

Publicidad Denigratoria

Por Marcelo E. Gallo

En el segundo semestre de 2014, Nestlé Argentina S.A. lanzó al mercado nacional un producto alimenticio elaborado a base de pochoclo, con la marca “Nestlé POP”.

En el spot de radio de la campaña de lanzamiento del – entonces – nuevo producto, se desarrollaba el siguiente diálogo:

Amigo: ¿Eh **arroz**, qué te pasa che?

Arroz: Laura me dejó.

Amigo: ¿Qué pasó?

Arroz: Conoció a otro, **con onda, divertido y encima... rico, pero rico eh, muy rico.**

Amigo: Uy, no me digas que **Pochoclo**. Bue, ya está, relajá. Te invito al cine.

Arroz: No no, al cine no, seguro que ahí los veo juntos.

El spot finalizaba con la voz de un locutor que proclamaba:

Basta de arroz! Llegó Nestlé Pop. Un irresistible crocante de pochoclo bañado... Nestlé POP. Date un POP de sabor.

En la publicidad en vía pública efectuada por Nestlé en ese momento se destacaba fuertemente la frase “BASTA DE ARROZ”.

Me parece claro que las piezas publicitarias mencionadas permitían advertir fácilmente que la campaña pretendía instalar en la mente del consumidor que los productos elaborados con arroz, pertenecientes al mismo segmento que el nuevo producto de Nestlé, eran disvaliosos; por ser aburridos, de feo gusto y sin “onda”.

La locución “Basta de...” es siempre denigratoria de lo que recomienda abandonar; en el caso los snacks elaborados con arroz.

El claim de la campaña, “Basta de arroz” es una muy clara arenga a dejar de consumir snacks de arroz. En otras palabras, a despreciarlos.

Las razones que Nestlé esgrimía para instar a los consumidores a que dejaran de comprar snacks de arroz surgen del aviso de radio al que me referí más arriba: Si comés productos a base de arroz no tenés “onda”, sos aburrido y feo. Y tu pareja te va a cambiar por otro.

En definitiva, la campaña procuraba, con afirmaciones falsas, originar descrédito y menosprecio hacia los snacks de arroz.

En otras palabras, era una publicidad denigratoria.

La prohibición de la realización de publicidad denigratoria en general se encuentra legislada en forma expresa en Argentina al menos desde el dictado de la llamada ley 17.011, del 10 de noviembre de 1966, que incorporó a nuestra legislación el Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900 en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934 y en Lisboa el 31 de octubre de 1958 (Acta de Lisboa).

El artículo 10 bis del Convenio de París¹, en lo que aquí interesa, tipificó como acto de competencia desleal, en el punto 2° de su inciso 3) “Las alegaciones falsas, en el ejercicio del comercio, que tiendan a desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor...”

De conformidad con la norma transcrita, no toda denigración es punible.

Para que se configure el acto de competencia desleal la norma exige que las alegaciones que tiendan a desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor sean falsas. Si tales afirmaciones fuesen verdaderas no constituirán “competencia desleal” y no serán, en consecuencia, motivo de reproche.

A la época de la realización de la campaña de lanzamiento de “Nestlé POP” no había otra norma general que tratase específicamente la publicidad denigratoria.

¹ Dice el mencionado artículo 10 bis: “1) Los países de la Unión se obligan a asegurar a los súbditos de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal. 2) Constituye un acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honrados en materia industrial o comercial. 3) Principalmente deberán prohibirse: 1° Cualquier acto de tal naturaleza que cree una confusión, por cualquier medio que sea, con el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 2° Las alegaciones falsas, en el ejercicio del comercio, que tiendan a desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 3° Las indicaciones o alegaciones cuyo uso, en el ejercicio del comercio, sea susceptible 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.”

Lo anterior, sin perjuicio de que la publicidad denigratoria estaba prohibida por algunos Códigos de Ética² y también por la Disposición de la Administración Nacional de Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) 4980/2005, para los productos regulados por ella.³ Y que asimismo pudiera considerarse prohibida por aplicación de las disposiciones del artículo 953 del antiguo Código Civil.⁴

En ese marco normativo, entonces vigente, la Dirección de Lealtad Comercial, mediante acto administrativo del 25 de febrero de 2015, dictado en el Expediente S01:0260228/2014, decidió con relación a la campaña de Nestlé, luego de citar la opinión de ANMAT en el sentido de que “... las publicidades tanto gráficas como radiales... infringiría[n] la Disposición 4980/05 en su Anexo III, artículo 6...” que la campaña de Nestlé estaría dentro de lo que se denomina actos de competencia desleal, entonces parcialmente ajenos a su competencia, ordenando el archivo del expediente, sin imponer sanción alguna a Nestlé Argentina S.A.

Y no porque la conducta de Nestlé Argentina no fuese contraria a derecho; sino porque consideró que la Dirección no tenía competencia para penalizar conductas que configurasen competencia desleal distintas de las establecidas por la ley 22.802, de Lealtad Comercial, entonces vigente.

Pasados más de cincuenta (50) años desde la entrada en vigencia de la ley 17.011, el decreto (de Necesidad y Urgencia) 274/2019, que derogó la ley 22.802, instaurando un nuevo régimen de Lealtad Comercial – en muchos puntos sustancialmente similar al derogado – incorporó como una de sus novedades una regulación específica de la competencia desleal, en general y de la publicidad denigratoria en particular, hasta ese momento reglamentada, en general, solamente por las disposiciones del Convenio de París.

El decreto 274/2019, luego de definir en su artículo 9° como acto de competencia desleal a toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición

² El Código de Ética y Autorregulación Publicitaria del CONARP, por ejemplo, al referirse a la publicidad comparativa, establecía, antes del dictado del decreto 274/2019, que los mensajes comparativos no deben “poner en ridículo o denigrar al otro producto” ni “atentar contra el buen nombre o prestigio de terceros”.

³ Que, por ejemplo, en su Anexo III, reglamentario de la publicidad de alimentos, establece en su punto 6, en lo que aquí interesa, que “6. Los mensajes comparativos no deberán:... b) poner en ridículo o denigrar al otro producto, c) deformar la imagen de otros productos, d) atentar contra el buen nombre o prestigio de terceros, e) intentar crear una situación de rechazo hacia los productos de la competencia o sus usuarios...”

⁴Art. 953. 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.

competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, trata ciertos supuestos particulares de competencia desleal en su artículo 10.

El inciso i) del artículo 10 define como acto de competencia desleal a los: “i) Actos de denigración: Menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación de otro competidor, a no ser que las aseveraciones sean exactas, pertinentes y verdaderas.”

La tipificación de los “actos de denigración” que efectúa el decreto 274/2019, (i) por un lado, incluye la denigración mediante la publicidad – ya que la cláusula general del artículo 9º se refiere a cualquier acción, lo que claramente incluye los actos publicitarios – y (ii) por otro, al igual que el artículo 10 bis del Convenio de París, condiciona la prohibición de la denigración al hecho de que las aseveraciones que provoquen el menoscabo de la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación de otro competidor sean falsas – o como dice textualmente la norma - no sean exactas, pertinentes y verdaderas.

Si bien podría pensarse que la norma del inciso i) del artículo 10 del decreto 214/2019 no agrega nada a la del Convenio de París en punto a la ilegalidad de la publicidad denigratoria, ya que el menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación de otro competidor ya estaba prohibido por el artículo 10 bis, que – nuevamente – prohíbe las alegaciones falsas, que tiendan a desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor, el decreto aporta, sin embargo, una nueva acción para combatirla.

Porque a partir de la vigencia del decreto 214/2019 su Autoridad de Aplicación está claramente facultada para el juzgamiento, en sede administrativa, de los actos de competencia desleal que impliquen menoscabar, con afirmaciones falsas, la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación de un competidor.

Tal como lo hacía, en mi opinión, la campaña de lanzamiento de Nestlé POP mencionada en este trabajo; que de repetirse en estos tiempos admitiría la presentación de una denuncia ante la Autoridad de Aplicación del Régimen de Lealtad Comercial, en los términos establecidos en los artículos 30 y siguientes del decreto 274/2019.

La posibilidad de efectuar una denuncia administrativa en contra de publicidades denigratorias es, creo yo, valiosa. Porque disminuye el costo de “legal” de perseguir el cese y la sanción de actos antijurídicos, antes reservadas únicamente a los jueces, en el marco de acciones que podían iniciarse en bases a las prescripciones, más arriba citadas, del artículo 10 bis del Convenio de París y ahora asimismo habilitadas por el artículo 61 y siguientes del decreto 274/2019.
