

## PUBLICIDAD COMPARATIVA

### EL "DESAFIO PEPSI"

por Marcelo Gallo<sup>(1)</sup>

- La campaña.

En octubre de 1993 Pepsi Cola lanzó una campaña publicitaria, denominada "Desafío Pepsi", consistente en invitar al público a realizar una prueba de sabor a ciegas. Grupos de promotores ubicados en distintos puntos de la Capital Federal y el Gran Buenos Aires servían a los interesados dos vasos de bebida cola proveniente de dos botellas distintas, cuyas respectivas marcas e identificaciones se mantenían ocultas. Se pedía al consumidor que indicara cuál de las dos bebidas le había gustado más y efectuada la elección se descubrían las botellas - una de la bebida "Pepsi Cola" y la otra de la bebida "Coca Cola"- de modo tal que el interesado pudiera enterarse de cuál de los dos había elegido.

Las pruebas de sabor se efectuaron con total objetividad, cuidando - entre otros aspectos- que las bebidas estuvieran en igual estado de conservación y frío.

- Suspensión del "DESAFIO PEPSI".

Transcurrida una semana desde su lanzamiento, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal ordenó la suspensión de la campaña, fundando su decisión en que constituía "publicidad comparativa" y que como tal "prima facie" infringía convenciones internacionales que reprimen la competencia desleal. Agregó que era inmoral y contraria a las buenas costumbres además de violatoria de la ley de marcas en tanto hacía uso indebido de marca ajena.

Según el prestigioso autor Dr. Ernesto O'Farrell, que ha sostenido posiciones adversas a la publicidad comparativa, existe un virtual empate en la aludida Cámara Federal en cuanto a opiniones sobre la licitud de este medio publicitario. Minuciosamente describe, en el artículo aparecido en la revista jurídica "La Ley" el 1/6/94, la opinión de ocho de los nueve integrantes

---

<sup>1</sup> Marcelo Gallo es abogado. Socio del Estudio Abeledo Gottheil Abogados.

actuales del Tribunal para concluir en que cuatro de los ocho jueces están en contra de la publicidad comparativa y los cuatro jueces restantes sostienen su licitud. Tres de los cuatro camaristas que sostienen la ilicitud de este tipo de publicidad son los que integran la Sala II, que dictó el fallo cautelar contra el "Desafío Pepsi".

- El "DESAFIO PEPSI" en el contexto internacional.

La Corte Suprema de Justicia de Alemania se ha expedido recientemente sobre una publicidad igual a la aquí denominada "Desafío Pepsi" concluyendo que "la invitación realizada por un anunciante a probar su producto y compararlo con el de la competencia no resulta violatoria de la lealtad de la competencia".

En México, con fecha 25 de mayo de 1994, el Juzgado Cuadragésimo Segundo de lo Civil del Distrito Federal, declaró la total licitud del allí denominado "Reto Pepsi", sustancialmente idéntico al vernáculo "Desafío".

En España, en fallo del 8 de marzo de 1993 dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, se decidió que: "La publicidad comparativa es aquella mediante la cual el anunciante contrapone la propia oferta a la del competidor con la finalidad de demostrar la inferioridad de los productos ajenos frente a los propios. Tal género de publicidad no está en principio prohibida en tanto se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, y siempre que no se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos o de limitada participación en el mercado".

- Disposiciones extranjeras relacionadas con la publicidad comparativa.

Tanto la "Federal Trade Commission" de los Estados Unidos como los órganos colectivos de la Comunidad Económica Europea se han ocupado largamente del tema en términos que claramente promueven el desarrollo de la publicidad comparativa.

Propone la Declaración de la Federal Trade Commission entre otras cosas: "En el área de la publicidad comparativa, la política de la Comisión alienta la mención o la referencia a los competidores, pero requiere claridad y, si fuere necesario, la revelación del mismo a fin de evitar el engaño al consumidor. En forma adicional, la utilización de publicidad comparativa veraz no debería ser restringida por las radios y teledifusoras o entidades autorreguladoras". "La publicidad comparativa, cuando es veraz y no engañosa, es una fuente de información importante para los consumidores, ya que los asiste para que tomen decisiones de compra racionales. La publicidad comparativa alienta mejoras e innovaciones en los productos, y puede producir bajas de precios

en el mercado".

Las propuestas de Directivas del Consejo de la Comunidad Económica Europea proponen que: "... la utilización de publicidad comparativa debe autorizarse en todos los Estados Integrantes, ya que ello ayudará a demostrar los méritos de varios productos dentro del nivel de que se trate; por cuanto la publicidad comparativa también puede estimular la competencia entre proveedores de bienes y servicios para beneficio del consumidor ... la política de protección e información al consumidor incluye, dentro de los derechos básicos de los consumidores, el de la información ... por cuanto cuando la publicidad comparativa compara detalles pertinentes y verificables y no es engañosa ni desleal, consiste en un medio legítimo para informar a los consumidores acerca de sus ventajas ...".

- El marco jurídico nacional.

En mi opinión la llamada publicidad comparativa no está prohibida en la Argentina. Antes bien, existen disposiciones expresas tales como la Resolución N° 100 de la Secretaría de Comercio y el Código de Etica para Anunciantes que la mencionan como un recurso publicitario lícito, siempre que no se denigre la marca ajena o se incurra en falsedades respecto de sus características.

En suma, la publicidad comparativa no está vedada por el ordenamiento legal argentino y es una técnica aceptada - e incluso estimulada- en muchos países del "primer mundo". No consituye competencia desleal ni, tampoco, uso indebido de marca ajena.

La decisión de la Cámara suspendiendo provisoriamente el desarrollo de la campaña publicitaria que no es denigratoria, ni engañosa, ni agresiva respecto de los productos de la competencia, ha sido ya cuestionada y criticada por prestigiosos autores que han llamado la atención, coincidiendo en esto con el propio Tribunal que dictó la medida, en que se halla en juego aquí la libertad de expresión como uno de los derechos constitucionales esenciales de los Estados de Derecho.

La palabra final la tiene ahora la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se encuentra considerando los recursos planteados contra la suspensión judicial del "Desafío Pepsi".

---

**FAX: (54-1) 312-4058 / (54-1) 311-3560**

**TEL.: (54-1) 312-7526 / (54-1) 315-4721 (LINEAS ROTATIVAS)**

**Av. Eduardo Madero 1020, piso 5º - Buenos Aires - Argentina**