

La marca y la seguridad de los consumidores de GLP

Ricardo Tonietto
Presidente de AIGLP



TEXTOS SELECCIONADOS

La marca y la seguridad de los consumidores de GLP

I. Introducción

El mercado de comercialización de GLP parece bien simple a primera vista: los recipientes transportables (cilindros) se llenan en las bases de las distribuidoras; después de llenos se llevan a los consumidores a través de revendedores o a través de las propias envasadoras/distribuidoras; así se intercambian con los consumidores por cilindros vacíos, vuelven a las bases de relleno para manutención correctiva y preventiva (recalificación) y vuelven a las líneas de relleno y después de esto, al proceso de entrega a los consumidores. A pesar de la aparente simplicidad, existe un complejo sistema de logística reversa que viabiliza que el consumidor adquiera el GLP siempre embalado en un recipiente en perfectas condiciones de seguridad. Para ello, este mercado siempre ha sido cercado de disposiciones normativas, que establecen condiciones esenciales de seguridad para que cualquier empresa pueda actuar en él. Una de estas condiciones esenciales o en otras palabras, uno de los pilares de la industria de GLP, consiste en el uso de la marca como mecanismo de garantía de rastreo, seguridad, vínculo de responsabilidad civil y derecho de elección de los consumidores. La legislación en Brasil, por ejemplo, impone que cada distribuidora solo puede envasar y comercializar cilindros de su propia marca. De esta forma, la identificación de la marca comercial de la distribuidora se estampa en alto relieve en el cuerpo del envase transportable de GLP, lo que contribuye a la operacionalización del proceso de recalificación y al rastreo y fiscalización (seguridad). La empresa que tiene su marca grabada en el cilindro es legalmente responsable de la manutención de estos recipientes, que debe ser hecha de acuerdo a las normas técnicas específicas.

El GLP es un producto altamente inflamable. En la ocurrencia de siniestros envolviendo este combustible, lo normal es tan solo que los cilindros permanezcan intactos para contar la historia del evento. Por tanto, a pesar de que los cilindros de GLP son sumamente seguros cuando son bien utilizados, la condición de peligrosidad es inherente al producto.

En función de este hecho, la marca se debe grabar de forma indeleble (indestructible) en el cuerpo y en otras partes de los cilindros. De esta forma, cualquier propuesta de modificación en la sistemática de comercialización del GLP envasado, que para ocurrir, requiera involucrar el quiebre de este vínculo objetivo y seguro entre la distribuidora y su respectivo recipiente, debe ser vista por las autoridades con todo el cuidado posible, y si no queda garantizada la responsabilidad de los envasadores por las condiciones de seguridad de los recipientes, la regulación debe impedir que este cambio ocurra. Así, cualquier hipótesis en que sea necesario permitir que cualquier empresa distribuidora pueda llenar los cilindros de cualquier marca, independientemente de ser o no la propietaria o tener responsabilidad sobre las respectivas marcas grabadas en los cilindros, importa exponer a los consumidores a situaciones de alto riesgo, además del error (engaño) acerca de la procedencia, calidad y buena reputación de aquella empresa que envasó el producto. Esto sería una afrenta a todo y cualquier postulado de defensa de la seguridad de los consumidores, y además, una situación de competencia desleal.

Respecto a esto, existen propuestas, inclusive en el campo legislativo, que tiene por objetivo mitigar esta vinculación exclusiva entre el poseedor de la marca y la actividad de llenado y comercialización de los recipientes. Se defiende tanto el relleno y comercialización de los cilindros de cualquier marca por cualquier distribuidora, cuando, por ejemplo, el embotellado remoto de estos recipientes transportables, en puntos fijos (estaciones de combustibles, por ejemplo) o móviles (camiones especializados para esto). Lo que se ignora es que ese cambio de sistemática conlleva riesgos relevantes. Estas hipótesis ya han sido probadas en algunos países y los resultados no son satisfactorios en la mayor parte de ellos, y en algunos, bastante desastrosos. Nigeria adoptó el relleno remoto en 2011. En la Navidad de 2015, una tragedia ocurrió en una comunidad del país africano, matando a más de cien personas, después de la explosión del vehículo que realizaba la operación de relleno remoto. En Brasil, se contempla la hipótesis de aprobación por parte de los órganos reguladores, de relleno remoto y parcial o relleno en estaciones de combustibles de recipientes transportables. Es claro que los riesgos serán mayores, en virtud de la existencia de diversos puntos de relleno esparcidos por el país. Pero, como sólo es posible el relleno remoto alejando el sello al relleno de otras marcas, esto tendrá que venir enganchado al cambio de la sistemática. Tendrá que permitirse el relleno de otras marcas. A su vez, el relleno de otras marcas hace prácticamente inviable el proceso de control de calidad y mantención de esos recipientes. Así, es probable que el número de accidentes aumente en progresión geométrica. Estas razones ya serían suficientes para desechar estas ideas de cambio de sistemática de comercialización del GLP. Pero, hay razones igualmente relevantes bajo la óptica puramente de defensa de la marca, que también merecen ser destacadas.

Los consumidores son la parte con menos información dentro del proceso de consumo. En el caso de la adquisición de cilindros de GLP, éste se preocupa por saber respecto a las reputaciones de la firma que directamente los provee, normalmente un revendedor de GLP, y de la firma titular de la marca grabada en los respectivos recipientes, y después de realizado este primer análisis (prácticamente inconsciente, basado justamente en las informaciones que le son conocidas desde siempre), se toma la decisión de compra efectiva. Ciertamente, si algún consumidor se depara con una marca que no conoce o sobre la que tiene alguna memoria (experiencia) negativa, como mínimo, lo pensará dos veces antes de la adquisición. Ocurre lo mismo en el caso de que la reputación de la firma proveedora directa le sea conocida. Por lo tanto, es necesario darles garantía a los consumidores para que escojan con total seguridad en relación a la empresa que envasó

y comercializó los recipientes que adquiere. Así, la sistemática normativa vigente en la gran mayoría de los países en que el GLP se utiliza en forma envasada, impone ese sello al envasado por empresas que no sean poseedoras de la titularidad sobre la marca grabada en los recipientes que ponen en circulación.

En efecto, la distribución de GLP es una actividad de capital intensivo. Esto es consecuencia de las imposiciones de seguridad, así como de las demás exigencias de naturaleza técnica, de las complicaciones de naturaleza logística y operacional, dentro de otros factores inherentes a esta actividad. Es necesario un nivel mínimo de inversión razonablemente alto para entrar, mantenerse y expandirse en este mercado. Esta no es, a propósito, una condición particular de la industria del GLP. En industrias de red es natural que a mayor ascendencia (ejes de arriba de la cadena), mayores sean los índices de concentración, y mientras más descendente (ejes de abajo) mayor sea la pulverización (cantidad de incumbentes). Esto se deriva, obviamente, del hecho de que las ganancias a escala son altamente relevantes para estas industrias, y, mientras más ascendentes, mayores las inversiones, en relación a las necesidades de las ganancias a escala de producción para hacer el negocio viable económicamente. Menores índices de concentración no resultan, necesariamente, en menos competencia entre las empresas incumbentes. Por cierto, en muchos casos sucede justamente lo contrario, pues hay sectores en que existen apenas dos empresas rivales con relevancia real, compitiendo de forma absolutamente feroz entre sí.

Para quienes no tienen mayores conocimientos acerca de los aspectos económicos y jurídicos expuestos precedentemente (la mayoría de las personas) es natural imaginar que mayores índices de concentración impliquen en menos competencia. El mismo razonamiento conduce a creer que la facilidad para la entrada de nuevos *players* tendería, por sí solo, a aumentar la competencia, teniendo como resultado beneficios para los consumidores. Con base a esta premisa, algunos defienden, de forma recurrente, como reducción a la barrera de entrada, la flexibilización del sello al relleno de cilindros de otras marcas. Esta defensa se basa en dos argumentos: 1. la propiedad de estos recipientes ya no sería más de las distribuidoras poseedoras de la titularidad sobre las marcas en ellos grabados, a partir del momento en que los mismos son comercializados; y, 2. el potencial aumento de la competencia que ocurriría con la retirada de esta barrera de entrada.

Puesto de forma sintética este contexto, cabe, bajo un enfoque orientado especialmente a la protección de la marca como mecanismo de garantía de seguridad a los consumidores, demostrar las razones para que se proteja la sistemática de prohibición de envasado y comercialización de recipientes de GLP por quienes no tengan los derechos sobre las respectivas marcas en ellos grabadas. De igual modo, nuestros argumentos objetivan, si fuera el caso, justificar también la modificación de la estructura regulatoria en casos en que la marca no sea objeto de la misma protección aquí mencionada. Para ello, haremos una incursión sobre nociones básicas sobre la marca, el histórico del nacimiento del derecho marcario, sus razones de existencia, las funciones de la marca, y finalmente, las implicaciones derivadas de la falta de protección a la marca bajo la perspectiva de la seguridad de los consumidores.

II. Nociones básicas sobre marca

La marca es un bien inmaterial, es decir, un bien que no posee una existencia tangible,

pero que, al contrario, necesita materializarse en cosas sensibles (*corpus mechanichum*) para ser percibido por los sentidos. Además, es objeto de ser reproducido ilimitadamente y de modo simultáneo en diversos lugares. Entre tanto, para entender la peculiaridad de la marca dentro de este contexto de bienes inmateriales, es necesario comprender su naturaleza propia.

Muchos bienes inmateriales poseen una fisonomía definida. Por ejemplo, una invención es una regla o una serie de reglas, por medio de las cuales se aplican las fuerzas de la naturaleza a la satisfacción de las necesidades humanas; una obra literaria se constituye por un conjunto de ideas expresadas bajo la forma lingüística y mediante la cual se enriquece el patrimonio cultural. Para dotar a la marca de los perfiles definidos dentro de la familia de los bienes inmateriales, cabría afirmar que se trata de un signo. Efectivamente, a primera vista la marca es un signo denominativo, gráfico o mixto. El signo continúa siendo, todavía, una realidad intangible. Para que se pueda ver el signo (marca) es necesario que el mismo adquiera una forma sensible: que se materialice en un recipiente, en el propio producto o en las correspondientes expresiones publicitarias asociadas a la poseedora de la marca.

Por esto, la marca, aislada de su contexto materializante (recipiente, producto, empresa detentora, etc.), no se constituye en objeto de protección jurídica, porque, en rigor, nada representa. El titular de una patente, por ejemplo, ejerce titularidad exclusiva sobre su invención: puede oponerse a cualquier utilización de la misma por terceros no autorizados. A parte de los casos de marca de alto renombre o de notorio reconocimiento¹, lo mismo no se puede decir en relación al titular del derecho sobre las marcas. Explíquese. El titular de la marca no necesariamente posee el mismo derecho de exclusividad absoluta sobre el signo en sí mismo considerado, pero apenas en el caso de ese signo en relación a la clase definida de productos o servicios, de manera que sólo oponerse a que se utilice el signo distintivo de su marca en asociación con la misma clase de productos o servicios. Esto significa que el objeto del derecho de marca es un signo puesto en relación con una clase de productos y servicios, que es a lo que se llama de regla de la especialidad de la marca.

Pero, la unión entre el signo y el producto o servicio, se presenta apenas como una de las facetas de la compleja figura de la marca. Si nos limitamos a decir que la marca se traduce por la unión entre signo y una determinada clase de productos o servicios, no estamos verdaderamente describiendo una marca viva y operante, pero apenas un proyecto de marca, una marca en potencia, a la que le falta otro ingrediente básico para que se convierta en una marca auténtica. Este ingrediente es psicológico y será la identificación que se produce en la mente del consumidor cuando éste observa la unión entre el signo y el producto o servicio. Es decir, la unión entre signo y el producto o servicio es la obra creadora del empresario, pero esta obra no se convierte en una marca auténtica hasta el momento en que los consumidores captan y retienen en la memoria esa unión. Al ser aprehendida por los consumidores y convertirse, de este modo, en una verdadera marca, la unión entre signo y producto desencadena ciertas representaciones en la mente del consumidor. Tales representaciones giran, vía de regla, alrededor de los siguientes puntos: el origen empresarial del producto o servicio vinculado a la marca, las características y

¹ La marca de alto renombre goza de protección para todos los ramos de actividad (art. 125, de la Ley de Propiedad Industrial brasileña, Ley n° 9.279/96). La marca notoriamente conocida en su ramo de actividades (en los términos del art. 126 de la misma citada ley, conforme a lo que estableció la Convención de la Unión de París para Protección de la Propiedad Industrial), que es el caso de marca registrada en otros países, pero notoriamente conocida por los consumidores de cualquier lugar, goza de protección en su ramo de actividades, aunque no esté registrada en Brasil.

nivel de calidad del producto o servicio y a la buena fama del producto o servicio portador de la marca.

En un primer momento se toma la decisión de distribuir al público consumidor un determinado producto o servicio, suena la identificación del símbolo marcario, para que, en el momento siguiente, se manifieste a ese público consumidor la asociación entre tal signo y el producto o servicio ofrecido por la marca. La marca necesita estar presente en el mercado: la marca debe ser difundida entre el público consumidor. De esta forma, el empresario fijará la marca en el recipiente del producto o en el propio producto, cuando sea adecuado, así como encontrará formas de hacer llegar a los consumidores, cuando sea el caso, informaciones publicitarias capaces de asociar aquél producto o servicio a la respectiva marca que le da identidad. Lo esencial y decisivo es que, de una forma u otra, el empresario asocie el signo con la oferta de productos o servicios al público consumidor. Todavía, aun siendo imprescindible la actividad del empresario, ella es insuficiente para convertir un signo en una marca. En rigor, el empresario se limita a desencadenar esa unión entre el signo y el producto o servicio: crea a través de sus actividades las condiciones favorables para que esto suceda. No obstante, la consolidación definitiva de la marca depende, en último análisis, de otro gran protagonista en este proceso formativo: el público consumidor.

El signo asociado a los productos o servicios del empresario, se convierte en una verdadera marca cuando la contemplación del signo provoca en la mente de los consumidores, las representaciones alrededor del origen empresarial, calidad y, en su caso, buena fama de los productos o servicios asociados a la respectiva marca. Cuando esto sucede, la unión entre signo y producto habrá acrecentado el perfil psicológico que — como sabemos — también es parte integrante del bien inmaterial denominado marca. Por lo tanto, es innegable que la marca no puede surgir sin la participación de los consumidores. Así, el público consumidor no es un simple destinatario de la marca; al contrario, es un protagonista activo que desempeña un destacado papel en el proceso de formación de la marca.

III. Funciones de la marca

Antes de exponer las funciones de la marca bajo una óptica jurídica, parece oportuno discurrir acerca del importante papel que la marca desempeña en la esfera económica. La importancia de este papel ha sido subrayada de forma acertada en el Memorando que publicó en 1976 la Comisión de las Comunidades Europeas acerca de la creación de una marca comunitaria. En este documento se resalta de forma expresiva el papel informativo que la marca debe cumplir dentro del Mercado Común Europeo. Se afirma, a este propósito, que en la Comunidad Económica Europea, el consumidor tiene que lidiar con un elevado número de productos fin de una misma clase: productos que no se distinguen de forma clara entre sí a través de características naturales o técnicas, a no ser mediante sutiles diferencias cualitativas o por medio de su respectivo aspecto externo. Al mismo tiempo, en el Memorando, se expone que para el fin de seleccionar adecuadamente los productos, es necesario que el consumidor pueda identificarlos en atención a su origen. Es decir, el Memorando adopta la tesis de que la marca es precisamente el mecanismo que hace posibles la identificación y subsecuente selección de los productos. Por fin se llega a la conclusión en el sentido de que la marca es el único medio de permitir la elección de los productos por medio de la identificación, de manera que la oferta de productos de

una misma clase, por una infinidad de productores, se haga viable y transparente para los consumidores.

No obstante, vale decir que, en la doctrina europea más reciente algunas voces críticas se levantaron contra el estudio de las funciones de la marca². Entre tanto, esas críticas no parecen tener fundamento suficientemente relevante. Porque esta doctrina no constituye actualmente un mero mecanismo usado para justificar el derecho de exclusividad del que detenta la marca. Antes de esto, en el contexto del Derecho Comunitario Europeo, la doctrina de las funciones de la marca es uno de los instrumentos en los cuales se viene apoyando el Tribunal de Justicia en el momento de hacer compatible el ejercicio del derecho de exclusividad inherente a la marca con el principio de la libre circulación de mercaderías. Por el análisis de la construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea, que se puede decir, que se inicia con la sentencia del 23 de mayo de 1978, tratando el caso “Hoffmann-La Roche/Centrafarm”, y que se construyó, con base en la ausencia inicial de normas y principios comunitarios relativos a las marcas, el Tribunal tuvo que basarse en la teoría de las funciones de la marca a fin de establecer cuándo el ejercicio del derecho de exclusividad inherente a la marca se compatibiliza con el principio básico de la libre circulación de mercaderías, plasmados en los antiguos artículos 30 y 36 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (accesible en <https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties/treaties-founding.html?locale=pt>). Al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia vino conectando la teoría de las funciones con el denominado “objeto de la marca”. Esta conexión se traduce en que la jurisprudencia comunitaria estima que es parte integrante del objeto de la marca la facultad de impedir cualquier uso del signo que ponga en peligro la función fundamental de la marca: indicar el origen empresarial de los productos o servicios.

La jurisprudencia brasileña sobre el asunto, en líneas generales, no diverge de la del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea³. La función de la marca comercial consiste en individualizar los productos de una empresa, certificando su origen y procedencia, de modo que se le permita al consumidor una perfecta identificación al momento de la compra.

III.I. Función indicadora de la procedencia empresarial

Como se ha visto, una de las principales funciones de la marca es la indicación clara del origen del producto o servicio. La función indicadora de la procedencia es, sin duda, lo

² Concretamente, en la doctrina alemana, INGERL Y ROHNKE (Marken-gesetz, Introducción, marginal 35, p. 23) acentúan su crítica en la afirmación de la tesis en el sentido de que en el Derecho Marcario el destacado papel ejercido por las funciones de la marca tiene su causa en las dudas existentes acerca de la justificación del derecho de exclusividad conferido al titular de la marca.

³ A este respecto, conferir sentencia emanada del Tribunal Superior de Justicia en el juicio del RECURSO ESPECIAL N° 1.327.773 - MG (2011/0122337-1), cuyo Relator fue el Ministro Luís Felipe Salomão, Sumario a continuación: “RECURSO ESPECIAL. PROPIEDAD INDUSTRIAL. USO INDEBIDO DE MARCA DE EMPRESA. SEMEJANZA DE FORMA. DAÑO MATERIAL OCURRENCIA PRESUNCIÓN. DAÑO MORAL. EVALUACIÓN *IN RE IPSA*. DERIVADO DEL PROPIO ACTO ILÍCITO. INDEMNIZACIÓN DEBIDA. RECURSO PROVISTO. 1. La marca es cualquier señal distintivo (tales como palabra, letra, numeral, figura), o combinación de señales, capaz de identificar bienes o servicios de un proveedor, distinguiéndolos de otros idénticos, semejantes o afines de origen diverso. Se trata de bien inmaterial, muchas veces el activo más valioso de la empresa, cuya protección consiste en garantizar a su titular el privilegio de uso o explotación, siendo regido, entre otros, por los principios constitucionales de defensa del consumidor y de represión a la competencia desleal. 2. En los días actuales, la marca no tiene apenas la finalidad de asegurar derechos o intereses meramente individuales de su titular, pero objetiva, sobre todo, proteger a los que adquieren productos o servicios, confiriéndoles subsidios para evaluar el origen y la calidad del producto o servicio, teniendo como propósito, evitar el desvío ilegal de clientela y la práctica del provecho económico parasitario. (...) Recurso especial provisto.” (grifos nuestros)

primero y fundamental de la marca; la que se apoya directamente en las reacciones de los consumidores y se basa de modo inmediato en la estructura del derecho de marca. En efecto, al contemplar una marca puesta en relación a un producto o servicio, el consumidor piensa lógicamente que el producto o servicio procede de una determinada empresa: de aquella empresa de donde proceden todos los productos o servicios de la misma clase que son dotados de la misma marca. En este sentido, la marca desempeña un papel informativo: atestigua delante de los consumidores que todos los productos de una misma clase, portadores de la misma marca han sido fabricados o distribuidos por una misma empresa.

Se debe reconocer, entre tanto, que esta función indicadora de procedencia pasó por un relevante cambio desde su surgimiento hasta los tiempos actuales. Durante un buen tiempo el consumidor atribuía gran importancia al hecho de conocer efectivamente la procedencia empresarial del producto: para el comprador eran vitales la identidad del fabricante, sus dimensiones y su ubicación. Sin embargo, la revolución industrial y las innovaciones tecnológicas promovidas en el siglo XX, principalmente en el ámbito de las comunicaciones, alejaron a los consumidores de los fabricantes de los productos. Hoy, con frecuencia, la identidad en sentido estricto del fabricante de los artículos de marca es desconocida por los consumidores. Pero, no se le debe dar demasiada importancia a este hecho; ni es posible deducir del mismo la radical tesis de que en las condiciones actuales una marca no designa la procedencia empresarial en rigor de los productos porque para el público consumidor la procedencia empresarial de los productos puede ser anónima. Al contrario de esto. La circunstancia de que sea desconocida la identidad de la empresa fabricante o distribuidora del producto o servicio de marca no significa de modo alguno que la identidad sea indiferente: desconocido no es sinónimo de indiferente. El consumidor puede desconocer el nombre del empresario que emplea la marca; pero confía en que, sea quien sea, el empresario será siempre el mismo. Aunque el consumidor no conozca el nombre y el domicilio del titular de la marca, la marca garantiza a los consumidores que, al adquirir productos dotados con una marca, obtendrán los productos que tengan idéntico origen empresarial de los productos producidos por la misma marca de los anteriormente adquiridos.

La ya mencionada sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea “Horffmann-La Roche/ Centrafarm” así apreció el asunto: “... es necesario tener en consideración que la función esencial de la marca consiste en garantizar al consumidor o usuario final la identidad de origen del producto marcado, permitiéndole distinguir sin posibilidad de confusión este producto de los productos que tengan otra procedencia. (...) que esta garantía de procedencia implica que el consumidor o usuario final pueda tener la certeza de que un producto marcado que se le ofrece, no haya sido objeto, en una fase anterior de comercialización, de una intervención realizada por un tercero sin autorización del titular de la marca que atente contra el producto en su estado original. (...) que el derecho que se le reconoce al titular de oponerse a cualquier utilización de la marca que sea susceptible de falsear la garantía de procedencia entendida de esta forma, constituye parte del objeto específico del derecho sobre la marca”.

III.II. Función indicadora de la calidad

La experiencia demuestra que la contemplación de una marca asociada a un producto o servicio suscita, de ordinario, en el ánimo del consumidor, la creencia de que tal producto

o servicio posee ciertas características. Características que, en algunas circunstancias, serán un tanto vagas e indeterminadas: el consumidor se limita a pensar que un artículo de marca es igual, superior o inferior a otro artículo de la misma clase, dotado de otra marca. También hay características que presentan, en otras ocasiones, perfiles más claros: el consumidor atribuye al producto o servicio de una marca un nivel de calidad tal. De una forma u otra, es indudable que, en regla, el consumidor crea que todos los productos o servicios dotados de una misma marca ostentan la misma calidad: sea ésta alta o baja. En este sentido cabe afirmar que la marca es un signo que le proporciona al consumidor la información acerca de un nivel de calidad relativamente constante del producto o servicio que consume. Esto es, en un plano socioeconómico, algo incuestionable: la marca es un signo que indica una cierta calidad del producto o servicio en la realidad del mercado y, sobre todo, en las experiencias y vivencias de los consumidores.

Pues bien, es necesario, entonces, cuestionar si la función indicadora de la calidad que la marca cumple en el plano socioeconómico posee igual relevancia en el plano jurídico. Parece que esta protección jurídica encuentra guarida, por algunas razones esenciales. Las marcas premian al fabricante que, sin cesar, produce artículos de alta calidad, los cuales, por tanto, estimulan el progreso económico. Sin la protección de la marca, los fabricantes tendrían muy poco incentivo para elaborar nuevos productos o para mantener la calidad de los ya existentes. Con las marcas se puede obtener este efecto, dado que actúan como una garantía, a favor del consumidor, de que todas las mercaderías designadas con una marca concreta fueron producidas por, o bajo el control (en el caso de las licencias), del mismo fabricante y, por ende, tendrán probablemente una calidad similar. Así, la garantía de calidad que ofrece una marca no es absoluta, ya que el fabricante tiene libertad para variar su propio nivel de calidad, entre tanto, lo hará por su propia cuenta y el mismo sufrirá las consecuencias si permite una disminución de la calidad de sus productos. Por consiguiente, en vista de que la marca no proporciona ningún tipo de garantía legal de calidad — lo que puede haber llevado a algunos a subestimar la importancia de las marcas — en términos económicos, ofrece una garantía efectiva y cotidianamente llevada en consideración por los consumidores en el momento de escoger los productos o servicios. Para que la marca pueda desempeñar esta función, debe constituir la garantía de que todos los productos marcados han sido fabricados bajo el control de una única empresa, que se hace responsable de su calidad. Es indiscutible que, en la práctica, la marca constituye, a los ojos de los consumidores, una garantía de que los productos marcados son fabricados por la misma empresa o bajo el control de calidad de la misma, y que, a su vez, se puede pensar que son de la misma calidad. Esta función esencial de una marca pone al titular en condiciones de entrar en el juego de la competencia tomando como base la calidad de su producto.

III.III. Función condensadora de la eventual buena reputación (*goodwill*)

De la perspectiva del titular, la función más importante de la marca es, sin lugar a dudas, la de constituir mecanismos en que el mismo pueda, a lo largo del tiempo, ir condensando su buena reputación (*goodwill*) de que gocen ante el público consumidor, los productos o servicios diferenciados por su marca. La buena fama o buena reputación, que presupone

la preferencia que el público consumidor otorga a los productos dotados de la marca; y entraña la expectativa razonable de que el producto o servicio será reiteradamente adquirido o contratado porque cuenta con el respaldo público. La función condensadora de la buena fama es singularmente palpable en el caso de marcas de alto renombre (aquellas que gozan de alto prestigio ante el público en general): prestigio que es fruto de la alta calidad de sus productos o servicios; de la intensa publicidad puesta alrededor de la marca; y, a veces, de la fuerza sugestiva (*selling power*) del propio signo constitutivo de la marca.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas otorga la debida relevancia a esta función condensadora de la buena fama de la marca. En el caso anteriormente mencionado (“Hoffmann-La Roche/Centrafarm”), aquel tribunal estableció una clara conexión entre el objeto específico del derecho de marca con la protección del estatus o reputación de la correspondiente marca, conforme se observa: *"el objeto específico del derecho de marca consiste particularmente en conferir al titular el derecho exclusivo de utilizar la marca para la primera comercialización de un producto y protegerlo, de este modo, contra los competidores que pretendan abusar de la posición y de la reputación de la marca"*. (Cfr. REC., 1978, pp. 1164-1165).

Por esta forma, nuevamente, la protección al derecho de marca se muestra, a un solo tiempo, benéfico para el titular de la marca, que ve protegidos los beneficios potenciales derivados de los esfuerzos en el sentido de garantizar que la buena fama de sus productos o servicios se condense a través del tiempo y en la mente de los consumidores; así como para los consumidores, que con esto observan una tendencia a la mejora continua de los productos o servicios ofertados, o, como mínimo, a la manutención del estándar de calidad que la buena fama del que detenta la marca visa a construir o preservar.

III.IV. Función publicitaria

Finalmente, uno de los puntos más discutidos al respecto de la marca, reside justamente en saber si la marca cumple una función publicitaria, por si sola. La doctrina favorable a la tesis de que la marca se constituye, *per se*, en un instrumento publicitario, argumenta que esta no es solamente un símbolo de buena fama, pero, que con frecuencia, es el instrumento sobre el cual la buena fama se crea y mantiene: la marca vende efectivamente los productos. Ciertamente no constituye la función más esencial de la marca, entre tanto, no se discute la relevancia jurídica que contiene. Ejerce, eso sí, palpable función por ocasión, por ejemplo, de destacarse una determinada marca dotada de elevado potencial publicitario (notoriedad) ante una variada gama de otros productos o servicios de la misma clase.

Es decir, la marca (signo *per se*), constituye función de publicidad efectiva, a partir del momento en que gana notoriedad, identidad ante los consumidores. Permite la selección por parte de los consumidores en el momento de la adquisición, sin mayor necesidad de evaluación sobre detalles que puedan constituir las informaciones de publicidad. Facilita la elección por parte de los consumidores. E, además, promueve las ventas del propio producto. Marcas de gran reconocimiento del público (las cuales no serán citadas aquí, pero que todos son capaces de recordar algunas de memoria), “venden por sí”. Esta es la fuerza publicitaria de la marca, que merece relevancia bajo el punto de vista de protección jurídica.

IV. Conclusiones

Como hemos visto, la protección del derecho de marca, nítidamente en el mercado de comercialización del GLP, puede ser comparado a un árbol, en que los beneficios obtenidos por el titular son, por así decir, sus frutos, pero, todas sus raíces se encuentran enraizadas en la protección de los consumidores. Así, todas las funciones ejercidas por la marca, que constituyen los rasgos jurídicos de sustentación de su protección efectiva por el ordenamiento jurídico, se dirigen a la protección y defensa de los consumidores.

Conviene decir que todas las premisas establecidas sobre el derecho de marca se estatuyen con el objetivo de promover garantías para los más variados productos y servicios puestos a disposición de los consumidores. Ni todos esos productos o servicios poseen como característica intrínseca alguna carga de peligrosidad. Entre tanto, es razonable creer que, cuando se trata de productos que posean por naturaleza algún grado de peligrosidad, la carga de protección derivada del derecho de marca deba merecer una densidad normativa aún mayor. Es, pues, exactamente lo que ocurre en el caso del comercio de GLP. Además de los postulados genéricos de protección a la marca, que alcanzan a todos los ramos de actividades ofrecidos a los consumidores, en la regulación del mercado de GLP, estas protecciones ganan aún más densidad. Para resumir en una simple sentencia: la marca grabada de forma indestructible en el cuerpo de los cilindros es el certificado incuestionable de garantía del producto.

Por lo tanto, cualquier ataque a la marca de los cilindros de GLP, volviendo a la analogía del árbol, alcanza apenas a sus frutos, es decir, los alegados beneficios garantizados a los propietarios de la marca e impedimentos impuestos a los terceros interesados en entrar al mercado sin adquirir la calidad necesaria de recipientes para tanto. Todavía, no es posible derrumbar un árbol alcanzando sus frutos. Lo que hace del árbol el elemento de rigidez, longevidad y estabilidad que representa son sus raíces. Las raíces del derecho de marca están justamente en su función esencial de protección a los consumidores. Es por esta razón que después de una evaluación mínimamente detenida, los argumentos levantados a favor del permiso de relleno de los recipientes transportables de GLP por cualquier empresa, independientemente de ser la misma titular de los derechos de propiedad sobre las marcas grabadas en los respectivos cilindros, no consiguen quedarse de pie.

Ricardo Tonietto
Presidente de AIGLP



Asociación Iberoamericana
de Gas Licuado de Petróleo
Associação Ibero-Americana
de Gás Liquefeito de Petróleo

www.aiglp.org | aiglp@aiglp.org

Rua da Assembléia 66 | sala 1901 | RJ | Brazil | Cod. Postal: 20011-000

Tel. +55 21 3078-2850 | Fax: +55 21 2531-2621