

Derechos De Exclusividad Del Titular De Una Marca Notoria

JURISPRUDENCIA

Derechos de exclusividad del titular de una marca notoria

Se

confirma la sentencia que condenó a la demandada a cesar en el uso de calzados que tuvieran el emblema de tiras porque no se distinguían de los que la actora, titular de una marca notoria, tenía registrados. En Buenos Aires, a los 26 días del mes de septiembre de 2018, se reúnen en Acuerdo los señores jueces de la Sala II de esta Cámara para dictar sentencia en los autos del epígrafe. Conforme con el orden de sorteo efectuado, el doctor Alfredo Silverio Gusman dice: I.- La parte actora, titular de la marca ?figurativa? consistente en lo que es descripto como ?tres tiras? aplicada a calzado deportivo (zapatillas en general) y prendas de vestir, títulos n.ºs. 2.487.363, 2.655.159 y 2.473.722 de la clase 25, promovió la demanda de autos contra Juan Carlos CHILLEMI S.R.L a fin de que se condenara a la contraria a cesar en el uso (comprensivo de fabricación, importación, distribución, comercialización, promoción o venta) de los productos que contengan los emblemas de dos, tres o de cuatro tiras que la demandada usaría en modelos de calzado, así como de cualquier aplicación constituida por tiras colocadas en los calzados o prendas de vestir. Afirma que se trata de una imitación del signo notorio que distingue los productos ?ADIDAS?. Reclamó, además, la indemnización de los daños y perjuicios generados por el supuesto uso y comercialización de aquellos productos, cuya cuantificación dejó librada al arbitrio judicial (confr. fs. 253vta./254). Por último, peticiona que se ordene la destrucción de los productos en infracción y la publicación de la sentencia que se emita a costa de la accionada. Al progreso de esas acciones -cese de uso y resarcimiento- resistió el emplazado expresando que no concurrían en el caso los extremos señalados por su contraria. No obstante, reconoce la notoriedad de la marca ?ADIDAS? y su emblema de ?TRES TIRAS? y admite que comercializa productos con la marca ?STONE?, entre ellos, calzados con el diseño de ?dos tiras? y de ?cuatro tiras? (responde de fs. 321/339). II.- Tramitado todo el proceso y agregados los alegatos de las partes (fs. 511/532 y 534/544), la señora Jueza -en el fallo de fs. 592/599- destacó que no se encontraba controvertida la notoriedad de las marcas ?ADIDAS? y de su emblema de las ?TRES TIRAS?. Añadió que en muchos de los calzados identificados con las marcas ?STONE? su fabricante decidió emplear el uso de ?tiras? en sus caras laterales, dispuestas en formas, inclinaciones, colores y cantidades diversas. Así pues, consideró que si bien la cantidad de ?tiras? empleadas por la demandada (en general, cuatro) es diferente a la de Adidas (siempre tres), ello no resulta suficiente para diferenciar a las zapatillas de una y de otra marca, ya que las franjas presentes en los modelos de ?STONE? están dispuestas en la misma zona del calzado -en el centro de sus caras laterales- y son prácticamente idénticas a las de Adidas en cuanto al ángulo, separación, tamaño y grosor, entre algunas características. Esta circunstancia la llevó a concluir que existe una posibilidad cierta de confusión directa o indirecta por parte de los consumidores, y una vulneración de derechos marcarios del titular del notorio signo de las ?TRES TIRAS?. Asimismo, admitió el pedido consistente en la publicación de la parte dispositiva de su sentencia a costa del accionado. Además, ordenó abonar a ADIDAS AG en concepto de daños y perjuicios derivados de ese ilícito la suma de \$ 6.000.000, a valores actuales, constitutiva de los daños reclamados en fs. 253vta./254. Finalmente, en lo que se refiere al pedido de destrucción de los productos en infracción, en atención a que la parte actora no precisó los modelos sobre los cuales pretendía el cese de uso ni la destrucción, rechazó el requerimiento. De igual modo, en relación al cese de uso de ?prendas de vestir?, al no desarrollar esa pretensión, ni aportar pruebas relativas al uso, consideró que no correspondía resolver sobre el particular. Las costas fueron impuestas a la demandada en su calidad de vencida. Contra esa decisión se alzó el accionado, quien formuló sus quejas en la pieza de fs. 630/654vta., sosteniendo en síntesis: a) La errónea interpretación del alcance del carácter notorio atribuido a la marca de las ?TRES TIRAS?. Ello así pues, la circunstancia de que el signo ?ADIDAS? y su diseño de las ?TRES TIRAS? sean notorias no incide en la conducta y actividad desplegada por la marca ?STONE?, ya que esta goza de un reconocimiento propio derivado de su presencia en el mercado; b) Yerra la a quo al fundar su conclusión en extremos que no han sido sustentados por la actora. En ese sentido, no existe reivindicación concreta en relación a ningún modelo legalmente depositado más allá de los que componen las marcas figurativas, motivo por el cual la ponderación de los restantes componentes del producto tornan parcial la solución adoptada; c) La Magistrada de la anterior instancia no tuvo en cuenta que la cantidad de tiras empleadas en los productos de ?STONE? (en general cuatro) es diferente a la de ADIDAS quién inexorablemente se vale de tres. Por tal motivo, no puede concedérsele un monopolio exclusivo de uso sobre una cantidad de tiras distintas a la registrada en el país; d) La sentencia omitió considerar que la actividad desplegada por ?STONE? es perfectamente lícita, por lo que resulta imposible encuadrarla dentro de los supuestos previstos por la norma para aseverar que es una infracción marcaria; e) La sentenciante no advirtió que en autos se encuentra corroborado que la marca de las ?TRES TIRAS? coexistió con las marcas que reivindican el diseño de ?dos? y ?cuatro? tiras. En efecto, aquellos signos coexistieron en el mercado durante 30 años hasta que fueron transferidos a favor de Adidas AG una vez establecida esta contienda. Por ello, si la coexistencia

con marcas de ?dos? y ?cuatro? tiras nunca constituyó para la actora una infracción, no puede considerarlo ahora de ese modo en virtud de la doctrina de los actos propios; f) No genera confusión en el público consumidor los productos en pugna toda vez que aquellos se distinguen con la marca ?STONE? y se comercializan en locales propios o franquicias identificadas también con la designación ?STONE?; g) No se encuentra afectada la venta ni la imagen de la marca de las ?TRES TIRAS?. En este sentido, de la prueba pericial contable surge que las ventas lejos de reducirse, se vieron incrementadas año tras año por lo que resulta absurdo sostener que pudiera haber apropiación de imagen o desvío de clientela; h) Resulta elevado el monto otorgado en concepto de daños y perjuicios teniendo en cuenta que la supuesta infracción no consiste en una copia servil de las ?TRES TIRAS?. Así pues, de las pruebas aportadas no es posible establecer qué porcentaje de calzado comercializado se encuentra en infracción y, menos aún, saber qué porcentaje de dinero se invierte en publicidad para promocionar aquellos artículos e i) La indemnización otorgada retira a la demandada del mercado donde participó por años habida cuenta que jamás tuvo una ganancia neta de semejante significación. Dichos agravios, merecieron réplica por parte de la accionante a fs. 656/677.

III.- Antes de ingresar en el análisis sustantivo del asunto, aclaro que aunque analicé en forma íntegra las constancias de la causa y he meditado sobre los diversos planteamientos que han formulado las partes, no seguiré a los contendientes en el orden de sus planteos. Comenzaré a desarrollarlos de conformidad con los aspectos de la controversia que entiendo decisivos. Asimismo cabe recordar que los jueces no nos encontramos ceñidos a tratar cada una de las argumentaciones que proponen los litigantes en sus agravios, sino sólo las que se estiman conducentes para una adecuada resolución del litigio (conf. C.S.J.N., Fallos: 262:222; 278:271; 291:390; 308: 584; con la actual integración 331:2077, en el mismo sentido ver art. 25 del Código Iberoamericano de Ética Judicial); metodología que, en lo atinente al análisis probatorio, encuentra respaldo en el art. 386 del Código Procesal. Por otra parte, también recuerdo que conforme con una antigua directiva del Máximo Tribunal, esta clase de contiendas no debe ser resuelta sobre bases meramente teóricas o abstractas sino atendiendo con realismo a los verdaderos intereses comerciales y productivos en juego (C.S.J.N. Fallos: 237:299). Se trata, en suma, de la valoración de las llamadas ?circunstancias adjetivas de la causa?, que requiere estudiar detenidamente los hechos propios que le confieren al conflicto su singular ambientación. También debe tenerse presente que debe ser preferida la solución que mejor armonice con los fines esenciales de la Ley de Marcas: la protección del público consumidor y la tutela de las sanas prácticas comerciales (Corte Suprema, Fallos: 272:290; 279:150, entre otros).

IV.- La cuestión esencial a elucidar en autos se ciñe en determinar si, con la aplicación del signo que realizó la demandada a sus modelos de zapatillas, por ser imitativos o confundibles con las marcas registradas por la actora, infringió respecto del calzado deportivo ADIDAS AG, los derechos de exclusividad conferidos por los registros n.ºs. 2.487.363, 2.655.159 y 2.473.722 de la clase 25. En primer término, cabe recordar que la propiedad de una marca y la exclusividad de uso se obtienen con su registro (art.4 de la Ley de Marcas), estando probado que la actora tiene inscrita en la clase 25 los signos que se mencionan en el Considerando I. Dichos registros otorgan a su titular el derecho de reclamar por vía civil, entre otras cosas, la cesación del uso de la marca o de la designación en infracción (arts. 33 y 35 de la ley citada). Así pues, cuando referimos al interrogante en cuanto a la extensión que debe dársele a aquella exclusividad, la respuesta debe ser amplia si verdaderamente se pretende defender la propiedad marcaria. Esta exclusividad consiste en poder impedir cualquier uso de una marca idéntica que pueda causar confusión en el público consumidor y en poder impedir usos de marcas que puedan dañar el derecho que emerge de un registro (conf. OTAMENDI, Jorge ?Derecho de Marcas?, Novena edición actualizada y ampliada, pág. 289).

Adelanto que, mirando los modelos de calzados que comercializan los contendientes y comparándolos, arribo a idéntica conclusión que la Magistrada de la anterior instancia. Por las razones que paso a desarrollar, juzgo que los diseños en pugna no son ?claramente distinguibles?, como exige la jurisprudencia en consonancia con los fines esenciales de la Ley de Marcas que he mencionado al finalizar el anterior Considerando (C.S.J.N. Fallos: 279:150, entre otros). En concreto, encontrándome en presencia de los modelos acompañados como prueba, la sensación de semejanza que existe entre ellos impacta visualmente. Y aunque el producto en su totalidad no sea el que se encuentra reivindicado, tengo para mí que el parecido es innegable. El diseño registrado como marca figurativa por la actora, consiste en lo que se ha dado por denominar ?TRES TIRAS?. Estas pueden ser descriptas como tres franjas iguales en cuanto a su diseño, en algún caso con diferencia de color y en otros de textura cosidas en los laterales del calzado, aproximadamente en la mitad de la zapatilla y se extiende desde la capellada hacia la suela con una inclinación aproximadamente de 45 grados, dejando entre medio de ellas la percepción de que existen otras tiras (Anexo V, fs. 255). Es cierto que el signo empleado por la cadena ?STONE? para el calzado está conformado por ?dos? o ?cuatro? tiras, reproducidas en su totalidad, mas con el añadido de la marca ?STONE?. Pero no lo es menos que, en varios de los productos obrantes en la causa, las franjas se extienden de la misma forma hacia la suela del calzado (confr. Anexo XI fs. 122/222). Intento ponerme en la mente del consumidor que pretende adquirir un nuevo par de zapatillas e imagino que no se va a poner a contar si hay dos, tres o cuatro tiras en el calzado. Lo primero que va a apreciar son las tiras cosidas en paralelo. Fijemos ahora nuestro cotejo en el diseño de las mentadas tiras. Los modelos identificados como artículos 1303, 1758, 1724, 1701, 1314, 951 y

300, algunos de ellos secuestrados en el trámite de medidas preliminares y otros verificados al ingresar en la página web de la marca ?STONE? (conf. fs. 249/249vta.; fs. 40/44 y 47/51 del expediente n° 11199/2009 que en este acto tengo a la vista) imitan, me animo a decir casi por completo, tales tiras. Repárese que los bordes utilizados son casi idénticos en sus texturas, extensión, ubicación, disposición y ángulo; sólo restan o adicionan una franja (excluyo de esta comparación ciertos modelos de la demandada como por ejemplo los artículos 3500, según aprecio a fs. 207, 209 y 211). Y no bien se observan los objetos enfrentados, el impacto visual del diseño de la demandada se presta a confusiones la marca registrada de la contraria. Por su parte, la apelante insiste en sostener que la diferencia reside en que los modelos que comercializa se identifican con la marca ?STONE? y que jamás se han utilizado la misma cantidad de tiras. La distinción radicaría en la cantidad de franjas que ?agrega? y la inclusión de la palabra ?STONE?. En los calzados que tengo a la vista constato que dicho vocablo se lo ha situado sobre la cuarta franja o sobre una de ellas, de manera muy poco perceptible. Tal vez distinta hubiese sido mi impresión en este punto si la palabra ?STONE? adicionada se encontrase intercalada entre las franjas para que, de alguna manera, la percepción visual permita comprender que se trata de otra marca (así como efectivamente, sucede con los modelos art. 3402 según veo a fs. 199 y 201, el art. 3452 a fs. 203/205). En cambio, el modo en que se inserta el vocablo ?STONE? en varios artículos en disputa, en mi criterio, carece de poder distintivo respecto de las consabidas tres tiras, no aminora la posibilidad objetiva de confundir al potencial consumidor. La impresión de semejanza que me causa la comparación de varios de los productos ofrecidos por la actora con los que comercializa la titular de las marcas que se encuentran debidamente registradas, se corrobora con la encuesta y estudios de mercado realizado por la firma ?MBC MORIS?, en el año 2009 para determinar el nivel de reconocimiento que tienen los dos modelos de zapatillas entre los consumidores de ambos productos. El resultado de este trabajo arrojó que buena parte de las personas consultadas relacionó la imagen de zapatillas Stone de alguna manera con la marca Adidas (ver fs. 234). Dicho análisis de mercado concluyó que las tiras constituyen el principal elemento de vinculación de ambas imágenes con la marca de zapatillas Adidas (ver fs. 234 acompañado como Anexo XII a la demanda). En el mismo hilo argumental y sin dejar de tener en cuenta la condición de empleado de la actora del testigo, apunto sólo como dato que también convalida el razonamiento que vengo desarrollando, la declaración obrante a fs. 364 del señor PAMPIN que confirma que el uso de dos y cuatro tiras confunde a los consumidores en detrimento de la marca Adidas (ver respuesta a la décimo quinta, fs. 364, no objetado por la parte demandada). En el escenario descrito tengo para mí que, las semejanzas, pesan más que las diferencias. En varios de los modelos denunciados se aprecia la absorción de las ?TRES TIRAS? de Adidas por las zapatillas de ?STONE?. Por lo demás si se estimara en definitiva que la situación planteada se presta a reflexiva duda, ella debe ser zanjada en favor de las marcas y los diseños registrados, que constituyen derechos legalmente adquiridos y protegidos por la ley (confr. esta Sala, causa n° 14.414/03 ?Puma AG Rudolf Dassler Sport? del 27.03.09 y muchas otras). V.- El criterio que propicio se fortalece si se repara en la notoriedad de la marca en cuestión. Esta circunstancia cobra particular importancia pues en las costumbres actuales el calzado deportivo ha alcanzado a cubrir un ancho margen del mercado del ramo ?calzados en general?. En ese metier las grandes firmas procuran imponer -con amplios gastos en publicidad y propaganda-determinados dibujos u ornamentos que llegan a configurar marcas de alto renombre o de notoriedad indiscutible (v.gr. la ?pipa no invertida? de Nike o el ?Triángulo? de Reebok o las ?U y U invertidas? de Under Armour etc.). Tengo para mí que en nuestro país, decir ?ADIDAS? es hacer referencia concreta, lisa y llanamente, a una empresa líder en la confección de prendas deportivas, sobre todo de calzado deportivo de tres tiras y no a otra empresa de ninguna especie. Creo que no se requiere contar con pruebas específicas para admitir esa conclusión; pues ya reiterada jurisprudencia ha resuelto que, cuando de marcas notorias se trata, toda demostración es innecesaria o superflua. Es que si fuera necesaria la existencia de prueba, entonces dicha notoriedad no sería tal (conf. esta Sala, causas n° 7183 del 22/5/90; 5118 del 12/10/88; 8060 del 16/4/91; Sala I causa n° 4998/97 del 25/3/99; Sala III causas n° 6955 del 3/10/90 y n° 4772/00 del 21/3/02; entre otras). Por lo demás la notoriedad de los títulos de la actora fue expresamente reconocida al contestar demanda (ver fs. 324). En protección del público consumidor y como modo de cohibir acercamientos que lucen similares, es pertinente aplicar un criterio estricto en las comparaciones o cotejos, tanto en amparo de aquel público como en tutela de las marcas notorias, característica ésta -la notoriedad- que impone una adecuada rigurosidad en la apreciación de los elementos constitutivos de los dibujos o diseños. VI.- Las restantes alegaciones de la apelante tampoco logran desvirtuar la conclusión a la que arriba la sentenciante. No es asimilable la situación de la demandada con la de Panamericana de Plásticos, que tenía sus diseños debidamente registrados (ver fs. 307/309). Pero además, la coexistencia en el pasado de la marca con otras que reivindican el diseño de dos o cuatro tiras, y que posteriormente fueron transferidas a favor de Adidas AG., dan cuenta de la intención de la actora por proteger su signo registrado y evitar que la aproximación de otros que induzcan a error a los consumidores en cuanto al origen del producto. Por último, la comparación que se propone no es útil, pues lo que nos importa más que nada en este proceso es la semejanza en el diseño, textura y ubicación de las tiras en varios de los productos que se comercializan y bajo la marca Stone, extremo que no necesariamente habría de verificarse respecto de otros diseños que puedan llegar a emplear tiras o, al menos, no se ha demostrado que se encuentran en la

misma situación que el calzado materia de este pleito. Tampoco resulta un elemento de juicio decisivo, el hecho apuntado por la demandada en cuanto al lugar de expendio de los artículos en cuestión. Ello es así, en la medida que las características de la franquicia a la que refiere en su memorial, resulta un extremo que no permite descartar que el consumidor que accede a un local de Stone eventualmente pudiera creer que los productos identificados con las cuatro tiras provienen de ADIDAS. En otras palabras, los potenciales clientes ingresan a un local comercial no necesariamente teniendo en mira la exclusividad de las marcas que allí se comercializan. Juzgo, así, que la señora Jueza, en cuanto a la procedencia de la reparación, ha dado una respuesta acertada al conflicto sub examen. No cabe más que concluir que ha mediado infracción a los derechos marcarios de Adidas (art. 4º de la Ley de Marcas), en tanto se han puesto en el mercado productos -en cantidad no carente de significación- con un signo confundible con el registrado.

VII.- Es momento de ingresar en el análisis de la queja relativa al monto otorgado en concepto de daños y perjuicios esgrimida por la demandada recurrente. Comenzaré por señalar que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, como regla, la mera infracción a un derecho marcario no es, de por sí, razón bastante para justificar un reclamo resarcitorio. Se requiere para ello que como consecuencia del ilícito haya sido causado un daño, pues éste -como se sabe- es presupuesto de la responsabilidad (art. 1067 del Código Civil vigente al momento de los hechos). También como principio, en este caso procesal, la carga de la demostración del perjuicio corresponde a quien lo alega (arg. art. 377 del C.P.C.C.N.). Sin embargo, a fin de enervar los efectos socialmente dañinos de las transgresiones marcarias, en especial cuando es perceptible la intención de beneficiarse con la confusión, tanto caracterizada doctrina como la actual jurisprudencia de esta Cámara (confr. esta Sala causas 5221 del 9.10.87 y 25.123/94 del 28.12.95; Sala I, causa 640 del 8.10.71; Sala III, causa 4465 del 6.3.87; OTAMENDI, Jorge, ¿Derecho de Marcas?, op. cit., pág. 394; O. ETCHEVERRY, ¿La reparación de daños en infracciones de Nombres y Marcas?, en ¿Derechos Intelectuales?, edit. Astrea, t.3 ps. 13/20), han puesto de relieve la notoria dificultad que existe para probar la relación causal entre una infracción marcaria y los daños derivados de ella. Por eso, frente a la comprobación de un ilícito en la órbita de la propiedad industrial, diversos autores se han pronunciado en el sentido de que la solución más valiosa es partir de una presunción de daño, a fin de que la conducta ilegítima no se beneficie con la impunidad por razón de las dificultades que se presentan en el orden de la prueba (confr. doctrina citada). Ahora bien, aunque se parta de una presunción de daño, por la dificultad de demostración que se da en este campo del derecho; la falta de aporte de elementos, al menos que sirvan como indicios del menoscabo patrimonial, debería conducir a proceder con parquedad a la hora de determinar la indemnización. Por lo general, la jurisprudencia del Tribunal se ha orientado en el sentido de que las utilidades del infractor pueden llegar a proporcionar una base indiciaria de los daños propios del afectado (confr. esta Sala, causa 9283/93 del 25.11.97). Ello es así, porque el daño que se trata de enjugar es el derivado de la infracción marcaria, del uso indebido de la marca ajena; siendo ese uso uno de los factores de los que inciden en la comercialización del producto (confr. esta Sala ¿El Trust Joyero Relojero S.A.? causa N° 4671/06 del 02.10.11, entre otras). De este modo, no puedo dejar de ponderar que el empleo ilegítimo de las tres tiras de marras, aún cuando puede ser un factor importante para persuadir al consumidor de adquirir el producto, constituye en el único aspecto que éste pudo tener en cuenta al momento de su elección. Debe reconocerse entonces, otros factores que conducen a que un sujeto compre un determinado artículo y que guardan relación con la publicidad que se realiza, el precio, la ubicación del local comercial o la calidad de su confección, entre otros. Finalmente, es menester tener en cuenta, a los fines de fijar la indemnización, entre otras circunstancias, la notoriedad, renombre y prestigio de los signos utilizados de manera indebida.

VIII.- Examinadas las constancias de la causa, puede advertirse que con motivo del uso indebido de las marcas no se ha llegado a acreditar, al menos de un modo aproximado, los montos que se corresponden con la comercialización de los calzados identificados como portadores de similitudes con la marca de ¿ADIDAS?. Dadas las particularidades de esta causa, los principios generales que acabo de señalar al finalizar el anterior Considerando tampoco proveen demasiado a los fines de la cuantificación del desmedro. Poco aporta el dictamen pericial de fs. 478/482, en el que permanecen sin esclarecer datos que habrían sido de interés para la formación de un juicio de mayor cercanía para lograr cuantificar la entidad del perjuicio padecido por la parte actora. Nótese que el perito informa la facturación realizada por la apelante por aquellas ventas directas de fábrica de calzado propio desde el periodo 2009/2014, cifra que arroja un total superior a \$100.000.000, pero no hace referencia alguna a las ganancias que pudo haber obtenido con la venta de productos en infracción (ver punto ¿b? de la pericia que luce a fs. 478vta./480, que no fue impugnada por las partes). En cambio, para ser idónea a los fines perseguidos, la prueba contable debió informar la merma producida en las ventas de la parte actora, que deberían haberse reflejado en un incremento de ese rubro en la contabilidad de la demandada y de esa manera poder estimar el cálculo sobre el perjuicio que sufrió, operación que no se nota en el trabajo pericial llevado a cabo en autos. Así pues, la facturación de la demandada y de la actora, -respecto de esta o incluso, según los números indicados en el informe, se acrecienta durante los períodos en cuestión- no proporcionan datos convincentes para la estimación del daño. Además, el informe no discrimina entre los ingresos obtenidos por la venta de calzados, indumentaria o accesorios -siendo que, en definitiva, sólo los primeros forman parte del pleito-, sino que solo refleja la facturación global que tuvo durante determinados períodos (ver fs.

478vta./480). Al margen de esto, es evidente que no todas las ventas reflejadas en el informe pericial por Stone fueron efectuadas sobre productos en infracción. Desde otra perspectiva, cabe tener presente que la demandada no es una marca que recién se encuentra en sus comienzos y requiere de otra para generar sus propios clientes. El signo "STONE" se encuentra instalado en el mercado desde hace varios años, más precisamente desde 1992 (ver fs. 289), con una determinada trayectoria y con un amplio público en todo el país. Por otro lado, no puede estar ausente del análisis que no nos encontramos ante una vulgar copia servil de marca ajena. Existirán casos en donde el consumidor habrá adquirido los productos en infracción pensando que llevaba zapatillas Adidas pero, del mismo modo, también habrá supuestos en los que no incurrió en confusiones y sabía que compraba calzado Stone. Como he dejado traslucir en el cotejo que formulé en el Considerando IV, hay artículos de la emplazada en donde el riesgo de confundirlos con los de Adidas es mínimo y en algunos casos nulo; y otros en los que esa posibilidad es mayor, lo que por un lado disminuye más todavía la idoneidad del informe pericial como prueba para verificar el perjuicio y por otro torna más compleja la tarea de estimar la indemnización a reconocer. Ello se encuentra corroborado con el estudio realizado por "MBC MORIS" obrante a fs. 227/234 a fin de determinar el nivel de reconocimiento que tienen ambos modelos de zapatillas, por cierto agregado por la propia actora allí puede observarse en el gráfico de fs. 232 que el 51% de las personas a las que se le mostró la imagen de las zapatillas Stone afirmó que las mismas eran Adidas. Un 13% adicional mencionó que parecían Adidas pero no estaban seguros, un 17% consideró que eran Adidas "truchas" y un 7% señaló que parecían Adidas pero no lo eran. Como se aprecian, las reacciones del público consumidor son heterogéneas. En cuanto a las testimoniales rendidas en autos tampoco son de gran utilidad a fin de estimar el daño. No es un dato menor que se trata de declaraciones brindadas por empleados de la propia empresa, ya sea el gerente contable (señor MALINAUSKAS) o el responsable de ventas (señor PAMPIN). Al margen, están más que nada dirigidas a brindar información acerca de la cantidad de ventas que realiza Adidas anualmente, sin aportar algún dato contundente acerca de cómo pudo impactar en sus ventas las copias de las "TRES TIRAS" (ver fs. 362/366vta.). Obsérvese de la lectura de la testimonial obrante a fs. 363/364 del PAMPIN, que al ser interrogado para que informe si la presencia en el mercado de productos con dos y/o cuatro tiras ha generado alguna reacción en su cadena de distribución y/o consumidores, dijo que ha generado quejas de distribuidores porque en el mercado hay calzados utilizando dos y cuatro tiras y les generan un perjuicio económico (ver respuesta a la décimo tercera, fs. 363vta.). Si bien no obra en autos información acerca del vínculo entre Adidas y sus distribuidores, parece derivarse que el desmedro en las ventas no iría en detrimento exclusivo de la actora; lo cual corrobora la poca utilidad que reporta el informe pericial con sus sumas globales a los fines de ponderar la entidad del daño irrogado con el uso de los productos en infracción. También extraigo de interés de la deposición de este testigo que informa que los productos de la demandada no son los competidores principales de Adidas (ver respuesta 22 a fs. 364, coincidente con la respuesta décima del testigo MALINAUSKAS a fs. 362vta.). En fin, así como no se me escapa que pudo haber supuestos en donde la demandada habrá vendido calzado similar al registrado por la actora - máxime si se adhiere a la regla de la presunción del daño en materia marcaria-; no lo es menos que el Tribunal carece de medios probatorios que, por su idoneidad, puedan suministrarle alguna pauta para dar una cifra que sirva para enjuagar el daño. En esta encrucijada, el sentenciante no tiene otro camino que acudir a la potestad que le otorga el art. 165 del Código Procesal, como hizo la a quo. Más me parece un tanto inusitada la cifra que otorgó la sentenciante, pues los prudentes elementos que pondera en el Considerando V de ese decisorio y que en mi faena también analicé, me llevan a disminuir tal cantidad. Asimismo, como se ha dicho en casos relativos a imponer reparaciones por uso indebido de marcas es recomendable observar una actitud de prudencia en la fijación del resarcimiento, desde que la indemnización debe cumplir su función específica y no significar un indebido beneficio (conf. esta Sala, "El trust Joyero Relojero S.A." causa n° 4671/06 del 02.10.2011). Por lo expuesto, si mi ponencia es compartida corresponde reducir en \$2.000.000 (dos millones de pesos) el monto en concepto de indemnización a abonar por los productos en infracción que pudieron haberse comercializado. Dicha suma devengará los intereses fijados por la Señora Jueza, a partir de la presente sentencia y hasta el momento del efectivo pago. IX.- En mérito a lo expuesto, voto por confirmar la sentencia de fs. 592/599, en lo sustancial, y modificarla en cuanto al monto otorgado en concepto de indemnización, el cual se reduce a la suma de 2.000.000. En atención al resultado arribado y la dificultad extrema que en estos autos implicó determinar la indemnización, as costas de la Alzada se distribuyen por su orden (art. 68, segunda parte del C.P.C.C.N.). Los doctores Ricardo Víctor Guarinoni y Eduardo Daniel Gottardi por razones análogas a las expuestas por el doctor Alfredo Silverio Gusman adhieren al voto que antecede. En virtud del resultado que instruye el Acuerdo que antecede, esta Sala RESUELVE: confirmar la sentencia de fs. 592/599, en lo sustancial, y modificarla en cuanto al monto otorgado en concepto de indemnización, el cual se reduce a la suma de 2.000.000. En atención al resultado arribado y la dificultad extrema que en estos autos implicó determinar la indemnización, as costas de la Alzada se distribuyen por su orden (art. 68, segunda parte del C.P.C.C.N.). Regístrese, notifíquese y devuélvase. ALFREDO SILVERIO GUSMAN RICARDO VÍCTOR GUARINONI EDUARDO DANIEL GOTTARDI

034285E