidad Comparativa Engañosa**

Si la publicidad comparativa objeto de cuestionamiento indujese al público 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 los productos o servicios objeto de la publicidad, en los términos del artículo 11 del DNU 274/2019, las denuncias administrativas por la presunta violación de esa norma estarían disponibles para cualquier consumidor (y no solamente para competidores).

Y como dije más arriba, tanto la Autoridad Nacional de Aplicación del DNU como las Autoridades de Aplicación provinciales pueden – como medida precautoria - disponer el cese de la publicidad durante la instrucción del sumario.

- **Ley de Defensa del Consumidor. Violación del Deber de Información**

Creo que la publicidad comparativa ilícita podría ser considerada – al menos en algunos supuestos - violatoria de la norma del artículo 4º de la ley 24.240, de Defensa del Consumidor, que establece la obligación de los proveedores de suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización.

---

Y conforme con lo dispuesto por el octavo párrafo del artículo 45 de dicha ley, en cualquier momento durante la tramitación de las actuaciones, la Autoridad de Aplicación podrá ordenar, como medida preventiva, el cese de la conducta que se reputa en violación de la ley.

- **Régimen de Defensa de la Competencia. Abuso Exclutorio**

En caso de que la publicidad comparativa no satisficiera las pautas previstas en el artículo 15 del DNU 274/2019 y el anunciante responsable de ella tuviera posición de dominio en el mercado relevante del producto, entonces la conducta podría - además - generar reproche por violación de la ley 27.442, de Defensa de la Competencia (la "LDC").

Para la tipificación de infracciones competitivas la conducta debe importar una distorsión a la competencia, con perjuicio actual o potencial al interés económico general.[\[8\]](#)

La "GUÍA PARA EL ANÁLISIS DE CASOS DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE DE TIPO EXCLUSORIO"[\[9\]](#), indica que cuando la conducta es unilateral, para que pueda tener por objeto o efecto la distorsión de la competencia con potencialidad de perjudicar el interés económico general, debe ser desarrollada por quien cuente con posición dominante en el mercado.[\[10\]](#)

Entonces, en caso de que el anunciante ostentase posición de dominio, la publicidad comparativa realizada contrariando las pautas del artículo 15 del DNU podría ser considerada como una de las prácticas restrictivas de la competencia que la LDC contempla bajo la figura del "abuso exclutorio".[\[11\]](#)

En tal supuesto, estará disponible para quien considere afectada la competencia la formulación de denuncia ante la Autoridad de Aplicación de la LDC a fin de que investigue la posible infracción normativa.

Y conforme lo autoriza el artículo 44 del LDC, la Autoridad de Aplicación puede, en cualquier estado del procedimiento, ordenar el cese o la abstención de las conductas previstas en los capítulos I y II de la ley, para de evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, su continuación o agravamiento.[\[12\]](#)

- **Publicidad comparativa ilícita. Competencia Desleal vs Defensa de la Competencia**

Habida cuenta de que las normas sobre competencia desleal contenidas en el DNU 274/2019 son de aplicación únicamente cuando el acto o conducta previstos por sus artículos 9º o 10 no resulten alcanzados por la LDC (conforme con lo establecido por el segundo párrafo del artículo 7º del DNU y por el primer párrafo del artículo 3º de la Resolución SCI 248/2019, que reglamenta parcialmente el DNU), si la conducta en cuestión estuviese alcanzada por la LDC, el afectado no tendría derecho a promover las acciones previstas en el DNU.

---

El artículo 3º de la Resolución 248/2019 establece en ese sentido que no podrán plantearse procedimientos administrativos simultáneos ante la AUTORIDAD NACIONAL DE LA COMPETENCIA – actualmente, la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR, hasta tanto aquella esté constituida y en funcionamiento- y ante la Dirección de Lealtad Comercial por los mismos actos o conductas.

En los casos en los que se hayan denunciado o iniciado de oficio investigaciones correspondientes a presuntas conductas alcanzadas por la LDC en las que se haya instruido sumario conforme al artículo 39 de dicha ley, la resolución dictada por la Autoridad de Aplicación produce efectos de cosa juzgada a los efectos del DNU y esas circunstancias no podrán ser nuevamente discutidas en la acción o procedimiento administrativo previsto en el mencionado decreto.

Pero, si la resolución dictada bajo la LDC desestima por improcedente la denuncia o archiva las actuaciones previo a la apertura de sumario, de acuerdo con lo previsto en los artículos 38 y 39 de dicha ley y el decreto N° 480/2018, el interesado podrá efectuar la denuncia ante la Dirección de Lealtad Comercial si los mismos hechos implican una infracción al artículo 10 del DNU.

Las normas no solucionan, sin embargo, el caso de que se plantee una denuncia de violación de las normas de competencia desleal contenidas en el DNU y que asimismo constituyan una violación de la LDC únicamente ante la Dirección de Lealtad Comercial o mediante la promoción de las acciones judiciales reglamentadas por el artículo 61 y siguientes del DNU. Ésta últimas que no requieren para ser iniciadas de previa denuncia ante la autoridad administrativa; y más, conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 61 del DNU si el afectado optase por instar el procedimiento administrativo, una vez iniciado éste, caducará la acción judicial, excepto la acción de reparación de daños.

---

[1] “LA PUBLICIDAD COMPARATIVA ES – FINAMENTE – LÍCITA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA” (Abogados.com.ar, 27 y 28 de noviembre de 2019).

[2] La que alude, explícita o implícitamente, a un competidor o a su marca o a los productos o servicios ofrecidos por él, conforme la definición contenida en el párrafo primero del artículo 15 del DNU.

[3] Dice textualmente, en lo que aquí interesa, el artículo 15 del DNU, que:

“...La publicidad comparativa estará permitida si cumple con la totalidad de las siguientes condiciones:

a) No inducir a error, engaño o confusión, entre el anunciante y un competidor, o entre los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor.

b) Comparar bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad, y que dicha comparación se realice en forma objetiva, entre una o más características esenciales, pertinentes, representativas y comprobables de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio.

c) Su finalidad sea la de informar las ventajas de los bienes o servicios publicitados.

d) No desacreditar ni denigrar los derechos de propiedad intelectual e industrial o circunstancias de algún competidor.

e) No obtener indebidamente ventaja de la reputación de una marca de algún competidor o de las denominaciones de origen de bienes de algún competidor.

---

f) No presentar un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos.

g) En el supuesto de bienes amparados por una denominación de origen, indicación geográfica o denominación específica, la comparación sólo podrá efectuarse con otros bienes de la misma denominación.

[4] Conforme lo autoriza la norma del inciso n) del artículo 26 del DNU 274/2019.

[5] De acuerdo con la norma del artículo 28 del DNU 274/2019.

[6] Conforme con lo dispuesto por el artículo 29 del DNU 274/2019.

[7] Esos montos se deberán actualizar automáticamente, en 2020, de conformidad con la variación del Índice de Precios al Consumidor, elaborado por el INDEC.

[8] Ley 27.442, Artículo 1°- Están prohibidos los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia, el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

[9] Publicada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ("CNDC") y disponible en [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guias\\_abuso\\_posicion\\_dominante.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guias_abuso_posicion_dominante.pdf).

[10] Ver Guía, página 3: "Una clasificación típica de las conductas que infringen la LDC es la que diferencia aquellas que se realizan en forma unilateral de las coordinadas. El presente documento se refiere sólo a las primeras, en particular a posibles abusos de posición dominante por parte de una única empresa o persona jurídica."

[11] "Artículo 3°- Constituyen prácticas restrictivas de la competencia, las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1° de la presente ley:... d) Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste;"

[12] El procedimiento administrativo puede concluir con una sanción a ser establecida conforme con los parámetros indicados en el artículo 55 de la LDC:

a) El cese de los actos o conductas en su caso, la remoción de sus efectos;

b) Multa de (i) hasta el treinta por ciento (30%) del volumen de negocios asociado a los productos o servicios involucrados en el acto ilícito cometido, durante el último ejercicio económico, multiplicado por el número de años de duración de dicho acto, monto que no podrá exceder el treinta por ciento (30%) del volumen de negocios consolidado a nivel nacional registrado por el grupo económico al que pertenezcan los infractores, durante el último ejercicio económico o (ii) hasta el doble del beneficio económico reportado por el acto ilícito cometido. En caso de poder calcularse la multa según los dos criterios establecidos en los puntos (i) y (ii), se aplicará la multa de mayor valor.

En caso de no poder determinarse la multa según los criterios establecidos en los puntos (i) y (ii), la multa podrá ser de hasta una suma equivalente a doscientos millones (200.000.000) de unidades móviles (equivalentes actualmente a \$ 5.280.000.000).