

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL – SALA II Causa n° 5221/2013

AXION ENERGY ARGENTINA S.A. c/ GOOGLE ARGENTINA S.R.L. Y OTRO s/MEDIDAS CAUTELARES

Buenos Aires, 9 de mayo de 2014.- SD

**VISTO**: el recurso de apelación interpuesto por la sociedad accionante a fs. 136, concedido en relación a fs. 137, fundado con la presentación de fs. 138/140vta., contra la resolución de fs. 133/135; y

**CONSIDERANDO:**

1) Que la sociedad emplazante inició el presente incidente sobre medidas cautelares en los términos del artículo 50 del Acuerdo del ADPIC y el art. 232 del CPCyCN contra Google Argentina S.R.L. -en adelante Google- y Yahoo! de Argentina S.R.L. -en adelante Yahoo- a fin de que adopten las medidas técnicas necesarias para eliminar toda posibilidad de acceso a la URL ……/ -en adelante la URL-correspondiente al sitio ….. , -en adelante el SITIO- y a no publicar y/o indexar dicha URL y/o sus contenidos como resultado de la búsqueda “C.J.” (ver fs. 113).

Sostuvo para solicitar la medida que sus marcas “ESSO”, “SERVICENTRO” -en adelante las MARCAS- y la designación “AXION ENERGY” -en adelante la DESIGNACIÓN- son mencionadas en el sitio de referencia en forma indebida y vinculándolas falsamente al consumo de drogas y prostitución, lo que lesionaría el prestigio y reputación comercial de aquellas. Funda la responsabilidad de los buscadores demandados en la violación de las leyes 22.362 (arts. 4, 27, 28 y 31), los arts. 902; 1071 bis y 1109 del Código Civil.

2) Que el señor juez de la anterior instancia rechazó la medida precautoria pretendida por la sociedad emplazante.

Para así decidir consideró que no se encontraba suficientemente acreditada la verosimilitud en el derecho pues, como se desprende de la propia documentación acompañada por la parte actora, surge que no hay una vinculación directa entre los sitios pornográficos a los que se accede como motor para la búsqueda con las palabras “Ceci Jole” y la marca o servicios que aquella presta.

Agregó que, de acuerdo con la jurisprudencia del Más Alto Tribunal de la Nación, las medidas cautelares innovativas son medidas precautorias excepcionales lo que exige una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión.

Por último, señaló el magistrado que en el caso no se advierte la posibilidad de que se consume un daño irreparable.

3) Contra esta decisión la sociedad comercial actora interpuso recurso de apelación a fs. 136 que fue concedido en relación a fs. 137, cuyos agravios fueron expresados en el memorial de fs. 138/140vta.

La pretensora arguye que el *“a quo”* equivoca el objeto de la medida cautelar requerida pues no se intenta impedir que se produzcan vinculaciones entre las “MARCAS” y la “DESIGNACIÓN” con las páginas de pornografía que aparecen sino que la medida tiene como único objeto que las empresas demandadas adopten las medidas técnicas necesarias para eliminar toda posibilidad de acceso a la URL citada en el considerando 1) y a no publicar y/o indexar dicha URL y/o sus contenidos como resultado de la búsqueda “C.J.”. (ver fs. 138vta.)

La recurrente agrega que su parte no alegó que se estuvieran utilizando las MARCAS o la DESIGNACIÓN para identificar a producto o servicio alguno mas ello no implica que su mención en la URL no afecte la reputación comercial de aquella.

Sostiene la apelante que no resulta aplicable a la especie lo normado por el artículo 31 de la ley 11.723, pues no realizó cuestionamiento alguno sobre las imágenes sino únicamente con el comentario; como tampoco lo establecido en el art. 10 del Convenio de Berna.

Esgrime que cada día que los comentarios denigratorios permanezcan accesibles en los motores de búsqueda emplazados idéntico efecto avanza sobre las MARCAS y la DESIGNACIÓN y señala que los comentarios cuestionados no constituyen la difusión de información de actualidad o interés social, sino que simplemente desacreditan a las MARCAS y la DESIGNACIÓN.

4) Planteada así la cuestión traída a conocimiento de este Tribunal, conviene destacar en primer término que -tal como lo ha señalado el magistrado preopinante- para el dictado de una medida cautelar innovativa es requisito esencial que la actora tenga un fundado motivo para temer que se pudiera producir un daño inminente o irreparable (art 232 del CPCyCN).

Tal como lo ha ponderado el *“a quo”* es jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la medida cautelar innovativa es una medida excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (conf. C.S.J.N., fallos 316:1833; 318: 2431; 319:1069 y 321:695).

En este mismo orden de ideas este Tribunal ha sostenido en relación a las medidas innovativas que, dada su especial naturaleza, requieren para su dictado, además de la concurrencia de los presupuestos básicos generales de toda medida cautelar, un cuarto requisito que le es propio, cual es la posibilidad de que se consume un daño irreparable (cfr. esta Cámara, esta Sala, causa nro. 6921 del 1.9.89 y 5633/2011 del 14.3.12; Sala I, causa nro. 5.637/04, del 21.9.06 y 2344/2011 del 4.10.11; Sala III, causas nros. 3905 del 28.4.94; 1178/98 del 16.4.98 y 7.427/00 del 10.2.03; entre otras; CNCiv., Sala A, L. L. 1985-D,11 y L. L. 1986-C, 344; Peyrano, J. W., “Medida cautelar innovativa”, Buenos Aires, 1981, pág. 21 y sigtes.).

Así también se ha dicho que la verosimilitud del derecho debe surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa (cfr. Peyrano, J.W. “La verosimilitud del derecho invocado como presupuesto del despacho favorable de una medida cautelar innovativa”, L. L. 1985-D, 112).

5) Ello sentado, cabe señalar en primer término que el magistrado no confunde el objeto de la medida precautoria requerida por la emplazante, quizás el análisis que realizó de la cuestión sometida a su estudio no satisface a la aquí recurrente mas de acuerdo al cuarto párrafo de la resolución objetada se vislumbra la coincidencia entre lo pretendido y el objeto a estudio.

Arguye la quejosa que la mención de las MARCAS y la DESIGNACIÓN en la URL afectan su reputación comercial.

3

Y agrega que cada día que los comentarios denigratorios permanecen accesibles en los motores de búsqueda requeridos idéntico efecto avanza sobre las MARCAS y la DESIGNACIÓN cuya protección intenta.

6) Así las cosas, cabe reseñar que los comentarios anónimos objetados se vinculan con una persona concretamente individualizada que -según denuncia la emplazante- fue empleada de AXION ENERGY y hacen referencia a prácticas sexuales que se podrían haber llevado adelante por ésta durante su jornada laboral en la estación de servicio a la que estaba asignada; haciendo alusión también a la familia de aquella y a personal de la actora.

Ello establecido, corresponde destacar que a los fines de evaluar la verosimilitud del derecho invocado es necesario que de las constancias de la causa surja sumariamente acreditada la conducta antijurídica imputable a las demandadas respecto del *blog* en el que se encuentran -a criterio de la recurrente- los comentarios difamatorios y falsos.

La sociedad comercial accionante acompañó a estos obrados un acta notarial -del 24.7.2013- mediante la cual el escribano público constató que al ingresar a la página de Google, generando una búsqueda por los vocablos “C.J.” aparecían varias direcciones de páginas webs y que al seleccionar el vínculo “conociendo a la morbosa c.j.: una argentina en busca de..” aparecía una advertencia de contenido de Google, y que, una vez aceptada, se cargó la página de contenido erótico cuyas páginas fueron impresas y agregadas al instrumento de referencia (ver anexo II).

Ahora bien, tal extremo no ha podido ser corroborado por esta Sala al efectuar idéntico procedimiento, pues no surge la advertencia de contenido de Blogger; las páginas cuentan con formatos disímiles y no surge que se hubiera utilizado la tecnología del mencionado servicio que -en principio- sería de propiedad de la co-demandada, Google. Dicha circunstancia coincide -inicialmente- con la misiva que esta compañía envió a la pretensora al contestar la carta documento por ella remitida (ver fs. 56). De ello, surgiría –inicialmente- que existen circunstancias fácticas que han sido modificadas a la fecha.

7) Sin perjuicio de lo expuesto, cabe preguntarse ¿de qué manera se encontraría afectado el derecho a la propiedad de la actora, de acuerdo al derecho marcario, -de conformidad con el derecho invocado por la recurrente en el escrito constitutivo de las presentes (ver fs. 113/129)- cuando la propia parte afirma que no se utilizan las MARCAS o la DESIGNACIÓN para identificar producto o servicio alguno? No se advierte –en este estado liminar del proceso- de qué forma las emplazadas estarían violando el derecho a la exclusividad de la marca por el mero hecho de su mención en comentarios anónimos de un blog, cuya plataforma no pertenecería a aquellas.

Además, es dable examinar ¿qué entidad podría darse a los comentarios anónimos cuestionados subidos a un blog de una página de la web a la que se accede con palabras “claves” que en nada se vinculan a las MARCAS y la DESIGNACIÓN de la pretensora? ¿Qué daño irreparable o inminente podría ocasionar en la actividad o en la reputación comercial de aquella, teniendo en cuenta que la palabra clave para obtener los resultados de búsqueda aquí desplegados no resultan ser las MARCAS y la DESIGNACIÓN cuya protección se intenta sino el nombre, llamémosle, “artístico”, ni siquiera el civil de una ex empleada de la empresa accionante?

Las respuestas a estas posibles preguntas -en este estado liminar del proceso- llevan a esta Sala a confirmar el decisorio cuestionado.

De las constancias arrimadas al sub-lite hasta el momento no se vislumbra -*prima facie*- la posibilidad del daño irreparable o inminente según el criterio estricto con el que se deben ponderar los recaudos para la admisibilidad de una medida cautelar innovativa.

Ni siquiera la pretensora lo ha esbozado, limitándose a formular manifestaciones genéricas respecto a que tales comentarios afectan la reputación comercial de aquella pero no señala cómo o en qué circunstancias. Ni siquiera impugna la veracidad de los comentarios allí publicados.

Por otra parte, tampoco se puede obviar que no surge mención alguna a las MARCAS y la DESIGNACIÓN de la actora en los resultados que los motores de búsqueda han encontrado para los términos indicados, de acuerdo con los listados acompañados al inicio de las presentes.

En lo que se refiere a la posible afectación en la reputación de la sociedad comercial actora, en los términos planteados por ésta, vinculado a los comentarios difamatorios y falsos que contiene el SITIO, se debe señalar que el juicio de valor sobre ellos o de la responsabilidad de Google y/o Yahoo por el daño, excede ampliamente el limitado marco cognitivo de una medida precautoria, habida cuenta de que involucra aspectos fácticos y jurídicos que requieren mayor prueba y debate.

8) A los fundamentos expuestos se debe añadir que, ante la falta de una acentuada demostración inicial de que obran en la especie los requisitos necesarios para el dictado de la medida cautelar innovativa se debe priorizar la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión a través del servicio de Internet (art. 1º de la ley 26.032).

Por todo ello, recordando que los jueces no están obligados a tratar todos los argumentos articulados por las partes, sino únicamente aquellos que a su juicio resulten decisivos para la resolución de la contienda (CSJN, Fallos: 276:132; 280:320; 303:2088; 304:819; 305:537 y 307:1121, entre otros), el Tribunal **RESUELVE:** confirmar la resolución de fs. 133/135.

Hágase saber a los letrados la vigencia de las acordadas CSJN nº 31/11 y 38/13 -BO 17.10.13-.

La señora Jueza de Cámara doctora Graciela Medina no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

Regístrese, notifíquese y devuélvase a primera instancia.

**RICARDO VÍCTOR GUARINONI**

**ALFREDO SILVERIO GUSMAN**

6