CNFed. Civil y Com., Sala I

Axoft Argentina S.A. c/ Megasistemas S.A."

2ª Instancia. -- Buenos Aires, diciembre 30 de 1993.

El doctor Farrell dijo:

La sentencia en recurso reseñó adecuadamente las circunstancias del caso que nos ocupa por lo que a ella me remito en este aspecto, "brevitatis causae".
Apelaron ambas partes. La actora expresó agravios a fs. 803, contestados a fs. 826. La demandada expresó agravios a fs. 819, contestados a fs. 822.
Ante todo creo que es necesario aclarar en qué consistió el reclamo de la actora. Ella solicitó dos cosas: a) que cesara el uso --o referencia-- a la marca --o signo-- Tango, particularmente en lo referido a la publicidad comparativa y b) que se publicara la sentencia a costa de la demandada en el diario Ambito Financiero. La demandada, a su vez, señaló que la publicidad que aquí se objetaba era cosa del pasado, pero rechazó los argumentos de la actora, cuestionando que hubiera existido un uso prohibido de la marca. Lejos de mediar allanamiento se pidió expresamente el rechazo de la demanda. No pongo en duda la aseveración del juez en el sentido de que las partes le manifestaron que la disputa se reducía a las costas pero --lamentablemente-- las actas de fs. 475 y 658-659 no mencionan tales afirmaciones. De donde, a diferencia de lo decidido en la sentencia en recurso, no creo que la cuestión se haya tornado abstracta, y en este sentido le doy la razón a la actora.
Pero nada más que en este sentido. Porque pienso que en el fondo de sus agravios no le asiste razón. Ante todo me interesa recordar el estado en el que se encuentra el trámite del registro de la marca actora. Ella fue solicitada para cubrir toda la clase 9, pero fue limitada luego a artículos de computación, sus partes y accesorios, incluyendo programas grabados de computación. El registro todavía no fue concedido, encontrándose pendiente su examen de registrabilidad y confundibilidad.
De manera que podría concluir aquí mi examen sosteniendo --sencillamente-- que no puede existir un mal uso de una marca cuando no hay tal marca. Pero se ha mostrado que, antes del registro, la actora utilizaba de hecho la marca Tango (la cual, dicho sea de paso, aparece abundantemente registrada con anterioridad, a juzgar por los informes de fs. 632/647) por lo que voy a aceptar, sólo por vía de hipótesis, que se puede lesionar a una marca de hecho mediante la publicidad comparativa.
Porque éste es el centro del tema, por cierto: el modo como la demandada mencionó la marca cuyo registro está solicitando la actora en sede administrativa. Pero antes propongo que dejemos aclarado un tema marginal. La demandada publicitó una vinculación de su parte con los productos que el signo Tango pretende proteger. Dijo, en efecto, a fs. 34: "En Software '90 presentamos Tango. En Software '91 presentamos Stradivarius". No encuentro nada incorrecto en esta presentación. Está sobradamente acreditado (posiciones de fs. 658, testigos de fs. 746, 747 y 749 y anexo 1 de la documentación reservada) que la demandada actuó como distribuidora de la

actora, por lo que el anuncio que he citado no contienen ninguna falsedad y no resulta objetable.
Pasemos ahora al tema de la comparación de los signos. Un buen ejemplo lo constituye el anuncio de fs. 39, donde se comparan Stradivarius y Tango en dieciocho aspectos, obviamente todos ellos favorables a Stradivarius. la actora cuestionó esta comparación a fs. 46-48, pero no acreditó ninguno de sus extremos. No puedo asignar valor a las posiciones en rebeldía de fs. 475 (especialmente posición décimo octava) porque no sólo no están corroboradas por ningún otro elemento de autos sino que la demandada ha cuestionado expresamente este aspecto del tema. la carga de la prueba de la falsedad de las afirmaciones del aviso incumbía a la actora y no era --ciertamente-- una prueba muy difícil, puesto que un experto en computación hubiera evacuado satisfactoriamente la tarea.
Creo que ya puede avisorarse el argumento que voy a sostener. Pienso que nuestra legislación marcaria no prohíbe la publicidad comparativa y pienso --además-- que está muy bien que no lo haga, pues este tipo de publicidad beneficia al consumidor. Lo que la ley prohíbe es el uso de una marca ajena como si fuera propia, prohíbe --entonces-- el apoderamiento de una marca ajena. Pero no prohíbe el uso de la marca ajena como ajena, para comparar los productos que ampara con los propios.
Lo dijo irreprochablemente el doctor Pérez Delgado al votar en la causa "Navarro Correas" (LA LEY, 1991-C, 526): se debe distinguir entre el uso sin autorización de una marca ajena, como si fuera propia, de la mera referencia o mención de ella en la utilización de otra marca propia, pues mientras en el primer caso siempre habrá una infracción a los derechos marcarios, en el segundo dependerá de las circunstancias de cada caso, pues la referencia de la marca ajena puede constituir una actitud legítima, cuando se reconoce que otro es el titular y no se trata de denigrarla o desacreditarla.
No está en discusión que la demandada reconoció que era otro el titular de Tango. Lo que se trata ahora de precisar es cuándo se denigra o se desacredita a otra marca. Creo que la propia actora nos da la pista cuando menciona el art. 953 del Cód. Civil. Cuando hay mala fe la publicidad comparativa no es legítima. Pero para mostrar la mala fe debía acreditarse alguna falsedad en las afirmaciones de la demandada y ya he dicho que esta prueba no se produjo.
El error radica en creer que cualquier comparación denigra, cuando --por el contrario-- si es verdadera ella ilustra al consumidor. Por otra parte, se comete otro error cuando se piensa que el producto con el cual se compara al que se quiere promover es un producto malo. ¿A quién le interesa mostrar que su producto es mejor que uno desastroso? ¿Qué bebida aumentaría su consumo mostrando que es mejor que el agua contaminada?
Por el contrario, para la comparación se utiliza siempre un producto bueno, y se trata de mostrar que el producto promocionado es incluso mejor que el bueno. Tengo ante mi vista un viejo ejemplar (junio de 1985) de la revista Architectural Digest en cuya p. 59 aparece una publicidad muy interesante: se trata de promocionar al automóvil Lincoln Continental y el aviso señala que la mejor forma de juzgarlo es por la competencia. Y como ejemplo de competencia toma a un auto tan respetado como el Mercedez Benz. Obviamente a la Ford no le interesaba mostrar que su Continental era mejor que el Travant fabricado en la

antigua Alemania del Este porque esto lo sabían ya todos los potenciales consumidores (que también sabían que era más caro). Lo que quería mostrar es que era tan bueno, o mejor, que un auto bueno, como el Mercedes.
Y la demandada no denigró en autos a la actora: trató de mostrar que su software era mejor que un software bueno, como Tango. Si hubiera falsificado los hechos el art. 953 la castigaría, pero no se mostró tal cosa. Comparar está permitido; comparar falsamente está prohibido.
Puesto que la conducta de la demandada no resultó reprochable no tiene por qué cesar con su propaganda en el futuro ni por qué publicarse ninguna sentencia a su costa. Las dos solicitudes de la demanda, entonces, deben ser rechazadas, siendo inaceptables los agravios de la actora. Y deben ser rechazadas con costas en ambas instancias, lo que atiende al agravio de la demandada.
Voto, pues, para que se revoque la sentencia en recurso y se rechace la demanda, con costas de ambas instancias a la actora.

El doctor Pérez Delgado dijo:

1. La circunstancia de que la competencia de este fuero en lo civil y comercial federal se haya decidido porque se pretendió sustancialmente el cese de uso de una marca, tema previsto en la ley 22.362 (ver interlocutorio de fs. 86), no significa que para la decisión de la causa se deba prescindir de los supuestos de hecho que no se relacionen directamente con el problema estrictamente marcario.
Cuando los tribunales resolvemos una cuestión de competencia atendemos "prima facie" a los aspectos salientes al momento en que la litis se pone en marcha, pero eso no significa resignar al tratamiento de todos los temas que constituyen la materia de la controversia, aunque, por su naturaleza, hubieran sido más propios de la competencia de otra jurisdicción.
Hago esta aclaración porque creo que el caso de autos no se puede analizar como si se tratara de una mera publicidad comparativa entre dos comerciantes desvinculados entre sí. Aquí, los antecedentes son valiosos para entender cómo se ha llegado a la publicidad que la actora cuestiona.
De todos modos los hechos son siempre importantes y no se los debe dejar de lado, porque de lo contrario los jueces podemos ser tentados a realizar desarrollos abstractos o puramente académicos y esa no es nuestra misión. Estamos convocados para resolver conflictos concretos y, por lo tanto, no debemos descuidar las circunstancias específicas que los caracterizan.

2. Comienzo por ello recordando que no está controvertido que la actora encomendó a la demandada la distribución del software denominado Tango. Las partes discrepan si ese acuerdo --no escrito-- importaba que Megasistemas se constituía en un distribuidor directo, como sostiene la actora, o si presuponía el otorgamiento de licencia --con el carácter de representante oficial--, como sostienen la demandada (ver, sobre el particular, la 2da. posición de fs. 654 y la respuesta de fs. 658).
De cualquier modo lo cierto es que Megasistemas se hizo cargo de la difusión del producto, el que fue presentado por ella en la feria denominada "Exposoft

89", que se desarrolló en el mes de setiembre de 1989 (ver posiciones 10, 11 y 18, a fs. 654, 655 y 658 y vuelta).
También en la feria del siguiente año 1990 la demandada publicitó la versión 3.3. del software Tango (ver respuesta a la posición 33, a fs. 656 y 658).
Esta estrecha vinculación entre la demandada y el producto Tango queda de alguna manera exteriorizada por el contenido del folleto de fs. 93 (acompañado con la diligencia judicial de fs. 92), en la que Megasistemas lo publicita diciendo: "Tango. El software es muy importante 'tanto como el lugar donde lo compra'" (el encomillado simple me pertenece).
Empero, la relación comercial continuó sólo hasta mediados de 1991, en que la actora le retiró a la demandada la licencia del software (ver posición 48, a fs. y 657, y respuesta de fs. 658 vuelta).
Entiendo que no interesa determinar con precisión cuáles fueron las causas de la rescisión, que ambas partes aceptaron.
Lo que en cambio importa es que ya desde febrero de 1991 Megasistemas comenzó las tratativas y gestiones para lanzar al mercado el producto Stradivarius (testigo S. O. Sperat, a fs. 749, Ira. repregunta).
Este lanzamiento se concreta el 26 de agosto de 1991, en el que a toda página, en color, en el diario "La Nación" de nuestra ciudad, publica un aviso destacando: "Llegó Stradivarius - Simplemente superior".
Por cierto que hasta aquí nada se puede reprochar a la demandada desde el punto de vista marcario. Pero ocurre que un mes después reinicia la campaña publicitaria bajo el título "Stradivarius simplemente superior", con un subtítulo destacado que dice: "En Software '90 presentamos Tango. En software '91 presentamos Stradivarius, el sistema integrado de gestión que ofrece 69 prestaciones más". A continuación, viene el detalle "como anticipo" de 18 prestaciones que tiene "Stradivarius", de las que carece "Tango 3.2". Se señala, finalmente, que "Stradivarius" cuenta con el respaldo de Megasistemas y en letra muy pequeña, al pie, se dice que "Tango" es marca registrada de Axoft Argentina S. A. y que "Stradivarius" constituye una marca registrada por Megasistemas. Esta publicidad es repetida en días posteriores.
Nada mejor que reproducir el aviso, para tener una idea sin intermediarios de lo que en él se dice:
Hasta aquí los hechos, sucintamente expuestos.
3. Sobre el tema del uso de la marca ajena, tuve oportunidad de sostener, en la causa "Navarro Correas", citada por ambas partes y que recuerda el doctor Farrel (fallo de 22/3/91), que "se debe distinguir entre el uso sin autorización de una marca ajena, como si fuera propia, de la mera referencia o mención de ella en la utilización de otra marca propia, pues mientras en el primer caso siempre habrá una infracción a los derechos marcarios, en el segundo dependerá de las circunstancias de cada caso, pues la referencia de la marca ajena puede constituir una actitud legítima, cuando se reconoce que es otro el titular y no se trata de denigrarla o de desacreditarla. Creo, en consecuencia, que la mera referencia o evocación de una marca ajena, o inclusive de una publicidad comparativa, no se encuentra por sí vedada en nuestro ordenamiento positivo, en tanto no se lesionan legítimos derechos de su titular".
Me parece claro que en ese precedente --cuyas particularidades de hecho son notablemente distintas a las del caso de autos-- admití la mera referencia o mención de una marca ajena, reconociendo su carácter de tal, en la medida en

que no se persiga "denigrarla" o "desacreditarla" y "en tanto no se lesionan legítimos derechos de su titular".
Posiblemente en orden a razones de conveniencia publicitaria o de mejor difusión de los productos en el mercado, puedan ser aconsejables criterios más permisivos en materia de comparación de marcas. Y posiblemente, también, cierta cultura del mercado tolere una publicidad agresiva y demoledora de la competencia en beneficio de una mayor rentabilidad.
Pero cualquier disquisición al respecto es puramente especulativa, pues los jueces estamos llamados a decidir conforme a nuestro derecho positivo y dentro del marco de los principios generales que de él surgen.
Es por eso que no concibo ninguna utilización de la marca ajena, aun con el reconocimiento de que pertenece a otro, en tanto de esa manera se la intente desacreditar.
En nuestro derecho argentino está consagrado un estándar ético que es insoslayable. El art. 953 del Cód. Civil privilegia el respeto de la moral y de las buenas costumbres y, en particular, repulsa a los actos que "perjudiquen los derechos de un tercero".
A esta norma hemos recurrido reiteradas veces en la materia de los derechos marcarios y no veo por qué no deba tenerla en consideración ahora con motivo del caso que nos ocupa.

4. Veamos entonces cómo encajan estos principios en el caso que ahora nos ocupa.
Por empezar, y tal como surge de la misma propaganda que se cuestiona, resulta indudable que Megasistemas se ha mostrado no tanto como una competidora del software Tango, sino como alguien que ha tenido mucho que ver con su prestigio y difusión; casi, podemos decir, como su continuadora. Tanto es así que reivindica para sí la presentación de Tango en la feria de informática del año 1990, como un antecedente de su actividad en el ramo del software.
Desde esa perspectiva, lo que ella podía decir del producto adquiría una fuerza mayor que la que habitualmente puede exteriorizar quien nada tiene que ver con él. En otras palabras, si Coca-Cola dice que su bebida es mejor que Pepsi, o viceversa, se sabe de antemano que existe un inocultable interés contrapuesto, pero en el caso de autos no ocurrió así, pues Magasistemas se encargó por 2 años de dar a publicidad y distribuir el producto Tango, poniéndolo a la consideración del mercado de software, de tal modo que si luego abandonó esa posición y decidió cambiar de producto, lo menos que se podía exigir es que fuera cuidadosa en toda mención del anterior.
Pero no actuó de esa manera. Por el contrario, se ocupó rápidamente de decir que el nuevo software era "simplemente superior". Y esto no con referencia a todos los productos del mercado (actitud habitual y no reprochable, ya que a cada productor le interesa mostrar que lo suyo no tiene antecedentes y es lo mejor), sino a uno en particular, con nombre y apellido. Y precisamente el que ella representó y con el cual se identificó por 2 años.
La cosa no termina aquí.
La comparación es además engañosa y para ello no debo recurrir a ninguna prueba técnica --como dice el doctor Farrell--, sino que basta analizar la correspondencia intercambiada entre las partes, de la que surge que

Megasistemas adoptó una aplicación parcial de la marca Tango --la que identificó al módulo 3.2.-- y omitió, por cierto deliberadamente --como ella misma lo reconoció--, otras prestaciones que la actora también cubría con la misma marca.
En efecto, con motivo de la primera publicación, Axoft envió a Megasistemas una carta documento en cuya parte pertinente, que transcribo a continuación, decía: "Al margen de que Tango está compuesto por Tango Gestión y Tango Aplicaciones apuntando v/supuesta tabla comparativa a "Tango Gestión 3.2" resulta insólito que una ex distribuidora nuestra, con pleno conocimiento de causa, afirme por ejemplo que nuestro programa no cumple prestaciones como "Manejo de Caja, Bancos, Valores, Documentos y Cuentas especiales"; ello así cuando les consta que estos ítems son manejados a través del Módulo de Subsidiarios, Ventas Proveedores; ídem "Proyección Financiera integrada en Tiempo Real" que se cumple con la Planilla de Cálculo de Tango Aplicaciones, ídem Cálculo Automático de Diferencia de Cambio que se cumple en Contabilidad de Tango durante el cierre del ejercicio; etc. ...".
Esta carta fue inmediatamente respondida por Megasistemas, en cuya parte que aquí interesa, expresó: "... 3) Que en la publicidad de referencia sólo se menciona Tango 3.2., y no alguno de sus módulos, ni menos aún Tango Aplicaciones, o alguno de sus módulos, como pretende la carta documento que respondemos. 3.1) Que Tango 3.2., tal como fuera citado en la publicidad objetada no realiza las funciones que el aviso dice que no realiza...".
Del análisis de estos dos documentos surge para mí de manera indudable que la demandada reconoció haber elegido de la marca Tango sólo una de sus aplicaciones --las del programa 3.2-- habiendo omitido deliberadamente el otro módulo de propiedad de la actora, también identificado con la marca Tango (me refiero al módulo Tango Aplicaciones). De ese modo intentó propagar la idea de que su producto resultaba superior y con un espectro más amplio, lo que en los hechos significó una engañosa publicidad, ya que unilateralmente, y sin autorización del titular del atributo marcario, fraccionó la marca, destacando sólo una de sus aplicaciones y omitiendo otra complementaria que, de haber sido tenida en cuenta, no le habría permitido señalar las falencias que puso de manifiesto en su publicidad.
Por cierto que no pongo en tela de juicio que Tango 3.2., en sí y aisladamente, carezca de lo que Stradivarius dice poseer. Sobre esto no tengo elementos para pronunciarme. Pero las solución no pasa por aquí, sino por el hecho de que, siendo Tango una marca que la actora utilizó para distinguir más de un módulo, la demandada se arrogó el derecho de mutilar su aplicación y de presentarla a la publicidad como si sólo protegiera una parte del todo.
Me interesa en este sentido destacar que, como principio, sólo al titular de la marca le asiste el derecho de usarla y de presentarla a la consideración pública (arg. art. 4, ley 22.362). Es por eso que un tercero no se puede arrogar, también como principio, el derecho de utilizarla sin consentimiento de su titular. Pero si simplemente pone de manifiesto su existencia, la menciona o se refiere a ella en la publicidad de otro producto, no puede llevar esa prerrogativa a los extremos de desacreditarla o de desmerecer sus atributos.
Y esto es, indudablemente, lo que persiguió la demandada. Con el propósito de destacar las virtudes de su nuevo producto, puso ilegítimamente en el tapete a una marca ajena para demostrar que ésta ya había sido superada. Situación

que se agrava en el caso de autos si se tiene en cuenta que en el ámbito de la informática los software se actualizan permanentemente, de tal modo que a más de la superación vertiginosa a que la que naturalmente están expuestos, se sumó en el caso una publicidad comparativa que, por tomar aspectos parciales, se constituyó en un procedimiento encaminado a desacreditar al producto distinguido con la marca Tango.
Y, repito, a esto último, la demandada no tenía derecho, porque ya hemos visto que nuestro ordenamiento jurídico consagra el deber de no dañar.
Aun cuando no tenga en el caso una eficacia vinculante, no me parece sobreabundante poner de manifiesto que ante una presentación de la actora, la Comisión Intersocietaria de Autorregulación Publicitaria, resolvió que la publicidad cuestionada contravenía disposiciones del Código de Etica y Autorregulación Publicitarias y solicitó a la agencia que emitió esa propaganda que no la reiterara.

5. En atención al sentido que he dado a mi voto, debo ocuparme de dos cuestiones más.
A. Por un lado, la sentencia de primera instancia decide que la cuestión es abstracta porque esa publicidad objetable cesó.
El criterio no lo consideró correcto, porque como lo pone de manifiesto el doctor Farrell, la demanda persiguió que se condene a cesar en el uso de la marca Tango tal como lo hizo la demandada. De manera entonces que la circunstancia de que esta situación haya cesado de hecho, no significa que la actora carezca de derecho para obtener una declaración de certeza con relación a un tema incluido expresamente en la litis, luego de haber tramitado todo el juicio. De lo contrario, la demandada, quien no se ha allanado, podría nuevamente reiterar esa publicidad y la demandante no tendría otra alternativa que iniciar un nuevo juicio, lo que es inadmisible.
B. La demandada objetó también en el responde que se intentara la tutela de una marca de hecho.
Este cuestionamiento no lo comparto. Como tuvimos oportunidad de señalarlo en la causa 4979, resuelta el 5 de febrero de 1988, "tanto en el régimen de la ley 3975, como en el de la ley actualmente vigente, la jurisprudencia ha atenuado el rigor del principio atributivo y ha acordado protección al uso de marcas sin registro" (CNFed. Civil y Com., sala 1, en anterior composición, 16/6/71, LA LEY, 143-557, 26.564-S; esta sala, causas 8061, de 15/6/79; 199, de 15/5/81; 1980, de 16/10/87, entre otras; ver además la Exposición de Motivos de la ley 22.362 en su comentario al art. 24).
Aparte de ello, la misma demandada reconoció en la actora a la titular de la marca Tango, a tal punto que en la publicidad en cuestión, en letra pequeña de pie del aviso, dejó constancia de que se trataba de una marca "registrada" a su nombre, de tal modo que la defensa que ensaya sobre la base de la presencia de una marca de hecho importa contrariar la titularidad --al menos de hecho-- que antes le reconoció.
De cualquier manera, el registro de Tango ha sido solicitado mucho antes de que comenzara la relación contractual entre las partes (en junio de 1988, a fs. 516) y si se ha demorado la decisión administrativa es por el notorio atraso en el trámite de los expedientes de la Dirección de Tecnología, Calidad y Propiedad Industrial.

En tales condiciones, prescindir de la protección marcaria en este caso, aun teniendo en cuenta la ausencia de un título registrado, importaría consagrar una solución puramente formal en desmedro de los legítimos intereses que la actora ha construido en torno a su marca --hasta ahora de hecho-- cuya titularidad ha admitido la propia demandada. Y no se debe olvidar que la ley de marcas es un instrumento también creado para evitar actos que importen una competencia desleal (J. Otamendi, "Derecho de marcas", p. 256, n° 6.6.4., Buenos Aires).

6. En mérito a los fundamentos expuestos, voto por la revocatoria de la sentencia apelada y, en consecuencia, para que se ordene a la demandada a cesar en el futuro en la utilización de la marca Tango y para que esta sentencia sea publicada en el diario Ambito Financiero --en donde apareció la publicidad cuestionada--, a costa de la vencida (art. 34, "in fine", ley 22.362).
Si mi propuesta es compartida, las costas de todo el juicio se deben imponer a la demandada, que resulta totalmente vencida (art. 68, Cód. Procesal Civil).
Sólo debo añadir que no encuentro que se configure en el caso una conducta procesal dilatoria o temeraria. Los planteos propuestos por la demandada no exceden los propios de un razonable ejercicio del derecho de defensa y, precisamente en tutela de éste, se debe interpretar restrictivamente la aplicación de sanciones que puedan importar un menoscabo de ese derecho.

El doctor Craviotto dijo:

I. Con la salvedad de que reitero y reivindico el estudio realizado en mi voto y las conclusiones que allí llegué en la causa "Bodegas J. Edmundo Navarro Correas S. A. c. Agro Industrias Cartelones S. A." (ED, 143-671, f. 43.709) y que en visión retrospectiva me convencen más de mi tesis en aquel caso, que en definitiva pasó en autoridad de cosa juzgada, quedando en minoría; considero que en el caso también hubo una publicidad comparativa denigratoria, lo que surge de una lectura meditada de todos los elementos aportados, que fueron analizados exhaustivamente por el juez Pérez Delgado, razón por la cual y con la salvedad aludida, adhiero a su voto.
Sin perjuicio de ello, me permito hacer las siguientes reflexiones:
Específicamente, la publicidad comparativa no se encuentra prohibida, como tal, es por ello que, para dilucidar temas como el presentado a la consideración del tribunal, se debe recurrir a normas de derecho común.
Lo que ocurre es que, como ya lo dije en aquella oportunidad, hay que regularla, y me remito a mi voto.
Y para sustentar tal tesis, no se trata de hacer disquisiciones especulativas; se trata de ilustrar sobre la doctrina y el derecho nacional y comparado, como tantas veces han hecho nuestros tribunales, llamando la atención del legislador sobre determinado tema, que también es la función del juzgador, aunque de últimas se decida, como no podría ser de otra manera, conforme a nuestro derecho positivo.

II. Coincido con el doctor Pérez Delgado que resulta de suma importancia para el actor, que haya una "declaración de certeza", no sólo porque, como allí se

dice "la demandada quien no se ha allanado, podría nuevamente reiterar esa publicidad y la demandante no tendría otra alternativa que iniciar un nuevo juicio, lo que es inadmisible" sino también que la certeza también debe darse para el público consumidor, tercero en toda controversia como la de autos, dado que la circunstancia de haber publicitado en un diario y en la página dedicada a la computación que Stradivarius tiene determinadas ventajas con relación a Tango, hace que tal afirmación quede latente, lo que tampoco puede ser.
En la lucha de intereses que implica la publicidad, el más desvalido resulta ser el público consumidor y es a él a quien debe protegerse, respetando los derechos de los titulares marcarios --sean de marcas registradas o de hecho-- según los casos y las circunstancias fácticas que se presenten.
Y vuelvo a repetir lo dicho en el consid. 12 del voto en "Navarro Correas":

"Seamos francos.
Quien elabora un producto y lo tutela con una marca (o en este caso lo pretende), lo que intenta es ingresar en el mercado, y la única manera, es logrando imponerse en el mismo y --valga la redundancia-- la única manera que conozco, es consiguiendo clientela que los adquiera".
"... Para la adquisición de la clientela, se recurrirá a la información y a la persuasión, es decir, como lo acota Aracama Zorraquín, se trata de persuadir al consumidor para que cambie sus gustos, sus inclinaciones y tendencia, también sus mapas de indiferencia, mapas que son formalmente cambiados como consecuencia de la aceptación y empleo del nuevo producto. Sin embargo, en la práctica no cabe duda sobre que información y persuación se confunden de tal manera que se hace difícil su separación" (ver también consid. 129).
"Creo que esto es legítimo. Lo que debe vigilarse son los medios de que se vale para tal fin".
"La publicidad debe tener, en su esencia, carácter meramente informativo, pero junto a él en realidad, se concreta un propósito ulterior; 'persuadir al público para que compre o utilice los productos o servicios enunciados' (Araya, Celestino R., "La protección de los consumidores contra la publicidad ilícita", en Primeras Jornadas Nacionales Interdisciplinarias sobre la Empresa, Pontificia Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Rosario, 10981, p. 177)".
"Es una forma de comunicación masiva y pagada, cuyo propósito es impartir información, crear una actitud y provocar una acción beneficiosa para el anunciante (generalmente la venta de un producto o servicio) que es su principal objetivo (ver Rusell H. Colley, "La definición de objetivos publicitarios" en Administración de Empresas", n° 33, año 1972, diciembre, p. 873)".
"Y como lo señala el consultor de empresas aludido, es una cuestión de sentido común. La publicidad no impulsa físicamente al consumidor a la compra de mercaderías; su propósito es crear un estado de ánimo conducente a la compra. Por consiguiente, la publicidad constituye una de las diversas fuerzas de comunicación que actuando conjuntamente o por sí sola, induce al consumidor a través de los sucesivos niveles: desconocimiento, conocimiento, comprensión, convicción y acción" (ob. cit., p. 875).

III. Y recuerdo que el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial del 20 de marzo de 1883 según el Acta de Lisboa de 1958, incorporado a nuestra legislación por ley 17.011 (Adla, XXVI-C, 1528) en su art. 10 bis dice:
"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:
... 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;
4) Las indicaciones o alegaciones cuyo uso, en el ejercicio del comercio, sean 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".
Y reitero también lo expresado en el consid. 17 del voto al que me vengo refiriendo:
"Como colofón de lo dicho, he de señalar finalmente que existe publicidad comparativa en tanto y en cuanto se confronten, explícita o implícitamente marcas ajenas, en cualquiera de los planos que la imaginación publicitaria cree y para que esta publicidad sea admitida --salvo el supuesto de precios-- debe regularse".
Por haber demostrado el juez Pérez Delgado que la publicidad motivo de estas actuaciones es denigratoria, no estoy de acuerdo con lo expuesto por el doctor Farrell.
La conducta de la demandada resultó reprochable, y por ello debe cesar con su propaganda en el futuro y por el mismo motivo es que este tribunal debe, como lo hace, pronunciarse en los términos del juicio civil: por si o por no, y por haber llegado a esta conclusión, no me extiendo sobre el ingenioso sofisma del agua contaminada.
Si un producto es mejor que otro, ese otro es menos bueno que el que se comprara, o como lo dice el Diccionario de la Real Academia: Mejor: comparativo de bueno. Superior a otra cosa y que lo excede en una cualidad natural o moral, de donde no necesariamente debe ser peor, pero la comparación sigue siendo denigratoria.
Por todo lo expuesto, una vez más, adhiero al voto que precede.
En mérito a lo deliberado y a las conclusiones del acuerdo precedente, el tribunal por mayoría resuelve: revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda. En consecuencia, se condena a Megasistemas S. A. a cesar en la utilización de la marca Tango y a publicar esta sentencia, a su costa, en el diario Ambito Financiero. Las costas de todo el juicio se imponen a la demandada, debiéndose cumplir este pronunciamiento en el plazo de 10 días corridos. -- Martín D. Farrel (en disidencia). -- Jorge G. Pérez Delgado. -- Eduardo D. Craviotto.