

# COMPETENCIA DESLEAL

## Análisis del Decreto 274/2019

---

Directores:  
MIGUEL DEL PINO Y DEMETRIO ALEJANDRO CHAMATROPULOS



THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**

Chamatropulos, Demetrio A.

Competencia desleal: análisis del decreto 274-2019 / Demetrio A. Chamatropulos; Miguel del Pino. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019.

672 p.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-3851-2

I. Competencia Desleal. I. Pino, Miguel del. II. Título.

CDD 346.07

Copyright © 2019 by La Ley S.A.  
Tucumán 1471, 1050 Buenos Aires  
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723  
Impreso en la Argentina

Tirada: 1200

## ÍNDICE GENERAL

Prólogo .....	IX
<b>Ignacio Werner</b>	
Palabras introductorias.....	XI

### ASPECTOS INTRODUCTORIOS

Fundamentos jurídicos y económicos del régimen de competencia desleal <b>Guillermo Cabanellas de las Cuevas</b> .....	3
El Decreto de Necesidad Urgencia 274/2019, la competencia desleal y el Convenio de París <b>Jorge Otamendi</b> .....	15
La protección contra la competencia desleal. Un horizonte esperanzador para el caso argentino <b>Marcos F. L. Nazar Anchorena</b> .....	21
Pasado, presente y futuro del Régimen de Lealtad Comercial en Argentina <b>Miguel del Pino</b> .....	43
Los cambios del nuevo Régimen de Lealtad Comercial <b>Mariano Peruzzotti</b> .....	53
Análisis constitucional del Decreto de Necesidad y Urgencia 274/2019 (lealtad comercial) <b>Silvia B. Palacio de Caeiro</b> .....	67
Ejes del nuevo ordenamiento sobre Lealtad Comercial <b>Francisco Junyent Bas</b> .....	75

El orden público en las normas de lealtad comercial	
<b>Segundo J. Méndez Acosta</b> .....	95
El orden público en las normas de lealtad comercial: límites y particularidades	
<b>José I. Ondarcuhu</b> .....	103
<b>ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL</b>	
Actos de engaño como supuesto de competencia desleal	
<b>Luis D. Barry</b> .....	111
La confusión marcaria como elemento de la competencia desleal y su regulación actual en la Argentina	
<b>Sergio Ellmann</b> .....	121
Abuso de situación de dependencia económica y abuso de posición dominante	
<b>Diego Petrecolla y Marina Bidart</b> .....	133
El abuso de dependencia económica como acto desleal	
<b>Rafael F. Barreiro</b> .....	161
Obtención indebida de condiciones ventajosas bajo amenaza de ruptura de la relación comercial	
<b>Diego H. Serebrinsky</b> .....	171
Precios predatorios desde la órbita de la regulación de lealtad comercial	
<b>Ariel Irizar y Agustina Redondo</b> .....	193
Aprovechamiento indebido de la reputación ajena	
<b>José Sahián</b> .....	201
Las denominaciones de origen en el marco del nuevo Decreto de Necesidad y Urgencia sobre Lealtad Comercial	
<b>Iris V. Quadrio y Carol O'Donnell</b> .....	219
La imitación como supuesto de competencia desleal	
<b>Mariano Peruzzotti y María Milagros Astesiano</b> .....	231

## Índice general

La denigración como supuesto de competencia desleal	
<b>Alejandra N. Tévez</b> .....	241
La violación de secretos como supuesto de competencia desleal	
<b>Gustavo P. Giay</b> .....	247
Competencia desleal derivada de la violación de normas	
<b>Marcelo den Toom y Adrián Furman</b> .....	267
Inducción a la infracción contractual	
<b>Andrés Sánchez Herrero</b> .....	279
Discriminación de precios en el Régimen de Lealtad Comercial: similitudes y diferencias con el Régimen de Defensa de la Competencia	
<b>Valentina Pozzoli y Paloma Tacchella</b> .....	293

## PUBLICIDAD, PROMOCIONES E INFORMACIÓN

La publicidad engañosa en el nuevo Régimen de Lealtad Comercial	
<b>Demetrio Alejandro Chamatropulos</b> .....	305
El régimen actual de la publicidad comparativa	
<b>Fulvio G. Santarelli</b> .....	321
La publicidad de medicamentos y el nuevo Régimen de Lealtad Comercial	
<b>Franco Rizzo Jurado</b> .....	327
El nuevo régimen de certámenes, sorteos y concursos (promociones)	
<b>Hernán Casares</b> .....	339
Concursos, sorteos y promociones en la nueva regulación sobre Lealtad Comercial	
<b>Leonardo Gianzone</b> .....	351
La identificación del producto como una manifestación de la obligación de informar	
<b>María Paula Arias y Julieta B. Trivisonno</b> .....	371

## ACCIONES JUDICIALES Y REPARACIÓN DE DAÑOS

Daños y perjuicios según el Decreto de Necesidad y Urgencia de Lealtad Comercial	
<b>Diego P. Povolo</b> .....	385
Resarcimiento de daños y perjuicios por actos de deslealtad comercial	
<b>Diego F. Martinotti</b> .....	397

## ENFOQUE ECONÓMICO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Nuevo Régimen de Lealtad Comercial en la Argentina: algunas consideraciones económicas	
<b>Eduardo Stordeur (h.)</b> .....	409
La lealtad comercial como herramienta de defensa del individuo. La competencia leal desde el análisis económico	
<b>Federico Ferreyra Marquesto</b> .....	427
Análisis económico de la competencia desleal: el caso colombiano y la revisión de la norma argentina	
<b>Javier F. Franco Mongua y Diego F. Rey-Guerrero</b> .....	439

## VINCULACIONES CON OTRAS MATERIAS

El sistema electrónico de resolución de conflictos en las relaciones de consumo	
<b>Sergio Sebastián Barocelli</b> .....	465
Vinculación entre lealtad comercial, defensa de la competencia y defensa del consumidor	
<b>Guillermina Tajan</b> .....	473
Pluralismo jurídico: Derecho del Consumidor, Defensa de la Competencia y Lealtad Comercial. ¿Regímenes similares o diferentes?	
<b>María L. Martínez y Marcelo Quaglia</b> .....	493

## Índice general

Defensa de la competencia y lealtad comercial, ¿destinos comunes, caminos diferentes?	
<b>Santiago del Río e Ignacio Mora</b> .....	501
Nuevo Régimen de Lealtad Comercial y su vinculación con el derecho penal	
<b>Fernando Frávega y Andrés O'Farrell</b> .....	511
El decreto 274/2019 sobre Lealtad Comercial y la Protección de los Derechos de Autor y de los Derechos Conexos (nuevas reglas de juego para el mercado de las industrias culturales)	
<b>Marcelo García Sellart</b> .....	519
Competencia desleal, propiedad intelectual y nuevas tecnologías. El caso de las bases de datos y el <i>big data</i>	
<b>Pablo A. Iannello</b> .....	527
La competencia desleal en Internet	
<b>Pablo A. Palazzi</b> .....	537
El deber del trabajador de no afectar al competidor de su empleador	
<b>Ricardo Arturo Foglia</b> .....	549
Derecho tributario y competencia desleal	
<b>Ariadna Laura Artopoulos</b> .....	553
Impuestos y competencia desleal	
<b>Humberto J. Bertazza</b> .....	563
El nuevo Régimen de Lealtad Comercial en la Argentina. ¿Hora de actualizar nuestros programas de <i>compliance</i> ?	
<b>Federico A. Volujewicz</b> .....	567

## DERECHO COMPARADO

A repressão à concorrência desleal no Brasil	
<b>Tatiana Campello, Bruno Drago y Jéssica Jatobá de Lima</b> .....	581

Aspectos relevantes del régimen legal brasileño sobre competencia desleal <b>Fabiano Koff Coulon y Rafael de Freitas Valle Dresch</b> .....	597
Régimen de Lealtad de la Competencia en Colombia <b>Emilio García R.</b> .....	605
La competencia desleal en Paraguay, una mirada amplia ante un catálogo normativo disperso <b>Marta Martínez</b> .....	623
La competencia desleal en el Uruguay. Ámbito de aplicación, alcance, configuración y nuevas tendencias en materia de daños y perjuicios <b>Jorge Achard y Pablo Monsuárez</b> .....	629
El régimen de competencia desleal en el derecho francés <b>Juan C. Villalba Cuéllar</b> .....	637



## Prólogo

---

*“Leal. adjetivo/nombre común. Que es incapaz de traicionar o engañar, actúa con respeto y fidelidad a sus principios morales, a sus compromisos o hacia la persona que lo ayuda, protege o mantiene”.*

En este prólogo me gustaría compartir la esencia del nuevo decreto de lealtad comercial, cómo nace y cuál es su uso práctico. En los últimos años hemos podido observar distintas situaciones notoriamente injustas que se dan a diario en el comercio local y notamos que para muchos de esos casos no existía una regulación específica que sirva para la defensa de los comerciantes, que no encontraban la manera de resolver estos conflictos en forma rápida y eficiente. Es por eso por lo que nos propusimos, desde que comenzamos con la elaboración de esta norma, seguir un rasgo característico del comercio: la practicidad. Esta nueva norma no es un ejercicio académico, sino una herramienta para resolver problemas actuales y situaciones de hecho que se dan en el comercio de nuestro país. Esta demanda por un tratamiento equitativo fue la que ideó la nueva norma: había que poner fin al abuso de aquellos que sacan una ventaja por sobre el resto de los competidores manejándose por fuera de las normas, y así proteger a aquel que es leal en su oficio y se preocupa por mejorar la calidad de lo que ofrece para mejorar su posicionamiento en el mercado.

En cuanto a la confección de la norma se tuvo en cuenta lo contemplado por el derecho comparado. Se tomaron como referencia los casos suizo, alemán y español y, a su vez, la experiencia americana de Chile, Perú y Colombia.

Es importante entender la necesidad de tener una regulación moderna en lealtad comercial, a partir de comprender al comercio interior como una actividad única que tiene tres grandes normas que lo regulan: defensa de la competencia, lealtad comercial y defensa del consumidor. Las nuevas modificaciones que se han efectuado tienen como clara meta dar mayor practicidad y agilidad a la resolución de conflictos, generando mayor dinámica e igualdad en el comercio. En lo que respecta a la defensa del consumidor, se está creando el nuevo sistema electrónico de resolución de conflictos donde se busca simplificar los trámites para el consumidor y que todo su reclamo frente a la empresa sea mediante un sistema electrónico sin audiencias presenciales, siendo una herramienta práctica tanto para los consumidores como para las empresas. En lo que respecta a la defensa de la competencia, estamos concluyendo el proceso correspondiente a la constitución de la Autoridad Nacional de la Competencia, un organismo descentralizado y autárquico que se encargará de llevar a cabo y resolver todos los conflictos respecto a situaciones de competencia donde importe un interés económico general, conformado por especialistas en la materia, seleccionados a través de concurso público con la participación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, la Academia Nacional de Ciencias Económicas y la Procuración del Tesoro de la Nación. Para completar el *aggiornamento* de estos tres pilares faltaba lealtad comercial y lo hicimos con una clara impronta: darle al empresario un mecanismo dinámico y eficiente, tratando de adecuar la duración del procedimiento al tiempo del comercio, algo que no ocurre cuando los conflictos tramitan por un proceso ordinario.

Como decía al comienzo, nuestra idea es resaltar la practicidad de esta nueva norma y la utilidad que tiene para las empresas que comercian en nuestro país. Es por ello por lo que me gustaría resaltar el eje de esta nueva norma que es su art. 10, donde se enumeran supuestos particulares de actos desleales. Aclaro, una vez más, que estos supuestos no son producto de nuestro ingenio, sino que nacen a partir de todas las instancias en las cuales los comerciantes han manifestado situaciones injustas que se dan actualmente en el comercio y que no encontraban una forma rápida y eficiente para resolverlas. El derecho acompaña una realidad y en el comercio esto se ve muy claro: siempre es el comerciante el que modifica conductas a partir de su oficio y conocimiento, para que luego el derecho identifique esa nueva realidad y la regule. Es por eso por lo que nunca sirvieron en la práctica comercial figuras e institutos impuestos desde el derecho para los comerciantes, siempre lo que termina funcionando es la dinámica inversa, y esto es lo que tratamos de reflejar en esta nueva ley.

**IGNACIO WERNER**

*Secretario de Comercio Interior  
de la Nación Argentina*

## Palabras introductorias

---

El dictado del decreto 274/2019 en abril pasado (denominado de “Lealtad Comercial”) generó un impacto de importancia en tanto vino a complementar las regulaciones existentes en la también reciente ley 27.442 de Defensa de la Competencia (vigente desde el mes de mayo de 2018). Este nuevo panorama podría terminar de completarse si se aprueba el actual Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor impulsado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el marco del Programa “Justicia 2020”.

Si bien parte de su contenido replica soluciones ya incluidas en el esquema legal anterior (la ley 22.802), también introduce grandes novedades que intuimos que serán, precisamente, las que mayor trabajo y esfuerzo implicarán para los operadores jurídicos, pues no estarán exentas de controversias.

Al sentarnos a idear el índice de esta obra, la separamos en distintos ejes temáticos, intentando realzar lo relativo a los distintos supuestos de competencia desleal que constituyen, de algún modo, el corazón del régimen legal instituido. Asimismo, para ganar claridad expositiva, tomamos similar metodología a la utilizada en la anterior obra colectiva que llevamos adelante (*Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*). Así, a continuación del prólogo, los destinatarios de este libro verán clasificados los trabajos en las siguientes secciones: a) Aspectos introductorios; b) Actos de competencia desleal; c) Publicidad, promociones e información; d) Acciones judiciales y reparación de daños; e) Enfoque económico de la competencia desleal; f) Vinculaciones con otras materias; y g) Derecho comparado.

Este aporte no pretende ser un análisis artículo por artículo del marco normativo vigente. Incluso advertirá el lector que hay temas que han sido abiertamente omitidos de modo casi completo, como los referidos a la autoridad de aplicación, al procedimiento administrativo y sus distintas vicisitudes y a las sanciones. Todo ello en la inteligencia de que la prioridad y el alcance limitado de las páginas con las que contamos invitaban a que el foco sea puesto, más bien, dentro de esta primera etapa, en explicaciones sobre los denominados “institutos de fondo”, salvo algunas pocas excepciones como las que corresponden, por ejemplo, a puntuales aspectos procesales de las acciones judiciales y de daños. Amén de lo expresado, primó en quienes concebimos esta obra y en la editorial el pleno convencimiento de que el público necesitaba contar pronto con material de consulta que tocara los puntos fundamentales del decreto (aun a riesgo de que se evidencien esas omisiones) antes que esperar mucho tiempo para tener a disposición un trabajo más completo.

Dicho todo lo anterior, solo nos queda agradecer de un modo especial a las más de cincuenta personas que participaron de este esfuerzo colectivo, escribiendo y aportando de modo generoso sobre sus áreas de experiencia. Muchos nos han acompañado, incluso, en obras previas sobre temáticas vinculadas que hemos dirigido, razón por la cual nuestra deuda de gratitud hacia ellos se incrementa. Ese agradecimiento merece expresa personalización en el caso de Mariano Peruzzotti quien, además de participar con dos trabajos de su autoría, nos ayudó de manera significativa y

desinteresada en todo el proceso de armado de la obra, acercando, por iniciativa propia, a valiosos autores que “no teníamos en el radar” y que entregaron aportes de mucha calidad.

Por último, el solo repaso de los nombres de quienes aquí escribieron permite observar la amplia heterogeneidad de ideas sobre el tema que nos ocupa, resaltando que se pudo lograr también la participación de personas provenientes de diferentes generaciones y de distintos ámbitos (autoridades administrativas, Poder Judicial, abogados practicantes en la materia, académicos e investigadores, invitados extranjeros, etc.). Haber podido reunir a todos ellos en la empresa llevada adelante nos llena de orgullo y satisfacción.

Es nuestro sincero deseo que los lectores puedan ver cumplidas sus expectativas al sentarse frente a los más de cincuenta trabajos aquí incluidos.

**MIGUEL DEL PINO Y DEMETRIO ALEJANDRO CHAMATROPULOS**

# **ASPECTOS INTRODUCTORIOS**

.....



# Fundamentos jurídicos y económicos del régimen de competencia desleal

---

GUILLERMO CABANELLAS DE LAS CUEVAS (\*)

## I. Introducción

La sanción del dec. 274/2019 ha implicado una alteración fundamental en el régimen argentino de la competencia desleal. Gran parte de ese decreto está dirigida a establecer reglas sustantivas en materia de competencia desleal y otra porción significativa de su articulado está destinada a establecer un marco procesal para la implementación de las normas sobre competencia desleal.

Las nuevas normas vienen a superar una evidente falencia de la legislación argentina de la competencia. Las reglas sobre competencia desleal, en esa legislación, no se encontraban mínimamente ordenadas y sistematizadas, sino —por el contrario— dispersas en múltiples conjuntos normativos de diverso orden y origen, p. ej., tratados, leyes, decretos y otras disposiciones reglamentarias (1). Este desordenado conjunto presenta múltiples vacíos, incoherencias y cuestiones no resueltas, que han dificultado el conocimiento y aplicación del régimen de

competencia desleal en nuestro país. El citado dec. 274 supera muchas de estas falencias; es de lamentar que se haya recurrido al dictado de un decreto de necesidad y urgencia para intentar el tan esperado ordenamiento del régimen argentino de competencia desleal (2).

El presente estudio examinará los principales aspectos de la inserción del régimen de competencia desleal en el orden jurídico general. También incluirá una evaluación de tal régimen desde el punto de vista económico.

## II. El concepto de competencia desleal

La comprensión del régimen de competencia desleal requiere partir de la delimitación de un régimen general de competencia; tal régimen general es característico de las economías de mercado contemporáneas y es un elemento central de su organización jurídica.

Los agentes económicos participan en el mercado utilizando múltiples instrumentos jurídi-

---

(\*) Licenciado en Economía y abogado (Universidad Nacional de Buenos Aires); máster en Derecho Comparado y doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de Illinois); exinvestigador del Instituto Max Planck (Munich); profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires y de la Universidad de San Andrés; socio de DLA Piper Argentina.

(1) Respecto del régimen argentino de competencia desleal anterior al dec. 274/2019, cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo - PALAZZI, Pablo - SÁNCHEZ HERRERO, Andrés - SEREBRINSKY, Diego H., *Derecho de la competencia desleal*, Heliasta, Buenos Aires, 2014.

(2) No es objeto de este estudio evaluar la validez y constitucionalidad de la sanción de un decreto de necesidad y urgencia con las características del 274/2019. Cabe tan solo mencionar posibles objeciones tales como su contenido penal y la falta de dificultades insuperables para la actuación inmediata del Congreso nacional. A ello se suman razones de oportunidad, pues mal nace un régimen de la importancia y durabilidad que cabe esperar para el de competencia desleal, cuando ni siquiera tiene un trámite parlamentario regular. De esta forma la efectividad del régimen analizado se verá afectada por la permanente amenaza de impugnaciones contra su constitucionalidad.

cos, particularmente derechos de propiedad y contratos. La interacción en ese ámbito genera mejores o peores posicionamientos en términos de volumen y rentabilidad de negocios. Los medios y prácticas utilizables para alcanzar y disputar esos posicionamientos no quedan librados a la mera voluntad de los participantes, sino que están sujetos a restricciones de distintos tipos, que conforman el régimen jurídico de la competencia. Este régimen, desarrollado fundamentalmente a lo largo de los últimos doscientos años, tiene dos componentes fundamentales: el régimen de defensa de la competencia (3) y el de competencia desleal. El primero tiende a evitar las conductas que impiden los comportamientos competitivos —al neutralizar la independencia en las decisiones de los agentes económicos, o impedir el ingreso a los mercados o la libertad de elecciones de los participantes— o que configuran abuso de posición dominante —que consisten, básicamente, en conductas económicamente disfuncionales que serían imposibles en un contexto de competencia efectiva— (4). El segundo busca que la competencia se desenvuelva con medios lícitos y económicamente funcionales, o sea basándose en la calidad y precio de las prestaciones (5). Se conforma así un régimen legal general de la competencia, caracterizado por tutelar un modelo de competencia efectiva y leal. Tal modelo requiere la independencia en las decisiones entre competidores, la posibilidad de ingreso y salida del mercado y la libertad para elegir con quién operar, así como que los medios competitivos se basen en la calidad y precio de las prestaciones.

(3) Incluido en la Argentina en la ley 27.442 y normas reglamentarias.

(4) Respecto de los elementos fundamentales del régimen de defensa de la competencia, cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo - SEREBRINSKY, Diego H., *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Heliasta, Buenos Aires, 2017.

(5) Cfr. en tal sentido CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y otros, *Derecho de la competencia desleal*, cit., ps. 231 y ss.; MASSAGUER, José, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, ps. 109 y ss.; ACEVEDO, Rafael A., “El modelo de la competencia basada en la eficiencia de las propias prestaciones y la publicidad desleal”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1998, t. 31, ps. 495 y ss.

Los elementos de este régimen deben guardar coherencia entre sí, pues esta es una meta que caracteriza a todo el régimen jurídico en su conjunto. Pero los instrumentos y principios que utiliza, en sus dos ramas fundamentales —el derecho de defensa de la competencia y el derecho de la competencia desleal— son radicalmente diferentes. El primero busca evitar que la competencia se debilite o que, de estar comprometida por la existencia de posiciones dominantes, no conduzca a resultados incompatibles con las metas del régimen de mercado en su conjunto. El segundo, que el afán competitivo lleve a emplear medios destructivos de los bienes económicos que se busca crear o amparar.

Trazado este contexto general, resulta dificultoso delinear con mayor precisión el concepto de competencia desleal (6). En el derecho comparado se encuentran múltiples fórmulas que ponen de manifiesto estas dificultades. Se encuentra así la definición de la competencia desleal en la violación de la buena fe —como lo hace la ley española (7)—, o de los usos honestos en materia industrial o comercial —como lo hace el art. 10 bis del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial—, entre muchas otras fórmulas legales y doctrinarias. Pero estas fórmulas no van más allá de identificar en la competencia desleal un obvio pero indefinible elemento de deslealtad.

El dec. 274 tropieza con el mismo e inevitable problema. Lo enfrenta de dos maneras. En su art. 8º prohíbe, en forma general, los actos de competencia desleal, sin definirla. En el art. 9º establece que constituye un acto de competencia desleal toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo. El primer artículo implica eludir la definición de competencia desleal. El segundo utiliza criterios en tal medida carentes de contenido o límites definidos —“medios indebidos”, “adecuado funcionamiento del proceso competitivo”— que no va más allá del primero o establece que son actos de competencia desleal los

(6) Cfr. al respecto CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y otros, *Derecho de la competencia desleal*, cit., ps. 217 y ss.

(7) Ley 3/1991, y sus modificaciones, art. 4º, apart. 1º.



actos de competencia que sean desleales. Ello no es un enfoque errado, pues pone de manifiesto la imposibilidad —generalizada en el derecho comparado— de dar una definición legal, con un contenido jurídicamente operativo, de competencia desleal. En lugar de utilizar fórmulas falsamente objetivas —como la de “buena fe”— o apartadas del contenido efectivo que hoy tiene el régimen de competencia desleal —como las que remiten a los “usos honestos”— queda claro que se hace remisión a criterios respecto de qué se entenderá por “medios indebidos” o por “adecuado funcionamiento del proceso competitivo”, que deben extraerse del sistema jurídico en su conjunto, particularmente de las figuras especiales de competencia desleal que aporta la propia legislación, y del modelo de competencia lícita, en cuya construcción predomina actualmente el criterio de competencia basada en la calidad y el precio de las prestaciones.

Queda claro, por otra parte, que de las mentadas figuras incluidas en los arts. 8° y 9° del dec. 274, el mero daño ocasionado por la actividad competitiva no es ilícito ni sancionable; afectar la posición competitiva de un rival es una consecuencia normal de la competencia lícita y solo cuando los medios usados son indebidos pueden aplicarse las consecuencias previstas con respecto a la competencia desleal. El ámbito competitivo es el típico contexto en que se manifiesta que la mera causación de daños no genera responsabilidad ni es ilícita, en ausencia de una regla adicional que imponga esas consecuencias jurídicas (8).

### III. Ubicación del dec. 274 en el universo jurídico

Por diversas razones, la aplicación e interpretación del dec. 274 requiere determinar su ubicación en el universo jurídico. Como todo cuerpo normativo, ese decreto forma parte de un sistema jurídico mucho más amplio, en el

(8) Cfr. el art. 1717 del Cód. Civ. y Com. El daño ocasiona responsabilidad si no está justificado. El daño resultante del procedimiento competitivo regular es consecuencia lícita de este, y está amparado por el derecho de la competencia en su conjunto. La competencia efectiva implica la posibilidad de afectar la posición competitiva de un rival, con los daños consiguientes, y la competencia efectiva es la conducta exigida por el derecho de defensa de la competencia para los agentes económicos.

que debe integrarse en forma coherente. De esa ubicación dependerán las reglas, supletorias e interpretativas, que se aplicarán para dar contenido concreto a la mencionada normativa.

Decir que el derecho de la competencia desleal forma parte del derecho de la competencia es una afirmación verdadera, pero de muy limitado valor o consecuencias. El derecho de la competencia no tiene reglas o principios propios que no sean los que surgen de cada uno de sus componentes principales, el derecho de defensa de la competencia y el derecho de la competencia desleal.

Un mayor valor tiene el calificar al derecho de la competencia desleal como parte del derecho económico. Este está conformado por las reglas dirigidas a sentar el marco en que se desarrollará la actividad económica, e incluye a las normas relativas al funcionamiento de los mercados y de las conductas que allí se desenvuelven (9). Pero la categoría de derecho económico es excepcionalmente amplia y difusa, incluye normas de derecho administrativo, de derecho comercial, de derecho penal y de varias otras ramas. Además, carece de una estructura o conceptos propios y el encuadramiento de ciertas normas como parte del derecho económico poco o nada aporta a la hora de determinar las reglas generales, de interpretación o supletorias que permitan una aplicación eficaz de las normas en cuestión (10). Así, en el caso del derecho de la competencia desleal, lo que permite construir la aplicación de ese derecho no es que sus normas formen parte del derecho económico, sino que tengan —según los casos— carácter penal o administrativo (11), o que den origen a responsabilidad civil extracontractual, con la consiguiente aplicación del régimen de derecho privado correspondiente.

(9) Cfr. al respecto OLIVERA, Julio H. G., *Derecho económico*, Macchi, Buenos Aires, 1981; REICH, Norbert, *Mercado y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1985.

(10) Existen algunas facetas del encuadramiento en el derecho económico que inciden sobre la aplicación de las normas así calificadas; tal el caso, particularmente, del principio de realidad económica. Cfr. al respecto OLIVERA, Julio H. G., *Derecho económico*, cit., *passim*. Este principio se encuentra incorporado al art. 6° del dec. 274/2019.

(11) Cfr. en tal sentido el art. 3° del dec. 274/2019.

Mayor importancia tiene la inclusión del derecho de la competencia desleal dentro del ámbito del derecho de la propiedad industrial y, consiguientemente, de la propiedad intelectual en sentido amplio (12). Esta relación es reconocida expresamente en los considerandos del dec. 274. De tal relación resultan aplicables a la competencia desleal, además de las normas específicas que prevén los artículos 10 bis del Convenio de París y 39 del Acuerdo TRIP, las reglas generales de tales convenios y, particularmente, los principios de trato nacional (13) y de trato de la nación más favorecida (14).

Debe observarse, sin embargo, que la inserción del régimen de competencia desleal en la propiedad industrial plantea ciertos problemas específicos. El régimen de propiedad industrial se basa, generalmente, en el reconocimiento de derechos subjetivos y en la configuración de bienes inmateriales, tales como marcas registradas o patentes de invención. En cambio, el régimen de competencia desleal, aunque crea derechos subjetivos, no lo hace expresamente, sino que se basa en prohibiciones de conductas no definidas en función de bienes inmateriales. Determina ámbitos prohibidos delimitados en función del sujeto activo del ilícito, en lugar de crear o tutelar ámbitos de protección en cabeza de determinados sujetos (15). En general y a diferencia de las otras ramas de la propiedad intelectual, el régimen de la competencia desleal

no define bienes inmateriales concretos que resulten tutelados.

Otra diferencia entre la técnica jurídica de la propiedad intelectual y la del derecho de competencia desleal es que aquella se basa en la delimitación de derechos subjetivos concretos —marcas, patentes, derechos de autor, etc.— y en prohibiciones contra las violaciones de esos derechos; en cambio, el eje del régimen de competencia desleal es una figura general abierta, consistente en la prohibición de conductas definidas con gran vaguedad, que se amolda a la evolución del ámbito tecnológico y comercial de la competencia (16).

Ciertos aspectos del régimen de competencia, particularmente dentro de los comprendidos en el dec. 274 tienen características propias de otras ramas fundamentales del ordenamiento jurídico, y se rigen supletoriamente por las reglas generales pertenecientes a tales ramas. En particular, los arts. 57 y ss. de ese decreto prevén la imposición de sanciones, creando así un sistema penal administrativo que se regirá por las reglas generales propias de esos sistemas y supletoriamente por las del régimen penal general (17); el procedimiento para la imposición de estas sanciones se rige supletoriamente por los principios de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (18); la responsabilidad civil derivada de la violación de las prohibiciones incluidas en el dec. 274 se rige por el régimen general de responsabilidad civil incluido en el Código Civil y Comercial (19); el procedimiento respecto de acciones que no tengan por objeto la imposición de las sanciones punitivas previstas en el dec. 274 se rige por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (20).

(12) Entendida como incluyendo tanto a los derechos de autor y a la propiedad intelectual en sentido estricto, y a la propiedad industrial.

(13) O sea, que los nacionales de los países miembros de dichos acuerdos tengan los mismos derechos que los nacionales del país que otorga la protección. Cfr. los arts. 2º del Convenio de París y 3º del Acuerdo TRIP.

(14) O sea que se extiendan a los nacionales de los países miembros los mismos beneficios otorgados a los nacionales de otros países. Cfr. el art. 4º del Acuerdo TRIP.

(15) P. ej., el derecho de la competencia desleal establece una serie de prohibiciones respecto de la publicidad engañosa, sin que por ello se cree una suerte de bien inmaterial consistente en el derecho a no ser objeto de publicidad engañosa.

No siempre el derecho de la competencia desleal hace uso de una técnica normativa basada en prohibiciones; en materia de secretos e información confidencial, las prohibiciones propias del derecho de la competencia desleal son función de reglas previas que adjudican y determinan derechos sobre esos secretos e información.

(16) Cfr. MASSAGUER, José, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, cit., p. 81.

(17) Arg. art. 4º del Cód. Penal.

(18) Cfr. el art. 3º del dec. 274/2019. También es aplicable supletoriamente el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; cfr. el art. 67 del dec. cit.

(19) Ídem, art. 65.

(20) Ídem, art. 67.

#### IV. El dec. 274 y las restantes normas sobre competencia desleal

El derecho de la competencia desleal se caracterizaba, en la Argentina, por su falta de sistematización legislativa y por su dispersión en múltiples cuerpos normativos de muy variable naturaleza. Si bien fenómenos similares se encuentran en países que han sido líderes en la formación de esta rama jurídica —particularmente Francia y los Estados Unidos— esa falta de sistematización conducía a múltiples dificultades, entre las que cabe mencionar la débil coherencia del régimen en su conjunto y los obstáculos para su correcto conocimiento y aplicación.

El dec. 274, siguiendo la metodología hoy predominante en los países con regímenes jurídicos similares al argentino, crea una estructura normativa sistematizada en la materia que facilita marcadamente la implementación de sus elementos y evita muchas de las inconsistencias presentes en el régimen anterior. Sin embargo, no constituye un cuerpo normativo excluyente en la materia, pues existen múltiples reglas propias del régimen de competencia desleal que coexisten con el citado decreto, algunas expresamente mencionadas por este, y otras que preservan su vigencia al no haber sido derogadas por el dec. 274 ni ser inconsistentes con éste. Cabe destacar las siguientes:

a) Los arts. 10 bis y 10 ter del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial incluyen diversas reglas en materia de competencia desleal. Especial importancia tenía el párr. 2º del art. 10 bis, que prevé una definición general de acto de competencia desleal. En el régimen anterior al dec. 274 esta figura general de competencia desleal era de fundamental importancia, pues no existía otra aplicable en el derecho argentino. Pero en la actualidad esta figura general convive con la del art. 9º del dec. 274, pues el Convenio de París permanece plenamente en vigor. Entendemos que no existe contradicción entre una y otra figura, y que predomina la del citado art. 9º. La figura del art. 9º es más amplia que la del art. 10 bis del Convenio de París, que hoy aparece como excesivamente restringida, al referirse —como criterio de corrección competitiva— a los usos industriales y comerciales. El art. 9º del dec. 274 prevé como

desleal el uso de todo tipo de medios indebidos, o sea todos aquellos contrarios al modelo de competencia basada en la eficiencia de las prestaciones y no solo el que sea condenado por los usos. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el Convenio de París requiere un mínimo de protección, pero no impide una protección más amplia como la que surge del art. 9º del dec. 274(21). Cabe observar que la continuidad de la aplicabilidad de las reglas del Convenio de París en materia de competencia desleal tiene consecuencias jurídicas, particularmente en cuanto el principio de trato nacional, incluido en ese Convenio, impide en esta materia el trato discriminatorio contra nacionales de otros países miembros.

b) El art. 39 del Acuerdo TRIP incluye reglas de implementación del art. 10 bis del Convenio de París. Estas reglas mantienen su vigencia, en virtud de la jerarquía que dicho acuerdo tiene en el sistema jurídico argentino, además de no ser contradictorio con el régimen del dec. 274. Es más, este incluye en su art. 10, inc. j), una disposición que cabe considerar como interpretativa del Acuerdo TRIP; tomando partido en un tema ampliamente debatido con respecto al art. 39 del Acuerdo TRIP(22), el art. 10, inc. j), declara que la aprobación del registro o de la autorización de comercialización establecida al amparo de procedimientos de aprobación para productos similares establecidos en el art. 5º de la ley 24.766(23), por parte de la autoridad administrativa local, no se considerará un acto de competencia desleal.

c) El Código Penal incluye diversos tipos aplicables a conductas comprendidas en el dec. 274. En especial incluye una figura de competencia desleal en su art. 159, muy deficientemente delineada y con escasa aplicación. Asimismo, el

---

(21) Una relación similar existe con los casos concretos de competencia desleal previstos en el párr. 3º del art. 10 bis del Convenio de París. Los casos concretos previstos en el dec. 274 son más amplios, pero ello no es violatorio de las exigencias del Convenio de París, pues este tiene por función sentar un mínimo de protección.

(22) O sea, el de la licitud de la utilización de datos de prueba a los fines del otorgamiento de autorizaciones para la comercialización de productos farmacéuticos.

(23) Básicamente, especialidades medicinales y farmacéuticas.

art. 156 del citado Código incluye una figura de violación de secretos, que se superpone parcialmente con la incluida en el art. 10, inc. j), del dec. 274. Ello, sin perjuicio de otras figuras penales menos enfocadas en aspectos de la competencia desleal —p. ej., las de defraudación o estafa—, pero que también pueden comprender actos punibles bajo el dec. 274. Se producen así situaciones de posible concurso ideal, que deben resolverse conforme con las reglas generales aplicables en tales casos (24). De mayor gravedad que el problema conceptual de estos casos de concurso ideal es la confluencia de la jurisdicción en materia penal ordinaria y la que en sede administrativa prevé el dec. 274, para cuyo conflicto no existe una solución precisa.

d) La ley 24.766 incluye una normativa dirigida a la tutela de la información confidencial, así como a otros aspectos vinculados a las reglas del dec. 274, especialmente aquellas relativas a secretos. Las normas de la ley 24.766 no solo mantienen su vigencia, sino que son necesarias para la aplicación del dec. 274, dado que coadyuvan a la determinación de la titularidad y derechos relativos a la información confidencial, cuya violación puede configurar una infracción bajo el dec. 274.

e) El derecho argentino incluye una compleja normativa en materia de denominaciones de origen e indicaciones de procedencia (25). El dec. 274 incluye en sus arts. 23 y 24 normas sobre denominaciones de origen, pero expresamente señala que tal normativa se aplica “sin perjuicio de lo establecido por las leyes Nros. 22.362 y sus modificatorias, 24.425, 25.163, 25.380 y su modificatoria y 26.355”.

f) Ciertas conductas previstas en el dec. 274 son también susceptibles de configurar abusos de posición dominante o prácticas restrictivas

(24) El art. 7° del dec. 274 prevé que los actos sancionados como actos de competencia desleal bajo ese decreto, lo sean “sin perjuicio de la aplicación de las sanciones establecidas por otras normas”. Pero ello no puede interpretarse como una anulación de las normas generales en materia de concurso ideal, entre otros motivos porque ello llevaría a la violación de principios penales de raigambre constitucional.

(25) Cfr. al respecto CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y otros, *Derecho de la competencia desleal*, cit., ps. 469 y ss.

de la competencia, sancionables bajo la ley 27.442. El art. 7° del dec. 274 prevé tales casos disponiendo que se regiran por la ley 27.442.

## V. La metodología del dec. 274

El decreto aquí analizado sigue, en lo esencial, la metodología de las leyes europeas contemporáneas en la materia, basándose en una figura general de competencia desleal y en la enumeración de casos especiales de competencia desleal, con la particularidad de que solo esos casos especiales dan lugar al régimen especial sancionatorio previsto por el dec. 274 (26). Prevé también ciertas cuestiones básicas y generales respecto del alcance del régimen de competencia desleal y establece un conjunto especial de reglas procesales. Sus elementos y metodología pueden resumirse de la siguiente forma:

a) Los arts. 1° a 3° establecen ciertas reglas básicas relativas a la aplicación del citado decreto, particularmente su finalidad, su carácter de orden público y determinadas reglas supletorias.

b) Los arts. 4° a 7° incluyen elementos definitorios básicos de la competencia desleal. Definen el ámbito de aplicación del régimen pertinente resolviendo cuestiones de largo desarrollo en esta materia, p. ej., la delimitación de los actos de competencia, el alcance subjetivo del régimen e inclusive su aplicabilidad en el plano internacional. Hacen explícito el criterio de la realidad económica, propio de estas materias e incluyen normas sobre concurrencia de figuras.

c) Los arts. 8° a 10 desarrollan las figuras principales de ilícitos bajo el mencionado decreto. Tras incluir una prohibición general de la competencia desleal, independiente de la generación de un daño, prevén la llamada cláusula general, que declara como acto de competencia desleal a “toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo”.

(26) Cfr. su art. 10, *in fine*. Los actos incluidos en la figura general, pero no en las especiales, son susceptibles de generar responsabilidades y otras consecuencias civiles.

Esta definición es de gran amplitud, pues en definitiva prohíbe las conductas reñidas con un modelo de mercado caracterizado como “el adecuado funcionamiento del proceso competitivo” (27). Utiliza una técnica común en el derecho comparado, consistente en posibilitar, mediante una fórmula que deja al juzgador un amplio margen de discrecionalidad (28), la adaptación de la prohibición de la competencia desleal a la permanente evolución de las prácticas comerciales y de su contexto tecnológico.

El art. 10 enumera los supuestos particulares de competencia desleal, siguiendo también una técnica común en las leyes contemporáneas en la materia. Resulta de interés observar que la inclusión de una conducta en alguna de las figuras del art. 10 tiene no solo consecuencias aclaratorias de la figura general del art. 9º, sino que permite la imposición de sanciones administrativas bajo el dec. 274; las conductas que solo infringen a la figura general del art. 9º tan solo pueden estar sancionadas por las consecuencias civiles que correspondan (29).

Debe observarse que las figuras incluidas en el dec. 274 eliminan diversos elementos que en el pasado han jugado un papel fundamental en la delimitación de la competencia desleal. En especial, no se requiere que exista una relación competitiva entre los sujetos de los actos de competencia desleal (30), o que exista un daño concreto atribuible a la conducta evaluada (31).

---

(27) Respecto de este modelo de mercado, cfr. el apart. II, *supra*.

(28) La fórmula es marcadamente más recomendable que otras utilizadas en el derecho comparado, particularmente la basada en el concepto de buena fe —empleada en el derecho español— que aparenta remitir a un criterio objetivo y externo al modelo de competencia, cuando en realidad no hay tal criterio, o la del art. 10 bis del Convenio de París, que al remitirse a los usos industriales y comerciales reduce el régimen de competencia desleal al mero amparo de ciertas reglas consuetudinarias.

(29) Cfr. el art. 10, *in fine*, del dec. 274/2019. Los efectos de los actos de competencia desleal que correspondan bajo otras leyes —particularmente, el Código Penal— no dependen de la inclusión en las figuras general o particulares previstas en el citado decreto.

(30) Cfr. el art. 5º del dec. 274/2019.

(31) *Ídem*, art. 8º.

d) Los arts. 11 a 15 incluyen normas en materia de publicidad y promociones, materias que tradicionalmente han sido objeto de procedimientos administrativos bajo la legislación argentina. Se destaca la elaboración de una detallada figura de publicidad comparativa, aspecto respecto del cual la jurisprudencia ha tenido una trabajosa evolución, que las nuevas normas permiten consolidar y aclarar.

e) Los arts. 16 a 22 incluyen requisitos sobre identificación de productos. En otros países, esta clase de requisitos suele incluirse en otro tipo de legislación; en el dec. 274 responde a una práctica arraigada en nuestro país, presente en la ley 22.802 y sus modificaciones, así como en las normas en materia de lealtad comercial que la precedieron.

f) Los arts. 23 y 24 establecen reglas sobre denominaciones de origen. Como surge de su propio texto, se trata de una materia ya ampliamente regulada por otras leyes, incluso, por los tratados internacionales.

g) Los arts. 25 a 29 definen las autoridades de aplicación y sus facultades. Estas incluyen aspectos no vinculados estrictamente a la competencia desleal, p. ej., la imposición de sanciones por violaciones de las normas sobre información, identificación, rotulación, publicidad y promociones, aunque no configuren actos de competencia desleal, particularmente los definidos en el art. 10 del decreto (32).

h) Los arts. 30 a 60 establecen el procedimiento de imposición de sanciones, los recursos judiciales pertinentes y diversos aspectos relativos a tales sanciones.

i) Los arts. 61 a 66 prevén diversas acciones judiciales tendientes al cese de conductas prohibidas y la indemnización de los daños y perjuicios causados por los actos de competencia desleal y por la publicidad ilícita. Prevén también medidas cautelares de competencia judicial. Especial interés tienen las reglas sobre legitimación activa y pasiva —arts. 62 y 63—

---

(32) Obsérvese que, conforme con el art. 10, inc. c), del dec. 274/2019, no cualquier violación de normas comerciales configura un acto de competencia desleal, sujeto al régimen especial del art. 10.

que atienden cuestiones largamente debatidas en el derecho comparado. En el ámbito de las acciones judiciales resulta supletoriamente aplicable el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (33). Debido al contenido de tales acciones, particularmente las de resarcimiento de daños y perjuicios, también será supletoriamente aplicable, en lo pertinente, el Código Civil y Comercial de la Nación.

j) Los arts. 67 y 68 incluyen normas complementarias, en materia de reglas supletorias y asignación presupuestaria.

k) Los arts. 69 a 71 incluyen normas sobre resolución de conflictos en materia de defensa del consumidor, cuestiones ajenas a la competencia desleal propiamente dicha.

l) Los arts. 72 a 75 incluyen reglas derogatorias de legislación preexistente, particularmente la ley 22.802, debiendo destacarse que, conforme con el art. 75, las normas reglamentarias de la ley 22.802 se aplican al nuevo régimen (34).

## VI. Fundamentos económicos del régimen de competencia desleal

Aunque es posible analizar desde el punto de vista económico todo tipo de norma jurídica —pues todas ellas tienen consecuencias en el plano económico— este tipo de análisis se hace particularmente relevante en materia de competencia desleal, pues esta es una rama jurídica orientada a tener efectos inmediatos sobre el comportamiento económico y su justificación se encuentra en esos efectos sobre el sistema productivo. Como en otros casos del análisis económico del derecho, sin embargo, debe advertirse que ese análisis puede aportar elementos para justificar una realidad jurídica, pero que esa justificación depende, en última instancia, de criterios de valor y justicia que escapan a la evaluación de las ciencias económicas, las cuales, por otra parte, distan de dar respuestas unívocas sobre sus materias específicas.

La evaluación económica del régimen de competencia desleal presenta dos aspectos ne-

tamente diferenciables que reflejan la propia estructura normativa de ese régimen (35). Por una parte, el régimen de competencia desleal y su figura general amparan un modelo de competencia basada en la calidad y precio de las prestaciones, o sea en la eficiencia de los agentes económicos, lo que lleva a preguntarnos porqué el orden jurídico ampara ese modelo. Pero, adicionalmente, el régimen de competencia desleal presenta una multiplicidad de figuras específicas, altamente heterogéneas, cuya existencia y límites requieren una evaluación especial en cada caso, pues no resulta suficiente a tal fin la fundamentación dirigida a la figura general de competencia lícita, ni la realizada para figuras específicas diferentes. De allí que, seguidamente, se analice el fundamento económico de la figura general de competencia desleal y luego el de algunas de las principales figuras específicas de competencia desleal.

a) Fundamentos económicos del modelo general competitivo. El derecho de la competencia ha elaborado un modelo de competencia efectiva, basada en la eficiencia de las prestaciones, y, especialmente, en su precio y calidad (36), que sirve de fundamento tanto a la construcción del régimen de defensa de la competencia como a la del de competencia desleal.

Ese modelo se basa en la existencia de mercados en los que participan una pluralidad de oferentes y demandantes, que toman independientemente decisiones en materia de producción, comercialización y compras de bienes y servicios. El modelo presenta ciertas características definitorias:

— Existe una pluralidad de oferentes y demandantes y la posibilidad de ingresar y salir de los correspondientes mercados.

(35) Una exposición más detallada de los fundamentos económicos del régimen de competencia desleal se encuentra en CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y otros, *Derecho de la competencia desleal*, cit., ps. 43 y ss.

(36) Cfr. al respecto HOVENKAMP, Herbert, *Economics and federal antitrust law*, West, Saint Paul, 1985. Respecto del análisis económico del modelo de competencia, cfr. SAMUELSON, Paul A., *Fundamentos del análisis económico*, El Ateneo, Buenos Aires, 1971; SCITOVSKY, Tibor, *Bienestar y competencia*, Amorrortu, Buenos Aires, 1969.

(33) Cfr. los arts. 66 y 67 del dec. 274/2019.

(34) Debe entenderse en la medida en que sean compatibles con este.

— Las decisiones se toman en forma independiente por cada una de las unidades que participan del mercado.

— Existe posibilidad de elegir entre diversas alternativas de oferta y demanda.

— Existe un grado de información suficiente como para que los participantes en el mercado puedan adoptar decisiones con conocimiento del contenido de las operaciones en que participan y de las alternativas existentes en el mercado respecto de tales operaciones.

La operación de este modelo tiene ciertas características y consecuencias que dan fundamento a su tutela jurídica. En primer lugar, esa operación lleva a la formación de precios que permiten dirigir la oferta a la producción y comercialización de bienes y servicios cuyo costo es inferior al precio que los consumidores están dispuestos a pagar por ellos. Se logra así una asignación eficiente de recursos, evitando que estos se dirijan a la oferta de bienes y servicios para los cuales no existe suficiente demanda.

En segundo lugar, se crea un sistema de incentivos basados en la mayor rentabilidad de la oferta de mejor precio y calidad. A mayor producción se obtienen mayores ingresos<sup>(37)</sup> y esa mayor producción se logra ofreciendo productos de menor costo y mejor calidad, para los que se encuentra demanda, debido a la operación de un mercado competitivo.

En tercer lugar, se generan incentivos para la innovación, pues la coexistencia con múltiples competidores hace necesarias tales innovaciones para no quedar relegado por otros competidores que introduzcan mejoras técnicas o de otra índole en sus procesos productivos.

Finalmente, y para mencionar tan solo los aspectos fundamentales de la funcionalidad de la competencia efectiva, esta permite la dispersión de los beneficios económicos derivados de la expansión de la capacidad productiva al eliminar las rentas monopolísticas y permitir que

esa expansión se canalice en menores precios de los bienes y servicios.

Este modelo de competencia y la enumeración de sus efectos permiten una fundamentación de las reglas básicas de la competencia desleal. Para comprender esa fundamentación cabe considerar los tipos fundamentales de competencia desleal y los motivos que llevan a su caracterización como tal, a la luz del modelo de competencia descripto.

Encontramos así, en primer lugar, los actos relativos a la información suministrada al mercado. Los mercados funcionan sobre la base de un activo intercambio de información, que ha de ser veraz a los fines del mejor funcionamiento de tales mercados. Por lo tanto, una categoría de actos desleales viene dada por los que interfieren con el correcto acceso y uso de la información en los mercados. Ello incluye conductas tales como la publicidad engañosa, el uso indebido de los signos distintivos, y los actos que crean confusión en el público respecto del origen e identidad de los productos, entre otros.

En segundo lugar, la posición en el mercado de un competidor puede verse fortalecida deslealmente mediante el aprovechamiento del esfuerzo ajeno. Las ventajas competitivas se logran en tal caso mediante la reducción artificial de los costos, al aprovechar parasitariamente el esfuerzo ajeno. Casos de este tipo de conductas desleales son las prácticas imitativas —donde se aprovecha el prestigio ganado por un competidor para atraer clientela mediante productos que se confundan con los de aquel— y la violación de secretos, entre otras.

En tercer lugar, cabe mencionar las conductas en las que se obtiene una ventaja competitiva mediante la acción perjudicial dirigida injustificadamente contra un competidor. El éxito en el mercado puede lograrse, en los hechos, no solo mediante las características de las propias prestaciones, sino desplazando a los competidores al impedirles desarrollar su potencialidad productiva y comercial. Ello es frontalmente contrario a la finalidad de régimen competitivo. De allí que se consideren desleales conductas tales como el desvío sistemático de empleados, las prácticas denigratorias, la desorganización de

---

(37) En contraposición a las estructuras monopolísticas o cartelizadas, en las que se utiliza la restricción en la producción u oferta para aumentar así los precios y la rentabilidad.

la empresa rival, y la incitación a la violación de obligaciones frente a un competidor; entre otras.

Por último, en cuarto lugar, encontramos las conductas mediante las que se logra una ventaja competitiva a través de la violación de normas. En la medida en que tal violación ocasione un beneficio a quien la practica, no compensado por las sanciones efectivamente impuestas sobre él, ese competidor mejora su posición en el mercado, en detrimento de los demás. Encuadran en esta categoría conductas tales como las prácticas abusivas en las relaciones con consumidores, la obtención de ventajas competitivas por medio de la violación de normas impositivas y regulatorias, y la violación de las normas en materia de juegos de azar, entre otras.

b) La imitación desleal. Una de las cuestiones más dificultosas en la aplicación del régimen de competencia desleal es la relativa a la llamada imitación desleal. Cuando una nueva prestación ingresa al mercado, no estando protegida por patentes u otros derechos exclusivos, la regla básica es que las características de esa prestación pueden ser imitadas y replicadas por otros competidores. Pero esa libertad de imitación deja de ser admisible cuando es susceptible de crear confusión en el público, respecto del origen de las prestaciones, o cuando se realiza de forma sistemática tal que opera como un obstáculo a la gestión del innovador, entre otros casos de ilicitud. El problema económico y jurídico que se plantea es dónde encontrar el equilibrio entre los mayores incentivos a la innovación que representa la posibilidad de ingresar en los mercados, contando con un plazo en el que los competidores no podrán imitar las nuevas prestaciones ofrecidas y el costo que extender ese plazo significa para los competidores que no pueden replicar prestaciones que ya se encuentran en el mercado y para los consumidores que no pueden obtener tales prestaciones de los competidores en cuestión. A ello se suma el hecho de que existe un sistema jurídico especial, formado por derechos de propiedad intelectual como las patentes y los derechos de autor, que ya implican crear un cierto grado de protección contra la imitación.

En principio, el dec. 274, como otras legislaciones contemporáneas, toma posición sobre el tema, pues prevé en su art. 10, inc. h), como un

caso de competencia desleal, a los actos de imitación desleal, disponiendo que “la imitación de bienes y servicios o iniciativas empresariales será considerada desleal cuando resulte idónea para generar confusión respecto de la procedencia de los bienes o servicios o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno”. Un aspecto de esta disposición tiene un sentido económico preciso, la generación de confusión en materia de procedencia es un típico acto de competencia desleal, que obstaculiza el funcionamiento de los mercados al falsear la información con la que operan sus participantes. Pero cuando se pasa al elemento de “aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno”, la determinación de esa condición de “indebido”, no cuenta con una delimitación igualmente clara, y requiere evaluar el sentido económico de la norma.

Este aspecto de la figura de imitación desleal ha dado lugar a complejos análisis en el derecho comparado(38). La imitación no puede ser vista como una conducta que en sí misma constituya una forma desleal de competencia. La propia legislación reconoce este aspecto, pues solo sanciona ciertos casos de imitación. Esta constituye un elemento central de los mercados competitivos(39) y su frustración por medios antijurídico puede configurar una conducta violatoria del régimen de defensa de la competencia(40). Pero puede haber casos en que la imitación, aun no siendo violatoria de derechos de propiedad intelectual, sea ilícita en cuanto desleal, debido a otros aspectos de su inserción en el contexto competitivo. Así, la imitación puede ser ilícita por crear una confusión entre la identidad de la empresa imitada y la imitadora, o por no tener un fin legítimo, estando destinada a obstaculizar las operaciones de un competidor(41). Pero más allá de estos casos, en que se lesionan otros aspectos manifiestos de la operación regular de los mercados,

(38) Cfr. PORTELLANO DIEZ, Pedro, *La imitación en el derecho de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1995.

(39) *Ibidem*, p. 107.

(40) Cfr., en tal sentido, el famoso caso “Fashion Originators’ Guild of America v. FTC, 312 U.S. 457 (1941)”, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

(41) Cfr. el art. 11, párr. 3º, de la Ley española de Competencia Desleal de 1991.



un criterio general de deslealtad para los actos de imitación requiere una evaluación explícita o implícita de los costos y beneficios de los actos de imitación, sin la cual no es posible determinar cuándo el aprovechamiento del esfuerzo ajeno pasa a ser indebido (42).

c) Violación de secretos. El art. 10, inc. j), del dec. 274 incluye una prohibición contra la violación de secretos que viene a sumarse al ya complejo régimen de protección de la información no patentada (43).

Esta prohibición tiene un sentido económico inmediato. La generación de conocimientos empresariales tiene un costo, de modo tal que la posibilidad de que quienes no participan en tal generación utilicen esos conocimientos implicará el aprovechamiento del esfuerzo ajeno, colocando a quien incurre en los costos en una posición competitiva desventajosa, pues deberá competir, en la utilización de los conocimientos, con quienes los usan sin más costo que el de copiarlos.

Sin embargo, la tutela de la información presenta también otras facetas, que ponen de manifiesto costos implícitos en esta. Las empresas competidoras suelen tener líneas paralelas de investigación y desarrollo, como consecuencia de que todas ellas buscan resolver problemas tecnológicos comunes, propios del sector en que operan. Si la primera que llega a cierto conocimiento puede impedir a las restantes utilizarlo, mediante el simple expediente de usarlo o divulgarlo, todos los esfuerzos de las restantes, en el mismo ámbito tecnológico se verán frustrados. Por otra parte, esta posible exclusión de competidores implicará un costo para los consumidores, al no poder contar estos con la oferta proveniente de los competidores así excluidos.

---

(42) Todo acto de imitación implica, en mayor o menor medida, un aprovechamiento del esfuerzo ajeno. Pero impedir la imitación implica, a su vez, privar a los operadores económicos la posibilidad de actuar en cierto ámbito, actuación que pudo haber tenido lugar por sus propios medios y sin necesidad de imitación. De allí, entre otros motivos, la necesidad de trazar un equilibrio entre costos y beneficios, como se indica más arriba en el texto de este punto b).

(43) Cfr. al respecto CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Régimen jurídico de los conocimientos técnicos*, Buenos Aires, Heliasta, 2013.

Nuevamente, se hace necesario trazar un límite que permita que la tutela de los conocimientos técnicos no cause daños o costos innecesarios o superiores a los beneficios derivables de esa tutela, para ello el sistema jurídico utiliza diversos condicionamientos. Otorga una protección muy limitada para los conocimientos que no califican objetivamente como secretos, o sea los que ya están al alcance de los técnicos con conocimientos normales en los círculos en que se utiliza la información (44). También limita marcadamente la protección cuando el titular de los conocimientos no toma las medidas necesarias para preservar su confidencialidad (45). Y en lo que hace a la utilización de información por empleados o exempleados —cuestión central en la materia—, tiende a limitarla cuando la información es objetivamente un secreto, lo cual implica que los empleados o exempleados pueden hacer libremente uso de la información que ya está al alcance de los técnicos con conocimientos normales en el sector laboral o empresarial correspondiente. Como en otros campos del régimen de competencia desleal, el fundamento de estas reglas y distinciones es básicamente económico.

d) Actos de discriminación. El art. 10, inc. l), del dec. 274 considera desleales a los actos de discriminación, incluyendo en esta categoría “el tratamiento discriminatorio de compradores cuando el vendedor o distribuidor haya publicado una lista de precios, a no ser que medie causa justificada”.

Sin perjuicio de las críticas que pueda merecer esta definición y de las distinciones que corresponde hacer respecto de la figura de discriminación en el ámbito del régimen de defensa de la competencia (46), lo cierto es que el citado inc. l), siguiendo lineamientos comunes en el derecho comparado, no realiza una prohibición general del tratamiento discriminatorio, sino que reduce la prohibición a ciertos casos, y la condiciona a que la discriminación no esté “justificada”. Ello lleva inmediatamente

---

(44) Cfr. el art. 1º de la ley 24.766.

(45) Ídem.

(46) Cfr. al respecto CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo - SEREBRINSKY, Diego H., *Derecho antimonopolístico...*, cit., t. 1, ps. 614 y ss.

a la necesidad de determinar qué criterios serán aplicables para establecer si un acto de discriminación está o no justificado.

En el ámbito del derecho de la competencia, estos criterios son fundamentalmente de naturaleza económica. En primer lugar, se utilizan criterios económicos para determinar si un acto es o no discriminatorio; particularmente, un menor precio para cierta operación puede considerarse no discriminatorio si refleja los menores costos que tal operación implica. Pero, adicionalmente, una discriminación de precios u otras condiciones puede ser un medio necesario para ingresar a nuevos mercados, no implicando así un perjuicio para los restantes compradores —que siguen pagando los mismos precios— ni obviamente para quienes pagan menores precios, ni para quien lleva a cabo la discriminación. Nuevamente, serán consideraciones económicas las que determinarán los efectos de estas prácticas y de su posible prohibición.

## VII. Conclusiones

El dec. 274 implica un importante avance en la sistematización del derecho argentino de la competencia. Por primera vez cuenta nuestro país con una estructura normativa que brinda un marco coherente para la evaluación de las prácticas competitivas. Se han seguido los mejores antecedentes del derecho comparado, habida cuenta de la cultura jurídica argentina y de la evolución anterior que han tenido en nuestro país las materias vinculadas al régimen de competencia desleal.

La comprensión y aplicación del nuevo régimen de competencia desleal requiere comprender las muy particulares características de este y de su inserción en el sistema jurídico, así como su fundamentación económica. Como en otros aspectos del derecho de la competencia, solo una aplicación prolongada, diligente y coherente de las normas examinadas permitirá darles contenido concreto y efectivo.

# El Decreto de Necesidad y Urgencia 274/2019, la competencia desleal y el Convenio de París

---

JORGE OTAMENDI (\*)

## I. Introducción

El DNU tiene como objetivo definir una “regulación integral y sistematizada de la competencia desleal”, además de dictar normas en otras áreas. Dice, además, propiciar “una mejora sustancial del procedimiento administrativo y su adaptación a los avances tecnológicos, y un marco jurídico moderado y eficiente...”. Afirma que la norma “se enmarca en razones de estricto interés público”.

Me ocuparé de lo relativo a la competencia desleal. Como veremos, en esta cuestión no hay nada que tuviera necesidad ni urgencia y mucho menos algo de orden público. La norma dictada crea confusión y entromete al Estado en lo que deben ser cuestiones entre particulares. Se mezcla la defensa de la competencia con la competencia desleal y se dictan normas que se superponen con otras preexistentes.

---

(\*) Abogado, UCA. *Master in Comparative Law, University of Illinois Urbana Champaign* (1976). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, UBA. Agente de la Propiedad Industrial. Socio de G. Breuer. Secretario Permanente de la Asociación Inter-Americana de la PI (1970-1977). Asesor del Secretario de Industria de la Nación (1979-1981). Director de la Sección de PI del Inst. de Estudios Legislativos de la Fed. Arg. de Colegios de Abogados (1980-1982). Presidente de la Asoc. Arg. de Agentes de la PI (AAAPI) (1980-1997). Asesor del Subsecretario de Economía de la Nación (1982). Profesor de grado y posgrado en distintas universidades. Autor de varios libros. Conferencista en eventos nacionales e internacionales.

## II. Disposiciones generales

La confusión de conceptos comienza en el art. 4º, cuando el primer párrafo establece que se sancionarán los actos que se realicen en el mercado y con fines competitivos y en el segundo párrafo del art. 5º se establece que la aplicación “no está supeditada a la existencia de una relación de competencia entre los sujetos del acto de competencia desleal”. ¿En qué quedamos? Es algo básico que para que haya competencia desleal, tiene que haber primero competencia, es decir, lucha entre competidores por la clientela. Segundo, el elemento de deslealtad. Sin competencia no hay competencia desleal.

En el art. 4º se establece también que los actos serán sancionados siempre que se realicen en el mercado. En el art. 5º se sancionan los realizados en el extranjero, pero que tengan efectos en el mercado nacional y en el art. 8º se habla del “mercado en el que tengan lugar”. Podría haber sido más clara la redacción.

El art. 9º contiene otro error importante de concepto al definir el acto de competencia desleal como todo aquel que “por acción u omisión (...) resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo”. De aplicarse esta norma todo acto de competencia sería ilegal porque todos ellos afectan a la competencia, lo que uno vende lo deja de vender el competidor. De eso se trata la lucha

por la clientela, que es precisamente la competencia. Tal vez, y esto requiere otro análisis, la norma debió decir que para que el acto de competencia desleal sea ilegal, debe afectar la posición competitiva del competidor. Claro que entonces habría una colisión con lo dicho en el art. 8º respecto de que no es necesario causar un daño actual, sino potencial. Por otra parte, lo de afectar “el adecuado funcionamiento del proceso competitivo” es algo propio del régimen de la defensa de la competencia y no de la competencia desleal.

Además, sancionar la ilegalidad, como establece la norma, por “omisión”, es una barbaridad. Uno podrá ser negligente por no actuar, pero cómo podría cometer un acto de competencia desleal sin haber cometido acto alguno, es algo imposible.

### III. Actos de competencia desleal

#### III.1. Paso a comentar los actos considerados de competencia desleal por el DNU

Inciso a). Los que inducen a error respecto de cualquier característica del producto o servicio: es un típico acto que castigan las normas de lealtad comercial, es decir las que tienden a evitar que el consumidor incurra en el error. Es el caso en que se le miente al consumidor. Conceptualmente la publicidad engañosa se considera un acto de competencia desleal, pero habitualmente se trata como un caso de lealtad comercial y de defensa del consumidor.

Inciso b). Actos de confusión sobre el origen empresarial, los productos o servicios: aquí se entra de manera indebida en el ámbito de las designaciones de actividades (nombres comerciales) y de las marcas. Institutos estos que tienen su propia legislación y régimen de protección. Aun en el caso de las marcas de hecho, no registradas, que tienen una protección otorgada por los tribunales desde hace décadas. Tenemos aquí un conflicto absolutamente innecesario. No olvidemos que en todos los actos que enumera la norma puede actuar de oficio la Secretaría de Comercio. ¿Qué pasa cuando el titular del derecho considera que no hay confusión y el organismo sí?

Inciso g). Explotación indebida de la imagen ajena: repite el supuesto de la confusión

incluido en el inc. b). Cabe agregar que el aprovechamiento del prestigio es una consecuencia de la confusión que se genere. Lo increíble del caso y recuerdo que la Secretaría puede actuar de oficio, es que el Estado se entromete a defender la imagen de un particular, quien además puede no considerar que su imagen haya sido dañada.

Inciso h). Actos de imitación desleal: esto sí que es novedoso. Veamos el primer supuesto: imitación de bienes y servicios. Obviamente se desconoce que todo aquello que no esté protegido por una patente de invención o un modelo de utilidad y hasta por un modelo o diseño industrial, está de manera irremediable en el dominio público y puede ser libremente reproducido de manera idéntica por quien lo desee, y aun “imitarlo” si lo desea. No tiene ninguna protección. Esta disparatada norma le da un monopolio a todo aquel que produzca o fabrique un producto, y también extiende este monopolio a los servicios. Y lo que es más fantástico, ya no habrá necesidad de solicitar ningún registro ni someterlo a ningún examen. El que copie un producto o servicio de otro será sancionado. Además de ahora en más no se podrán prestar servicios que otro presta. Ni la ley de patentes otorga tales privilegios.

Pero esto empeora, tampoco se pueden imitar las iniciativas empresariales. Vaya a saber uno qué es una iniciativa empresarial. ¿Será tal vez el decidir ampliar el descanso de los empleados o regalarles algo el día de su cumpleaños?

La norma no salva el indebido privilegio que se otorga exigiendo la condición de que pueda causar confusión, lo cual tampoco lo haría viable. Nada de eso. Toda imitación de productos o servicios, o de iniciativas, cae en la prohibición.

Inciso i). Actos de denigración: los actos de denigración son actos de competencia desleal. Eso es claro. Hay que tener mucho cuidado al establecer lo que es una afirmación “pertinente” porque el mero hecho de ser verdad no legaliza la aseveración. Hay casos en los que no es desleal decir la verdad, por ejemplo, en defensa de un ataque del competidor, pero son excepciones. El principio es que el producto o servicio debe ser promocionado por sus virtudes, y no por los defectos de los otros o los de

sus fabricantes. Y decir la verdad sobre un competidor respecto de algo que no tiene nada que ver con el proceso competitivo puede causarle un daño enorme en el mercado. Por ejemplo, si en una comunidad religiosa se dice que es bígamo, aunque sea verdad. Ello puede provocar una reacción de antipatía que aleje a clientes. Esto no sería leal.

Inciso j). Violación de secretos: no se entiende la inclusión de este supuesto cuando hay una ley, N° 24.766, de confidencialidad, que castiga la violación de secretos. Ahora hay dos normas que regulan lo mismo. Lo único que agrega esta norma, a mi juicio equivocadamente, es que hay que probar que la violación “haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto.” Parece que robar no es suficientemente malo de por sí.

El tercer párrafo no tiene desperdicio. Se dice que la aprobación del registro o de la autorización de comercialización para un producto farmacéutico “similar” con ya aprobado, no es un acto de competencia desleal. ¿Cómo podrá ser la aprobación un acto de competencia desleal? ¿A quién sancionarán? ¿A la ANMAT?

En todo caso lo cometería quien solicitó la aprobación, pero esto no es posible porque según el art. 8° de la ley 24.766 es lícito solicitar la aprobación de un producto usando información de un tercero. Se ve que este tercer párrafo es también innecesario.

Inciso k). Inducción a la infracción contractual: este sí puede ser un acto de competencia desleal. Inducir a alguien a romper un contrato si esto le causara daño a un competidor es considerado desleal. Un ejemplo típico es captar un empleado clave de un competidor.

Inciso m). La publicidad comparativa: en ciertos casos puede ser considerada un acto de competencia desleal, lo que fue decidido hace años por la justicia, tomando la regulación pertinente de la Unión Europea. Este inciso repite lo ya decidido.

Con respecto a todos los actos descriptos se establece que la enumeración es taxativa con lo cual, tenemos actos de competencia desleal de los que se ocupa el Estado y los somete a ciertos

procedimientos y sanciones y otros contra los que los perjudicados tendrán que ir a los tribunales. Lo que no puedo imaginar es cómo se va a resolver esto toda vez que todos los supuestos detallados están incluidos en la Ley de Defensa de la Competencia, como vimos. ¿Qué va a pasar cuando alguien denuncie primero una conducta por violación de esta norma y al año, por poner un plazo cualquiera, otro perjudicado por la misma conducta presente una denuncia ante la Comisión de Defensa de la Competencia? Se pueden plantear otras hipótesis y todas conducirán al conflicto. Salvo que, siempre la autoridad de aplicación de esta norma, ante la denuncia de una conducta descrita en los incs. c) d) e) f) y l), se declare incompetente. Cabe preguntarse entonces, para qué se ha dictado esta norma si todo pasará a ser decidido por quien aplique la Ley de Defensa de la Competencia.

### ***III.2. Actos que están regulados por la Ley de Defensa de la Competencia***

Inciso c). Violación de otras normas: el párr. 2° del art. 1° de la Ley de Defensa de la Competencia considera un acto violatorio de esa ley, cuando se den los supuestos del párr. 1° del art. 1°, “la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la violación de otras normas”.

Inciso d). Abuso de situación de dependencia económica, e inciso e). Obtención indebida de condiciones comerciales: estos supuestos están también en la Ley de Defensa de la Competencia. Son casos de abuso de posición dominante. Y, además, están detallados en el inc. h) del art. 3° que castiga la imposición de condiciones discriminatorias. Y también podría quedar en el inc. i) de dicho artículo. Que castiga la negativa injustificada de venta.

Inciso f). Venta por debajo del costo: supuesto expresamente incluido en el art. 3° inc. h) de la Ley de Defensa de la Competencia.

Inciso l) Actos de discriminación, “cuando el vendedor o distribuidor haya publicado una lista de precios, a no ser que medie una causa justificada”. Superposición con el inc. h) de la ley de defensa de la competencia. Aunque aquí lo que se dice es que puede haber discusión después de publicar la lista de precios, no antes, con lo cual se genera el conflicto con la men-

cionada ley, que castiga la venta por debajo del costo en ciertos casos.

La parte final del art. 7º establece que quedan exceptuados de ser sancionados por esta norma los actos alcanzados por la Ley de Defensa de la Competencia. Lo que no puedo imaginar es cómo se va a resolver esto, toda vez que, como vimos, todos los supuestos detallados están incluidos en la Ley de Defensa de la Competencia. ¿Qué va a pasar cuando alguien denuncie primero una conducta por violación de esta norma y al año, por poner un plazo cualquiera, otro perjudicado por la misma conducta presente una denuncia ante la Comisión de Defensa de la Competencia? Se pueden plantear otras hipótesis y todas conducirán al conflicto, salvo que siempre la autoridad de aplicación de esta norma, ante la denuncia de una conducta descrita en los incisos mencionados, se declare incompetente y remita las actuaciones a la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia. Cabe preguntarse entonces, para qué se ha dictado esta norma si todo pasará a ser decidido por quien aplique la Ley de Defensa de la Competencia.

#### IV. Procedimiento

Todos los actos en cuestión serán sometidos a la Secretaría de Comercio Interior y decididos por ella.

La Secretaría puede actuar de oficio o por denuncia de cualquier persona. Puede, entre otras cosas, intervenir bienes, realizar inspecciones, exigir la exhibición de libros, secuestrar elementos probatorios, ordenar el cese de rotulación o publicidad, allanar en días y horas hábiles y, además, podrá solicitar al juez que dicte otras medidas cautelares.

Esto significa que estos procedimientos se pueden iniciar sin que el titular con derecho lo haga o sin que haya un perjudicado, y esto puede ser un problema. En materia de confusión de marcas o de designaciones de actividades el titular bien puede no considerar que el uso por otro no lo perjudica, o el supuesto perjudicado no se considera perjudicado porque no sufre daño. ¿Qué tiene que hacer el Estado allí?

Lo mismo con relación al robo de secretos y el titular, porque no va a seguir usando la información o porque no quiere hacerlo, no quiere ini-

ciar causa alguna. ¿Por qué va a poder hacerlo el Estado cuando no es suyo lo que quiere defender? Y lo propio ocurre con la publicidad denigratoria, el supuesto perjudicado no se considera denigrado, pero alguien de la Secretaría de Comercio considera lo contrario e inicia el procedimiento. Podría seguir con otros ejemplos. Lo que creo es que esta no es una cuestión de orden público sino una cuestión entre partes. Que sean los perjudicados los únicos que puedan plantear la cuestión es lo que corresponde.

Tampoco me parece correcto que la Secretaría de Comercio sea quien dirima cuestiones que son propias del Poder Judicial. Aquí no hay ningún orden público comprometido y, si lo hay, que lo determine un juez. Esto no queda salvado con la apelación ante los tribunales que permite la norma. No es lo mismo.

#### V. El Convenio de París

Se establece en el art. 62.2 a) que “las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros conforme con lo dispuesto en el art. 10 ter del Convenio de París”, tienen la posibilidad de iniciar las acciones enumeradas en el art. 61.

Antes que nada, cabe señalar la deficiente redacción de esta norma, ya que el art. 10 ter solo se refiere a las acciones que los países deben asegurar a sus miembros, que son las acciones contra conductas descriptas en los arts. 9º, 10 y 10 bis del convenio. La norma condiciona la viabilidad de la acción a las entidades, a que “el acto de competencia desleal afecte directamente a los intereses de los consumidores”. Hay pues dos limitaciones o requisitos que sea un acto de competencia desleal y que afecte el interés de los consumidores.

Veamos primero cuáles son los actos de competencia desleal a los que limita su aplicación la norma.

El art. 9º del Convenio de París se refiere a la posibilidad de embargar los productos que “ilícitamente” llevan una marca o un nombre comercial que sean importados del extranjero.

El art. 10 se refiere a la utilización “directa o indirecta de una indicación falsa concerniente a

la procedencia del producto o a la identidad del productor, fabricante o comerciante”, y aplica lo dispuesto en el art. 9º. Es decir, se refiere a productos importados.

Por último, el art. 10 bis es el que específicamente se refiere a los actos de competencia desleal contra los cuales los países miembros deben asegurar una protección adecuada.

Este artículo define a tales actos estableciendo que “constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honrados en materia industrial o comercial” y detalla como tales usando la palabra “principalmente” a los que causen confusión entre establecimientos, actividades o productos (art. 10 bis 2] 1º), alegaciones falsas para desacreditar a un competidor, su establecimiento o productos (art. 10 bis 3] 2º) y las alegaciones que puedan inducir a error sobre características de los productos del competidor (art. 10 bis 3] 3º). Con lo cual nuestra norma solo aplicaría a los supuestos del art. 10 bis.

Pero solo a los que afecten directamente los intereses de los consumidores.

Este último requisito deja afuera los primeros dos supuestos. En lo que hace a la confusión no está para nada claro que haya un interés directo perjudicado de los consumidores. Puede pasar que la calidad de la copia sea igual o mejor que la vendida con la marca original, o que tenga un precio menor o mucho menor, o que el consumidor sepa que es un producto falso y aun así compre el producto con marca confundible. Y en lo que hace a la publicidad denigratoria parece obvio que tal interés directo no existe. No es al consumidor a quien se denigra.

Es que debe entenderse que la competencia desleal es una doctrina creada para proteger al competidor. Es a él a quien le copian sus marcas, le roban sus secretos o lo denigra y por lo tanto él es el único que sabe si le han producido un daño y si quiere o no defenderse y cómo hacerlo.

Es cierto que hay casos de competencia desleal que a la vez también causan un daño al consumidor, como lo relativo al engaño y para esto está la legislación llamada de lealtad comercial, que forma parte de esta nueva norma.

Ocurre que las mencionadas entidades pueden hacer todas las denuncias sin necesidad de esta norma y, además, tienen a la mano la acción colectiva. No hay necesidad alguna de tenerla.

## VI. La res. 248/2019

Poco tiempo después del dictado del DNU 274, el 23 de mayo de 2019, la Secretaría de Comercio Interior dictó la res. 248/2019, a manera de reglamentación de aquel.

Me refiero brevemente a esta norma. Según se desprende de uno de los considerandos, queda claro que no se ha comprendido en nada la materia que se trata. Se dice que “la regulación de la competencia desleal prevista por el dec. 274/2019 debe entenderse complementaria a la prevista por la ley 27.442 de Defensa de la Competencia y a la protección que otorgan los derechos de la propiedad industrial, como las patentes y marcas, en los casos que una invención o signo no se encuentra protegido por tales derechos”.

En primer lugar, la calificación de complementaria. ¿Qué es esto? ¿Desde cuándo las normas que castigan actos de competencia desleal y que existen desde hace años son complementarias a las normas sobre competencia? No se entiende que, si bien se trata de temas que conceptualmente pueden ser unidos en algún diagrama o trabajo académico, son institutos diferentes con bienes jurídicos diferentes y conductas diferentes.

Lo dicho con relación a las “patentes y marcas” es aún peor. Tampoco hay complementariedad alguna. Las patentes de invención no tienen nada que ver con un acto de competencia desleal y la invención “no se encuentra protegida”, no tiene, se entiende, ninguna protección. ¡No hay competencia desleal en fabricar o vender lo que está en el dominio público! Con relación a las marcas no registradas, como dije, la cuestión ya ha sido solucionada por los tribunales desde hace muchos años y no hay ninguna necesidad de crear un régimen paralelo para tratar este tema.

En el art. 10 de la resolución se establece que ciertos actos no serán considerados actos de competencia desleal. Más allá de que lo sean o no lo sean, y seguramente no lo serán, tenemos aquí un ejemplo de lo que no debe hacerse: un secretario de comercio decide lo que es un ilícito

penal o no. Facultad esta que no tuvo ni tiene. ¿Qué pasa si el perjudicado entiende otra cosa? Entonces se topará con una norma del más bajo nivel jerárquico que le dice que no hay ilícito, cuando eso debió decirlo una ley del Congreso.

## VII. Conclusión

No había ni necesidad ni urgencia en el dictado de las normas que he comentado. No aportan nada a nuestro sistema jurídico que no

sean problemas de interpretación y conflictos entre normas. La futura revisión en el Congreso de la Nación haría muy bien en eliminar todas las normas comentadas.

Ignoro cuál es la razón por la cual no se limitó esta norma a las cuestiones de lealtad comercial y por qué se ingresó a un ámbito que, como vemos, le es desconocido a su autor. Esto también hace a la inseguridad jurídica.



# La protección contra la competencia desleal. Un horizonte esperanzador para el caso argentino

---

MARCOS F. L. NAZAR ANCHORENA (\*)

*Porque ya el ser mercader, no ser hombre deseoso del bien de su patria como antes, sino muy amante de su dinero, y codicioso del ajeno: vicio que a los hombres de buen ingenio dio siempre muy en rostro. En este grado está al presente el trato, según prueba manifiestamente el común juicio del pueblo* (Tratos y Contratos de Mercaderes, Salamanca, 1569).

## I. Introducción

En derecho, con frecuencia se asocia a la competencia con una situación en la que individuos autónomos y racionales satisfacen sus necesidades materiales intercambiando bienes y servicios en un mercado regido por una ley insoslayable, la de la oferta y la demanda y en la medida en que ello no degenere en una estructura de mercado indeseable, del tipo monopólica, oligopólica, etc., esta no debe ser objeto de regulación.

¿Para qué dictar una norma, o, mejor dicho, para qué “intervenir”, cuando la asignación natural y eficiente de los recursos en los mercados se explica precisamente por la ausencia de una regulación?

De esta manera, la protección legal de la competencia es asociada y limitada, también, a la regulación antimonopólica; un enfoque liberal, ciertamente, pero con concesiones a favor de un intervencionismo casi *esnob*, para el que ciertos problemas que plantea la competencia en una economía real no existen o, si existen, no tienen demasiada importancia.

Por el contrario, la regulación de la competencia puede ser —y de hecho lo es— abordada desde un lugar más amplio y, por qué no, también, más riguroso. Es un error o una ingenuidad temeraria sostener que la competencia solo deba ser regulada por la ley antimonopólica. Desde siempre la competencia fue objeto de muchísimas normas jurídicas que ordenaron su cauce, y con ello no nos referimos al llamado “control de precios”, sino a otro tipo de normas que incidieron directamente sobre ella.

La competencia es un término ambiguo, lo que constituye una de las tantas dificultades que se presentan a la hora de explicar una norma que pretende regularla, como es el decreto de necesidad de urgencia 274/2019, de lealtad comercial, publicado en el Boletín Oficial el 17/4/2019 (el *DNU 274/2019*). No es que me interese lograr una definición acabada de la competencia, al menos no aquí; lo que interesa es aclarar que lo que en derecho se entiende por competencia, difiere en al menos cuatro casos, lo que da otras tantas formas de regulación distintas.

El primero de ellos es aquel que implica una situación donde las empresas rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo

---

(\*) Abogado (UBA). Máster en Derecho y Economía (Universidad Torcuato Di Tella). Especialista en Derecho Empresarial, Económico y de la Competencia. Director a cargo de la Dirección de Lealtad Comercial de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Producción y Trabajo. El autor agradece especialmente al Dr. Andrés Jaramillo Sanz por su generoso e invaluable aporte desde el derecho colombiano.

producto o servicio. Esto podría ser correcto, aunque parcial, para hablar de competencia en la regulación de la competencia desleal —incluso reconocida en nuestro derecho— (1), pero no para hablar de competencia en una regulación antimonopólica.

En ese segundo caso, la competencia no tiene que ver tanto con la puja por la clientela, sino con un tipo específico de estructura de mercado, v.gr., el modelo de competencia perfecta, un *benchmark* sobre el que se estructuran ciertas prohibiciones —que muy poco o casi nada tiene que ver con competir en el sentido que comúnmente se le asigna al término— y también a través del cual se intentan justificar las decisiones o los incentivos de ciertos agentes económicos.

El tercer caso lo constituye la regulación de la competencia en algunas áreas del derecho de la propiedad industrial, como el de las marcas y las patentes, que regulan la competencia a través de la creación de monopolios sobre bienes inmateriales.

Por último, existe la regulación fundada en razones de asistencia o promoción industrial. Estos son los casos de las exenciones fiscales, las subvenciones, regímenes de fomento, etc. (o asistencia pública, en general), que por lo general se traducen en el otorgamiento de condiciones económicas más ventajosas para una determinada actividad o sector basado en diferentes consideraciones y que implica casi siempre una desventaja para otros (2).

(1) OTAMENDI, Jorge, “La competencia desleal”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, p. 1. En efecto, en palabras de este autor, “la competencia en un mercado es la lucha por la clientela. Hay competencia cuando se puja por ofrecer lo mismo o algo que lo puede reemplazar”.

(2) Dos fallos muy interesantes de la Corte Suprema de Justicia que abordaron muy tempranamente estos temas son “Varios puesteros próximos al Mercado del Centro c. Empresario del mismo mercado”, Fallos 3:468 (1866), y “Los Saladeristas Podestá c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 31:272 (1887). En el primer caso, la Corte Suprema sostuvo que la libertad de ejercer industria lícita no importa la inhibición de reglamentar su ejercicio y aun limitarlo por causa de utilidad general. En el segundo, sostuvo que ninguno puede tener un derecho adquirido a comprometer la salud pública y esparricar en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que

Como vemos, el abordaje de la competencia no es siempre idéntico, existen casos donde la posibilidad de competir, por motivos de diversa índole, no existe o es muy limitada, lo que de alguna forma permite cuestionar además la existencia de una rama jurídica, v.gr., el derecho de la competencia, integrada exclusivamente por el derecho antimonopólico y por el de la competencia desleal.

El propósito de este trabajo es ofrecer un comentario general sobre la protección de la competencia a través de la regulación de la competencia desleal. Precisamente por su generalidad, el tratamiento de ciertos temas como ser el fundamento de la protección de la competencia, la distinción entre el régimen de defensa de la competencia y de la competencia desleal, las formas de protección que existen contra la competencia desleal en el mundo, entre otros, son —diríamos— materias casi obligadas. Cada uno de estos temas justifican por sí mismos un desarrollo muchísimo más extenso y minucioso que el que realizaremos aquí. Los referimos y comentamos brevemente en la medida en que, directa o indirectamente, explican algunas de las disposiciones del DNU 274/2019.

Con respecto a las restantes formas de protección, simplemente diremos que deben ser tenidas en cuenta a la hora de fijar los objetivos de una política de competencia, si se quiere que esta sea coherente, por cuanto tienen una incidencia directa en ella.

## II. Fundamentos para una regulación de la competencia

Una regulación de la competencia, en el derecho de la competencia desleal y en el antimonopólico, tiene sentido en la medida en que exista un sistema que reconozca el derecho de propiedad y la libertad para comerciar. Por este motivo es que la competencia presupone la existencia de una economía de mercado, entendida esta como un mecanismo donde la asignación de los bienes y servicios se efectúa a través de la interacción “libre” de la oferta y la demanda.

haga de su propiedad y, especialmente, con el ejercicio de una profesión o una industria.

Las economías de mercado requieren de ciertas reglas para funcionar: el derecho de propiedad, la libertad de contratar y trabajar —en la que incluyo la de entrar y salir del mercado—, y el acceso a la justicia son algunas de ellas. Existe consenso, o al menos eso se puede deducir del resultado de la experiencia socialista en el siglo XX, en que una economía de mercado ha demostrado ser un muy buen medio para la asignación de recursos, mientras que la planificación central no lo es. Existiendo y cumpliéndose efectivamente unas pocas reglas como las mencionadas, la competencia entre productores deviene en un poderoso incentivo para la innovación tecnológica, para la diversificación de productos y para la disminución de los precios de los productos, favoreciendo a todos los que participan en él, entre los que incluyo al propio Estado.

Lo hasta aquí dicho explica muy básicamente lo que necesita un mercado para desarrollarse o, lo que es lo mismo, lo que necesita la competencia para impulsar el desarrollo de una economía, pero no por qué es necesario regular la competencia.

Desde un punto de vista, podría sostenerse que la libertad económica y la iniciativa privada es la razón suficiente para el desarrollo de una economía y que cualquier intromisión del Estado resultaría indeseable, pues atentaría contra la eficiencia en la asignación de los recursos y también contra la propia naturaleza del Estado, otrora custodio de la libertad y la propiedad. Esta afirmación, propia del pensamiento liberal, es falsa. Los mercados nunca se conformaron por el “buen salvaje” rousseauiano, por un hombre autónomo que no reconoce otras normas que las que él mismo dicta y llamado a participar de un progreso indefinido y armónico entre sus pares, sino por individuos que, en un primer momento, reclamaron para sí todo el rendimiento de su capital sin importarle en absoluto la miseria en la que se encontraban quienes aportaron a ello su trabajo, generando así una alternativa aún peor: una revolución mundial destinada a colectivizar los medios de producción, que significó la restricción más absoluta de los derechos civiles, políticos y sociales.

Con esta simplificación, excesiva, lo reconozco, de la tensión que siempre existió entre el

capital y el trabajo con la formación de la sociedad industrial desde el siglo XVIII hasta nuestros días, quiero demostrar que la regulación de la competencia —en tanto normas que ordenan la organización y actividad económica— es necesaria por una cuestión de justicia. El derecho de propiedad no es un derecho absoluto, nunca lo ha sido, y el trabajo no es una mercancía, donde el salario está sometido a la ley de bronce, que solo tiene en cuenta al individuo que trabaja y no al sostenimiento de su familia(3). El solo interés del productor y su irrestricta libertad económica no pudieron, hasta ahora, asegurar el bienestar de toda una sociedad. Esto es así no solo porque los mercados tienen fallas o externalidades, que por sí solas justifican el dictado de una regulación, sino porque el *homo oeconomicus* demostró ser bastante más irracional de lo que se esperaba y las fuerzas de los mercados en donde éste actuó nunca se autorregularon automáticamente. La libertad y la competencia no pueden, por sí solas, resolver todos los problemas sociales aplicando solamente su propia lógica, esto es, el propio interés y el cálculo económico. La actividad económica no puede regirse a sí misma porque, en sus últimas consecuencias, conlleva a su propia destrucción y a la tiranía de quienes ambicionan y luego detentan el poderío económico. Sin restricciones, la libre competencia puede conducir a la acumulación ilimitada de la riqueza y del poder económico en manos de unos pocos, que la mayor parte de las veces ni siquiera son sus dueños. Así, la libertad y el mercado son reemplazados por una dictadura económica, en donde el Estado pasa de ser garante del bien común a ponerse al servicio de los económicamente poderosos.

No tenemos duda de que la economía debe ser obra, ante todo, de la iniciativa privada, pero es necesario que los beneficios de una economía de mercado redunden en beneficio de todos los individuos que participan de él, privilegiando muy especialmente a los excluidos del propio sistema. La economía debe estar al servicio de todos ellos, no al revés. La concepción utilitarista del bienestar y el afán de lucro como único motor económico ha marginado valores como el de la solidaridad y el altruismo que

(3) SACHERI, Carlos A., *El orden natural*, Eudeba, Buenos Aires, 1979, p. 40.

hacen que la ciencia económica sea una ciencia propiamente social y humana. La dignidad de la persona humana y las exigencias de la justicia y de la caridad requieren que las opciones económicas no hagan aumentar de manera excesiva y moralmente inaceptable las desigualdades y que se siga buscando como prioridad el objetivo del acceso al trabajo y la permanencia en este por parte de todos (4). Para hacerlo, es necesaria cierta intervención en el plano económico y, en especial, en materia de competencia, en cualquiera de sus formas.

Nuestra Constitución Nacional, liberal en sus inicios, pero con una marcada vocación social, ha reconocido de alguna manera lo hasta aquí dicho. Expresamente reconoció la existencia del mercado en la reforma de 1994 y dispuso una obligación en cabeza de las autoridades: protegerlo contra las distorsiones, aún más allá de las leyes antimonopólicas que ya habían sido dictadas hasta entonces.

En este orden de ideas, una regulación sobre la competencia, en un sentido amplio del término, es el medio a través del cual se establece un marco jurídico para la organización y el desarrollo de la actividad económica dentro, claro está, de una economía de mercado. Sobre el art. 42 CN descansa todo el fundamento constitucional de la protección de la competencia que, como dijimos, no se limita exclusivamente a una legislación antimonopólica. La previsión contenida en el artículo citado encuadra tanto al régimen de defensa de la competencia como al de la competencia desleal, toda vez que los actos sancionados bajo ambos regímenes se orientan a evitar ese tipo de distorsiones, y también en todas aquellas reglas claras y permanentes “para evitar la colonización del Estado por diversos grupos de interés” (5).

Complementando las afirmaciones anteriores, Bidart Campos señaló que “las alusiones que aparecen en el art. 42 —por ejemplo: a la competencia, al control de los monopolios, al consumo, etc.— presuponen la existencia del

mercado, lo que no significa —sin más— que la libertad y la competencia en el mercado retraigan la presencia razonable del Estado en este ámbito económico del consumo, de los bienes y de los servicios. Para nada ha de alentarse ni verse aquí una postura abstencionista del Estado propiciada por el art. 42, sino todo lo contrario”, y que “el sistema democrático con su plexo de derechos apuntala la presencia del Estado para evitar desigualdades injustas y para mantener —o recuperar, si es preciso— el equilibrio en las relaciones de consumidores y usuarios” (6).

Una regulación de la competencia existe no solo para asegurar la vigencia del sistema competitivo en una economía de mercado (7), sino también para garantizar que el orden económico y las relaciones que en él nacen, se desarrollan y se extinguen, sean justas y equitativas. La justicia afecta a todas las fases de la actividad económica porque en todo momento tiene que ver con el hombre y con sus derechos, no solo con un mercado y con su eficiencia. En este contexto, la regulación de la competencia es, ante todo, *una forma de ordenación del derecho de propiedad*, lo que ha sido reconocido desde los inicios de nuestra experiencia legislativa en materia de competencia (8).

Este es, a nuestro modo de ver, el fundamento común de todas las formas en que la competencia puede ser protegida a través de las normas jurídicas.

(6) BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 2010, t. II, ps. 92 y 93.

(7) ACEVEDO, Rafael A., “El modelo de la competencia basada en la eficiencia de las propias prestaciones y la publicidad desleal”, Depalma, Buenos Aires, 0021/000100.

(8) El diputado Dr. Justo, quien participó activamente en la formulación de la primera ley antimonopólica, sostuvo al respecto: “Esta ley que estudiamos es, sobre todo, una serie de limitaciones al abuso de la propiedad por parte de los empresarios o de las empresas. Se trata de una ley que quiere señalar los delitos económicos, las maniobras antisociales que van contra la marcha normal de la producción y de la circulación de los productos del trabajo humano” (Diario de Sesiones, Reunión Nro. 14, 13ª Sesión Ordinaria, Cámara de Diputados, 6 de julio de 1921, p. 778).

(4) BENEDICTO XVI, “Caritas in Veritate”, párr. 32.

(5) GELLI, María Angélica, “La transparencia del mercado, una exigencia constitucional”, LL2017-E-1283, LL Online: AR/DOC/2791/2017.

### III. Distinciones necesarias entre el régimen de defensa de la competencia y de la competencia desleal

Hasta aquí, al referirnos a la competencia, utilizamos el término regulación de la competencia en un sentido amplio, para designar todas aquellas normas jurídicas que ordenan la organización y la actividad económica.

Estas normas pueden ser establecidas a través de un régimen antimonopólico y también a través de un régimen de competencia desleal. En ambos casos, consisten en restricciones al derecho de propiedad y a las libertades económicas fundadas en la protección del mercado —entendido este como mecanismo de asignación de bienes— pero, sobre todo, para proteger a las personas que participan en él.

En nuestro país, la protección jurídica de la competencia se inició a través de dos leyes: la 11.179, de 1921, a través de la cual se sancionó el Código Penal (Cód. Penal), y la ley 11.210, de 1923, que consagró nuestra primera ley antimonopólica (9).

Entre las normas del Código Penal aplicables destacamos el art. 159, aún vigente, que reprime con multa a quien intenta desviar la clientela de un establecimiento comercial o industrial en provecho propio, a través de diversos medios. Este artículo, que el art. 73 inc. 3º del Cód. Penal denomina como “concurrancia desleal” (10) es una de las normas sobre la que, en sus inicios, se apoyó la protección contra la competencia desleal y que nos permitimos aquí criticar. La crítica a esta figura no es por estar incluida en el Código Penal. Muchos ordenamientos en el

derecho comparado contemplan delitos criminales vinculados con la competencia desleal. El problema que plantea la norma, entre otras cosas que no caben ser consideradas aquí, es que establece una sanción insignificante, una multa entre \$ 2.500 y \$ 30.000, que da por tierra cualquier esfuerzo por intentar disciplinar a un competidor desleal.

No analizaremos aquí profundamente la figura, pero mencionaremos dos datos, de lo más interesantes: el primero es que se trata de un delito doloso y está ubicado entre los delitos contra la libertad de trabajo y asociación (?). Asimismo, es una figura de lo más compleja, y posiblemente por ello haya tenido poca relevancia práctica, al menos en nuestros días. Para ser autor se requeriría tener instalado un establecimiento industrial y comercial (11) y son excluidos de estos aquellos destinados a actividades civiles (12). Por otra parte, además del dolo, se requiere otro elemento subjetivo: el provecho propio, dado por la obtención de la clientela y que el acto sea realizado a través de tres medios, tan inciertos como pintorescos: maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o propaganda desleal.

La ley 11.210, por su parte, declaraba delito a ciertos actos —convenios, pactos, fusiones, etc.— tendientes a establecer o sostener un monopolio y lucrar con él. Entendía por “actos de monopolio” a los que, sin importar un progreso técnico ni un progreso económico, aumentaban arbitrariamente las propias ganancias sin proporción con el capital efectivamente empleado y a los que dificultaban la *libre concurrencia* en la producción y en el comercio interior y exterior. Basta con leer los primeros dos artículos de la ley 11.210 para convencerse de que la competencia, en sus inicios, era una noción más bien confusa, pero su objetivo era claro: sancionaba

(9) La situación de los *trusts* y de los monopolios despertaba inquietudes entre nuestros legisladores desde tiempo antes, lo que valió la presentación de diversos proyectos de ley entre los años 1917 y 1922. El primer antecedente de la ley 11.210 fue un proyecto de ley sobre fiscalización de *trusts* presentado en la Cámara de Diputados de la Nación en 1909 por Carlos y Manuel Carlés. Ver PANERO, Federico J., “La legislación antitrust en la República Argentina”, XIII Congreso Internacional del Notariado Latino.

(10) Spolansky la refiere igualmente como “competencia desleal”. Ver SPOLANSKY, Norberto E., *El delito de competencia desleal y el mercado competitivo*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 16.

(11) “La competencia desleal presupone la coexistencia de varios individuos o entidades que tengan por objeto funcional los mismos fines materiales, o sea que exploten ramos de igual naturaleza (...) al punto que la acción de uno de ellos pueda ser sustituida o reemplazada por la de otro, no encajando en la figura del art. 159 del Código Penal (...) la conducta que aún dañosa se proyectare en negocios de naturaleza distinta los que constituirían el objeto de las actividades de dicha entidad” (CNPenal, 5/7/1957, LL 89-182).

(12) CNCrim. y Correc., 5/12/1941, LL 25-173.

ciertos abusos en la producción y comercialización de productos.

Este fue el inicio de nuestra regulación de la competencia a través de estos dos regímenes, la que, desde entonces, transitó un largo recorrido, signado por avances y también por retrocesos.

Entre los avances vamos a destacar dos, muy recientes. El primero de ellos se vincula con la protección de la competencia a través de la ley antimonopólica. Conviene aquí recordar, para valorar con justicia este primer avance, que tanto la ley 11.210, de 1923, como la 12.906 de 1946, tuvieron escasa aplicación (13). No obstante, la ley 11.210 se aplicó once veces y en solo dos casos se concluyó con una condena. Cuarenta años después, con la sanción de la ley 22.262, se definió con mayor precisión las conductas sancionadas y se instauró el régimen sancionatorio antimonopólico en sede administrativa, lo que era una novedad y también un reclamo en nuestro derecho. Mencionamos este antecedente, la ley 22.262, porque si bien su aplicación fue, como las dos leyes anteriores, defectuosa, algo que se le atribuye a las complicaciones en la conformación de dicha autoridad administrativa (14), en esta ley se explicitó el reconocimiento de la iniciativa privada como fuerza impulsora de la economía y también se redefinió con mayor precisión el rol del Estado en la intervención del mercado, por cuanto la regulación de la competencia se convirtió en una herramienta para el desarrollo de una efectiva política de precios (15).

En este muy resumido contexto, un sustancial avance se dio con la sanción de la ley 27.442, de mayo de 2018, que mejoró el marco normativo previsto por la ley 25.156 (sucesora de la 22.262 y de todas las anteriores), mejoras entre las que se destacan la actualización de los umbrales de notificación de las concentraciones económicas, la implementación de sistema *ex ante* de control de éstas, creación de un programa de

clemencia, y la creación de una Autoridad Nacional de la Competencia, organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, integrada por un Tribunal de Defensa de la Competencia, por una Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas y por una Secretaría de Concentraciones y que, actualmente, está en proceso de conformación, entre otras.

El segundo avance significativo en la protección de la competencia ha sido la sanción del DNU 274/2019 que estableció, *por primera vez en la historia de nuestro derecho*, un régimen integral y sistematizado de la competencia desleal. También incluyó normas muy importantes en materia de publicidad comercial, en especial en materia de publicidad comparativa, y varias cuestiones más, relacionadas con el régimen de identificación de mercaderías, el procedimiento administrativo aplicable y las facultades de la Secretaría de Comercio Interior (SCI).

El DNU 274/2019 fue reglamentado por la SCI a través de la res. 248/2019 e, importa decirlo, debe aún transitar el procedimiento previsto por la ley 26.122, que establece que la Comisión Bicameral Permanente del Congreso Nacional debe expedirse sobre su validez y elevar un dictamen al plenario de cada Cámara del Congreso para su expreso tratamiento.

Si bien los caminos entre ambos regímenes, el de defensa de la competencia y el de competencia desleal, son perfectamente definibles, establecer una distinción normativa precisa entre ambos no lo es.

En grandes líneas, el derecho antimonopólico pretende impedir que los competidores restrinjan la competencia entre ellos, compitan menos pudiendo hacerlo o, no existiendo competencia efectiva, que no abusen de su posición dominante. El de la competencia desleal, en tanto, busca asegurar que quienes compiten en el mercado lo hagan a través de medios leales y honestos, actuando a través de los precios o bien ofreciendo productos o servicios de mayor calidad. Sin embargo, estas aproximaciones no son siempre precisas para establecer una distinción entre ambos regímenes. Si se analiza con mayor rigurosidad lo dicho, veremos que la ley de defensa de la competencia, en rigor de verdad, *no*

(13) PANERO, Federico J., "La legislación antitrust...", cit.

(14) CABANELLAS, Guillermo, "Reforma y viabilidad del régimen de defensa de la competencia", RDCO 292-515.

(15) Conf. punto I.2 de la Exposición de Motivos de la ley 22.262.

*obliga a competir*, sino que establece cómo *no* hacerlo. Y la competencia desleal puede existir en casos donde no necesariamente se compite en precio o en calidad de productos.

Hay quienes encuentran características distintivas en ambos regímenes a través de los intereses protegidos. Así se ha dicho que “a grandes rasgos, la defensa de la competencia protege al orden público económico de la acción de los competidores, mientras que la protección contra competencia desleal sanciona a los desleales de los competidores ‘entre sí’. La defensa de la competencia defiende a la competencia como institución del mercado; no protege directamente a los empresarios frente a los actos desleales de sus pares, sino que garantiza la libre competencia en beneficio del interés general; es decir, que exista una competencia plural y una igualdad de acceso al mercado” (16).

Varios comentarios se pueden realizar sobre esta distinción. En la competencia desleal el orden público también se ve comprometido (conf. art. 2º, DNU 274/2019), no se regula solamente la relación de los competidores entre sí, sino que los intereses protegidos son múltiples (conf. art. 1º, DNU 274/2019), y la regulación no está pensada solamente en función de un interés privado.

Por otra parte, no parece exacta la afirmación de que en un régimen de competencia desleal se garantiza la libre competencia, ni mucho menos que esta sea plural o múltiple. En un régimen de competencia desleal se pretende asegurar que la competencia sea leal, que los medios empleados en el proceso competitivo sean justos.

En cuanto a la legislación antimonopólica, más allá de que el nombre de la ley sea *defensa de la competencia*, lo que se protege como institución no es la competencia sino al mercado y lo hace frente a aquellos actos que desnaturalizan su mecanismo. Estos pueden o no ser llevados a cabo por competidores. Piénsese, por ejemplo, los casos de monopolio o de abuso de

una posición dominante en un mercado, donde no existe una competencia sustancial.

Otros, por el contrario, sostienen que la distinción entre uno y otro régimen se encuentra en las relaciones competitivas que se busca impedir. Estas relaciones serían los actos que afectan la independencia entre las partes, o la libertad de elección entre distintos oferentes y demandantes, o aquellos que crean barreras de ingreso y los que afectan la estructura de mercado de modo tal que no se puede operar competitivamente o lo puede hacer en un grado considerablemente menor (17).

Las distinciones también se formulan desde dos tipos de reglas: las que tienden a evitar que los competidores no compitan entre sí y las que tienden a evitar que los competidores compitan entre sí dañándose o dañando a terceros innecesaria o improductivamente. El primer conjunto de reglas constituye el derecho de defensa de la competencia; el segundo, el derecho de la competencia desleal (18).

Ghidini ha señalado que la función del derecho antimonopólico es preservar el espacio y los mecanismos competitivos del mercado como tales, mientras que la función de la competencia desleal es verificar que dentro de dicho espacio y bajo esos mecanismos la libertad individual de competencia no sea mal utilizada a través de comportamientos que puedan poner en peligro los intereses constitucionalmente protegidos, ya sea de los consumidores o de los competidores (19).

Como vemos, variadas son las formas de encarar las distinciones, y son todas válidas. A nuestro modo de ver, ambos regímenes regulan un mismo fenómeno —conductas de individuos en el mercado—, tienen un fundamento común —la justicia y la equidad en las relaciones económicas—, y lo hacen fundamental-

(16) GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián, *Competencia desleal. Actos de desorganización del competidor*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, ps. 20 y ss.

(17) CABANELLAS, Guillermo - SÁNCHEZ HERRERO, Andrés *et al.*, *Derecho de la competencia desleal*, Heliasta, Buenos Aires, p. 184.

(18) CABANELLAS, Guillermo, “La figura general de competencia desleal en el derecho argentino”, JA del 13/12/2006, p. 25.

(19) GHIDINI, Gustavo, “Competencia desleal: resolviendo las ambigüedades”, LL 0003/012984.

mente a través de la prohibición de conductas, que en general consisten en obligaciones de no hacer. Si es que fuera posible establecer *a priori* una distinción entre un régimen y otro —no creo que esto sea posible atento la diversidad de figuras que existen en ambos regímenes—, creo que podría ser por el impacto que tienen las conductas prohibidas en el funcionamiento del mercado.

En la defensa de la competencia, las prohibiciones establecidas por la ley —conductas anti-competitivas unilaterales, exclusorias o colusorias, el abuso de posición dominante o las concentraciones económicas anticompetitivas— están orientadas a sancionar actos que tienen la capacidad de restringir unilateral o concertadamente la producción (en términos económicos, la oferta), por fuera del mecanismo de mercado, causando un daño a la propia estructura de éste. La limitación de la libertad de elección entre distintos oferentes y demandantes, la creación de barreras de entrada, el aumento de los precios, etc., son más bien consecuencias de este acto antes que sus causas.

Esto lo explica, de alguna manera, el modelo sobre el que se apoya la legislación antimonopólica, el cual resumiremos rápidamente.

La característica más representativa de una economía de mercado tiene que ver con que las acciones que involucran toma de decisiones sobre la asignación de bienes y la inversión productiva se realizan a través de un mercado, es decir, en un ámbito donde tanto los precios como las cantidades son determinadas por la interrelación libre de la oferta y la demanda. Así, asumiendo que las personas siempre aprovechan las oportunidades que se les presentan, se generarían los incentivos correctos para que los recursos se asignen apropiadamente y terminen en manos de quienes más lo valoran. En este modelo, se propone a la competencia como una situación donde existiendo muchos competidores, tanto los oferentes como los demandantes, sean “precio-aceptantes”, es decir que no pueden influir sobre el precio de mercado de los bienes y servicios que se intercambian en él. Quienes afirman que este modelo existe en la realidad, ofrecen como ejemplos el mercado de cereales, como el trigo, maíz, soja, etc., o ciertas situaciones especiales dentro de

la industria farmacéutica, en los que se toman los precios como “dados”.

La economía clásica sostiene que, en los mercados competitivos, existiría un punto de equilibrio donde la cantidad ofertada iguala la cantidad demandada. En este punto, nadie tendría incentivos para actuar y los mercados se “vaciarían”. Esto es así ya que, si los oferentes ofrecen un precio superior, habrá menos compradores que vendedores, generando una baja en el precio. Si ofrecen un precio inferior al de equilibrio, habrá más compradores que vendedores, generando el alza de este. En este punto se maximizaría la situación del consumidor y del productor; no existirían excedentes ya que quien quiso comprar pudo hacerlo, y el que quiso vender, también, quedando los bienes y servicios en manos de quienes más lo valoran. Se señala el equilibrio del mercado como óptimo donde los mercados son eficientes (según quién, Pareto, Kaldor-Hicks, etc., no interesa en este comentario).

El modelo descripto se lo conoce como modelo de competencia perfecta y requiere para que aplique que existan muchos productores y que ninguno de ellos tenga una cuota de mercado demasiado grande, que los productos sean homogéneos, y que la entrada y salida al mercado sea libre (20). A lo que no cumple con las condiciones de este modelo se lo conoce como competencia imperfecta, y es, por diversas consideraciones de orden económico, ineficiente. El modelo de competencia perfecta fue criticado, entre otros, por Hayek, porque no refleja el significado real de competir (21). Por tal

(20) Existen autores, como Krugman y Wells, que no consideran necesaria la existencia de este tercer requisito.

(21) “It appears to be generally held that the so-called theory of ‘perfect competition’ provides the appropriate model for judging the effectiveness of competition in real life and that, to the extent that real competition differs from that model, it is undesirable and even harmful (...). I shall attempt to show that what the theory of perfect competition discusses has little claim to be called ‘competition’ at all and that its conclusions are of little use as guides to policy. (...) In other words, the description of competitive equilibrium does not even attempt to say that, if we find such and such conditions, such and such consequences will follow, but confines itself to defining conditions in which its conclusions are already implicitly



razón es que en el derecho de la competencia el modelo al que se tiende es el modelo de “competencia efectiva”, la cual requiere condiciones un poco más modestas pero bastante más reales: libertad de entrada y salida del mercado, pluralidad de oferentes, independencia en las decisiones de los participantes del mercado, libertad de elección, y estructuras de mercado competitivas.

En cualquier caso, en una legislación antimonopólica los casos que se tienden a prohibir son aquellos actos que implican afectar este objetivo ideal de que los precios sean “dados” por el mercado y no por la actuación de agentes económicos. Es decir, con la posibilidad por parte de uno o varios agentes, de determinar o fijar la producción y con ello influir en el precio de un producto por sobre el precio de mercado, perjudicando a los consumidores y a la economía en su conjunto. No tiene que ver con competir ni con garantizar la pluralidad de oferentes; estos elementos pueden o no estar. En el modelo de competencia perfecta, también en la efectiva, en realidad, nadie compite contra nadie porque los precios son (o deberían ser) dados por el mercado.

En el de la competencia desleal los actos prohibidos lo son porque además de ser actos reprochables en sí mismos (pues implican el hurto, la calumnia, la mentira, etc.), afectan la posición competitiva a la que un individuo legítimamente accedió y desde donde compite con otros. La afectación del mercado existe, pero no tiene la magnitud de amenazar su propia estructura. Y estos casos no se fundan exclusivamente en las relaciones entre competidores, pueden también darse en las diversas etapas de la cadena de comercialización. En ambos casos, tanto en la competencia desleal como en la defensa de la competencia, lo que se afecta es el propio funcionamiento de un mercado, con una mayor gravedad en el caso de las violaciones a la ley antimonopólica, lo que explica por qué muchas de las normas antimonopólicas

tengan naturaleza penal y los altísimos montos de las multas.

Ahora bien, la ley antimonopólica es una condición necesaria pero no suficiente para que el proceso competitivo funcione adecuadamente y para proteger al mercado. Por este motivo es que estas leyes se entienden complementarias una de la otra, también con las leyes de la propiedad industrial.

La relación de complementariedad entre ambos regímenes se verifica claramente en un aspecto que ha adquirido especial relevancia en los últimos años: la asimetría en el poder de negociación de las empresas entre sí o, lo que es lo mismo, el abuso de la situación de dependencia económica. Esta figura suele aplicarse en las relaciones donde el comprador ejerce poder sobre el proveedor, o al revés, de modo tal de imponer condiciones comerciales, tales como descuentos, plazos de pago excesivo, etc., que en otras circunstancias no existirían. Este poder puede manifestarse en un verdadero monoposonio u oligoposonio, pero no necesariamente tiene que llegar a configurar una estructura de mercado como esas, ni siquiera tiene que existir posición de dominio. Dicho poder puede manifestarse simplemente como una asimetría en el poder de negociación. Para nuestra ley antimonopólica, dado que, en ciertos casos, los efectos derivados del abuso podrían resultar beneficiosos para el consumidor (por la baja en los precios) bien podría no representar un daño al interés económico general y, por lo tanto, no estar alcanzada por la Ley de Defensa de la Competencia. Empero, el perjuicio para quien sufre esa práctica es evidente y resulta injusto que un afectado no posea un remedio eficaz para restablecer el equilibrio en dicha situación. Por ese motivo, algunos ordenamientos, como el alemán, el español y ahora el argentino, han incluido la figura del abuso de dependencia económica como un acto de competencia desleal.

#### **IV. Formas de protección contra la competencia desleal y la situación en nuestro derecho**

La mayoría de los países que adoptaron economías de mercado establecieron algún tipo de protección frente a las prácticas desleales y, en general, lo hicieron a través de una regulación complementaria a las leyes antimonopólicas y

---

contained and which may conceivably exist but of which it does not tell us how they can ever be brought about”. HAYEK, Friederich H., “The meaning of competition”, *Individualism and Economic Order*, University of Chicago Press, Chicago, 1948, ps. 92-106.

de propiedad industrial. Esto, si bien es una generalización, es un hecho innegable.

Muchos de esos países también suscribieron el Convenio de París que, siempre vale la pena recordar, desde la Conferencia de Revisión de La Haya en 1925, obliga a los signatarios del mismo a asegurar una protección eficaz contra la competencia desleal, y el acuerdo ADPIC, que obliga a los países miembros de la Organización Mundial del Comercio a cumplir con las disposiciones del Convenio de París. En este sentido, el DNU 274/2019 se motivó, entre otras razones, en el cumplimiento de estas dos obligaciones internacionales (22).

La forma en que los países incorporaron este tipo de protección en su derecho interno varía en cada caso. No existen aquí recetas preestablecidas y en gran medida depende de la idiosincrasia de cada país. Así, algunos países lo hicieron a través de una legislación especial. Este es el caso de Alemania, (23) Austria, (24) Colombia (25), Corea del Sur (26), Chile (27), España (28), Finlandia (29), Grecia (30), Japón (31), Perú (32),

Polonia (33), la República Popular China (34) y Suiza (35).

Otros incluyeron disposiciones de la materia dentro de una norma abarcativa de otras disciplinas, como ser las relativas a la propiedad industrial, defensa del consumidor, o la comercialización de ciertos productos. Bélgica (36), Brasil (37), Canadá (38), Dinamarca (39), Estados Unidos de Norteamérica (en la ley federal, no estadual) (40), India (41), Indonesia (42), Noruega (43), Paraguay (44), Portugal (45),

(33) Inicialmente se aplicó la Ley de Competencia Desleal de 1926. Luego, en 1993, se dictó la ley de lucha contra la competencia desleal, y en el 2007 la ley contra las prácticas comerciales injustas.

(34) Ley de competencia anti-desleal de 1993 y sus reformas.

(35) Ley federal de competencia desleal de 1943, modificada en 1986.

(36) Libro VI del Código de Derecho Económico del 28/2/2013, relativo a las prácticas de mercado y protección al consumidor. Resulta importante destacar que el Código de Derecho Económico incluyó en el Libro IV diversas directivas de la Unión Europea (2005/29 de prácticas desleales, 2006/114 de publicidad comparativa, y 2011/83 de defensa del consumidor).

(37) En el derecho brasilero rige el art. 195 de la ley 9279/1996, de Propiedad Industrial, que prevé 14 tipos penales para sancionar los actos de competencia desleal. Las referencias a la protección contra la competencia desleal se encuentran también en el art. 4.IV de la ley 8078/1990 de Defensa del Consumidor y en la ley 12.965/2014 que regula Internet.

(38) Ley de Competencia, Ley de Marcas y Ley de Protección del Consumidor.

(39) Ley de Prácticas de Comercialización.

(40) Ley federal de Marcas (Lanham Act) y la Uniform Deceptive Trade Practices Act de 1964. En los países con estructura federal, como los Estados Unidos de Norteamérica, la división de competencias entre el Poder Legislativo federal y los estados ha dado lugar a una suerte de doble regulación, federal (la Ley de Marcas) y estadual.

(41) También se aplicaría la Sección 2(1)(r) del Código de Protección del Consumidor.

(42) Ley 8/1999 de Defensa del Consumidor.

(43) Ley 2/2019 de comercialización.

(44) Capítulo II de la ley 1034/1983 y título III de la ley 1294/1998 de Marcas.

(45) En sus inicios, la competencia desleal era considerada un delito criminal. Hoy se aplican los arts. 317 y 318 del Código de Propiedad Industrial.

(22) Conf. consid. 3 del DNU 274/2019.

(23) Ley contra la competencia desleal de 1896 y sus reformas.

(24) Ley contra la competencia desleal de 1984.

(25) La competencia desleal en Colombia se reguló primero a través del Código Comercial y por la ley 155 de 1959. Luego, en 1996, se dictó la ley 256, que reemplazó la regulación anterior.

(26) Ley de Prevención de la Competencia Desleal y Protección de Secretos Comerciales de 1961 (modificada en 1996).

(27) Ley 20.169 del 2007, aunque la regulación no se limita exclusivamente a esta. Las leyes 19.496 de Protección de los Derechos del Consumidor, la ley 17.336 de Propiedad Intelectual y la ley 19.039 de Propiedad Industrial regulan también ciertas conductas desleales.

(28) Ley de competencia desleal 3/1991 y sus reformas.

(29) Ley de prácticas comerciales desleales 1061/1978.

(30) Ley 146/1914.

(31) Ley de Prevención contra la Competencia Desleal 47/1993 y la ley contra representaciones engañosas 134/1962.

(32) Decreto Legislativo 1044, de Represión de la Competencia Desleal.

Singapur (46), Suecia (47), Tailandia (48) y Taiwán (49), son algunos de ellos.

Si bien son los menos, algunos países regularon la competencia desleal en sus leyes antimonopólicas. Entre ellos están Bulgaria (50), Costa Rica (51), Ecuador (52), Hungría (53), Rumania (54), Rusia (55), Venezuela (56) y Vietnam (57).

Otros países aplicaron normas sobre el ilícito civil extracontractual o las acciones de fraude comercial. Algunos de ellos son Bolivia (58), Francia (59), Israel (60), Italia (61), México (62), Países Bajos (63), las diversas jurisdicciones

del Reino Unido (Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda del Norte), Turquía (64) y Uruguay (65).

Por último, hay quienes —sino casi todos— combinaron algunas de las alternativas anteriores.

Sea cual sea el camino elegido, nos permitimos insistir en esta idea, todos estos países tomaron una determinación concreta para regular la competencia desleal. Esta circunstancia demuestra que, en el mundo, la regulación contra la competencia desleal no solo existe desde hace ya muchísimo tiempo, sino que, además, su desarrollo no ha dependido necesariamente de la existencia de una ley especial. Una norma propia del derecho civil, aplicada correctamente, tiene la virtualidad de hacer del derecho de la competencia desleal un sistema eficaz. Francia, la cuna del derecho de la competencia desleal, es la demostración más acabada de esto, por cuanto en sus inicios desarrolló esta protección aplicando solamente el art. 1382 de su Código Civil. En los Países Bajos, por citar otro caso, con la reforma del *Burgerlijk Wetboek* (Código Civil) se optó por regularla directamente a través del (hoy) art. 6:162 y arts. 6:194 a 6:196, y también aplicando algunas normas del derecho administrativo y del derecho penal. Por supuesto, regular la materia a través de una norma de responsabilidad extracontractual presenta algunas dificultades, p. ej., la prueba de la existencia de un daño concreto, entre otros, pero es una posibilidad y existen muchos casos de éxito.

La cuestión sobre cómo regular la competencia desleal —que, para simplificar, se reduce a definir si el dictado de una ley especial es o no necesaria— no tiene absolutamente nada de novedoso y ha sido objeto de acaloradas discusiones en el derecho comparado. Por citar un caso, la primera ley de competencia desleal sancionada en España, la ley 3/1991, fue más valorada por el derecho extranjero que por los propios españoles, entre quienes un sector importante de la doctrina española (Fernández

---

(46) Ley de Marcas, Ley de Patentes, Ley de Derecho de Autor, Ley de Diseños Registrados, Ley de Protección al Consumidor. También aplican normas de la responsabilidad por daños.

(47) Ley de Comercialización, y la Ley de Protección de Secretos Industriales.

(48) Ley de Competencia Comercial.

(49) Arts. 20 a 22 y 24 de la Ley de Comercio Justo.

(50) Capítulo VII de la Ley de Protección de la Competencia de 2008.

(51) Rige la ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Esta ley regula la competencia, en general, incluyendo normas *antitrust*. El art. 17 de esta ley se refiere específicamente al acto de competencia desleal y cuatro supuestos especiales. También aplica la ley 8039 en los casos de competencia desleal en materia de propiedad intelectual.

(52) Libro IV de la Ley de Propiedad Intelectual de 1997 y Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

(53) Ley de Competencia de 1996.

(54) Ley 11/1991 (modificada en 2014).

(55) Ley de Protección de la Competencia de 2006.

(56) Sección III del dec. 1415 de 2014 (Ley Antimonopolio).

(57) Ley de Competencia de 2004 (modificada en 2018).

(58) Art. 69 del Código de Comercio.

(59) Se aplica el art. 1382 del Cód. Civil.

(60) Ley Comercial de 1999.

(61) Se aplican los arts. 2595 y 2598 del Cód. Civil.

(62) Art. 6 bis del Cód. de Comercio.

(63) Art. 6:162 y arts. 6:194 a 6:196 del Cód. Civil. También aplica el 328 bis del Cód. Penal.

---

(64) Arts. 54 a 63 del Cód. Com. También existen previsiones en diversas leyes de propiedad industrial, como la Ley de Marcas, de Protección de Secretos Industriales y Patentes.

(65) Arts. 1319 del Cód. Civil.

Novoa, Otero Lastres y Lema Devesa), la criticaron duramente por considerarla innecesaria dado que la competencia desleal ya estaba regulada por ley de marcas (66) y la ley general de publicidad.

Afirmar que una legislación especial no es necesaria para sancionar los actos de competencia desleal puede ser, a esta altura del desarrollo de la disciplina en el derecho comparado, una obviedad, pero no lo es tanto en la Argentina, donde la situación, como en tantos otros órdenes, no ha “encajado” en ninguna de las soluciones que propone el derecho comparado: nunca tuvimos una ley especial que regule la competencia desleal —la ley 22.802 contenía una regulación fragmentaria y muy limitada sobre ciertas prácticas comerciales— (67), no tuvimos disposiciones ordenadas sobre la materia dentro de una ley más general o amplia, las sucesivas leyes de defensa de la competencia que fueron dictadas no la incluyeron, y la jurisprudencia no aplicó las normas sobre responsabilidad extracontractual —con suerte contamos con algunos antecedentes de aplicación del Convenio de París en nuestro haber jurisprudencial— (68).

Nuestra regulación era fragmentaria y se encontraba dispersa en numerosas normas, tanto nacionales como internacionales. Las principales eran —y siguen siendo, con excepción de la derogada ley 22.802—, las normas aplicables del Convenio de París, aprobado por ley 17.011, las del Acuerdo ADPIC, aprobado por ley 24.425, algunas normas del Código Penal (arts. 117 bis, 153 a 156, 157 bis y art. 300, inc. 1), la ley 24.766 sobre confidencialidad, las leyes 25.127, 25.163 y 25.380 de identificación de mercaderías y protección de nombres geográficos, el art. 273 de la ley 19.550 y el art. 88 de la ley 20.744 de Contrato de Trabajo, entre muchas otras.

(66) El art. 87 (que incluía una cláusula general sobre competencia desleal), y los 88 y 89 de la Ley de Marcas regulaban la competencia desleal y había tenido una reforma hacía unos pocos años.

(67) CABANELLAS, Guillermo - SÁNCHEZ HERRERO, Andrés *et al.*, *Derecho de la competencia...*, cit., p. 132.

(68) CNFed. Civ. y Com., sala I, 13/6/1996, “Demibell SA c. Deville SRL”, 14/6/2001, “Japan Tobacco Inc. y otro c. Massalin Particulares SA”, y 19/5/2005, “Cervecería y Maltería Quilmes c. Casa Isenbeck”, entre otros.

La derogada ley 22.802, quizá la más importante dentro de ese universo de normas, había sido dictada con el objetivo de reordenar en un único cuerpo normativo las previsiones establecidas por las leyes 17.016, 17.088 y 19.982, que incluían normas relativas a la escala a la que debía ajustarse el peso o la medida neta de la mercadería envasada, a la promoción de ventas de artículos de primera necesidad mediante ofrecimiento o entrega de premios o regalos, y a la identificación de mercaderías. La ley 22.802, de 1983, había sido dictada no para regular la competencia desleal sino para proteger el derecho de información de un consumidor que no solo no conocía Internet, sino que ni siquiera estaba familiarizado con la democracia. La ley 22.802 sí fue dictada para facilitar al comerciante *el conocimiento de la legislación* (sic) a la que debía adecuarse para la comercialización de sus productos o servicios. Sobre las prácticas desleales en el comercio, unos pocos artículos que, hay que reconocerlo, han sido muy útiles pero limitados a los actos de engaño o confusión. La ley 22.802 fue objeto de varias reformas (69), la mayoría de ellas intrascendentes para la materia (70) y en ninguna de estas se observó un criterio u orden metodológico, incluyéndose previsiones que nada tenían que ver con la lealtad en las relaciones comerciales. Con la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor, la protección del derecho de información del consumidor se reguló mejor, deviniendo innecesarias varias de las normas previstas en la ley 22.802.

En nuestra legislación, hasta el dictado del DNU 274/2019, no existió un concepto único sobre lo que debía entenderse por “competencia desleal” y los supuestos específicos se incluían en normas de diferente naturaleza, penales, administrativas, etc. Lo más parecido a una “figura general” de competencia desleal estaba en el art. 10 bis del Convenio de París que, para algunos, es susceptible de operar como figura general de la competencia desleal en el derecho argentino (71). Pero esta solución po-

(69) Leyes 24.240, 24.344, 25.380, 25.954, 26.179, 26.361, 26.422 y 26.993.

(70) Y criticadas también por la doctrina. Ver TAMBUSSI, Carlos, “A treinta años de la ley de lealtad comercial”, LL Actualidad del 6/6/2013.

(71) CABANELLAS, Guillermo, “La figura general de competencia...”, cit.

dría ser cuestionable porque dicho tratado no aplicaría a las relaciones entre nacionales, sino a los nacionales de otros países miembros de la Unión.

Como consecuencia de la falta de un concepto uniforme y del generalizado desorden normativo, algunas figuras especiales podían entenderse superpuestas con otras y hasta terminar siendo contradictorias; también existían vacíos notables —o “campos desprotegidos”, en el decir de Etcheverry— (72), por mencionar algunas de las consecuencias del régimen anterior al DNU 274/2019. Existía una regulación, sí, pero era precaria, caótica y, por sobre todas las cosas, ineficaz (73).

La doctrina señaló, con acierto, que esta falta de estructura normativa única tenía efectos más graves que la mera dificultad para conocer la materia. A ello se le agregaban su imprecisión y la órbita de su punición (74). También se sostuvo que hasta que el legislador no dicte una norma comprensiva, nuestro ordenamiento seguiría careciendo de una solución integral a la cuestión (75) (76).

En un reciente artículo de opinión publicado por esta editorial (77), sostuvimos que la problemática existente alrededor de la com-

---

(72) ETCHEVERRY, Raúl A., *Derecho comercial y económico. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, p. 196.

(73) El fallo “Organización Veraz S.A. c. Open Discovery S.A. s/cese de uso de marca”, del 4/5/2018, ejemplifica muy bien lo difícil que es para un juez fallar en un caso de competencia desleal, dadas las normas existentes antes del DNU 274/2019. En este fallo se discutió si la utilización de las marcas como palabra clave o *keyword* en el sistema de enlaces patrocinados en Google AdWords constituía una infracción marcaria en los términos de la ley 22.362 y un acto de competencia desleal. Los fundamentos de por qué para la sala III ese acto es desleal son ejemplificadores.

(74) CABANELLAS, Guillermo, “La figura general de competencia...”, cit.

(75) GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián, *Competencia desleal...*, cit., ps. 39 y 40.

(76) MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, “La competencia desleal en la Argentina Una aproximación a la competencia desleal desde el derecho privado”, JA.

(77) NAZAR ANCHORENA, Marcos F. L., “Propuestas de reforma a la ley 22.802 de lealtad comercial. Hacia una regulación integral de la competencia desleal”, LL del 8/4/2019.

petencia desleal en la Argentina, consistía en que existían prácticas desleales que no eran sancionadas por la ausencia de un cuerpo unificado y sistematizado de normas y que el Estado nacional no poseía un remedio eficaz para hacer frente a esta problemática, por cuanto las leyes que regulaban el comercio interior (78) no prevenían atribuciones proporcionadas a la finalidad perseguida por el derecho de la competencia desleal. Por esa razón, entre muchas otras (79), concluimos en que era necesario reformular la ley 22.802 de lealtad comercial y regular la competencia desleal, de modo tal que dicha norma se convierta en un medio eficaz de control este tipo de conductas.

El problema de la competencia desleal en la Argentina, en nuestra opinión, no consistía *solamente* en que el marco normativo era difuso, impreciso u obsoleto, sino en que precisamente por estas falencias las prácticas desleales quedaban impunes y que ello tenía consecuencias directas en la competitividad de las empresas en perjuicio de estas y de los consumidores, pues contribuirían a la formación de precios y a la estructura de costos que enfrenta un empresario, que repercutirían directamente en el consumidor. Esta conclusión, desde el análisis económico podría ser fácilmente justificada, pero no lo haremos aquí por exceder el propósito de este comentario general.

## V. Breve evolución histórica

La evolución de la disciplina de la competencia desleal contrasta fuertemente con la del derecho antimonopólico. No reconocen un origen común, si bien poseen un fundamento similar.

La competencia desleal nació de la mano del derecho mercantil, reconoce su origen con los

---

(78) Leyes 19.511, 20.680, 22.802 y 24.240, entre otras.

(79) La ley 22.802 tenía otro tipo de deficiencias, además de no regular la competencia desleal. Los montos de las multas estaban desactualizados, no contemplaba los factores humanos como cualidad o característica de las denominaciones de origen, no establecía criterios objetivos u orientaciones para graduar la aplicación de sanciones ni el monto de las multas, prevenía el depósito de la multa para interponer el recurso directo, el procedimiento administrativo se encontraba poco adaptado a los avances tecnológicos, establecía una Alzada que no había sido creada, entre muchas otras.

comerciantes; el derecho antimonopólico es mucho más reciente, se inició con el dictado de la Sherman Act de 1891 y se replicó en Europa a partir de la sanción del Tratado de Roma en 1957, que crea el Mercado Común Europeo, y su razón tiene que ver con la necesidad de asegurar que la competencia no se perjudique por su propia fuerza.

Ghidini sostuvo que la competencia desleal nació a fines del siglo XV, y es obra de teólogos (80). Este autor señala que las primeras disputas eran referidas a la competencia entre docentes, que tenían lugar fuera de las organizaciones corporativas y que no existían limitaciones intrínsecas para ello, sino que la licitud estaba en los medios empleados. Estas discusiones habrían sido luego trasladadas al ámbito mercantil.

Los regímenes anteriores a la Revolución Industrial no conocieron las economías de mercado y, por lo tanto, la regulación de la competencia era sustancialmente distinta. Antes de la irrupción del liberalismo económico, existía una regulación de tipo corporativo, que consistía básicamente en la regulación de una actividad por parte de un sector y la existencia de una detallada reglamentación sobre esta. No estamos convencidos de que este modelo responda a la desconfianza en la competencia efectiva como régimen, o que responda meramente a un criterio de lealtad entre quienes estaban aglutinados en una corporación en perjuicio de quienes no lo estaban, como se ha señalado (81). El derecho de competencia desleal, como lo conocemos, es una noción moderna —en el sentido histórico del término— que fue elaborada y desarrollada a partir de una determinada concepción del mundo y, en especial, del comercio. En la época feudal es bastante posible que nadie se haya representado la competencia como algo beneficioso para una economía.

Con la Revolución Francesa se inicia un drástico proceso de supresión de las restricciones para ejercer el comercio, marcando claramente

una primera etapa de esta evolución del derecho de la competencia desleal. En este estadio, el modelo se apoyaba en la más absoluta libertad de la industria y el comercio. Se derogan las estructuras propias del corporativismo medieval —y con ello con cualquier restricción al libre comercio— inicialmente a través de una ley de 1791, que estableció la libertad para realizar cualquier negocio o ejercer cualquier profesión, arte u oficio, y luego a través de la ley Le Chapelier del 14 de junio de 1791, que directamente suprimió las corporaciones (82) y prohibió toda forma de reunión y asociación por atentar contra la libertad individual.

Debemos a Francia el origen y desarrollo inicial de la competencia desleal, el cual se fundó en las normas sobre responsabilidad extracontractual y en algunas normas penales. En ese entonces, ninguna norma preveía la competencia desleal, sino que la jurisprudencia sistematizó los casos donde la competencia era considerada ilícita. El rol de los jueces fue protagónico y, a la vez, ejemplar: elaboraron las reglas que limitaron la libertad de los comerciantes, nacida hacía pocos años para no tener ninguna limitación y lo hicieron en función a lo que se consideraba leal y honesto para las grandes o influyentes corporaciones. Este modelo fue copiado por otros países europeos y también influyó la redacción del Convenio de París.

La segunda etapa de la evolución, el modelo *profesional o corporativo*, se inicia a principios del siglo XX y se caracterizó por una normativa de carácter privado y orientada a resolver conflictos entre comerciantes y empresarios. La concepción corporativa no es una característica que responda solamente al derecho de la competencia desleal, sino que era una concepción predominante de la época. El *ilícito concurrencial*, en este enfoque, lesionaba derechos subjetivos de los competidores y, por lo tanto, solo estos podían accionar para que una conducta sea sancionada. Este modelo se basaba en la protección sectorial, algo conceptualmente muy similar a la etapa feudal, y su nota más distintiva es que el parámetro de lealtad o deslealtad competitiva lo establecía el mismo sector

(80) GHIDINI, Gustavo, "La competencia desleal. Desde las corporaciones hasta el corporativismo", *Revista de Derecho Mercantil*, nros. 135-136, 1975, p. 10.

(81) CABANELLAS, Guillermo - SÁNCHEZ HERRERO, Andrés *et al.*, *Derecho de la competencia...*, cit., p. 87.

(82) ETCHEVERRY, Raúl A., "Derecho de la competencia y Mercosur. Visión desde Argentina", LL 1997-D-1219.

donde la actividad se desarrollaba, por ejemplo, los usos o prácticas profesionales.

En esta etapa aparecen las cláusulas generales de competencia desleal, tan importantes como problemáticas en la disciplina. En este aspecto, Alemania tuvo un rol destacado, desarrollando un modelo legislativo que luego fue replicado en varios países europeos y latinoamericanos. Alemania, a diferencia de Francia, rehusó de aplicar una norma del Código Civil sobre el acto ilícito para combatir los actos de competencia desleal. La ley alemana de competencia desleal de 1896 estableció una cláusula general para luego listar los supuestos especiales. Esta ley fue modificada en 1909 y es la principal base de protección contra la competencia desleal en ese país.

El tercero, el *modelo social*, se inicia luego del fin de la Segunda Guerra Mundial y, como todos los modelos anteriores, responde a una concepción muy particular del mundo. La economía es vista como un medio para beneficiar a la sociedad en su conjunto. De esta manera, este modelo se caracteriza por ampliar sustancialmente los intereses protegidos por las normas de competencia desleal para proteger además de a los competidores, a los consumidores y al Estado, o mucho mejor lo ha escrito Massaguer, para proteger los intereses de todos los que esperan la obtención de sus objetivos económicos y la satisfacción de sus necesidades económicas y sociales en y a través del mercado, considerados tanto individualmente como colectivamente. De este modo, la nueva disciplina de la competencia desleal deja de ser un mecanismo para la solución de conflictos entre competidores y se consolida como mecanismo de ordenación y control de los competidores (83).

La adopción de este modelo tiene consecuencias muy importantes, jurídicamente hablando: el acto de competencia desleal ya no se juzga de acuerdo con valoraciones del propio sector, sino sobre la base de criterios objetivos; la subjetividad —buena o mala fe, culpa, dolo— de quien realiza un acto desleal, así como la prueba del daño, resultan irrelevantes a los fines de su sanción; la conducta desleal no re-

quiere que su destinatario sea un competidor; se amplía la legitimación para demandar a favor de los consumidores, asociaciones de consumidores y del Estado.

Otra característica muy particular de esta etapa consiste en que los ordenamientos jurídicos no fundamentan más la protección contra la competencia desleal en normas del derecho penal, sino que lo empiezan a hacer en normas propias del derecho privado. Esto no quiere decir que no existan más normas penales, por supuesto.

## VI. Análisis general del DNU 274/2019

Lo hasta aquí visto podría resumirse de la siguiente manera:

1. La competencia, como fenómeno, puede y debe ser regulada.

2. Cualquier regulación sobre esta consiste en la imposición de ciertas limitaciones a libertades económicas con el fin de asegurar la justicia en las relaciones que se generan en una economía de mercado, entre las cuales incluyo la propia subsistencia de este.

3. La regulación de la competencia desleal es un tipo de regulación entre otras y, a través de ella se pretende asegurar que quienes compiten en un mercado lo hagan a través de medios honestos y lícitos. Empero, puede tener un campo de aplicación más amplio.

4. Las leyes de competencia desleal y las leyes antimonopólicas tienen un fundamento común y son complementarias entre sí, aunque cada una posee prohibiciones distintas. Si se pudiera establecer una distinción entre la regulación de la competencia desleal y la regulación de la defensa de la competencia, podría ser que las conductas prohibidas por este último régimen afectan directamente la estructura de un mercado competitivo o agravan sustancialmente la de uno no competitivo (monopólico, oligopólico, etc.), en tanto que en el de la competencia desleal las conductas que afectan la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, ello no sucede.

5. En el mundo, la mayoría de los países que poseen economías de mercado sancionaron

(83) Citado en ACEVEDO, Rafael A., "El modelo de la competencia...", cit.

leyes contra la competencia desleal y lo hicieron a través de diferentes formas (leyes especiales, generales, antimonopólicas, normas que sancionan el ilícito extracontractual, o una combinación de los anteriores). En nuestro país, a contramano del resto del mundo, si bien existían normas que sancionaban prácticas desleales, la regulación estaba dispersa y era poco efectiva.

6. La evolución histórica de esta disciplina demuestra que las legislaciones dictadas en el derecho comparado no se redactaron sobre nociones ajenas a sus propias realidades políticas, sociales y económicas, sino que las reflejaron en sus normas, confluyendo en un verdadero paradigma, el “modelo social” que, si bien se fundamenta en la iniciativa privada y en el respeto por la propiedad privada, tiene en cuenta los intereses de los diferentes participantes en el mercado.

Estas conclusiones expresan mucho del DNU 274/2019. Este decreto nace con la confesa necesidad de controlar conductas en el mercado que complementen lo dispuesto por la ley 27.442 y de definir una regulación integral y sistematizada de la competencia desleal. Su objetivo no es otro que el de mejorar las condiciones de competitividad de la economía y desarrollar un comercio justo y transparente en beneficio de todos aquellos que participan en el mercado. Es por ello por lo que, a mi modo de ver, integra junto con la ley 27.442 una auténtica política de estado en materia de competencia.

El DNU no es concebido como una regulación destinada exclusivamente a resolver conflictos entre competidores —como vimos—, propios de un modelo profesional o corporativo. También se establece para complementar la protección de derechos de propiedad industrial, como las patentes y marcas, en los casos que una invención o signo no se encuentra protegido por tales derechos. En suma, pretende conceder la protección que dichas leyes no pueden suministrar.

El decreto se inspira en las aspiraciones del modelo social que referimos anteriormente. En efecto, el interés protegido por el DNU 274/2019 es múltiple: el art. 1º reconoce que la medida es dictada “en interés de todos los participantes

del mercado”, lo que involucra a competidores, consumidores, al propio Estado y al mercado. De esta forma, el DNU amplía considerablemente los intereses protegidos *vis-a-vis* por la ley 22.802, en tanto esta se enfocaba primordialmente en el consumidor. El hecho de que involucre múltiples sujetos tiene efectos muy concretos: se reconoce legitimación activa a las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos y a las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor, para el ejercicio de las acciones judiciales previstas en el art. 61.

En el capítulo I del título I se incluyen las disposiciones generales. Específicamente, los arts. 4º a 7º se encargan de establecer, de la forma más precisa posible, el ámbito de aplicación del DNU. Posee un criterio relativamente restrictivo, en la medida en que se requiere la existencia de dos condiciones necesarias para su aplicación: un acto exteriorizado en el mercado y que tenga como fin competir, esto es, acceder, mantener o lograr un mejor posicionamiento en él. Si ambas condiciones coexisten, el acto desleal podrá ser sancionado; no es necesaria ninguna otra condición, ni que los sujetos involucrados sean empresarios —resulta aplicable a todos los sectores del mercado, incluso al Estado—, ni que exista una relación de competencia directa entre ellos (84). En este aspecto, el DNU incorpora las orientaciones más avanzadas del derecho comparado, desvinculando la persecución del acto del requisito de la relación de competencia. También se establece un análisis de efectos económicos que potencial o efectivamente produzca el acto de competencia desleal.

En el capítulo II del título I se tipifican los actos de competencia desleal. El art. 8º establece la prohibición general de dichos actos —técnica usual utilizada en el derecho comparado— (85),

(84) Contra: CNCom., sala B, 11/2/2000, “Casa Hutton SA c. Resmecon SRL”.

(85) Ver art. 4º de la ley 3/1991 de Competencia Desleal de España, art. 3º de la Ley de Competencia Desleal de Alemania, art. 3º de la ley 256/1996, de la Ley de Competencia Desleal de Colombia, art. 3º de la ley 20.169, de Competencia Desleal de Chile y art. 6º del decreto legislativo 1044 de Competencia Desleal de Perú, entre otros.



que son definidos en el art. 9º. Esta cláusula general pretende incluir todos los actos de competencia desleal, enunciados o no expresamente en el DNU. Es importante tener presente que esta regulación no concede derechos subjetivos, sino que sanciona actos que son considerados malos en sí mismos. Estos actos son manifestaciones de comportamientos comerciales que, como tales, varían en el tiempo. Como señala Dims, “no existe un índice de actos que constituyan competencia desleal. Ningún profeta ha intentado predecir qué actos serán considerados de competencia desleal en el futuro. Los tribunales reconocen el genio del infractor y declinan definir el fraude, reservándose el derecho de tratar con él, en cualquier forma en que pueda presentarse. El ingenio del competidor desleal es ilimitado por definición. Su campo es amplio y cambiante por siempre” (86). Es por ello que la inclusión de una cláusula general es necesaria pues permite adaptar el DNU a nuevas formas de conductas desleales. Esta cláusula general será exclusivamente aplicada por el juez competente, limitándose la Autoridad de Aplicación a sancionar las conductas enumeradas en el art. 10, que constituye así una suerte de *numerus clausus*.

Otra de las características que comporta el DNU en este sentido es que el acto de competencia desleal no se juzga de acuerdo con valoraciones de un sector o de un individuo, sino que lo hace en función de criterios objetivos: toda “acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo” (art. 9º del DNU). Este artículo incluye la famosa “cláusula general” pero evita referir a los conceptos tradicionales utilizados en el derecho comparado, como son las “buenas costumbres” (Alemania y Chile), la “buena fe” (España), “buena fe objetiva” (Suiza), “buena fe comercial (Colombia), “buena fe empresarial” (Perú), la “corrección profesional” (Italia), las “costumbres profesionales” (Francia) o los “usos honestos en materia comercial e

industrial” (art. 10 bis del Convenio de la Unión de París).

El art. 10 brinda un catálogo de los actos de competencia desleal. El listado de actos incluye, junto a la tradicional práctica de engaño y confusión (incs. a) y b)), la violación de normas (inc. c)), la explotación de la situación de dependencia económica de clientes y proveedores y la obtención de ventajas no previstas en contratos bajo amenaza de ruptura de las relaciones comerciales (incs. d) y e)), la venta por debajo del costo o “precios predatorios” (inc. f)), el aprovechamiento de la reputación ajena (inc. g)), los actos de imitación desleales (inc. h)), los actos de denigración (inc. i)), la violación de secretos (inc. j)), la inducción a la infracción contractual (inc. k)), la discriminación injustificada de precios (inc. l)) y la publicidad comparativa ilícita (inc. m)).

El art. 4º de la res. SCI 248/2019 aclara que la renegociación, modificación de términos y condiciones comerciales, invocación o ejercicio de cláusulas contractuales de rescisión, revocación, resolución o cualquier otro medio de extinción de una relación comercial, así como el ejercicio regular de cualquier otra facultad o derecho, no podrán ser considerados, por sí mismos, como un acto de competencia desleal en los términos previstos en el art. 10 del DNU 274/2019.

Merece especial atención la sanción del acto de violación de secretos como acto de competencia desleal, habida cuenta de que existe una ley, la 24.766, que posibilita impedir que la información que esté legítimamente bajo control de su titular sea divulgada a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento, “contrario a los usos comerciales honestos”.

La ley 24.766 posee ciertos inconvenientes y en este sentido el DNU amplía —no restringe el campo de aplicación de la ley 24.766— la protección frente a aquellos actos que implican una violación de secretos.

El primer inconveniente es su alcance. De acuerdo con el art. 1º de la ley 24.766, se considera “contrario a los usos comerciales honestos”, el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción y adquisición de información no divulgada por

(86) NIMS, Harry D., “The Law of Unfair Competition and Trademarks, New York”, 1947, vol. I, p. 14, citado por OTAMENDI, Jorge, en “La competencia desleal”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*.

terceros que supieran o no, por negligencia grave, que la adquisición de la información confidencial implicaba tales prácticas. De esta manera, la ley 24.766 excluiría los medios deshonrosos no previstos expresamente en la norma.

La segunda consiste en que el art. 3° de la ley 24.766 prevé que ciertas personas pueden revelar la información confidencial protegida por esa ley, siempre que exista una causa justificada o el consentimiento de la persona que guarda dicha información o de su usuario autorizado. Esta norma es criticable pues introduce una excepción que, en la práctica, puede desvirtuar la finalidad de la ley, que es prohibir la divulgación y uso de información sin autorización.

La tercera tiene que ver con la protección de la información solicitada por la autoridad sanitaria como requisito para la aprobación de productos. El art. 4° de la ley 24.766 condiciona la protección a que el producto objeto de registro no tenga registro previo en Argentina “ni en cualquier otro país”. De modo tal que, si se obtuvo previamente un registro de producto fuera del país, ese producto no tendría protección en la Argentina.

Asimismo, corresponde mencionar que el DNU formula una importante aclaración respecto de la situación de la información utilizada en el trámite de registro abreviado previsto por el art. 5° de la ley 24.766. Establece que su utilización *no constituye un acto de competencia desleal*, solución alienada con antecedentes jurisprudenciales y doctrinales mayoritarios en el tema (87).

Otra novedad que incorpora el DNU es la regulación de la publicidad comparativa, entendiéndose como tal a aquella a través de la cual se comparan dos o más bienes o marcas con el objeto de resaltar la ventaja de un bien o marca propia por sobre el bien o marca de un competidor, mencionándolo en la publicidad. Este constituye un gran avance en la materia, pues zanja una muy larga disputa sobre la legalidad

o ilegalidad de ella, que ha dado lugar a jurisprudencia contradictoria (88). Así, se decide por permitir la publicidad comparativa —y con ello la expresa mención o utilización de una marca ajena en ella—, siempre que esta sea realizada respetando las condiciones específicas previstas en la norma, entre las que se aseguran su veracidad, pertinencia, objetividad y verificabilidad.

Por su parte, el título preliminar establece la aplicación de una serie de principios propios del derecho administrativo (impulsión e instrucción de oficio; celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites; informalismo; etc.).

(88) En “Rolex c. Orient” del 30/12/1971, se condenó solidariamente a Orient y a la agencia publicitaria a indemnizar a Rolex sobre la base de que las demandadas habían cometido un acto de competencia desleal al iniciar una campaña publicitaria para imponer una marca de reloj comparándola con otra ya conocida, y sin contar con el consentimiento de su titular. Muchos años después, en sentido contrario, en el fallo “Bodegas Edmundo Navarro Correas SA c. Agro Industrias Cartellone SA”, dictado por la CNFed. Civ. y Com., sala I, el 22/3/1991, se sostuvo 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.

En el fallo “Axoft Argentina SA c. Megasistemas SA”, dictado por la CNFed. Civ. y Com., sala I, el 30/12/1993, se dispuso que no se concebiría ninguna utilización de la marca ajena, aún con el reconocimiento de que pertenece a otro, en tanto de esa manera se la intente desacreditar y que, como principio, sólo al titular de la marca le asiste el derecho de usarla y de presentarla a la consideración pública.

El fallo “Coca Cola c. Pepsi”, dictado por la sala II de la CNFed. Civ. y Com. el 22/10/1993, hizo lugar a una medida cautelar promovida por Coca Cola ordenando la suspensión de los avisos publicitarios en el entendimiento de que se configuraba un proceder incompatible con los usos honrados en materia industrial o comercial en los términos del art. 10 bis, inc. 2° del Convenio de París. Es decir, se vuelve a un criterio similar al fallo Rolex.

Por último, en el fallo “Cervecería y Maltería Quilmes c. Cervecería Argentina Isenbeck SA” dictado por la sala I de la CNFed. Civ. y Com. el 19/5/2005, se expresó que la publicidad comparativa no se encuentra por sí vedada en el ordenamiento jurídico dado que no existe una ley, sino fallos de distintos jueces en contra de ella, en tanto no se lesionen legítimos derechos del titular de la marca a la que se hace referencia. En este fallo se destaca que lo que la ley prohíbe es el uso de la marca ajena como si fuera propia, pero no prohíbe el uso de la marca ajena como ajena, para comparar bienes.

(87) VANOSI, Jorge R., “Constitucionalidad de la normativa que regula el registro o autorización de comercialización de productos farmacéuticos”, LL 2005-F-869; SOLÁ, Juan V., “La protección de datos en el Acuerdo TRIPS”, LL del 21/9/2007.

Esta disposición especial se explica en el DNU que establece un procedimiento administrativo especial.

El art. 7º se encarga de regular la interacción del DNU con las restantes leyes. En este sentido, un acto puede ser considerado un acto de competencia desleal sin perjuicio de la aplicación de las sanciones establecidas por otras normas, excepto que el acto esté alcanzado por la ley 27.442.

Resulta conveniente aclarar la interacción entre la ley 27.442 y el DNU. Como mencionamos anteriormente, la relación entre la Ley de Defensa de la Competencia y una regulación de la competencia desleal es una relación de complementariedad. Pero esto no significa que un acto pueda ser sancionado por ambos regímenes, más allá de que ciertas conductas prohibidas podrían entenderse alcanzadas por ambos regímenes. Esto no consiste en un error, sino que responde a una característica propia del régimen de competencia desleal. Existen ciertas conductas anticompetitivas, previstas en el art. 3º de la ley 27.442, que pueden ser reputadas de desleales y viceversa. La fijación de precios por debajo del costo es una típica conducta desleal que, de ejecutarse abusivamente por quien posea posición dominante en un mercado, podría también encuadrarse en una práctica restrictiva de la competencia y por lo tanto sancionada bajo la ley 27.442. La sujeción de una compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero también posee la misma característica. En este sentido, el DNU no pretende superponer prohibiciones, sino que busca sancionar dichos actos siempre que no estén alcanzados por la ley 27.442, es decir, en la medida en que el acto en cuestión: (i) no tenga por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado; y/o (ii) del que no resulte un perjuicio para el interés económico general. Es por ello por lo que el art. 7º, *in fine*, se encarga de delimitar los roles de las Autoridades de Aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia y del DNU, previendo la intervención exclusiva de la Autoridad de Aplicación de la ley 27.422.

En línea con esta disposición, el art. 3º de la res. SCI 248/2019 aclara que el DNU 274/2019 será de aplicación siempre que el acto o conducta prevista en el art. 9º o 10 de dicho decreto no resulte alcanzado por la ley 27.442 y, por lo tanto, no pueden plantearse procedimientos administrativos simultáneos ante la Autoridad Nacional de Competencia —o ante la ex Comisión Nacional de Defensa de la Competencia o la Secretaría de Comercio Interior, hasta tanto aquella esté constituida y en funcionamiento— y ante la Dirección de Lealtad Comercial por los mismos actos o conductas.

Asimismo, el DNU establece un mecanismo doble para la sanción de los actos de competencia desleal. En primer lugar, se crea un procedimiento administrativo seguido de multa, entre otras sanciones, a cargo de la Secretaría de Comercio Interior. El procedimiento puede iniciarse de oficio o por denuncia y, respecto de esta última vía, se permitiría la participación del denunciante en el procedimiento que hasta el dictado del DNU se encontraba vedada.

El procedimiento finaliza con la determinación de una sanción, que puede ser cualquiera de las detalladas en el art. 57. En este sentido, se actualiza (no crea una nueva sanción, vale aclarar) el monto de las multas que van entre uno (1) y diez millones (10.000.000) de unidades móviles, una unidad de cuenta —la misma utilizada en la ley 27.442— que se actualiza automáticamente cada año utilizando la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), o el indicador de inflación oficial que lo reemplace en el futuro. También se incorpora la figura del apercibimiento. Asimismo, se determinan ciertos criterios para la determinación de la sanción a aplicar y prevé un mecanismo para su graduación, algo que carecía la ley 22.802.

El DNU modifica sustancialmente el art. 22 de la ley 22.802 de modo tal de no requerir el depósito del monto de la multa impuesta y presentación del comprobante como condición para la interposición del recurso. En cambio, se prevé una reducción del 50% en el monto de la multa para el caso en que no se recurra la sanción y esta sea abonada. Esta disposición ya la había-

mos criticado (89), pues si bien el requisito de depósito de la multa para interponer el recurso directo previsto en el art. 22 de la ley 22.802 es admitido por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por varias salas del fuero en lo Contencioso Administrativo federal, de alguna forma hacía que solo los ricos puedan recurrir. Hoy, la libertad para la habilitación de la vía recursiva es la regla y no un pago.

El segundo mecanismo se encuentra previsto en el título V y pone a disposición de los afectados un amplio abanico de posibilidades para una eficaz persecución del acto de competencia desleal y de la publicidad prohibida: (i) cese o prohibición del acto; (ii) resarcimiento de los daños y perjuicios; y (iii) medidas cautelares.

No es necesario iniciar la vía administrativa para acceder a la acción judicial. Sin embargo, ambos mecanismos son excluyentes. Así, el art. 61 aclara que las acciones previstas por ese artículo, cuando se refieran a un mismo acto, podrán ser ejercitadas por los afectados sin necesidad de instar previamente el procedimiento administrativo previsto en el capítulo II de ese título, pero si el afectado optara por instar el procedimiento administrativo, una vez iniciado este, caducará la acción judicial, excepto la acción de reparación de daños.

El art. 66 establece que la resolución de la Autoridad de Aplicación sobre la violación al DNU, una vez que quede firme, hará cosa juzgada sobre esta materia y que la acción de reparación de daños y perjuicios que tuviere lugar con motivo de la resolución firme dictada por la Autoridad de Aplicación, tramitará de acuerdo con el proceso sumarísimo establecido en Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Ello a fin de no limitar el derecho a la indemnización que corresponda para quien se vea afectado por una de las conductas sancionadas.

En cuanto a los recursos, el art. 53 del DNU 274/2019 dispone que toda resolución sancionatoria podrá ser impugnada solamente por vía de recurso de apelación ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, cuando se establezca, ante la sala especial

lizada en Defensa de la Competencia de dicha Cámara, creada por la ley 27.442, o ante la Cámara federal que corresponda en el interior del país, según el asiento de la autoridad que dicte la resolución. Esta norma, creemos, constituye un avance significativo respecto del régimen previsto por la ley 22.802, toda vez que garantiza que los jueces intervinientes serán versados en la materia.

Por último, el DNU establece que las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se aplicarán supletoriamente para resolver cuestiones no previstas expresamente en ese decreto y su reglamentación, algo alineado con la experiencia internacional, que tiende a excluir el régimen de la competencia desleal de las normas criminales. Así, se modifica el régimen con respecto al previsto en la ley 22.802 en cuanto disponía la aplicación supletoria del Código Procesal Penal de la Nación.

## VII. Conclusiones

El DNU 274/2019 es una norma que viene a llenar un vacío en nuestro derecho y a dar una respuesta concreta a la demanda de justicia y transparencia en los mercados. Hoy, en nuestro país, el comercio presenta diversas problemáticas: la informalidad, situaciones de abusos de empresas que detentan poder relativo de mercado frente a sus clientes o proveedores, la explotación de invenciones o signos que no están protegidos por derechos de propiedad intelectual y el rol de los intermediarios de las plataformas de comercialización digitales, son algunas de ellas. Hasta el dictado del DNU un afectado no tenía un remedio eficaz para protegerse. Hoy lo tiene y, en ese sentido, creemos que el DNU constituye un avance muy importante.

Pero su objetivo no se consuma en el tiempo presente. El DNU también pretende dar respuestas a los problemas que planteará la competitividad en los mercados en el futuro, algo que, obviamente, desconocemos. Tarea ambiciosa y para nada sencilla pero que, en un mundo en el que la globalización y la integración de los mercados mundiales es algo cada vez más cierto, es una necesidad impostergable. El medio utilizado por el DNU para hacer frente a esto es una cláusula general que intenta defi-

(89) NAZAR ANCHORENA, Marcos F. L., "Propuestas de reforma...", cit.

nir la competencia desleal de una forma amplia y, por lo tanto, flexible.

La adopción de una norma como esta implica una ventaja y una desventaja, que asume una esperanza. La ventaja consiste en que quien establece lo que es leal o no lo es, no es quien ejecuta el acto o el sector que integra —que, a mayor poder o influencia, mayor será su capacidad de escribir el patrón de conducta que más le convenga— sino la propia norma que, mal o bien, intenta ser objetiva y abarca actos que hoy no son posibles de prever.

La desventaja tiene que ver con que por ser una norma amplia siempre va a requerir ser interpretada —¿acaso existe una norma jurídica que no lo requiera?— y tal interpretación

dependerá de criterios de justicia concretos. Un juez, en definitiva, será quien los establezca o los confirme cuando lo haga la Autoridad de Aplicación. Estos estarán, esperamos que así sea, fundados en los principios y garantías constitucionales que regulan el funcionamiento de los mercados.

La efectividad del DNU 274/2019 dependerá de muchísimos factores, pero, en definitiva, del tiempo y de lo que nuestros jueces hagan de él. En la espera, confiamos en que quienes tienen la responsabilidad de “tallar” el régimen, lo hagan ennobleciendo y eternizando la función de la magistratura: impartiendo justicia en el caso concreto, nada más, pero, vaya, nada menos. Ahí, nuestra esperanza.



# Pasado, presente y futuro del Régimen de Lealtad Comercial en Argentina

---

MIGUEL DEL PINO (\*)

## I. Introducción

En abril del corriente año, el decreto de necesidad y urgencia 274/2019 (“DNU”) dio origen al nuevo régimen de lealtad comercial en la Argentina.

Así, se derogó el anterior régimen de la Ley de Lealtad Comercial 22.802. El 24 de mayo del 2019 el decreto fue reglamentado por la res. 248/2019 que brindó mayor claridad a ciertos aspectos que habían quedado poco claros en un primer momento.

La competencia desleal fue una disciplina poco desarrollada en el derecho argentino a pesar de la importancia que dicha práctica ha cobrado en otros países por su significativo impacto en la economía (1).

Esto se contrastaba directamente con el escenario de lealtad comercial ampliamente desarrollado en el derecho comparado. Tanto en Sudamérica con la ley 20.169 de Chile de 2007, la ley 256 de Competencia Desleal colombiana de 1996 o el decreto legislativo 1044 de Compe-

tencia Desleal de Perú de 2008; así como con el escenario europeo con normas de vanguardia como la ley 3/1991 de Competencia Desleal española (actualizada en 2009) o la Ley Federal de Competencia Desleal de Suiza que data de 1986 (2).

En el presente artículo se hará un repaso de las principales razones por las cuales el régimen de lealtad comercial ha sido relegado en la Argentina por muchos años desde la sanción de la anterior ley 22.802 en el año 1983 hasta la actualidad. Para ello, se analizarán las principales falencias del régimen anterior y se mencionarán algunas de las decisiones más relevantes emitidas por la autoridad de aplicación en estos últimos 35 años.

Por último, se tratarán las cuestiones más novedosas que ha introducido el DNU y los principales desafíos que se espera que enfrente la autoridad en el futuro.

## II. Régimen de Lealtad Comercial con anterioridad al DNU

Tal como ha mencionado la doctrina en reiteradas oportunidades (3) y por el propio DNU en los motivos tenidos en cuenta para su sanción, la regulación de competencia desleal en

---

(\*) Abogado de la Universidad de Buenos Aires. *Master of Laws de la University of Pennsylvania*. Profesor adjunto de Derecho de Defensa de la Competencia en el Curso de Posgrado de Derecho Empresario Económico de la Universidad Católica Argentina. Socio a cargo del Departamento de Defensa de la Competencia en Marval, O’Farrell & Mairal.

(1) NAZAR ANCHORENA, Marcos, “Propuestas de reforma a la ley 22.802 de Lealtad Comercial. Hacia una regulación integral de competencia desleal”, LL Online: AR/DOC/701/2019.

(2) SAHÍAN, José H., “Novedosa regulación de la competencia desleal en el decreto 274/2019 de Lealtad Comercial”, LL Online: AR/DOC/1599/2019.

(3) NAZAR ANCHORENA, Marcos, “Propuestas de reforma...”, cit.

la Argentina no se encontraba sistematizada y, por ende, era de difícil aplicación.

Hasta la sanción del DNU existían diversas normas que regulaban aspectos relacionados con la lealtad comercial que se encontraban dispersas en nuestro ordenamiento jurídico. Además de lo estipulado por la ley 22.802, también regulaban aspectos de lealtad comercial el art. 159 del Cód. Penal, la ley 19.550 General de Sociedades, la ley 22.362 de Marcas que incluye ciertas disposiciones sobre la competencia desleal y otras leyes nacionales relativas a la identificación de mercaderías y la protección de nombres geográficos, entre otras.

La falta de sistematización y de una ley general que unifique las conductas desleales tuvo como principal consecuencia que el régimen de competencia desleal haya carecido de aplicación práctica.

La ley 22.802 reguló principalmente tres cuestiones. En el primer capítulo, se preveían las disposiciones relacionadas con la identificación de mercaderías estableciendo las indicaciones que debían contener los envases, etiquetas o envoltorios de los productos comercializados con el país. Asimismo, se encontraba prevista la obligación de insertar la leyenda “Industria Argentina” en los productos fabricados en el país y la obligatoriedad de idioma nacional.

En el segundo capítulo se regularon las denominaciones de origen con el objeto de evitar errores o engaños con respecto del origen de los productos comercializados y para proteger a ciertos productores nacionales.

En último lugar, se dedicó un capítulo a la prohibición de la publicidad engañosa y se la definió como cualquier publicidad que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión con respecto a las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio condiciones de comercialización o técnicas de producción de los bienes.

En cuanto a la autoridad de aplicación, la ley 22.802 instituyó a la Secretaría de Comercio o al organismo que la reemplace en materia de comercio interior. Dicha Secretaría podía delegar

sus atribuciones en organismos de su dependencia. Sin embargo, dicha delegación se limitaba a las facultades contenidas en los incs. g) y m) relacionadas con el reemplazo de la indicación de las medidas netas del contenido por el número de unidades o por la expresión “venta al peso” y la verificación de ciertas máquinas consumidoras de energía para que cumplan con los estándares mínimos de eficiencia energética establecidos por la Secretaría de Energía.

Por ello, y en tanto que las facultades más relevantes y las de juzgamiento no podían delegarse, la propia Secretaría concentraba las funciones más elementales que otorgaba la norma.

Sin perjuicio de lo anterior, se le otorgaban a las autoridades de aplicación tanto a nivel local como nacional las siguientes facultades: extraer muestras de mercadería o demás actos necesarios para control y verificación (inc. a)); intervenir frutos o productos cuando hubiera manifiesta infracción o sospecha fundada de esta (inc. b)); el ingreso a locales comerciales en días y horarios hábiles, examinar libros y documentos, el secuestro de elementos probatorios (inc. c)); la sustanciación y resolución de sumarios cuya delegación a los municipios se vedaba salvo casos de exhibición de precios (inc. d)); ordenar el cese de rotulación, publicidad o conducta contraria a la norma durante la instrucción del sumario (inc. e)); y solicitar al juez competente el allanamiento de domicilios privados o locales comerciales en días y horas inhábiles (inc. f)).

Por último, el art. 13 de la ley preveía que los gobiernos provinciales y el de la Ciudad de Buenos Aires actuarían como autoridades locales y que podían ejercer control y vigilancia sobre el cumplimiento de la ley con respecto a los hechos cometidos en su jurisdicción y que afecten exclusivamente el comercio local.

Cabe destacar que la autoridad de aplicación nacional debía intervenir en las infracciones que afecten el comercio interjurisdiccional pero también podía actuar concurrentemente en la vigilancia, contralor y juzgamiento del cumplimiento de la ley con las autoridades locales.

Como puede observarse, tanto las facultades de la autoridad como la ley en sí misma se en-



contraban exclusivamente limitadas a cuestiones relativas a la información que deben tener los productos y servicios y únicamente tres artículos de la ley 22.802 prohibían actos que podían ser reputados como “prácticas desleales”, a saber: (i) el art. 5º que sancionaba el engaño a través del rotulado, envoltorio o presentación de los productos, (ii) el art. 9º que sancionaba la publicidad que pudiera inducir al error, engaño o confusión con respecto de las características o propiedades de un producto, y (iii) el art. 10 que prohibía el ofrecimiento o entrega de premios o regalos en razón directa o indirecta de la compra de productos cuando dichos premios o regalos estén sujetos a la intervención del azar y promover u organizar concursos, o sorteos de cualquier naturaleza, en los que la participación esté condicionada a la adquisición de un producto o a la contratación de un servicio.

En tal sentido, y si bien la Ley de Lealtad Comercial fue sancionada con el fin de proteger al consumidor y facilitar al comerciante el conocimiento de la legislación que debe cumplir (4), lo cierto es que el campo de aplicación de la autoridad de aplicación de la ley era realmente estrecho: sancionar infracciones derivadas del engaño a través del rotulado y etiquetado de productos, y en la publicidad de estos (5).

Es por tal motivo que en los últimos 35 años, las autoridades de aplicación tanto a nivel nacional como provincial y en CABA se han centrado principalmente en sancionar infracciones a la ley derivadas del incumplimiento de empresas en la identificación de la mercadería, los rotulados, la exhibición de precios de los productos, la publicidad engañosa y otras cuestiones que cubren únicamente una pequeña área de las facultades que se encuentran previstas en el DNU actualmente, tal como se analizará en detalle más adelante.

---

(4) En la Exposición de Motivos de la ley 22.802 se sostuvo que la ley fue titulada de ese modo porque reúne en un solo cuerpo la totalidad de las normas vigentes referentes a la identificación de mercaderías y a la publicidad de bienes muebles y servicios, y pretende proteger al consumidor a la vez que facilita al comerciante el conocimiento de la legislación a la que debe adecuarse.

(5) NAZAR ANCHORENA, Marcos, “Propuestas de reforma...”, cit.

En particular, se puede observar principalmente la existencia de diversas sanciones a los supermercados por infracciones a los acuerdos de precios cuidados y por imprecisiones en la exhibición de precios en el comercio y a compañías por incumplimientos en la identificación de la mercadería comercializada o por publicidad engañosa. Sin embargo, se debe tener presente que en tanto que los procedimientos llevados a cabo por la Secretaría de Comercio se encuentran reservados a las partes del proceso, únicamente se pueden conocer los dictámenes que han sido luego apelados ante el Poder Judicial, y en los que este último se ha pronunciado, o sobre los que las autoridades de aplicación dan a conocer las sanciones impuestas.

A continuación, se hará una breve mención a los ejemplos más recientes emitidos por las autoridades de aplicación del régimen de lealtad comercial.

En el año 2015, la Dirección Nacional de Comercio Interior aplicó a la firma Sprayette SA una multa de \$ 400.000 por haber incurrido en una infracción al art. 9º de la ley 22.802 relativa a la publicidad engañosa. Motivó la sanción la publicidad aparecida en la revista “Viva” del diario Clarín donde la firma Sprayette SA promociona el producto “Zapatillas Perfect Step” que contenía frases del estilo de “ayuda a la pérdida de peso”, “ayuda a corregir la postura corporal”, “ayuda a quemar calorías”, entre otras. La autoridad de aplicación consideró que las expresiones inducían al error respecto de las características del producto ofrecido toda vez que aducía tener propiedades terapéuticas o estéticas no reconocidas ni autorizadas. Dicha multa fue luego confirmada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal (6).

En el año 2016, el Ministerio de Producción de la Nación informó oficialmente que en dicho año la Secretaría de Comercio realizó inspecciones a grandes cadenas de supermercados y ejecutó multas por múltiples incumplimientos a los acuerdos de precios cuidados y demás normas relacionadas con la exhibición de pre-

---

(6) CFed. Contencioso administrativo, sala I, 27/9/2016, “Compañía Argentina de Marketing Directo SA c. DNCI s/lealtad comercial - ley 22.802 - art. 22”.

cios y faltantes de productos por un total de \$ 8.013.000 (7).

Del mismo modo, el 8 de junio de 2017 el Ministerio de Producción de la Nación anunció que la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor impuso multas por un total de \$ 1.295.000 a empresas de turismo por infracciones tanto a la Ley de Lealtad Comercial y a la Ley de Defensa del Consumidor. Los motivos de dichas sanciones fueron por imprecisiones en cuanto a la publicidad, especialmente relacionado con el tamaño de la letra e información insuficiente a los consumidores.

En una publicación más reciente (8), el gobierno informó que en el primer semestre del 2019 la Dirección de Lealtad Comercial y Metrología Legal ha labrado 297 actas de infracción, fruto de la constatación realizada en mercados y autoservicios y el control de las balanzas en dichos comercios. Además, se han realizado 863 controles de exhibiciones de precios, 170 controles en líneas de cajas, 854 controles de cartelería, 754 controles de habilitaciones, 755 controles de balanzas, 238 controles de precio anterior en la oferta y 49 intimaciones por distintas faltas.

Por otro lado, podría decirse que las autoridades de aplicación locales han sancionado infracciones similares a las perseguidas por la autoridad nacional.

La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de CABA se ha mostrado particularmente activa en la detección y sanción de incumplimientos a la Ley de Lealtad Comercial existente en el ámbito nacional y a la ley 4827 de Exhibición y publicidad de precios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (9).

(7) Sitio web oficial del Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación, disponible en: <https://www.produccion.gob.ar/2016/02/27/la-secretaria-de-comercio-realizo-inspecciones-a-grandes-cadenas-y-ejecuta-multas-por-8-013-000-50039>.

(8) La Dirección de Defensa del Consumidor, dependiente de la Secretaría de Gobierno dio a conocer estadísticas en materia de denuncias provenientes de las relaciones de consumo que han sido radicadas en esa dependencia durante el primer semestre del 2019.

(9) Con fecha 11 de febrero de 2014, se publicó en el Boletín Oficial la ley 4827 sancionada por el Poder

A modo de ejemplo, cabe mencionar que en un reciente fallo la sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó una multa de \$ 20.000 impuesta a la empresa Jumbo Retail Argentina SA por infracción al art. 9º de la Ley de Lealtad Comercial anterior por haber existido una diferencia entre el precio de un producto exhibido en la góndola y el precio real estipulado en cajas (10). En el 2018, la misma empresa fue sancionada con una multa de \$ 30.000 como consecuencia de la misma infracción.

En la misma línea, la Dirección de Industria y Comercio del gobierno de Mendoza ha aplicado sanciones por \$ 392.000 penalizando 200 comercios de la región por la falta de exhibición de precios (11).

En el caso de la provincia de Buenos Aires, se puede mencionar el dictamen de la Dirección Provincial de Comercio en donde se decidió sancionar a un hipermercado con una multa de diez mil pesos por infracción al noveno art. 9º de ley 22.802 por considerar que ciertos productos ofrecidos en un folleto promocional no se encontraban a la venta en el establecimiento inspeccionado. La multa fue apelada por el actor y confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (12).

Sin embargo, si bien las multas tardaban en aplicarse o no se aplicaban con la frecuencia

Legislativo de la Ciudad de Buenos Aires, que tiene por objeto regular la “exhibición y publicidad de precios” en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Conforme con su primer artículo, el objeto de la regulación consiste en establecer pautas para la “exhibición y publicidad voluntaria de precios” en un ámbito físico o espacial determinado, ya que se aplica exclusivamente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, abarcando a todos aquellos proveedores que ofrezcan bienes muebles o servicios.

(10) CContencioso administrativo y Trib., sala III, “Jumbo Retail Argentina SA c. Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor s/recurso directo sobre resolución de Defensa al Consumidor”, 2019.

(11) Ver: Informe “El Gobierno aplicó \$ 392.000 de multas a comercios que no exhiben precios”, disponible en: <http://www.prensa.mendoza.gov.ar/el-gobierno-aplico-392-000-de-multas-a-comercios-que-no-exhiben-precios/> (26/7/2019).

(12) CS, 2/10/2007, “Disco SA (Ensenada) s/infr. ley 22.802”, (Fallos 330:4322); LLOnline: AR/JUR/13941/2007.

esperada, cuando se aplicaban eran realmente bajas en cuantía debido que la norma se encontraba muy desactualizada por el fenómeno inflacionario que existe en el país. Por lo tanto, las multas resultaban verdaderamente irrisorias para las empresas y no se conseguía el efecto disuasorio de estas en tanto que el costo terminaba siendo mucho menor en comparación con los beneficios obtenidos por las empresas derivados de dichas conductas desleales.

Debido a que la mayoría de las disposiciones que se encontraban en la ley 22.802 se relacionaban con el derecho del consumidor existía también en la práctica una concurrencia con la aplicación de la ley 24.240 que es en realidad una herramienta mucho más avanzada y eficaz para la protección de los consumidores. Por lo tanto, además de las cuestiones ya mencionadas, la aplicación de la Ley de Lealtad Comercial quedó verdaderamente relegada (13).

En virtud de lo expuesto hasta aquí es que la doctrina ha sostenido incansablemente que el anterior régimen no era una herramienta eficaz frente a las diferentes problemáticas que se presentan en el comercio en la actualidad. Especialmente porque diversas prácticas y conductas comerciales desleales llevadas a cabo por las empresas no eran sancionadas por no existir una ley que las prohíba y las sancione con rapidez (14).

De hecho, no solo no resultaba una herramienta efectiva para la protección del consumidor, sino que tampoco brindaba una respuesta eficaz para la protección de los empresarios o comerciantes quienes, a diferencia de lo que comprendió el legislador hace más de treinta años, precisan mayores medios que la propia información sobre la legislación que debe aplicar para la comercialización de sus productos o servicios (15).

En definitiva, la ley anterior regulaba únicamente una pequeña fracción de las áreas que debe cubrir una verdadera ley de lealtad comercial en la que se deben adoptar medidas

concretas que aseguren o promuevan la lealtad en las relaciones comerciales y favorezcan la competencia. Ello porque la lealtad comercial no se limita exclusivamente a la información en el comercio, sino que es un valor cuyos desvíos involucran una gran variedad de conductas, prácticas y actos que tienen lugar en el mercado y que poseen efectos perjudiciales (16).

Tal como sostenía Nazar Anchorena con anterioridad a la sanción del DNU, una ley efectiva debe brindar protección a los comerciantes actuales frente a las problemáticas que enfrentan hoy en día en el mercado, tales como: "la informalidad en perjuicio de quienes compiten cumpliendo con sus obligaciones legales y fiscales, el abuso de la situación económica de algunas empresas frente a sus clientes o proveedores para imponer condiciones exorbitantes para la comercialización de sus productos, la venta por debajo del costo para impedir la entrada de un competidor, y la explotación de secretos empresariales que no están protegidos por patentes u otros derechos de propiedad intelectual, son quizás las más relevantes, aunque no las únicas" (17). Por ello es que una norma de lealtad comercial debe ser flexible especialmente porque no puede existir nunca un índice taxativo de actos que constituyan competencia desleal (18).

La importancia de tener una ley integral, específica y completa de competencia desleal que sancione las prácticas desleales radica en garantizar que quienes compiten en un mercado lo hagan de forma real y honesta para la existencia y desarrollo de un comercio justo y competitivo. Ello repercute positivamente en los precios y en la calidad de los productos beneficiando a los consumidores.

La sanción entonces de una nueva ley en este sentido devenía impostergable. A continuación, se hará un breve racconto de las novedades introducidas por el DNU y de los principales

(13) NAZAR ANCHORENA, Marcos, "Propuestas de reforma...", cit.

(14) Ídem.

(15) Ídem.

(16) Ídem.

(17) Ídem.

(18) NIMS, Harry D., "The Law of Unfair Competition and Trademarks", Nueva York, 1947, vol. I, p. 14, citado por OTAMENDI, Jorge, "La competencia desleal", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*.

desafíos que deberá enfrentar la autoridad de aplicación.

### III. Novedades introducidas por el DNU

El DNU, publicado en el Boletín Oficial en abril de este año, tiene como objetivo principal "...asegurar la lealtad y transparencia en las relaciones comerciales y garantizar el acceso a información esencial sobre los productos y servicios comercializados en la República Argentina a través de canales físicos o digitales, en interés de todos los participantes del mercado..." (19).

El propósito de la norma radica en mejorar las condiciones de competencia de la economía, en complemento de lo dispuesto por la reciente Ley de Defensa de la Competencia 27.442, así como asegurar la lealtad y la transparencia en las relaciones comerciales.

Especial atención se debe prestar a los arts. 9º y 10 del DNU. El primero introdujo una cláusula general donde se pretende tipificar de modo amplio lo que se considera un acto de competencia desleal. El art. 10, en cambio, lista una serie de supuestos particulares que se considerarán actos de competencia desleal:

"a) Actos de engaño: Inducir a error sobre la existencia o naturaleza, modo de fabricación o distribución, características principales, pureza, mezcla, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o compra, disponibilidad, resultados que pueden esperarse de su utilización y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que correspondan a los bienes y servicios.

"b) Actos de confusión: Inducir a error respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, los bienes o servicios propios, de manera tal que se considere que éstos poseen un origen distinto al que les corresponde.

"c) Violación de normas: Valerse efectivamente de una ventaja significativa derivada de competir mediante el incumplimiento de normas legales.

"d) Abuso de situación de dependencia económica: Explotar la situación de dependencia

económica en que pueda encontrarse una empresa cliente o proveedora que no disponga de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad en el mercado. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente, de forma regular, otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

"e) Obtención indebida de condiciones comerciales: Se considerará desleal la obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones no recogidas en el acuerdo pactado o sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales.

"f) Venta por debajo del costo: La venta por debajo del costo de fabricación o por debajo del precio de adquisición, cuando forme parte de una estrategia encaminada a dificultar la entrada al mercado o eliminar a un competidor del mercado.

"g) Explotación indebida de la reputación ajena: Realizar actos que aprovechen indebidamente la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de otro.

"h) Actos de imitación desleal: La imitación de bienes y servicios o iniciativas empresariales será considerada desleal cuando resulte idónea para generar confusión respecto de la procedencia de los bienes o servicios o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

"i) Actos de denigración: Menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación de otro competidor, a no ser que las aseveraciones sean exactas, pertinentes y verdaderas.

"j) Violación de secretos: Divulgar o explotar, sin autorización de su titular, secretos empresariales ajenos a los que se haya tenido acceso, legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente. A estos fines, será considerada desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin

(19) Art. 1º, DNU 274/2019.

perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

“Será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto.

“A los fines de este supuesto, la aprobación del registro o de la autorización de comercialización establecida al amparo de los procedimientos de aprobación para productos similares establecidos en el artículo 5º de la Ley Nº 24.766, por parte de la autoridad administrativa local, no se considerará un acto de competencia desleal.

“k) Inducción a la infracción contractual: Inducir a empleados, proveedores, clientes o demás obligados a infringir obligaciones contractuales contraídas con un competidor.

“l) Actos de discriminación: El tratamiento discriminatorio de compradores cuando el vendedor o distribuidor haya publicado una lista de precios, a no ser que medie causa justificada.

“m) La publicidad comparativa en infracción a lo dispuesto en el artículo 15”

Ambos artículos significan la incorporación expresa de los conceptos de competencia desleal revelando un cambio de enfoque en la legislación que previamente se abocaba, principalmente, a evitar engaños al consumidor en el rotulado o la publicidad.

Sin embargo, cabe tener presente que la enumeración de dicho artículo resulta taxativa a los fines de imposición de sanciones por parte de la autoridad de aplicación, mientras que es meramente enunciativa para la imposición de sanciones en sede judicial. Por lo tanto, el juez podrá, sobre la base de la cláusula general del art. 9º, sancionar actos no tipificados que consisten en competencia desleal.

No queda claro cuál fue el criterio por el cual se creó un listado de supuestos que resultan taxativos para la vía administrativa, pero no para la vía judicial. Especialmente porque implicará la existencia de una autoridad administrativa cuyo actuar pueda quedar limitado ante nuevas formas de competencia desleal no previstas en

el listado, perdiéndose el propósito de haber incluido una cláusula general en el DNU para sancionar casos no previstos.

En otro orden, vale detallar cómo el DNU modificó las facultades y competencias de las autoridades de aplicación, tanto a nivel nacional como local.

El art. 25 designa como autoridad de aplicación a la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Producción y Trabajo y el artículo siguiente designa las facultades correspondientes a dicha autoridad.

En cuanto a las facultades otorgadas, se puede decir que se mantienen gran parte de las facultades ya previstas en el régimen anterior. Con la nueva norma se modifica la facultad de “obligar a exhibir o publicitar precios” por la de verificar. En el mismo orden, se suprime la facultad de obligar a quienes ofrecían servicios a informar sobre las garantías y características del bien o servicios (incs. j] y k] del art. 12, ley 22.802). El DNU agrega las facultades de requerir el retiro de ofertas electrónicas y regular los concursos y sorteos (20).

Las autoridades de aplicación locales serán designadas por los gobiernos provinciales y el de la Ciudad de Buenos Aires. Las facultades de dichas autoridades locales son similares a las previstas en la ley 22.802. Se mantiene la posibilidad de delegar sus funciones a los gobiernos municipales, incluso la de juzgamiento cuando sea con relación a casos de exhibición de precios. Sin embargo, no se incluyó la facultad de solicitar al juez competente el allanamiento de domicilios privados y de los locales comerciales en días y horas inhábiles. Dicha omisión reduce la capacidad de vigilancia de las autoridades locales.

Con relación a la competencia de la autoridad de aplicación nacional, se mantuvo la exclusividad sobre los casos interjurisdiccionales, pero, además, se le otorgó competencia exclusiva para la fiscalización y sanción de hechos enmarcados dentro del art. 10 del DNU que re-

(20) TAMBUSI, Carlos E., “Análisis del decreto de necesidad y urgencia que deroga la Ley de Lealtad Comercial”, LL Online: AR/DOC/1647/2019.

gula los supuestos particulares de competencia desleal, *sean o no interjurisdiccionales* lo cual entendemos, puede llegar a dar problemas entre las autoridades de aplicación en el futuro. Similar a la norma anterior, se mantiene la concurrencia con las autoridades locales sobre los hechos que violen los títulos II —Publicidad y promociones— y III —De la información en el comercio— del DNU con efectos únicamente locales.

Por otro lado, no se deben dejar de mencionar las relevantes modificaciones que se incluyeron en el marco de las sanciones.

Se incorporó el apercibimiento como posible pena, la cual por su naturaleza y a diferencia de las otras sanciones, no podrá ser impuesta de modo conjunto.

Y si bien se mantuvieron las penas previstas en la ley 22.802, se instituyeron los montos, pero mediante la utilización de unidades móviles<sup>(21)</sup> (imitando a la Ley de Defensa de la Competencia 27.442) para combatir con el fenómeno inflacionario que existe en nuestro país.

En este orden, se estableció un mínimo de uno hasta un máximo de diez millones de unidades móviles por lo que el máximo sería de 264 millones de pesos al momento de la publicación del presente artículo, lo que contrasta con el máximo de 5 millones de pesos establecidos en la ley anterior. También se prevé la aplicación de un descuento del 50% en caso de que dicha multa sea pagada dentro de los diez días sin interponer recurso de apelación.

En cuanto a las acciones que pueden interponerse el DNU plantea una dualidad de vías para el reclamo.

En primer lugar, el ya conocido procedimiento administrativo que se planteará ante

(21) El valor inicial de la unidad móvil es el establecido en la ley 27.442, y será actualizado automáticamente cada un año utilizando la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), o el indicador de inflación oficial que lo reemplace en el futuro. La actualización se realizará el último día hábil de cada año, entrando en vigencia desde el momento de su publicación por la Autoridad Nacional de la Competencia de dicha ley en su página web.

la Secretaría de Comercio Interior. Sin embargo, el DNU incorpora una serie de novedades realmente significativas tales como la denuncia de parte, considerar al denunciante como parte en el procedimiento y la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en reemplazo del Código Procesal Penal de la Nación. En general se prevé una más precisa y completa regulación del procedimiento en los arts. 30 a 56 del decreto.

En segundo lugar, se regula la vía judicial de un modo más concreto y sucinto. El afectado podrá requerir por esta vía el cese del acto de competencia desleal, medidas cautelares o el reclamo por daños y perjuicios ocasionados por dicho acto. La legitimación activa se diseña con cierta amplitud y, respecto de la prueba, se otorga la facultad del juez de aplicar las cargas dinámicas de la prueba en caso de publicidad comparativa o publicidad engañosa contrarias a la norma (arts. 10, inc. m), 11 y 15). La interacción entre ambas vías será comentada en el próximo apartado.

#### **IV. Desafíos futuros de la autoridad: esperanzas, dudas e incertidumbre**

Sin duda, la nueva normativa trae consigo una serie de desafíos como consecuencia de modificar el escenario de la competencia desleal en el país que deberá enfrentar la autoridad de aplicación.

El primero de ellos se refiere a la aplicación práctica de la norma por parte de la autoridad.

Como ya fue explicado, la autoridad de aplicación a nivel nacional será la Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación. Consecuencia del decreto, la nueva autoridad de aplicación mantiene gran parte de las facultades previstas en la ley 22.802, pero aumenta su competencia, expandiendo su poder de control e intervención en el mercado. Dicha capacidad de intervención se magnifica por un claro motivo: ahora las actuaciones pueden iniciarse de oficio sin necesidad de demostrar un interés legítimo de acuerdo con el art. 30 del DNU (22).

(22) BERTAZZI, Juan C., "Publicidad comparativa en la nueva legislación de defensa de la competen-

Por lo tanto, nos encontraremos ante una autoridad de aplicación con mayor competencia de actos a investigar, así como con un probable aumento de casos debido a la incorporación de la denuncia de parte.

En este sentido, es criticable que esta nueva y poderosa autoridad no sea un ente específico y especializado en la materia, tal como ha ocurrido con la Ley de Defensa de la Competencia 27.442 en la que se designó como autoridad de aplicación un nuevo ente creado por esta: la Autoridad Nacional de la Competencia. Dicha Autoridad es un organismo descentralizado y autárquico con plena capacidad jurídica según la letra de la ley.

Entendemos que hubiera sido correcto imitar lo diseñado por la ley 27.442 para el DNU analizado en este aspecto, creándose así un nuevo ente autárquico, especializado e independiente de las posibles presiones del Poder Ejecutivo, en pos de una mayor eficiencia y seguridad jurídica.

En un segundo punto, y siguiendo con los aspectos prácticos de la aplicación del DNU nos encontramos con la regulación que se hace de las acciones administrativas y judiciales. Es interesante hacer mención de que el art. 61 del DNU, al regular las acciones judiciales establece la concurrencia de las acciones administrativas y judiciales, pudiéndose juzgar así el acto bajo dos fueros distintos sin necesidad de agotar una vía para emplear la otra.

Para intentar darle cierto orden, en dicho artículo se limita el inicio de acciones judiciales (salvo la acción de reparación de daños) si previamente se instó el procedimiento administrativo. Al mismo tiempo el art. 66 del DNU establece la preeminencia de la sede administrativa sobre la sede judicial, donde lo decidido en la primera hace cosa juzgada para la segunda.

Sin embargo, la redacción de estas normas deja espacio para algunos interrogantes. En primer lugar, el art. 61 al vedar que el afectado utilice en simultáneo ambas vías para reclamar

el cese del acto o la solicitud de medidas cautelares dicha limitación tendrá lugar cuando el afectado haya “instado” el procedimiento administrativo de modo previo al proceso judicial. Es decir, la limitación parece activarse cuando sea el afectado quien solicite el inicio del procedimiento, pero no queda claro si se extiende para los casos en los que dicho procedimiento se iniciare de oficio o por denuncia de una persona distinta al afectado. De una interpretación literal podría habilitarse al afectado a acudir a la vía judicial pudiéndose —en última instancia— dictar dos actos contradictorios entre ambas sedes (23).

Si bien el art. 66 establece la primacía de lo dictado en sede administrativa sobre la sede judicial, no hay norma que expresamente prohíba al Poder Judicial expedirse sobre el caso antes de que exista una resolución administrativa firme. Entonces, el afectado inconforme con lo dictado en sede judicial podría utilizar la sede administrativa (lo cual no está expresamente vedado) con la esperanza de lograr una resolución favorable. De lograrse, y por el peso que le otorga el art. 66, abriría el interrogante sobre qué acto debería primar (24).

Otro punto por mencionar es la concurrencia de los poderes de policía nacional y local conforme con el art. 27 del DNU. Como se explicó, existe esta concurrencia al tratarse de violaciones a los títulos II y III cuyos efectos no sean interjurisdiccionales. El artículo le otorga una amplia discreción a la autoridad nacional para intervenir en casos exclusivamente locales, sin plantear condición o requisito alguno.

No hay mayor regulación que el art. 68 que indica que el destino de la multa ingresará al presupuesto del Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación o al de los gobiernos locales, según sea la autoridad que hubiere prevenido.

Más allá de la cuestionable y poco federal que es la intromisión del gobierno central sobre las provincias, el problema central surge de las posibles contradicciones que pueden llegar a tener lugar.

cia. interpretación y juego de normas”, LL Online: AR/DOC/1487/2019.

(23) Ídem.

(24) Ídem.

Quedan sin responder interrogantes fundamentales. Por ejemplo, desconocemos qué resolución tendrá primacía si una autoridad decide archivar la denuncia y la otra sancionar el acto o si la actuación de una veda la posterior intervención de la otra (25).

Dichas imprecisiones en la letra del DNU son claramente perjudiciales al ideal de seguridad jurídica tan necesario para el mercado y para los actores económicos que el mismo decreto pretende amparar.

En último lugar, no se puede dejar de mencionar la dudosa constitucionalidad del decreto analizado.

Por un lado, es cuestionable la vía por la cual se sanciona el nuevo régimen de lealtad comercial. Utilizar la vía del DNU debe necesariamente justificarse en cuestiones que hacen imposible el normal trámite parlamentario. Los fundamentos que se incluyen en el DNU para justificar su sanción por esa vía se limitan a la mera mención de la urgencia sin mayor explicación (26).

Por el otro, llama también la atención que a través de este decreto el Poder Ejecutivo instrumente un sistema de sanciones penales como el contenido en el título III del DNU, así como que tipifique los tipos penales administrativos que se encuentran en el art. 10, en tanto que el Poder Ejecutivo tiene terminantemente vedado

regular sobre materia penal según el art. 99, inc. 3º de la CN (27).

## V. Conclusiones

En definitiva, se puede sostener que la gran cantidad de aciertos incorporados al DNU en materia de lealtad comercial han sido de alguna manera opacados por la crítica constitucional que debemos incluir necesariamente al presente artículo.

Sin embargo, con la sanción de este decreto las autoridades de aplicación tendrán una gran herramienta para asegurar el correcto desarrollo del mercado y de la competencia y complementar lo ya dispuesto por las normas de defensa del consumidor y de defensa de la competencia.

Las autoridades de aplicación enfrentarán grandes desafíos al momento de aplicar el nuevo régimen de lealtad comercial y deberán demostrar que se encuentran a la altura del resto de las autoridades de lealtad comercial del mundo. Para ello, deberán asegurar que el proceso sea expeditivo y se cumplan con las garantías del debido proceso.

Quedará en manos del Poder Judicial sanear las imprecisiones para una correcta y eficaz aplicación del decreto el cual —esperamos— contribuya a la maduración de la economía de mercado argentina.

---

(25) Ídem.

(26) TAMBUSSI, Carlos E., "Análisis del decreto...", cit.

---

(27) ARANOVICH, Fernando C., "Decreto de lealtad comercial. Un 'burladero' de los precios", LL Online: AR/DOC/1532/2019.



# Los cambios del nuevo Régimen de Lealtad Comercial

---

MARIANO PERUZZOTTI (\*)

## I. Introducción

El dictado del decreto de necesidad y urgencia 274/2019 (en adelante, el “DNU”) que instaura un nuevo plexo normativo en materia de lealtad comercial constituye, podemos decir, uno de los hechos legislativos más significativos del año en tanto representa la actualización de un régimen que databa de más de 35 años y que, por ende, había quedado desactualizado. La nueva regulación incorpora aspectos que si bien son novedosos desde el punto de vista de su inclusión en normas de derecho interno local, no lo son tanto considerando los antecedentes legislativos extranjeros, los precedentes jurisprudenciales y el desarrollo de la doctrina. En tal sentido podemos destacar la introducción del tratamiento de la competencia desleal, la publicidad comparativa, un nuevo proceso administrativo y judicial para el caso de infracciones y ajustes al catálogo de sanciones.

En el presente trabajo iniciaré un primer análisis introductorio del anterior régimen de lealtad comercial, haciendo especial énfasis en la anterior ley 22.802 así como en las normas reglamentarias, para luego profundizar en el DNU y sus diferencias con el anterior plexo normativo.

---

(\*) Abogado, egresado con diploma de honor de la Universidad de Buenos Aires. Ha cursado la maestría en derecho empresarial de la Universidad de San Andrés y desde el 2004 es asociado senior del departamento de propiedad industrial de Marval O’Farrell & Mairal. También se desempeñó laboralmente en el año 2017 en el Estudio Freshfields Bruckhaus Deringer en Alemania. Es autor de un gran número de artículos de su especialidad.

## II. El anterior régimen

La norma que regulaba los temas de lealtad comercial hasta el dictado del DNU era la ley 22.802, publicada en el Boletín Oficial el 11 de mayo de 1983. Su propósito era otorgar un marco normativo moderno en la materia que protegiera al consumidor a la vez que facilitara por parte del comerciante el conocimiento de la legislación a la que debía adecuarse. En tal sentido, dicha norma reordenó en un cuerpo normativo las disposiciones de las leyes 17.016, 17.088 y 19.982. Estas leyes —derogadas por la ley 22.802, junto con su reglamentación— prevenían normas relativas a peso, medida, tamaño, de los productos, a la promoción de ventas de artículos de primera necesidad mediante ofrecimiento o entrega de premios o regalos y a la identificación de mercaderías, etcétera.

Los bienes jurídicamente protegidos en la ley 22.802 han sido la buena fe comercial, la lealtad de las prácticas comerciales, y la tutela de los consumidores para que accedan a información adecuada y veraz (1), a fin de evitar que los consumidores sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de mercadería. En efecto, la jurisprudencia ha entendido que, en virtud de la ley 22.802, se protegía no solo los derechos de los consumidores, sino también los de los competidores, en tanto conductas que eran contrarias al régimen tenían aptitud para producir un desvío de la clientela o de los eventuales contratantes por medio de un recurso reñido con la lealtad

---

(1) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, 2/5/2013; “Bevacqua, Graciela C. c. Estado Nacional - DNCF”, AP Online: AP/JUR/500/2013.

que era legalmente exigible en las relaciones comerciales (2).

La ley 22.802 se estructuró en seis capítulos, a saber, identificación de las mercaderías que se comercializan en el país, denominaciones de origen, publicidad engañosa y promoción mediante premios, atribuciones de la autoridad nacional de aplicación, v.gr, la Secretaría de Comercio, el procedimiento administrativo aplicable y, por último, el régimen sancionatorio y recursivo. La ley 22.802 fue reglamentada por la res. 100/1983 de la Secretaría de Comercio, la cual precisa el modo en que deben rotularse los frutos o productos e introdujo indicaciones en materia de identificación de mercaderías tomando en cuenta las prácticas comerciales con el propósito de facilitar la tarea mercantil y simplificar requisitos que no implican un perjuicio al consumidor.

Asimismo, posteriormente una sucesión de disposiciones reglamentaron distintos aspectos de la norma, p. ej., el régimen de rotulados aplicables a determinados productos o industrias (electrodomésticos, lámparas, combustibles, enchufes, productos textiles, lavandinas, cubiertas de bicicletas, etc.), regulaciones técnicas que imponen requisitos y características esenciales que deben revestir los bienes, cuestiones atinentes a la eficiencia eléctrica, condiciones sobre la información en materia de publicidades o anuncios de productos y servicios (3), reglas relativas a la organización de concursos y sorteos, entre otros.

A lo largo de los 35 años de su vigencia, la ley 22.802 sufrió una serie de reformas que fueron modificando su texto. En rigor, ninguna modificación alteró sustancialmente la redacción de la norma sino que apuntaron a actualizar o enmendar disposiciones particulares de su articulado, como ser la incorporación del art. 9 bis a raíz de la denominada ley de redondeo

(2) CNPenal Económico, sala A, 19/6/1997, "Dumside SA".

(3) Al respecto, merece destacarse la res. 789/1998 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería que dispuso los requisitos a los que se deberán ajustar, quienes publiciten bienes y/o servicios por cualquier medio y que fue posteriormente modificada por la res. 915-E/2017 de la Secretaría de Comercio.

(ley 25.954), el cambio en cuanto a la Cámara de alzada que entendería en los recursos interpuestos contra las resoluciones de la autoridad de aplicación a través de la ley 26.361, la actualización del monto de las multas en virtud de la ley 26.993, entre otras. Claramente, ninguna de estas reformas implicó una actualización que significara una actualización total de la norma y que incluyera aquellos aspectos que no tenían un marco completo y sistematizado al momento, como ser la regulación de la competencia desleal.

La recta interpretación de las disposiciones sobre lealtad comercial ha requerido el análisis integrador de sus disposiciones en conjunto con normas incorporadas en otros cuerpos normativos. En tal sentido, el propio art. 3° de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor establece que sus preceptos debían integrarse con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Lealtad Comercial. Asimismo, corresponde tener en cuenta el art. 159 del Cód. Penal que sanciona "el que mediante maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial". También el Código Civil y Comercial de la Nación dispone de principios generales que son de aplicación en temas atinentes a la materia y a los cuales se recurría en ausencia de un plexo normativo que tratare específicamente la cuestión, p. ej., en los casos de competencia desleal. A modo de ejemplo podemos citar el art. 279, que específicamente dispone que el objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana ni un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea. El análisis y resolución de casos referidos a lealtad comercial requería, por su parte, de la consideración de aquellos preceptos incorporados al derecho argentino en virtud de la adhesión a instrumentos internacionales, de los cuales la Argentina es parte, como ser el Convenio de París (aprobado por ley 17.011) y el acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con la Organización Mundial del Comercio (aprobado por ley 24.425).

La práctica a lo largo de estos años nos ha demostrado que, si bien la ley 22.802 poseía el doble objetivo de proteger a consumidores y empresarios, se ha priorizado la protección del primero por sobre la sanción de conductas o prácticas desleales en el comercio que afectan directamente la competencia desleal entre comerciantes. En efecto, la mayoría de sus normas se vinculan con la información que deben contener los productos y servicios, y tan solo tres artículos prohíben actos que podrían ser reputados como desleales (arts. 5º, 9º y 10) y cuyo campo de aplicación es relativamente estrecho: sancionan el engaño a través del rotulado y etiquetado de productos y en la publicidad (4). Ello se observa rápidamente al constatar la existencia del desarrollo jurisprudencial en la materia, en la cual se ha puesto el foco en la sanción de aquellas conductas que constituían una infracción al régimen informativo o constituían actos que conducían al engaño o confusión del público consumidor. El DNU parece intentar equilibrar la situación con la inclusión de reglas referidas a la concurrencia leal entre participantes del mercado como se describe a continuación.

### III. El nuevo régimen

#### III.1. Introducción

Pese a existir diversos proyectos de ley presentados a lo largo de los últimos años en el Congreso de la Nación que buscaban modernizar el marco normativo referido a lealtad comercial, ninguno de ellos tuvo un avance parlamentario significativo. Es en base a ello, y con el fin de mejorar las condiciones de competitividad de la economía, así como simplificar y dinamizar el comercio (5), el Poder Ejecutivo de la Nación dicta el 17 de abril de 2019 el DNU. Tal como se consigna en las consideraciones de la propia norma, la medida propiciada se enmarca en razones de estricto interés público, impulsando la creación de una herramienta institucional y moderna, a través de la cual el Gobierno nacio-

nal posibilite, mediante la prohibición y sanción de actos y prácticas desleales, el desarrollo de un comercio justo y competitivo.

Si bien no será materia de este capítulo analizar los cuestionamientos referidos a la vía escogida para la sanción de este nuevo régimen, entiendo que su aprobación debía haber sido fruto del proceso legislativo ordinario en tanto no parecen concurrir los supuestos de excepción que dan lugar al dictado de un decreto de necesidad y urgencia en una materia referida a cuestiones inherentemente comerciales en las que no se observa la premura en su tratamiento que se invoca en los propios considerandos de la norma. En este sentido, y más allá de los planteos que puedan formularse a la norma en cuanto a su constitucionalidad, y de los cuales no dudo que se esbozarán en el marco de los futuros conflictos que han de suscitarse, entiendo que se ha perdido una gran oportunidad para debatir en el marco del Congreso una legislación que pudiese perfeccionar a la existente y que nos hubiese permitido contar con la mejor norma posible o, al menos, una regulación que sea el fruto del debate parlamentario, el cual es imprescindible en toda sociedad democrática.

Más allá de esta cuestión de índole dogmática legislativa, el DNU ha significado un hecho relevante en la evolución de esta materia. No se puede desconocer que, si bien el texto podía haber sido más claro en varios temas, desarrollar en profundidad otras cuestiones o unificar regulaciones de una misma materia (al respecto, basta mencionar a modo meramente ejemplificativo las normas sobre el régimen publicitario o denominaciones de origen e indicaciones geográficas), introdujo cambios que eran largamente esperados por la sociedad como lo es la regulación de la publicidad comparativa.

El DNU deroga expresamente la anterior ley 22.802 instaurando así un nuevo régimen de Lealtad Comercial. El DNU fue posteriormente reglamentado por la res. 248/2018 de la Secretaría de Comercio Interior de fecha 23 de mayo de 2019. El nuevo ordenamiento presenta similitudes y diferencias considerando las disposiciones de la anterior normativa. En los siguientes párrafos me abocaré a su análisis.

(4) NAZAR ANCHORENA, Marcos F. L., "Propuestas de reforma de la ley 22.802 de Lealtad Comercial. Hacia una regulación integral de la competencia desleal", LL del 8/4/2019; LL Online: AR/DOC/701/2019.

(5) Conforme los considerandos del propio DNU.

### III.2. Aspectos preliminares

El DNU identifica en su primer artículo el objeto que persigue la norma, cual es asegurar la lealtad y transparencia en las relaciones comerciales y garantizar el acceso a la información esencial sobre los productos y servicios comercializados a través de canales físicos o digitales. Si bien el objeto de la ley 22.802 se encontraba desarrollado en la exposición de motivos y, como indicamos arriba, propugnaba la debida defensa de los derechos del consumidor y de los competidores, tutelando la libertad, la debida información y la transparencia en las actividades comerciales, lo cierto es que no había una mención expresa en el articulado acerca de su propósito.

Uno de los elementos que merecen ser destacados de la definición de la finalidad de la norma que incorpora el DNU es su aplicación al ámbito digital. Aun cuando ello parece una obviedad en el siglo XXI, en el que cada día las operaciones comerciales realizadas a través de los medios tecnológicos van ganando mayor terreno y registran récords de transacciones, la anterior ley 22.802 carecía de una referencia clara en tal sentido. Una norma moderna debía necesariamente reconocer expresamente la extensión de sus principios y obligaciones al mundo digital, de modo tal de que no existan dudas en cuanto a la aplicación de sus preceptos para todos los actores que interactúan en operaciones que se efectúen mediante el uso de soluciones informáticas, cualquiera fuese esta.

El propio art. 1º incorpora una definición de mercado, ausente en la anterior normativa, entendiéndolo como tal aquel ámbito donde oferentes y demandantes realicen una o más transacciones comerciales.

Por su parte, el art. 2º indica que las disposiciones del DNU son de orden público y que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto sus previsiones, sin perjuicio de que las partes en un proceso judicial podrán conciliar o encontrar una forma de solución del conflicto. Considero acertada esta disposición en cuanto encuentra su correlato con el marco normativo del régimen de Defensa del Consumidor (6).

(6) Art. 65 de la ley 24.240.

### III.3. Competencia desleal

Quizás el punto más disruptivo y novedoso de la reforma lo constituye la incorporación de disposiciones que tratan expresamente la competencia desleal. Tal como ha sucedido en España, en donde la sanción de la Ley de Competencia Desleal representó un hito histórico en el ordenamiento jurídico español dado que encerró la primera regulación sistemática y completa de esta materia (7), en la Argentina se puede decir que produce el mismo fenómeno. Ello luego de años de navegar aguas inciertas en un océano de normas de diversa índole que en muchos casos no daban solución a los variados conflictos comerciales que se suscitaban entre los agentes comerciales.

En la Argentina la regulación de la competencia desleal se caracterizaba por su falta de sistematización, tratamiento disperso y poca claridad en cuanto a su concreta aplicación. No existía una norma que unificara su regulación, sino que, por el contrario, encontrábamos disposiciones diseminadas en una variada gama de normas. La anterior ley 22.802 contenía algunas disposiciones propias del régimen de competencia desleal, pero carecía de una regulación orgánica y consistente.

La competencia desleal se relaciona con principios del derecho civil, y con disposiciones del Código Penal, p.ej., el art. 159 al cual hemos hecho referencia anteriormente, la Ley de Confidencialidad 24.766, la Ley de Defensa de la Competencia 27.442, la Ley de Marcas 22.362, entre otros marcos normativos, así como también principios recogidos de diversos tratados internacionales de propiedad intelectual, como el Convenio de París o el Acuerdo Adpic. En efecto, es el propio Convenio de París el que, hasta el DNU, incluía una referencia específica a la competencia desleal. El art. 10 bis establece una cláusula programática que dispone la obligación de los Estados Miembros de legislar en esta materia (8).

(7) MASSAGUER, José, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, España, 1999, p. 55.

(8) Dicho artículo dispone lo siguiente: "1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.

Por su parte, no se puede pasar por alto el hecho de que el mismísimo art. 42, inc. 2º de la CN, que fuera incluido en la reforma de 1994, incluye una cláusula programática que establece para las autoridades la obligación de proveer a la protección de los derechos allí enumerados y a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados. Claramente, este precepto encuadra en el supuesto de competencia desleal en tanto los actos sancionados bajo este régimen se orientan a evitar ese tipo de distorsiones en el mercado.

En esencia, un ordenamiento que penalice la competencia desleal tiene como propósito promover que la lucha por la clientela se realice dentro de ciertas reglas y pautas para que ella sea lícita y de buena fe en pos de una competencia limpia y sana que beneficie las condiciones comerciales generales del mercado y, como consecuencia de ello, la situación de los consumidores. El punto de interés para este concepto se centra en los medios que se utilizan para captar clientes (9). La figura de la competencia desleal abarca una variedad de actos diversos. Tradicionalmente, la competencia desleal se ha asociado a actos tales como la generación de confusión en el consumidor, la denigración del competidor, la desorganización de la empresa competidora, o la desestabilización del mercado. Sin embargo, no existía hasta el dictado del DNU una enumeración de las conductas que califican como competencia desleal así como tampoco una definición del término.

2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.

3) En particular deberán prohibirse:

i) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

ii) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

iii) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos”.

(9) Otamendi, Jorge, “La competencia desleal”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 3, nro. 2, octubre 1998.

En base a ello, las disposiciones que a continuación se comentan son novedosas y representan un cambio paradigmático considerando el régimen anterior de la ley 22.802.

El DNU define al acto de competencia desleal como “toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo” (10). Sentada la definición que brinda la propia norma, el art. 8º declara expresamente la prohibición de los actos de competencia desleal en sentido amplio, en tanto no debe importar la forma en la que se adopte, el medio a través del cual se realice y el mercado en el que tenga lugar. Asimismo, y considerando la jurisprudencia en la materia, el DNU determina que no será necesario acreditar la generación de un daño para la configuración del ilícito, por cuanto este puede ser actual o potencial. La sola verificación de la omisión de la conducta impuesta según una apreciación objetiva es motivo suficiente para hacer nacer por sí la responsabilidad del infractor, sin que se requiera para su configuración la existencia de un daño concreto, sino simplemente el incumplimiento de lo prescripto por la ley (11).

El art. 4º del DNU establece el ámbito de aplicación objetivo del instituto, aclarando que los actos de competencia desleal serán sancionados siempre que se realicen en el mercado y con fines competitivos, lo cual se presume cuando este resulte objetivamente idóneo para obtener, mantener o mejorar la posición en el mercado de quien lo realiza o de un tercero. Por ende, la norma sienta un principio que deberá ser tenido en cuenta a la hora de analizar la configuración del ilícito en un caso específico.

En lo referido al ámbito de aplicación subjetivo, la norma precisa que será de aplicación a todas las personas humanas o jurídicas que participen en el mercado y las que realicen actividades económicas fuera del país en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional.

(10) Art. 9º, DNU.

(11) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, “Inc SA c. DNCI s/lealtad comercial - ley 22.802”, LL Online: AR/JUR/19534/2018, entre muchos otros.

Por ende, las disposiciones en materia de competencia desleal podrían aplicar a sujetos radicados en el exterior si dirigen sus actividades y esfuerzo comerciales al mercado nacional.

Vemos al respecto que el DNU ha seguido los antecedentes legislativos del derecho comparado, como es el caso de la ley 3/1991 de Competencia Desleal de España que en los arts. 2º y 3º delimitan el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la norma. En tal sentido, resulta llamativa la similitud existente en la redacción de ambos textos legales, en particular la cláusula relativa al ámbito objetivo.

Sin perjuicio de la cláusula general que define el alcance del ilícito de competencia desleal al que se hizo referencia arriba, el DNU en su art. 10 proporciona un listado de actos concretos que importarían un caso de competencia desleal. Resulta relevante remarcar que dicha enunciación tiene carácter taxativo a los fines de la imposición de sanciones administrativas y carácter enunciativo a los fines de la promoción de acciones judiciales por parte de los afectados. Por ende, cualquier afectado podría interponer una acción judicial por competencia desleal que tenga su motivación en un acto que no sea de los previstos en la enumeración del art. 10.

Los supuestos de competencia desleal que fueron incluidos por el DNU y que se detallan a continuación siguen los lineamientos formulados por la doctrina así como los precedentes de diversas normas extranjeras, como es el caso de España (12).

(i) Actos de engaño sobre la naturaleza, modo de fabricación características principales y condiciones de los bienes o servicios.

(ii) Actos de confusión respecto del origen empresarial de la actividad o bienes y servicios.

(iii) Violación de normas para valerse de una ventaja significativa.

(iv) Abuso de situación de dependencia económica en que se pueda encontrar una empresa cliente o proveedora que no disponga de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad en el mercado.

(v) Obtención indebida de condiciones comerciales bajo la amenaza de ruptura de la relación comercial.

(vi) Venta por debajo del costo de fabricación o precio de adquisición con la intención de dificultar la entrada a un mercado o eliminar a un competidor del mercado.

(vii) Explotación indebida de la reputación ajena induciendo a confundir los propios bienes o servicios con los de otro.

(viii) Actos de imitación desleal que resulte idónea para generar confusión respecto de la procedencia de los bienes.

(ix) Actos de denigración con el fin de menoscabar la imagen, el crédito, la fama o prestigio, a no ser que las aseveraciones sean exactas, pertinentes y verdaderas.

(x) Violación o divulgación de secretos empresariales ajenos.

(xi) Inducción de empleados, proveedores, y/o clientes a la infracción de obligaciones contractuales contraídas con un competidor.

(xii) Actos de discriminación de compradores cuando el vendedor o distribuidor haya publicado una lista de precios, a no ser que medie causa justificada.

(xiii) Publicidad comparativa ilícita.

No me detendré en el análisis de cada supuesto, en tanto será objeto de tratamiento pormenorizado en los sucesivos capítulos de esta obra. Sin perjuicio de ello, es importante remarcar que el decreto introduce figuras que ya se encuentran tipificadas en otras normas, pudiendo quedar un mismo acto comprendido y sancionado por más de un régimen normativo al mismo tiempo. En particular, y sin perjuicio de aclarar de manera expresa que aquellos ac-

(12) La ley 3/1991 de Competencia Desleal de España lista en el capítulo II los actos de competencia desleal, los cuales guardan similitud con los incluidos en el art. 10 del DNU. Asimismo, la ley 256 de 1996 de Colombia dispone en su capítulo II un catálogo de supuestos de competencia desleal análogos, mientras que la Ley de la Propiedad Industrial 9279/1996 de Brasil lo hace en el art. 195.

tos alcanzados por la LDC no pueden ser juzgados ni sancionados por el decreto, se incluyen como supuestos de competencia desleal ciertos actos que ya se encuentran encuadrados como prácticas anticompetitivas bajo la regulación de defensa de la competencia, a saber: (i) el abuso de situación de dependencia económica (art. 3, inc. i] de la LDC); (ii) la obtención indebida de condiciones comerciales (art. 3, inc. b] de la LDC); (iii) el tratamiento discriminatorio (art. 3, inc. h] de la LDC) y (iv) precios por debajo del costo (art. 3, inc. k] de la LDC). Parecería ser que recurrir por la vía de la competencia desleal constituiría más accesible en cuanto a las condiciones de viabilidad del reclamo en tanto no requiere (i) que exista una posición dominante por parte del supuesto infractor, ni (ii) acreditar que se encuentre afectado el interés económico general por parte del supuesto afectado. De todos modos, la res. 248/2019 de la Secretaría de Comercio destaca la complementariedad que debe existir entre los regímenes al indicar que el DNU será de aplicación siempre que el acto o conducta no resulte alcanzado por la LDC (13).

Por su parte, la res. 248/2019 de la Secretaría de Comercio Interior, al reglamentar el DNU, introdujo una disposición de suma importancia que deberá ser tenida en cuenta a la hora de analizar e interpretar un caso. En tal sentido, el art. 4º dispone que la renegociación, modificación de términos y condiciones comerciales, la invocación o ejercicio de cláusulas contractuales de rescisión, revocación, resolución o cualquier otro medio de extinción de una relación comercial, así como el ejercicio regular de cualquier derecho no podrá ser considerado como un acto de competencia desleal.

### III.4. Régimen de publicidades

El título II desarrolla los aspectos referidos a publicidad y promociones y, puede decirse, que es uno de los temas que menores cambios ha sufrido considerando el texto legal de la ley 22.802.

En primer lugar, la redacción de la disposición sobre publicidad engañosa incluida en el

art. 11(14) es idéntica al texto del art. 9º del anterior régimen. La recta interpretación de la norma requiere un análisis complementario con el art. 42 de la CN, en tanto la integración del tipo legal de la publicidad desleal viene dado por el principio de veracidad, la obligación de información y el principio de buena fe. En efecto, esta disposición tiene como objeto la protección de los consumidores frente a publicidades de productos o servicios que presenten imprecisión o inexactitud de su contenido (15). El fin de la norma es, precisamente, evitar la lesión del derecho constitucional de usuarios y consumidores a una información adecuada, completa y veraz y a la protección de sus intereses económicos con relación al consumo, conforme con el art. 42 de la CN (16).

El art. 9º de la ley 22.802 fue objeto de diversas reglamentaciones, dentro de las que podemos destacar la res. 915/2017 de la ex Secretaría de Comercio, y las cuales continuarán rigiendo en virtud de lo dispuesto por el art. 75 del DNU. Por su parte, existe una desarrollada jurisprudencia dictada a la luz de dicho art. 9º en lo que respecta a casos de publicidad engañosa. En uno de los tantos precedentes la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal sancionó a una empresa por infringir el art. 9º de la ley 22.802, toda vez que las publicidades de los productos para limpiar la ropa tenían aptitud suficiente para la inducción a error, engaño y/o confusión con respecto a la naturaleza, calidad, pureza y mezcla del producto, en virtud de anunciarlos con capacidad de eliminación total de manchas textiles, cuando ello no pudo ser acreditado. En tal sen-

(14) Conforme con tal disposición “queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”.

(15) CNFed. Contencioso administrativo, sala I, causas “Procter & Gamble, “Tevecompras 2001 SRL” y “Queruclor SRL”, de fecha 25/6/2013, 25/2/2014 y 30/4/2015 respectivamente.

(16) CNFed. Contencioso administrativo, sala I, 9/6/2015, “Sprayette SA c. DNCl s/lealtad comercial - ley 22.802 - art. 22”.

(13) DEL PINO, Miguel - PERUZZOTTI, Mariano, “Nuevo régimen de lealtad comercial en Argentina”, LL del 22/5/2019; LL 2019-C.

tido, el tribunal entendió que “las afirmaciones vertidas en los *spots* publicitarios que generan la multa impuesta por el organismo administrativo por infracción al art. 9º de la ley 22.802, se encuentran desvirtuadas por el informe técnico producido por el Instituto Nacional de Tecnología Industrial donde se dictaminó que ninguno de los productos de limpieza de manchas analizados lograba la remoción completa de la mancha” (17).

Considerando que la norma no ha sido objeto de modificaciones, la extensa jurisprudencia en la materia sigue vigente y, por tanto, debería ser tenida en cuenta al momento de considerar una campaña publicitaria que sea cuestionada por engañosa.

La novedad que introduce el DNU se refiere a los controles de las publicidades que pueda realizar la Secretaría de Comercio Interior como autoridad de aplicación, los cuales solo podrán ser efectuados con posterioridad a la difusión del aviso en el mercado (18). De esta forma, se prohíbe la fiscalización previa, aspecto que podría constituir una afectación a garantías constitucionales como la libertad de expresión.

Adicionalmente, el DNU aclara que las investigaciones o sumarios, así como la imposición de sanciones por infracciones a la normativa especial dictada por organismos con competencia específica, como podría ser la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), desplaza la intervención de la Secretaría de Comercio Interior, de los gobiernos provinciales o de la Ciudad de Buenos Aires. Esta solución normativa sigue los lineamientos de los precedentes jurisprudenciales, por ejemplo, en un reciente fallo en el que se declaró la nulidad de una multa aplicada por la Dirección Nacional de Comercio Interior a un laboratorio acerca de la publicidad relativa a un producto. Para así decidir el tribunal entendió que tal Dirección carecía de competencia para expedirse con relación a la denuncia que dio inicio a las actuaciones administrativas, toda vez que dicha presentación inicial exigía

un pronunciamiento de la ANMAT, por cuanto a este organismo se le había asignado una competencia específica para el contralor de la actividad publicitaria vinculada a los productos medicinales (19).

Por cierto, la solución propuesta por el DNU confluye en una mejor organización y coordinación de competencias en el ejercicio del poder de policía económica ante casos en los que podría existir una superposición de autoridades que pretendan abocarse al mismo tiempo al análisis y resolución de un caso.

La reciente res. 248/2019 de la Secretaría de Comercio Interior precisa, a su vez, que se considerará engañosa la publicidad en la que la información suministrada sea incomprensible en razón de la velocidad de la alocución, el tamaño de la letra o cualquier otra característica que la desvirtúe. Considero correcta esta aclaración en tanto constituía una práctica generalizada de los anunciantes incluir información que era exigida legalmente acerca de las características de los productos y servicios y/o las condiciones de producción, distribución y comercialización utilizando textos leídos a una velocidad que no permitía su comprensión o mediante caracteres imperceptibles al ojo humano.

### III.5. Régimen de promociones y concursos

Otro de los aspectos que no ha sufrido variaciones en el DNU es aquel que regula la realización de concursos, sorteos, promociones así como la entrega de dinero o bienes como rescate de envases o campañas comerciales similares. En efecto, el art. 14 del DNU reproduce íntegramente el art. 10 de la ley 22.802.

El dec. 961/2017 y la res. 915-E/2017 de la Secretaría de Comercio, que reglamentan el art. 10 y fueron dictados al amparo del anterior régimen, continuarán vigentes y deben entenderse como normas reglamentarias y complementarias del presente DNU en virtud del art. 75 de dicho cuerpo normativo. Es importante señalar que también existe normativa provincial que

(17) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, 25/8/2009, “Reckitt Beckinser Argentina SA c. DNCI - Disp. 787/08 (expte. s01:305109/06)”.

(18) Art. 12, DNU.

(19) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, 26/12/2018; “Genomma Laboratories Argentina SA c. DNCI s/lealtad comercial - ley 22.802 - art. 22”, LL 2019-B-189, y jurisprudencia relacionada.



establece condiciones y requerimientos para organizar concursos o sorteos.

Sobre la base de ello, el DNU continúa estableciendo las bases y principios generales que constituyen las pautas orientativas que deben ser tenidas en cuenta en las respectivas reglamentaciones. En tal sentido, se vislumbra una tendencia a nivel federal orientada a la simplificación de las formalidades y requerimientos exigidos a las empresas a la hora de organizar este tipo de prácticas. La reciente disolución de la Lotería Nacional Sociedad del Estado y la derogación de las normas que imponían las autorizaciones y condiciones para organizar concursos y promociones son un claro indicador de esta tendencia. Más allá de eso, siempre es preciso considerar el alcance territorial de la campaña a desarrollar y analizar la existencia de las normas provinciales aplicables al caso en tanto estas pueden establecer condiciones, autorizaciones o notificaciones previas a las autoridades respectivas.

### **III.6. Publicidad comparativa**

La anterior ley 22.802 no hacía mención alguna a la publicidad comparativa. Tampoco existía un cuerpo normativo que la tratara específicamente. La única referencia normativa que encontrábamos en nuestro ordenamiento jurídico era el art. 1101, inc. b) del Cód. Civ. y Com. incorporado con la reforma a dicho cuerpo normativo, el cual prohíbe toda publicidad dirigida a consumidores que efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor. Con base en ello, a lo largo de estos años los tribunales han tenido que recurrir a los principios generales del derecho, en especial las disposiciones referidas al derecho marcario, para encontrar la solución a los conflictos derivados en el uso de signos ajenos con fines comparativos en el marco de campañas publicitarias. Por ende, podemos decir que uno de los aspectos más relevantes del DNU es la inclusión de la figura de la publicidad comparativa.

El art. 15 del DNU define, en primer lugar, qué debe entenderse por publicidad comparativa al sostener que será aquella publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor, o a su marca, o a los productos o servicios

ofrecidos por él. El nuevo régimen parte de la premisa de que la publicidad comparativa está permitida en la medida que se reúnan una serie de condiciones. Claramente, la norma tuvo en consideración la extensa y rica jurisprudencia en la materia, en tanto recogió los lineamientos que venían siendo receptados en los distintos fallos en los que se trataban casos de publicidad comparativa, así como las directrices y principios adoptados por el derecho comparado, en particular las disposiciones de la Unión Europea (20).

Seguidamente, la propia norma enumera los aspectos que debe tener en cuenta cualquier publicidad para ser considerada válida (21). Cuando tales condiciones no son cumplidas, la pauta publicitaria podrá constituir un acto de competencia desleal.

### **III.7. Régimen de identificación de productos**

El DNU incluye un capítulo dedicado a los requisitos de identificación que deben presentar los productos con relación a rotulados, envases, etiquetas (arts. 16 a 22). El texto sigue los lineamientos de los arts. 1º a 6º del ante-

---

(20) Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea.

(21) El art. 15 lista las siguientes condiciones:

a) No inducir a error, engaño o confusión, entre el anunciante y un competidor, o entre los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor.

b) Comparar bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad, y que dicha comparación se realice en forma objetiva, entre una o más características esenciales, pertinentes, representativas y comprobables de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio.

c) Su finalidad sea la de informar las ventajas de los bienes o servicios publicitados.

d) No desacreditar ni denigrar los derechos de propiedad intelectual e industrial o circunstancias de algún competidor.

e) No obtener indebidamente ventaja de la reputación de una marca de algún competidor o de las denominaciones de origen de bienes de algún competidor.

f) No presentar un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos.

g) En el supuesto de bienes amparados por una denominación de origen, indicación geográfica o denominación específica, la comparación solo podrá efectuarse con otros bienes de la misma denominación.

rior régimen de lealtad comercial, los cuales sentaban los principios generales que fueron complementados por una extensa cantidad de normas reglamentarias dictadas por las autoridades respectivas y que, conforme con lo dispuesto en el art. 75 del DNU, mantendrán su vigencia.

En efecto, los cambios introducidos apuntan a mejorar y simplificar la redacción, pero no implican modificaciones de fondo sustanciales. A modo de ejemplo, se reemplaza el término *mercaderías* por el de *productos*. Adicionalmente, se incorpora al texto del DNU en el art. 18 la excepción al cumplimiento de las obligaciones referidas al régimen de identificación de los productos para los bienes destinados a la exportación, que había sido preceptuado en el dec. 2284/1991.

El DNU ha suprimido el art. 5º de la ley 22.802 sobre la prohibición de utilizar toda referencia en envases, etiquetas o presentaciones que pudiese inducir a error o confusión. No obstante, esta eliminación tiene su justificación en el hecho de que se ha incluido esta prohibición como conducta susceptible de configurar un acto de competencia desleal en el propio art. 10, inc. a) del DNU que se refiere a los actos de engaño. En rigor, la redacción de este último precepto recoge los postulados del anterior art. 5º, aunque sin hacer referencia al medio a través del cual se divulgan las referencias o descripciones en cuanto a los productos o servicios que puedan conducir a confusión o error. Considero que la omisión no afecta el sentido de la disposición en tanto la redacción amplia del supuesto de competencia desleal en cuestión conlleva a que cualquier medio por el cual se induzca a error o confusión quedará comprendido por la norma, sea que se cometa a través su inclusión en envases, folletos, presentaciones o por cualquier otra vía.

También se ha suprimido el tercer párrafo del art. 4º de la ley 22.802 que disponía que cuando se comercializaban productos extranjeros en el país se debía dar cumplimiento a las disposiciones de la ley en cuanto a la información que debía contener. Entiendo que la omisión no afecta la obligación de cumplir esta obligación en cuanto queda implícita de los términos de los arts. 16 y ss. del DNU.

### **III.8. Denominaciones de origen**

La anterior ley 22.802 contenía dos artículos —7º y 8º— que regulaban algunos aspectos de las denominaciones de origen. El DNU reproduce el texto de aquellas disposiciones en los arts. 23 y 24 incorporando algunos cambios que resultan convenientes considerando otras regulaciones que son aplicables. En primer lugar, se hace referencia a otros marcos normativos que tratan esta temática (22) dejando a salvo la posibilidad de que los principios establecidos en el DNU cedan en virtud de las normas específicas en la materia.

Asimismo, se ha suprimido la excepción a la prohibición de uso de una denominación de origen que había sido registrada como marca con anterioridad a la entrada de vigencia de la ley 22.802. A su vez, se amplía la definición del término denominación de origen, abarcando a los servicios como objeto de protección. También se considera en la definición a los componentes naturales y humanos como factores que puedan determinar cualidades o características particulares de los productos o servicios de una zona o región determinada. Esta precisión sigue los postulados del Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen. Actualmente, las denominaciones de origen reconocidas en la Argentina comprenden a Luján de Cuyo y a San Rafael (23).

### **III.9. La autoridad de aplicación**

La autoridad de aplicación a nivel federal reconocida en el DNU es la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Producción y Trabajo. A su vez, la res. 248/2019 de dicha Secretaría encomendó a la Dirección de Lealtad Comercial el contralor y vigilancia del DNU y la

(22) En particular, la Ley de Marcas 22.362 y sus modificaciones, la ley 24.425 que aprueba la incorporación del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio de la Organización Mundial del Comercio, la ley 25.163 de Vinos y Bebidas espirituosas de origen vínico, la ley 25.380 de Indicaciones de procedencia y denominación de productos agrícolas y alimentarios, y la ley 26.355 de Marcas Colectivas.

(23) La Denominación “Luján de Cuyo” desde el año 2005 (res. INV C.15/2005) y la Denominación “San Rafael” desde el año 2007 (res. INV C.31/2007).

instrucción de los sumarios correspondientes, incluyendo la facultad de proponer las sanciones o solicitar medidas cautelares ante los jueces competentes, entre otras. El art. 26 enumera las facultades que en la ley 22.802 se encontraban dispersas en dos disposiciones, los arts. 12 y 14, pero manteniendo la mayoría de ellas.

Los cambios más trascendentes pasan por consignar expresamente la posibilidad de establecer los requisitos que deben reunir los concursos, certámenes y sorteos y las promociones de productos y servicios (inc. c]). También en varios de los incisos se mejoró la redacción como es el caso de la facultad de verificar el cumplimiento de la obligación de exhibir o publicitar los precios (inc. j]) —anteriormente la norma indicaba “obligar a exhibir o publicitar precios”—, y también en cuanto a la facultad de realizar inspecciones (inc. m]).

Claramente, resulta novedosa la potestad de la autoridad de iniciar las investigaciones por actos de competencia desleal y, eventualmente sancionar tales conductas (inc. o]), en cuanto estos comportamientos no estaban tipificados previamente en nuestra legislación de lealtad comercial. Por su parte, se ha incorporado la potestad de practicar medidas preliminares (inc. p]) y de solicitar al juez competente medidas cautelares que deben ser resueltas en 24 horas (inc. s]).

En cuanto al comercio electrónico y las modalidades de operación comercial *online*, se ha incluido la facultad de la Secretaría de Comercio Interior de requerir al titular del canal de comercialización digital el retiro o la cancelación de publicidades y/o de ofertas de productos o servicios cuando se verifique el incumplimiento de las disposiciones del DNU (inc. t]), lo cual es consistente con la penetración de las nuevas tecnologías en las operaciones comerciales.

El DNU eliminó los incs. j) y k) del art. 26 de la ley 22.802 que se referían a la obligación de informar sobre las condiciones de la garantía de productos y servicios que se ofrecen al consumidor, así como las características del ofrecimiento de los servicios. La supresión tiene su justificación en el hecho de que la obligación de informar estos aspectos ya se encontraba prevista en las regulaciones de defensa del consumidor.

Por último, se incluyó en el inc. u) la facultad de requerir dictámenes no vinculantes sobre los hechos investigados a personas humanas o jurídicas para que brinden su opinión sobre una temática concreta de su especialización, como podría ser el Instituto Nacional de Tecnología Industrial.

El DNU mantiene el principio de concurrencia de competencias nacional-provincial, al disponer que los gobiernos provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires conservan el control y vigilancia de los hechos ocurridos en su jurisdicción, pero que deberán remitir las actuaciones a la autoridad nacional cuando la cuestión afecte el comercio interjurisdiccional. Sin embargo, el DNU incorpora la competencia exclusiva de la Secretaría de Comercio Interior para conocer en las causas y eventualmente sancionar actos de competencia desleal.

### **III.10. El procedimiento administrativo**

El procedimiento administrativo instaurado por el DNU ha sufrido cambios importantes con respecto al anterior régimen en tanto se propone una reglamentación mucho más exhaustiva y detallada. Sin pretender agotar el tratamiento de cada una de las modificaciones introducidas con respecto a la ley 22.802, destaco las siguientes:

- Se establece expresamente el carácter secreto de las actuaciones para personas ajenas a su trámite (24).
- El denunciante pasa a ser parte del procedimiento por lo que le permite tener una mayor intervención en el sumario (25). Anteriormente, presentada la denuncia, el denunciante quedaba apartado de la tramitación del procedimiento y las posibilidades de participar en este eran prácticamente nulas.
- Se prevé el uso de medios electrónicos para la tramitación del sumario (26). La res. 248/2019 de la Secretaría de Comercio Interior habilitó a tal efecto el uso de la plataforma de Trámites

(24) Art. 30, DNU.

(25) Art. 30, DNU.

(26) Art. 30, DNU.

a Distancia (TAD) del Sistema de Gestión Documental Electrónica (27).

- Se detallan los requisitos que debe presentar la denuncia para ser admitida por la Dirección de Lealtad Comercial(28), la cual debe luego ser ratificada o rectificada por el denunciante en el plazo de cinco días (29).

- Recepcionada la denuncia, la Dirección de Lealtad Comercial debe analizarla en el plazo de diez días y resolver su admisión o rechazo (30); en el primer caso deberá cursar traslado al denunciado por el plazo de diez días para luego resolver sobre la procedencia de la instrucción del sumario (31).

- Se prevé la posibilidad de que la Dirección de Lealtad Comercial dicte diligencias preliminares (declaración de testigos, constatación de la existencia de documento o el estado, calidad o condición de cosas o lugares, pedidos de informes o exhibición, resguardo o secuestro de documentos)(32) y solicite al juez competente el dictado de medidas cautelares (33).

- El plazo de la instrucción es de noventa días prorrogables cuando haya causa justificada (34).

- El nuevo régimen prevé un plazo para la producción de la prueba de sesenta días, prorrogable por igual período por única vez cuando haya causa justificada(35). Concluido el período probatorio, las partes podrán presentar, por su orden, sus alegatos sobre el mérito de la prueba dentro del plazo de cinco días. La autoridad cuenta con un plazo de treinta días contados desde el vencimiento del plazo para alegar y dictar resolución (36). Los plazos fueron extendidos considerando que el anterior

régimen preveía un período de prueba prorrogable de diez días de duración y un término de veinte días para dictar sentencia. Cabe tener en cuenta que dichos plazos en la generalidad de los sumarios no eran cumplidos en tanto la tramitación de los procedimientos en muchos casos duraban meses y/o años. Es esperable que, aun ahora con plazos más extensos, los tiempos de los procedimientos se acorten en pos de garantizar una resolución más eficiente de los conflictos derivados de infracciones al régimen de lealtad comercial.

- Se incorpora el recurso de aclaratoria, el cual es resuelto por la misma autoridad de aplicación y se describe la tramitación del recurso de apelación, el cual será decidido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y, cuando se establezca, la sala especializada en defensa de la competencia o ante la Cámara Federal que corresponda en el interior del país(37). La asignación de competencia a estas Cámaras resulta novedosa, en tanto conforme con el anterior régimen, debían entender en los recursos directos la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo o las Cámaras de Apelaciones competentes según el asunto de la autoridad que dictó la resolución.

- Se introdujo asimismo un régimen de prescripción de las acciones derivadas de infracciones al DNU.

En cuanto a las sanciones, el DNU no trajo grandes cambios al catálogo de penalidades que puede imponer la autoridad; se ha incluido el apercibimiento y para la graduación de las multas se toma en cuenta la unidad móvil como valor de medida pudiéndose aplicar un monto equivalente entre 1 y 10.000.000 de tales unidades (anteriormente el rango de multas podía oscilar entre pesos 500 y 5.000.000). Estas unidades móviles son una medida de valor anualmente actualizable según el Índice de Precios al Consumidor (IPC). En la actualidad, una unidad móvil equivale a pesos 26.40(38). Constituye una novedad la posibilidad de imponer la sanción administrativa de rectificación de pu-

(27) Sistema establecido por dec. 1063/2016.

(28) Art. 31, DNU.

(29) Art. 33, DNU. Conforme con el art. 32, todos los plazos se cuentan en días hábiles administrativos.

(30) Art. 35, DNU.

(31) Art. 37, DNU.

(32) Art. 44, DNU.

(33) Art. 45, DNU.

(34) Art. 39, DNU.

(35) Art. 39, DNU.

(36) Art. 41, DNU.

(37) Arts. 49 y 53 y ss., DNU.

(38) Conforme con la res. SCI 145/2019.

blicidades que puede ser aplicada sin perjuicio del cese del anuncio. Si el infractor no cumple con la obligación de difundir el aviso rectificatorio, puede ser pasible de una penalidad adicional del 50% de la multa originaria (39).

La reincidencia, que antes era castigada con una agravación de la multa duplicando los límites mínimos y máximos, encuentra ahora un tratamiento más desarrollado. Se prevé que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente pero en ningún caso la multa podrá exceder el límite máximo (40).

### **III.11. Las acciones judiciales**

Un aspecto muy importante que incorpora el DNU y que no estaba presente en la ley 22.802 es la posibilidad de accionar judicialmente por resarcimiento de daños y perjuicios derivados de actos de competencia desleal, sin perjuicio de poder obtener también el cese del acto o la prohibición del mismo u obtener el dictado de medidas cautelares. Cabe señalar que, si el damnificado optase por la vía administrativa, una vez iniciada esta caduca el derecho de poder entablar la acción judicial, salvo lo referido a la reparación de daños (41).

Entre los legitimados para entablar dicha acción, se incluyen: (i) toda persona que participe en el mercado cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados; (ii) las asociaciones, corporaciones profesionales o representantes de intereses económicos y (iii) las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor (42). Por su parte, legitimación pasiva se reconoce a las personas que hayan realizado u ordenado el acto de competencia desleal o hayan cooperado a su realización y, si el acto fue realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes, la acción deberá encausarse contra el principal (43).

No será necesario que el juez encuadre la acción en uno de los supuestos de lealtad comercial enumerados en el art. 10, sino que también podrá aplicar la cláusula general del art. 9º, para los supuestos no previstos en el art. 10.

El proceso se regirá por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el tribunal competente para entender en estas causas será la Justicia Nacional en lo Civil y Comercial Federal o la Justicia Federal que corresponda en el interior del país (44).

### **III.12. Prescripción de acciones**

El régimen de prescripción de las acciones por violaciones a la normativa de lealtad comercial ha cambiado significativamente. La ley 22.802 disponía en su art. 26(45) que el plazo de prescripción era de tres años, el cual se interrumpía por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de actuaciones administrativas o judiciales.

El DNU regula la prescripción dentro del capítulo sobre el procedimiento administrativo, lo cual no es del todo feliz, ya que debería haber sido tratado en un capítulo independiente, en cuanto sus disposiciones también son aplicables a las acciones judiciales. Sin perjuicio de esta observación metodológica, el DNU mantiene el plazo trienal para aquellas acciones que deriven de infracciones al régimen, término que comienza a correr desde que se cometió la infracción. Hasta ahí el texto reproduce la anterior regulación en la materia. El cambio se vislumbra en las siguientes previsiones. En primer lugar, se indica que en los casos de infracciones continuas, el plazo comenzará a correr desde el momento en que cesó la comisión de la conducta, solución análoga a la adoptada por los tribunales en casos de violaciones al régimen de propiedad industrial, en particular, del derecho marcario.

Por su parte, el DNU establece que, para la acción de resarcimiento de daños y perjuicios contemplada en la norma, el plazo de prescripción será de dos años desde que se cometió o cesó la infracción o el damnificado tome cono-

(39) Art. 57, DNU.

(40) Arts. 59 y 60, DNU.

(41) Art. 61, DNU.

(42) Art. 62, DNU.

(43) Art. 63, DNU.

(44) Art. 61, DNU.

(45) Texto conforme con la ley 26.993.

cimiento o pudiera ser razonable que tenga conocimiento del acto o conducta. Para los casos en los que mediara una decisión sancionatoria de la autoridad se fija en un año el término de prescripción para la acción de daños. En esta disposición vemos cierta incongruencia con el régimen general de responsabilidad del Código Civil y Comercial (46), el cual estableció la regla del plazo trienal para la prescripción de las acciones. Creemos que hubiese sido prudente mantener una consistencia en cuanto al plazo, considerando la naturaleza de la acción.

#### IV. Conclusiones

Más allá de las críticas que se puede formular al decreto, el panorama actual se vislumbra mejor que aquel previo a su sanción, en tanto el DNU ha dado solución a aspectos que esperaban largamente su inclusión en un texto normativo sistematizado y orgánico, como ser los institutos de competencia desleal y de publicidad comparativa.

Dicho ello, si bien es loable la incorporación de nuevos preceptos referidos a competencia desleal, considero que la tarea normativa debe continuar con el dictado de un ordenamiento integral y sistematizado referido, por ejemplo, al régimen informativo, especialmente la publicidad de productos y servicios. Actualmente, la normativa aplicable se encuentra dispersa en distintos textos legales y su tratamiento no es uniforme y lineal, lo que conduce a que la correcta aplicación de las normas no sea una tarea sencilla para los operadores de comercio y los distintos *stake holders*. Los esfuerzos deberían estar destinados en los próximos tiempos a establecer un cuerpo reglamentario más claro que tenga en cuenta los principios generales en materia de lealtad comercial en cuanto a la protección del consumidor y la garantía

de las prácticas competitivas lícitas, dignas y honradas. Una propuesta integradora no debe prescindir de la consideración de soluciones que apunten a la simplificación de formalidades en pos de la seguridad jurídica y el tráfico comercial.

Por otro lado, quedará por ver cómo opera la interacción entre esta norma con otros regímenes en los que existe una superposición; en particular, si la mentada complementariedad entre las distintas regulaciones, como ser entre la regulación de competencia desleal y defensa de la competencia o propiedad industrial, que se alega en los considerandos de la res. 248/2019 de la Secretaría de Comercio Interior efectivamente tendrá su recepción por las autoridades en las causas judiciales y sumarios administrativos que se generen en el futuro.

También resulta una incógnita la forma en la que los tribunales y autoridades aplicarán las nuevas disposiciones y resolverán los conflictos que se susciten como resultado de los institutos incorporados en el DNU, en especial los casos de competencia desleal. Al respecto, algunas voces han presagiado que este nuevo régimen traerá un potencial incremento de la litigiosidad entre las empresas (47). Lo cierto es que, en muchos aspectos, la recientemente sancionada normativa vino a dar claridad y certeza, p. ej., en el ámbito de la publicidad comparativa, por lo que entiendo que anticipar una mayor conflictividad parece, al menos hoy en día, un tanto prematuro.

Lo que nos deparará el futuro en esta apasionante materia es incierto; lo que sí es claro es que este decreto ha traído vientos de cambio largamente esperados.

(47) "Lealtad comercial: se vienen más juicios entre empresas". Nota de Dolores Oliveira publicada en *El Cronista*, 24/6/2019.

(46) Art. 2561, Cód. Civ. y Com.

# Análisis constitucional del Decreto de Necesidad y Urgencia 274/2019 (lealtad comercial)

---

SILVIA B. PALACIO DE CAEIRO (\*)

## I. Introducción

Las previsiones relativas a la defensa al consumidor concretizan las finalidades del art. 42 de la CN, protectorias de derechos con relación al consumo, en resguardo de la salud, seguridad, intereses económicos, información adecuada y veraz, libertad de elección y contratación, condiciones de trato equitativo y digno y lealtad comercial, entre otros aspectos relevantes.

La cláusula constitucional prevé en sus párrafos finales: “Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

El Poder Ejecutivo nacional dictó el 17 de abril de 2019 el decreto de necesidad y urgencia —DNU— 274/2019 de Lealtad Comercial, que entre otras disposiciones, pretende la derogación de la ley 22.802 y modificatorias (1), ordenadoras de relaciones comerciales que abarcan, entre otros aspectos, derechos del consumidor a una información exhaustiva y clara en los términos de la Ley de Defensa al Consumidor 24.240 y reformatorias.

Las normas del reglamento inciden en este régimen y se proyectan en reglas pertinentes del Código Civil y Comercial (arts. 1092 y ss.).

Igualmente lo hace respecto a la ley 26.993 y sus modificatorias que organiza el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC) para los reclamos de derechos individuales de consumidores o usuarios, que versen sobre conflictos en las relaciones de consumo (2).

En torno a esta regulación, el dec. 274/2019 incorpora el Sistema Electrónico de Resolución de Conflictos dentro del proceso de conciliación para dirimir reclamos individuales o plurindividuales homogéneos de consumidores y usuarios, y sustituye el artículo undécimo estableciendo la vía electrónica para la celebración y participa-

---

(\*) Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por Universidad Nacional de Córdoba. Jueza de Cámara Civil y Comercial. Autora, coautora y directora de obras y artículos doctrinarios. Profesora en maestrías, especializaciones y diplomaturas en universidades y escuelas de capacitación judicial.

---

(1) No obstante, se continuarán tramitando las causas que estuvieren abiertas bajo la ley 22.802 y sus modificatorias a la fecha de entrada en vigencia del decreto.

(2) Cuyo monto no exceda de un valor equivalente al de cincuenta y cinco (55) salarios mínimos, vitales y móviles.

ción en las audiencias, en las condiciones que establezca la reglamentación ulterior.

El marco protectorio de las condiciones de lealtad comercial derivado de la prescripción constitucional se inscribe en lo normado por ley 27.442 de Defensa de la Competencia, que prohíbe acuerdos y prácticas relacionadas con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto limite, restrinja, falsee o distorsione la competencia o el acceso al mercado. Asimismo, proscribire actos abusivos de posición dominante en mercados que resulten perjudiciales al interés económico general.

Rige en la materia el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, aprobado por leyes 17.011 y 22.195, cuyos arts. 10 bis y 10 ter establecen obligaciones con respecto a la regulación de la competencia desleal, mandando que los países signatarios se obliguen y comprometan a asegurar una protección eficaz y a reprimir actos en contradicción.

El propósito en la exposición de motivos del decreto 274/2019 es “simplificar la normativa sobre publicidad comercial e identificación de mercaderías, posibilitando el establecimiento de mecanismos que faciliten al comerciante el cumplimiento de las normas, y al consumidor el acceso a la información. (...) una mejora sustancial del procedimiento administrativo y su adaptación a los avances tecnológicos, y un marco jurídico moderno y eficiente, dentro de un marco de estabilidad e institucionalidad que otorgue certeza y previsibilidad. (...) la medida propiciada se enmarca en razones de estricto interés público, impulsando la creación de una herramienta institucional y moderna, a través de la cual el Gobierno Nacional posibilite, mediante la prohibición y sanción de actos y prácticas desleales, el desarrollo de un comercio justo y competitivo. (...) resulta necesario implementar modificaciones que promuevan la simplificación e informatización del sistema de conciliación previa en las relaciones de consumo (...) a través de la creación del Sistema Electrónico de Resolución de Conflictos, se busca profundizar el camino iniciado al incorporar herramientas como los formularios digitales para iniciar los reclamos y facilitar el acceso de los consumidores a los métodos de resolución de conflictos extrajudiciales. (...) las medidas hasta aquí descriptas deben ser tomadas en tiempo oportuno,

de modo que contribuyan eficazmente al ejercicio del derecho previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, así como al mejoramiento de las relaciones entre consumidores, usuarios y proveedores de bienes y servicios”.

Su objetivo: “asegurar la lealtad y transparencia en las relaciones comerciales y garantizar el acceso a información esencial sobre los productos y servicios comercializados en la República Argentina a través de canales físicos o digitales, en interés de todos los participantes del mercado. A los fines de este decreto, se entiende por ‘mercado’ al ámbito en el cual los oferentes y demandantes de un bien o servicio realizan una (1) o más transacciones comerciales” (art. 1º).

Se prevé que el reglamento es de orden público sin que las convenciones particulares puedan dejarlo sin efecto, no obstante, las partes en un proceso judicial podrán conciliar o encontrar otra forma de solución de conflictos que acordarán en audiencia ante el juez competente.

La preceptiva del decreto regula la competencia desleal, publicidad y promociones, información en el comercio, denominaciones de origen, autoridad de aplicación, procedimiento administrativo, recursos y sanciones, acciones judiciales y modificaciones relativas al servicio de defensa del consumidor.

## II. Marco constitucional de los DNU

La actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo nacional se manifiesta a través de distintos canales, conforme con el art. 99 de la CN que permite diferenciar: reglamentos de ejecución (art. 99, inc. 1º); reglamentos autónomos (art. 99, inc. 1º); reglamentos delegados (art. 76 CN); reglamentos de necesidad y urgencia —DNU— (art. 99, inc. 3º) (3).

Dentro del dinamismo descripto, los reglamentos delegados y los de necesidad y urgencia son los que presentan mayores reparos y controversias constitucionales para el sistema republicano de división de poderes de la Argentina, porque implican el ejercicio de funciones

(3) PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., *Constitución Nacional en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 865; “Bases para el control de constitucionalidad de la legislación delegante y delegada (art. 76 CN)”, LL 2001-F-1230.



legislativas que excepcionalmente son asumidas por la rama ejecutiva, siempre que se produzcan las condiciones legales y fácticas que las habiliten.

El marco constitucional de los DNU es diseñado por el art. 99 de la CN: “El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: (...) 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de los ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta Comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

La cláusula constitucional fue reglamentada en 2006 por la ley 26.122, “Régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes”, relativa a la organización, funcionamiento y atribuciones de la Comisión Bicameral(4),

(4) La Comisión Bicameral Permanente está integrada por dieciséis legisladores, ocho diputados y ocho senadores, respetando la proporción de representación política. En el plazo de diez días la Comisión Bicameral debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada cámara. Si el DNU no hubiese sido remitido la Comisión debe abocarse de oficio a su tratamiento. Aún en ausencia de dictamen de la Comisión, las Cámaras deben abocarse al

completados por reglamentos internos de las Cámaras de Senadores y Diputados nacionales.

Conjuga el art. 99, inc. 3º de la CN excepcionales facultades del Poder Ejecutivo nacional con atribuciones del Congreso de la Nación como cuerpo de control de los decretos de necesidad y urgencia. El contralor en sede parlamentaria se realiza mediante la intervención de la Comisión Bicameral Permanente, a la cual le corresponde establecer la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. Se trata del control político ejercido en órbita del Congreso Nacional.

Los DNU son instrumentos cuyo dictado es de carácter restrictivo conforme con el escenario constitucional. Ello dio motivo a puntualizaciones de la CSJN en casos donde se abordaron análisis de recaudos excepcionales y necesarios que autorizan su dictado (5).

Pueden citarse, entre otros: “Verrochi” (6), “Risolia de Ocampo” (7), “Cooperativa del Trabajo Fast Limitada” (8), “Leguizamón Romero” (9), “Consumidores Argentinos” (10), los cuales asentaron importantes criterios.

tratamiento del decreto de necesidad y urgencia y dictar su resolución. El rechazo o aprobación debe ser expreso; no se admiten enmiendas, agregados ni supresiones, sin perjuicio de las facultades de modificarlo mediante el trámite legislativo ordinario previsto por la Constitución Nacional. El rechazo debe ser por ambas Cámaras y corresponde su derogación, quedando a salvo los derechos adquiridos, siempre que no se haya ingresado en materia expresamente prohibida. Si el rechazo es por una sola de las Cámaras, mantiene su vigencia y se considera convalidado. Esta disposición ha sido severamente criticada por la doctrina por cuanto se sostiene que viola el sistema bicameral de aprobación y sanción de las leyes previsto específicamente en la Constitución Nacional.

(5) AVALOS, Eduardo, “El procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo federal”, en PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. (dir.), *Tratado de derecho federal y leyes especiales*, La Ley, Buenos Aires, 2013, t. II, p. 45.

(6) Fallos 322:1726.

(7) Fallos 323:1934.

(8) Fallos 326:3180.

(9) Fallos 327:5559.

(10) Fallos 333:633 (2010).

Señala con acierto la doctrina (11) que los requisitos establecidos por el art. 99, inc. 3º, interpretados por la jurisprudencia consisten:

1. Excepcionalidad de las circunstancias ponderadas

En el citado caso “Consumidores Argentinos”, la CSJN definió esta exigencia como la “imposibilidad de dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal”.

2. Estado de necesidad y urgencia

Se justifica este recaudo cuando se produce una situación que requiere solución legislativa urgente que debe ser afrontada inmediatamente y en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

En “Peralta” la CSJN lo definió: “la necesidad que justifica la excepcionalidad de la acción legislativa, que la Constitución confiere al Poder Ejecutivo, es la de preservar la vida misma de la Nación y el Estado” (12).

3. Transitoriedad derivada de las condiciones excepcionales señaladas

Este discernimiento indica que las medidas adoptadas en el reglamento de necesidad y urgencia, destinadas a reglar una particular situación, regirán por un lapso determinado y hasta que el Congreso Nacional pueda funcionar regularmente.

4. Materias excluidas

La imposibilidad jurídica de regular mediante DNU cuestiones en lo penal, tributario, electoral y de partidos políticos. La preceptiva

constitucional fulmina con nulidad las disposiciones de tal índole (13).

Se consideran excluidas, por prohibición implícita, aquellas materias que la Constitución Nacional exige que sean promovidas por una Cámara legislativa de origen, para la sanción de leyes particulares (convocatoria a consulta popular vinculante, reclutamiento de tropas, etcétera) (14).

**III. Control judicial de constitucionalidad de los DNU**

El control judicial de constitucionalidad de decretos de necesidad y urgencia presenta en el orbe jurisprudencial de los tribunales y de la CSJN diversas vías de análisis, según distintos enfoques que guían razonamientos de decisivos judiciales.

El primer eje radica en verificar las condiciones de su dictado a fin de comprobar que no se haya violado de modo manifiesto la prohibición emergente del art. 99 inc. 3º de la CN. Es decir, que no se hubiere ingresado en terreno vedado o en materias proscriptas (penal, tributaria, electoral y de partidos políticos).

En “Video Club Dreams” (15), con base en el principio de legalidad en el campo tributario, la CSJN fijó los alcances y atribuciones que posee el presidente de la Nación en materia legislativa. Al verificarse el uso indebido de facultades por parte del Ejecutivo se invalidaron los decretos de necesidad y urgencia 2736/1991 y 949/1992 que extendían el hecho imponible del impuesto a la venta o locación de videogramas.

La decisión se adoptó en consideración a que se estaba frente a una cuestión judicial o caso contencioso, siendo el control de constitucionalidad la principal misión de la CSJN cuando se enjuicia una manifiesta ilegalidad, en res-

(11) DIEGUES, Jorge A., “Decretos de necesidad y urgencia”, LL del 15/5/2012, p. 1.

(12) Fallos 313:1513 (1990).

(13) La ley 26.122 en su art. 24 utiliza el vocablo “derogación” si la decisión legislativa las rechaza.

(14) DIEGUES, Jorge A., “Decretos de necesidad y urgencia”, cit.

(15) Fallos 318:1154. Ídem, Fallos 319:3400; 316:2329; 321:366; 323:3770; 323:3770; 326:4251, entre otros.

guardo del principio de legalidad aplicado de manera estricta.

Otro de los ejes que guía el control de constitucionalidad sobre los DNU, consiste en confirmar si las explicaciones extendidas en la exposición de motivos del reglamento o la realidad jurídica-política subyacente, justifican una regulación excepcional que acredite la imposibilidad de convocar a las Cámaras del Congreso para sesionar y legislar (16), siempre que la temática no integre tópicos prohibidos.

Este análisis lleva a ponderar las razones y el contenido de los DNU a fin de establecer si resultan justificadas concretas situaciones de necesidad y urgencia según circunstancias contemporáneas o que han precedido su dictado (17).

Se trata de verificar que dichos motivos no resulten dogmáticos o insuficientes para justificar la imposibilidad de ejercicio de la función legislativa por el Congreso de la Nación.

El art. 99, inc. 3º es elocuente respecto a que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales.

La habilitación del control judicial se puso de manifiesto, entre otros, en los casos “Della Bianca” (18), “Verrocchi” (19), “Risolia de Ocampo c.

Rojas” (20), “Consumidores Argentinos” (21), “Aceval Pollacchi” (22).

En “Consumidores Argentinos” se declaró la invalidez constitucional del dec. 558/2002 que modificaba la ley 20.091 de seguros, señalándose las severas limitaciones del Poder Ejecutivo, que no habilitan elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto.

La CSJN refiriéndose a la obra de la Convención reformadora de 1994, señaló que “pretendió atenuar el sistema presidencialista, fortaleciendo el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial, de manera que es ese el espíritu que debe guiar a los tribunales de justicia tanto al determinar los alcances que corresponde asignar a las provisiones del art. 99, inc. 3º, de la Constitución Nacional, como al revisar su efectivo cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo Nacional en ocasión de dictar un decreto de necesidad y urgencia”.

Se afirmó que “el principio que organiza el funcionamiento del estatuto del poder es la división de funciones y el control recíproco, esquema que no ha sido modificado por la

---

(20) Fallos 323:1934. Se declaró la invalidez constitucional del dec. 260/1997. En “Risolia de Ocampo”, una empresa de transporte de pasajeros, condenada al pago de una indemnización con motivo del accidente padecido por una niña atropellada por un colectivo, solicitó la suspensión del trámite de ejecución de sentencias invocando el dec. 260/1997 que declaró en estado de emergencia a tales empresas y a sus aseguradoras.

(21) Fallos 333:633. Una asociación para la defensa, educación e información del consumidor promovió acción de amparo contra el Poder Ejecutivo nacional, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 558/2002, en cuanto modifica en forma sustancial la ley 20.091 de entidades de seguros y su control. El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda, sentencia que fue confirmada por el tribunal de alzada. Contra esa decisión, el demandado dedujo recurso extraordinario. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia recurrida.

(22) Fallos 334:799. En este caso se analizó la validez de los decretos de necesidad y urgencia 264/2002 y 883/2002 que extendieron la duplicación indemnizatoria a otros rubros derivados del despido y prorrogaron la veda al distracto dispuesta en la ley 25.561, confirmando el criterio del tribunal de alzada que convalidó la constitucionalidad de los reglamentos.

---

(16) BALBÍN, Carlos F., “Los decretos reglamentarios y de necesidad y urgencia”, en SABSAY, Daniel A. (dir.), MANILI, Pablo (coord.), *Constitución de la Nación Argentina*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, t. 4, ps. 162 y ss.

(17) GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 619.

(18) Fallos 321:3123. El voto mayoritario descalificó la validez constitucional del dec. 1477/1989 que asignaba carácter no remunerativo a los tickets canasta.

(19) Fallos 322:1726. Contra la sentencia de la Cámara Laboral que declaró la inconstitucionalidad de los decs. 770/1996 y 771/1996 el Fisco nacional deduce recurso extraordinario. La Corte declara admisible el remedio y confirma la sentencia. La opinión mayoritaria se refirió al contenido del decreto de necesidad y urgencia 770/1996 y su reglamentación en materia de asignaciones familiares.

reforma constitucional de 1994, y, así, tiene el Congreso Nacional la función legislativa, el Poder Ejecutivo dispone del reglamento y el Poder Judicial dicta sentencias, con la eminente atribución de ejercer el control de constitucionalidad de las normas jurídicas, por lo que no puede sostenerse, en modo alguno, que el Poder Ejecutivo puede sustituir libremente la actividad del Congreso o que no se halla sujeto al control judicial. (...) La previsión en el art. 99, inc. 3º del texto constitucional de pautas susceptibles de ser determinadas y precisadas en cada caso concreto autoriza al Poder Judicial a verificar la compatibilidad entre los decretos dictados por el Poder Ejecutivo y la Constitución Nacional, sin que ello signifique efectuar una valoración que reemplace a aquella que corresponde al órgano que es el competente en la materia o invada facultades propias de otras autoridades de la Nación”.

Por ello, es atribución del Poder Judicial evaluar en el caso concreto el presupuesto fáctico y jurídico que justifica instrumentos tan excepcionales.

#### **IV. Objeciones constitucionales al DNU 274/2019**

El contexto en el cual fue dictado el dec. 274/2019, su contenido material sustantivo y las modificaciones y aboliciones legislativas que propicia, resultan materia de examen constitucional para establecer si se adecua a las previsiones del art. 99, inc. 3º citado.

Teniéndose en cuenta la preceptiva del art. 99, inc. 3º de la CN, la primera objeción referida a la validez constitucional del decreto de necesidad y urgencia 274/2019, consiste en que no se hallan mencionados ni desarrollados los motivos fácticos o jurídicos que justifican su excepcional dictado en abril de 2019 en pleno período de sesiones ordinarias del Congreso de la Nación.

No se han explicitados con claridad ni se advierten razones de particular urgencia como tampoco cuáles son las circunstancias que imposibilitan seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.

El contenido material del dec. 274/2019 es descalificable desde la mirada constitucional en cuanto establece disposiciones de tipo puni-

tivo como apercibimientos; sanciones pecuniarias; suspensión del Registro Nacional de Proveedores del Estado; pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales; clausura de establecimientos; reincidencia, entre otros dispositivos disciplinarios (arts. 57-60).

Asimismo, es cuestionable la pretendida modificación legislativa de la ley 26.993 “Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo”, mediante los arts. 69 a 71 que incorporan normas y sustituyen disposiciones.

Diversos preceptos del mencionado reglamento afectan normativa de defensa al consumidor, ley 24.240 y modificatorias y las relaciones de consumo regladas en los arts. 1092 y ss. del Código Civil y Comercial, pues los arts. 61 a 66 establecen acciones judiciales específicas y procedimientos particulares contra actos de competencia desleal y publicidad prohibida que puedan perjudicar a usuarios y consumidores.

A tenor del inc. 3º del art. 99 referido y a criterio de la CSJN plasmado en los precedentes citados, el Poder Ejecutivo nacional no está autorizado para incorporar modificaciones legislativas a través de reglamentos de necesidad y urgencia.

Menos aún lo está para abolir leyes sancionadas por el Congreso de la Nación como intenta el art. 72 del dec. 274/2019, que prescribe la derogación de la Ley de Lealtad Comercial 22.802 y modificatorias; tampoco la ordenación de ulteriores reglamentaciones (arts. 73 y 75).

#### **V. Conclusión**

El dec. 274/2019 intenta superar situaciones injustas e irregulares que afectan a usuarios y consumidores en sus relaciones comerciales donde deben presidir principios de lealtad comercial y buena fe, asimismo problemáticas que distorsionan la competencia o el acceso al mercado, pero las objeciones formales y sustanciales son demasiados evidentes y notorias.

Esto justifica su descalificación por no evidenciarse condiciones sociales ni políticas de necesidad, crisis, urgencia o excepcionalidad

para sustituir el trámite parlamentario ordinario, y constatarse que el contenido material altera el normal procedimiento de formación, sanción, promulgación, reformas, modificaciones y aboliciones de leyes.

En definitiva, el contenido material al equiparar sus disposiciones a previsiones que deben ser regladas por leyes del Parlamento no logra adecuación constitucional.

Aun cuando pueda deducirse que a través del reglamento de necesidad y urgencia 274/2019 —Lealtad Comercial— el Poder Ejecutivo nacional intenta suplir la escasa producción legislativa del Congreso Nacional —pública y notoria en períodos recientes—, tal situación no resulta justificativo válido para convalidarlo.

La solución corre por otros canales institucionales que habilita el sistema democrático.



# Ejes del nuevo ordenamiento sobre Lealtad Comercial

---

FRANCISCO JUNYENT BAS (\*)

## I. Introducción

### 1.1. El nuevo Régimen de Lealtad Comercial

Desde el mes de abril, rige en el país el DNU 274/2019, mediante el cual el Poder Ejecutivo derogó la ley 22.802 de Lealtad Comercial y reformuló el régimen contenido en aquella ley con: a) “la finalidad de asegurar la lealtad y transparencia en las relaciones comerciales” y b) “garantizar el acceso a información esencial sobre los productos y servicios que se comercializan en nuestro país”.

En sus consideraciones, la autoridad nacional recuerda que el Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial aprobado por ley 22.195 contiene normas específicas sobre la competencia desleal, disponiendo que los países signatarios se obligan a asegurar una protección eficaz contra aquella y, en consecuencia, la regulación de la competencia desleal, tendiente a controlar conductas en el mercado, requiere de una adecuada sistematización.

En sus consideraciones, la autoridad nacional recuerda que el Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial aprobado por ley 22.195 contiene normas específicas sobre la competencia desleal, disponiendo que los países signatarios se obligan a asegurar una protección eficaz contra aquella y, en consecuencia, la regulación de la competencia desleal, tendiente a controlar conductas en el mercado, requiere de una adecuada sistematización.

En esta línea, en los fundamentos del decreto, se señala que se propicia simplificar la normativa sobre publicidad comercial e identificación de las mercaderías, posibilitando el establecimiento de mecanismos que faciliten al comerciante el cumplimiento de las normas y al consumidor el acceso a la información.

En nuestro país, el vacío legal sobre la competencia desleal era evidente, en atención a la insuficiencia de la ley 22.802, que solo le dedicaba el art. 9º en un esquema sumamente escueto.

Por el contrario, en Latinoamérica podemos citar, entre otras, la ley 256 de Competencia Desleal de Colombia de 1996, la ley 20.169 de Chile de 2007, el decreto legislativo 1044 de Competencia Desleal de Perú de 2008 y la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado del 13/10/2011 del Ecuador.

---

(\*) Doctor Honoris Causa de la Universidad San Pablo Tucumán. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la UNC con tesis sobresaliente. Profesor Titular Plenario de Derecho Concursal en la UNC. Profesor encargado de la materia Derecho del Consumo en la UNC. Profesor de posgrado de diversas universidades del país. Premio Academia Nacional de Derecho de Córdoba 1998. Miembro de la Comisión Reformadora de la ley 24.522 de Concursos y Quiebras en materia de sobreendeudamiento del consumidor y microempresa, por resolución del Ministerio de Justicia de la Nación de fecha 22/5/2015. Autor de 25 libros. Autor de más de 500 artículos en diversas revistas especializadas. Disertante en más de 350 conferencias en diversas universidades e instituciones jurídicas. Exjuez Concursal de la Ciudad de Córdoba. Exfiscal de Cámara Civil y Comercial de

---

la ciudad de Córdoba. Exdirector del Instituto de Estudios de la Magistratura de la Asociación de Magistrados de la Provincia de Córdoba. Exdirector del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho UNC. Director del Semanario Jurídico de Comercio y Justicia. Investigador Categoría 1 por la CONEAU en el ámbito universitario.

Por su parte, en Europa las normas más avanzadas sobre la temática son: la ley 3/1991 de Competencia Desleal de España (modificada por ley 29 del 2009), la Ley Federal de Competencia Desleal de Suiza de 1986 y la Ley de Competencia Desleal de Alemania de 2004 (1).

Hasta ahora, el operador jurídico argentino, es decir el empresario y/o el consumidor, debía realizar un notable esfuerzo para articular en el sistema algunas normas aisladas que le permitieran ejercitar algún nivel mínimo de defensa contra la competencia desleal.

Así, además de la hoy derogada ley 22.802, el Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com.) contiene herramientas y directivas relevantes: v.gr., arts. 9º, principio de buena fe; 10, abuso de derecho; 11, abuso de posición dominante; 240, límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes colectivos, y 279, objeto lícito de los actos jurídicos.

En esta línea, cabe ponderar el art. 1100 que regla la información y publicidad dirigida a los consumidores y especialmente el art. 1101 que “prohíbe toda publicidad engañosa o comparativa” que pueda aparejar como consecuencia “una falta de comprensión sobre la identidad o característica del producto o servicio que se ofrece en el mercado”.

Esta normativa se integra con el art. 1102 tendiente a legitimar a los consumidores para solicitar al juez la cesación de la publicidad ilícita, pero que, bien leído, comprendía también a los empresarios a quienes podía afectar ese tipo de competencia desleal, *por lo que el Código Civil y Comercial de la Nación contiene un primer nivel de respuesta a la competencia desleal tanto desde el ámbito “objetivo” como “subjetivo”*.

Así, desde la perspectiva objetiva, los proveedores están obligados a suministrar en forma cierta y detallada todo lo relativo a las características esenciales de bienes y servicios, como así también sus condiciones de comercialización.

Va de suyo que, aunque no se diga expresamente, esta pauta o directriz central, si se lee juntamente con el art. 1101 que prohíbe la publicidad engañosa o comparativa, no solo tutela objetivamente al consumidor, sino también a los empresarios y/o comerciantes que pueden verse afectados por ese tipo de conductas.

Por otra parte, el esquema patrio se integra con las leyes 22.362 de Marcas y Designaciones, 27.442 de Defensa de la Competencia (2), 24.766 de Confidencialidad y 11.723 de Propiedad Intelectual.

De tal modo, el nuevo régimen viene a llenar un vacío en torno a la regulación del mercado y, específicamente, en materia de competencia desleal, publicidad y promociones por parte de los operadores del mercado.

En consecuencia, el nuevo decreto puntualiza que la normativa se enmarca en razones de estricto *interés público*, impulsando el desarrollo de un comercio justo y competitivo, sin perjuicio de aclarar que el nuevo ordenamiento no alcanza a las cuestiones de defensa de la competencia, regladas en la ley 27.442.

En esta línea, señala que se debe cumplir con la manda contenida en el art. 42 de la Carta Magna, que tutela los derechos de los consumidores y que obliga a las autoridades a proveer las medidas necesarias para que ella se efective, todo lo cual justifica el dictado de la nueva normativa.

En síntesis, la nueva norma es un decreto de necesidad de urgencia, que requiere del control de la Comisión Bicameral del Congreso, de conformidad con los arts. 82, 99, incs. 1º, 2º y 3º de la CN.

## ***1.2. Una necesaria reflexión***

La primera reflexión que cabe realizar es que un tema de derecho sustantivo, como la regulación de la lealtad comercial, debiera haberse regulado en el Congreso de la Nación y no mediante un decreto de necesidad de urgencia, al que se le pueden realizar una serie de observa-

(1) NAZAR ANCHORENA, Marcos F. L., “Propuestas de reforma a la ley 22.802 de Lealtad Comercial. Hacia una regulación integral de la competencia desleal”, LL del 8/4/2019, p. 1.

(2) TREVISÁN, Pablo - DEL PINO, Miguel - CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro (dirs.), *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*, supl. La Ley, edición especial, Buenos Aires, 2018.



ciones de índole constitucional, máxime en un país que requiere con urgencia el respeto de la Carta Magna y el ejemplo de la dirigencia en este sentido, sin perjuicio de que el art. 76 ordene dar cuenta a la Comisión Bicameral del Congreso.

En esta línea, no cabe duda alguna de que la ley debe aplicarse en todo el país, y se advierte con cierta perplejidad el mantenimiento de un “centralismo” que afecta las facultades de las provincias al establecerse que en caso de conflicto jurisdiccional será competente la justicia federal, pese a que la conducta pueda haberse concretado en el interior y, consecuentemente, haber sido denunciada ante una autoridad local.

En esta inteligencia, existe cierta contradicción del nuevo decreto cuando el art. 27 establece que son atribuciones de los gobiernos provinciales y de la CABA el control y vigilancia de los títulos II y III del presente decreto, es decir tanto de la competencia desleal como de la información en el comercio, todo lo cual exige que las provincias designen la autoridad de aplicación pertinente.

Sin embargo, a renglón seguido se advierte que, cuando se regula el proceso administrativo en el título IV y el régimen de sanciones y de control judicial, todo queda “en manos” nacionales y/o federales, apartándose de la correcta integración del ordenamiento jurídico que mandan los arts. 1º a 3º del Cód. Civ. y Com.

Va de suyo que puede decirse que estamos ante una “ley especial”, pero esto no es cierto, ya que la competencia desleal y la publicidad engañosa y comparativa son materias sustantivas, de conformidad con los arts. 1100 a 1102 del Cód. Civ. y Com.

Esto plantea una problemática que puede llegar a afectar el correcto funcionamiento del nuevo esquema legal, pese a las buenas intenciones del “legislador”.

De todas formas, en virtud de la relevancia de la regulación que se convierte en el nuevo Régimen de Lealtad Comercial, resulta conveniente un análisis de los principales aspectos.

## II. Título preliminar

### II.1. Metodología y objeto de la nueva normativa

El decreto consta de un título preliminar donde se define el objeto de la nueva regulación y de otros ocho títulos que contienen las disposiciones generales; de la Publicidad y promociones; de la Información en el Comercio; Autoridad de aplicación, Procedimiento administrativo, recursos y sanciones; Disposiciones comunes; Defensa del consumidor y Disposiciones finales, los que, a su vez, se subdividen en capítulos.

El título preliminar explica, tal como dijimos *supra*, que la nueva regulación tiende a asegurar: a) la “lealtad y transparencia” en las relaciones comerciales y b) garantizar el acceso a “información esencial” sobre los productos comercializados en la República Argentina, de todos los participantes del mercado.

A esos fines, se define el “mercado” como “el ámbito en el cual los oferentes y demandantes de un bien o servicio realizan una o más transacciones comerciales”.

El mercado, entonces, no es una manifestación abstracta, sino que, por el contrario, tiene una delimitación concreta, pues es el ámbito en el cual se realizan las aludidas transacciones (3) y de allí que tiene como beneficiarios tanto a los empresarios que “concurren” con sus productos o servicios al mercado, como también a los consumidores tutelados por la información adecuada, cierta y detallada de aquellos.

Dicho derechamente, al igual que la relación de consumo, marco en el cual se suscita el vínculo consumidor-proveedor, la conceptualización de “mercado” según este decreto implica el ámbito de las circunstancias de tiempo, lugar y modo, donde se concreta el ofrecimiento de los productos y servicios para su comercialización.

Por ello, cada transacción opera dentro del mercado y, consecuentemente, cada vínculo jurídico de compraventa de bienes o servicios, aun en el marco de relaciones de consumo, será

(3) LOWENROSEN, Flavio I., “Una nueva norma en materia regulatoria de consumo - El decreto 274/2019”, en El Dial, 3/5/2019.

alcanzado por esta norma, en la medida que, para este último caso, ella resulte más beneficiosa para los consumidores, ello en virtud de la aplicación del “principio de norma más favorable al consumidor” de acuerdo con lo establecido en los arts. 3º de la ley 24.240 y 1094 y 1095 del Cód. Civ. y Com.

Cabe afirmar, entonces, que esta ley se incorpora como parte del Estatuto del Consumidor y, consecuentemente, puede ser aplicada por la autoridad de aplicación de la ley 24.240, es decir, por las Direcciones de Defensa del Consumidor, evitando de esta forma una dualidad o duplicación burocrática innecesaria del Estado, sea nacional o provincial.

La afirmación precedente se confirma si se advierte que ya la ley 22.802 perseguía la tutela de los propios comerciantes en sus relaciones de concurrencia pero, a la vez, también protegía al consumidor mediante la información e identificación de la mercadería y la publicidad de bienes y servicios(4). La jurisprudencia(5) es uniforme en el sentido de que la Ley de Lealtad Comercial persigue evitar que los consumidores sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de mercadería, protegiéndose de este modo el derecho de aquellos a una información adecuada y veraz con relación al consumo; en una palabra, el bien jurídico protegido por la ley de lealtad comercial, léase ahora DNU 274/2019, abarca los derechos de los consumidores y de los competidores tutelando la libertad pero con transparencia y debida información en el mercado.

Se visualizan así los intereses tutelados en la nueva regulación.

## ***II.2. Algunas breves consideraciones sobre la regulación de la información en el mercado y la lealtad comercial***

Desde esta perspectiva, Aída Kemelmajer de Carlucci(6) se pregunta si debe la norma jurí-

(4) STIGLITZ, Gabriel, “La protección del consumidor y las prácticas abusivas”, DJ 1992-I-738.

(5) CNPenal Económico, sala B, 26/2/1997, ED 174-323; sala A, 23/12/1998, “Walt Mart Argentina SA”, JA 1999-III-312, entre muchos otros.

(6) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Derecho de los Consumidores y Derecho de la Libre competencia, doc-

dica interferir en el mercado o este se rige solo por reglas económicas, y responde señalando que muchos factores contribuyen a desequilibrar o debilitar la fuerza negociadora, p. ej.: la desigualdad de las partes, su aislamiento, el alejamiento de centros de información, las diferencias entre los productos, las variables en los costos de producción, la no atomización de los mercados, la concentración de la oferta en manos de algunos vendedores que, incluso, realizan acuerdos entre ellos, etc. Por eso se dice que un mercado de concurrencia perfecta es una hipótesis ideal, inexistente en el mundo y de allí la necesidad de su regulación.

En esta línea, la libertad económica absoluta o ilimitada favorece la monopolización y “cartelización” del mercado y, consecuentemente, lleva al suicidio de la competencia libre y legal.

La realidad muestra que, en la moderna sociedad de consumo, el mercado incluye la actuación conjunta de elementos competitivos y elementos monopolísticos. De allí que los grandes estadistas se han movido siempre en las aguas del equilibrio.

En nuestro país, Bidart Campos(7) expresó que el orden y la justicia no surgen espontánea y automáticamente de un sistema mecánico de libre concurrencia absoluta, pero sí, en el art. 14 de la Carta Magna, se encuentra implícito el presupuesto de la existencia de un mercado con suficiente libertad y, por ende, la competencia es una manifestación del derecho de trabajar y, consecuentemente, cabe asegurar la iniciativa empresarial pero, también, buscar la descentralización del poder económico, la eliminación de la corrupción y la libertad de empresa, tales los fundamentos de la Sherman Act(8), para citar el caso de los Estados Unidos.

trina esencial”, Comunicación efectuada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, sesión del 28 de septiembre de 2000, publicado en la Academia Nacional de Derecho del 1/1/2000, p. 261. LL Online: AR/DOC/10932/2003.

(7) BIDART CAMPOS, Germán, “La Economía y la Constitución de 1853-1860”, ED 117-755.

(8) FASQUELLE, Daniel, “Droit américain et droit communautaire de ententes. Étude de la règle de raison”, nro. 22, Joly, París, 1993, p. 24; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Derecho de los Consumidores...”, cit., p. 261.

En palabras de la autora rosarina Noemí L. Nicolau (9), el mercado y el consumo son dos pilares de la economía capitalista que sostienen el desarrollo, por lo que el mundo político les presta especial atención, mientras que el mundo jurídico debe encontrar mecanismos eficaces para mantener el equilibrio que beneficie a toda la población, sobre todo a la más vulnerable.

Así, la finalidad de propiciar el consumo requiere de un complejo proceso social, conjunción de comunicación, información, y publicidad, que asegure la lealtad en las prácticas comerciales y evite consecuentemente la competencia desleal y la deformación del mercado, tutelando tanto a los empresarios como a los consumidores.

La tutela de la información y de la publicidad en el mercado son los pilares en que se basa una concurrencia “leal” de los empresarios y proveedores y viabiliza la identificación de los productos para la adecuada comprensión y elección por parte de los consumidores.

Va de suyo que el intento de conceptualización del mercado en el decreto 274/2019 queda a “mitad de camino”, por su generalización, aunque cabe admitir que no es sencillo caracterizarlo en pocas líneas; pese a ello, al menos se debió puntualizar qué etapas comprende, v.gr., producción, fabricación, distribución y comercialización.

De esta forma, resulta claro que en el mercado se producen y/o fabrican bienes, los cuales después requieren un sistema de distribución mediante redes contractuales y, por último, la “comercialización con destino final” a los consumidores.

En una palabra, en el mercado actúan una serie de agentes, empresarios de diverso nivel, y aun el mismo Estado, para lograr que los bienes y servicios lleguen al consumidor y de allí la importancia de que dicho ámbito se maneje con transparencia e información, asegurando así el

derecho de todos los intervinientes, tal como lo proclama el nuevo régimen.

### ***II.3. Una tutela imperativa en razón del orden público de las pautas que regulan la competencia desleal y la publicidad e información en el mercado***

En esta línea, el título preliminar declara de “orden público” a la normativa sancionada, estipulando que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto sus previsiones; en una palabra, estamos frente a “normas imperativas”, es decir, indisponibles para las partes y aun para las autoridades que deben aplicarlas.

El nuevo régimen deja a salvo la alternativa de que las partes de un proceso judicial pueden conciliar o encontrar una forma de solución en audiencia que convoque el juez al efecto, flexibilizando de alguna manera la imperatividad del esquema normativo, en pos de una solución que sea equitativa y, consecuentemente, pueda ser homologada por el órgano jurisdiccional.

Asimismo, este título preliminar establece la vigencia de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, lo cual solo aplica en el ámbito nacional, pero no en las provincias, pues estas deben definir su autoridad de aplicación y, a partir de allí, regirá indudablemente la ley de procedimiento administrativo local, por imperio de las facultades que le son propias, art. 121 de la Carta Magna.

Este es un punto clave, pues atento al sistema de competencias no delegadas, el nuevo régimen es de aplicación en todo el país y, en cada provincia, cada Legislatura local deberá definir la autoridad de aplicación y el régimen aplicable, lo que en atención a los intereses en juego parece corresponder a las oficinas responsables de la defensa de los consumidores.

Desde otro costado, cabe aclarar que el propio art. 67 señala que el proceso establecido en la presente ley no resulta alcanzado por la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, excepto lo previsto en el art. 3º, lo cual implica una verdadera contradicción, cuyo alcance no llega a comprenderse, todo lo cual demuestra que solo puede aplicarse la Ley de Procedimiento Administrativo nacional en forma supletoria.

---

(9) NICOLAU, Noemí L., investigadora del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, “La influencia del marketing y la publicidad en las relaciones de consumo”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I.

### III. De la competencia desleal

#### III.1. La caracterización del mercado desde el aspecto objetivo y subjetivo

Desde esta perspectiva, el título I se subdivide a su vez en dos capítulos, que regulan qué debe entenderse por “competencia desleal” y “publicidad engañosa”, a los fines de prohibir dicho tipo de conductas y establecer el procedimiento para su determinación y la sanción que corresponda.

Así, el art. 4º al definir el “ámbito objetivo” de la nueva ley sostiene que la normativa será de aplicación “a cualquier acto de competencia desleal, realizado antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que este llegue a celebrarse”. A su vez, establece la prohibición de los actos de competencia desleal prohibidos en el título primero, lo que nos conduce a coordinar esta norma con los arts. 8º, 9º y 10 del DNU que establecen los criterios para definir la competencia desleal y, consecuentemente, prohibir dichas conductas, siguiendo en esto los parámetros de la ley española.

En esta inteligencia, el precepto citado expresa que “la finalidad competitiva del acto se presume cuando éste resulte objetivamente idóneo para obtener, mantener o incrementar la posición competitiva en el mercado de quien lo realiza o de un tercero”.

En una palabra, el ámbito objetivo de la nueva ley se integra fundamentalmente con la regulación pautada en el título I relativo a la competencia desleal y su tipificación en el capítulo II, arts. 8º, 9º y 10, como así también la prohibición de la publicidad engañosa contenida en el título II, arts. 11, 12, 13, 14 y 15.

Desde la perspectiva “subjetiva” el decreto dispone que se aplique “a todas las personas humanas o jurídicas, de carácter público o privado, con o sin fines de lucro, que participen en el mercado y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos, puedan producir efectos en el mercado nacional”.

Del mencionado precepto se deriva que la directriz central es que subjetivamente alcanza

a todas las personas humanas o jurídicas, cualquiera sea su ropaje, de carácter público o privado, en tanto “participen en el mercado” y sus actividades “produzcan efectos en el mercado nacional”.

En ambos casos, tanto el art. 4º como el art. 5º disponen que la normativa será de aplicación a cualquier “acto de competencia” realizado “antes, durante o después de una operación comercial o contrato”, independientemente de que este llegue a celebrarse.

En una palabra, el esquema legal, con buen criterio, dispone que “la transparencia del mercado” y, consecuentemente, “la prohibición de la competencia desleal” y “de la publicidad competitiva y/o engañosa” operan durante todo el proceso de producción, distribución y comercialización o, como lo dice el nuevo articulado, “antes, durante o después de una operación comercial”.

En esta misma línea de pensamiento, el art. 6º establece que para determinar la “naturaleza” del acto de competencia desleal se atenderá al principio de “primacía de realidad”, es decir a las situaciones, relaciones y efectos económicos que pueda producir aquel y no meramente al esquema normativo o formal en que se encuadre la operación comercial.

Por otra parte, se dispone que queden exceptuados de la presente regulación los actos alcanzados por la ley 27.442 de Defensa de la Competencia, atento a que estos tienen su propio régimen de determinación y eventual esquema de sanciones.

#### III.2. Los actos de competencia desleal y la publicidad engañosa

##### III.2.1. Las directrices centrales de los arts. 8º y 9º

A partir del capítulo II la nueva legislación en el art. 8º establece como eje central y general que “están prohibidos los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten, el medio a través del cual se realicen y el mercado en el que tengan lugar”.

Asimismo, puntualiza que “no será necesario acreditar la generación de un daño, pudiendo éste ser actual o potencial”.

Por su parte, el art. 9º reitera una norma o cláusula general expresando que “constituye un acto de competencia desleal toda acción y omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo”.

En el derecho comparado se aprecian distintos modelos de técnica legislativa para regular el fenómeno (10), tal como explica Lowenrosen.

En un primer esquema no se utiliza una conceptualización en una cláusula general. Así, p. ej., el art. 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia de Venezuela. Algo similar sucede con la *Uniform Deceptive Trade Practices Act*, que, luego de enumerar los actos de comercio engañosos, se limita a adicionar como cláusula residual “y cualquier conducta que genere probabilidad de confusión o engaño”.

Un modelo diferente deviene de efectuar una enumeración casuística, y en alguno de los apartados de dicho detalle se recoge una suerte de supuesto general. Es el caso del inc. 3º del art. 2598 del Cód. Civil italiano.

Un tercer régimen es aquel donde se realiza una referencia general, previa a la enumeración de supuestos, tal como lo hacía la derogada ley alemana (art. 1º).

Por el contrario, la actual ley alemana (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, UWG) de 3/7/2004 conceptualiza el acto de competencia desleal. Así, en el art. 2º.1 se delinea el acto comercial, y en el art. 3º.1 se conceptualizan con mayor detalle los actos prohibidos, luego de lo cual enuncia los actos desleales, art. 4º, y engañosos, art. 5º. En esta misma línea se encuentran las Leyes de Competencia Desleal española y suiza, tal como lo explica Lowenrosen (11).

En rigor, el esquema normativo argentino contiene una directriz general que prohíbe la

competencia desleal y la publicidad engañosa, pero luego trae un régimen de actos prohibidos, que por ser conductas comerciales tienen evidente flexibilidad, pero que permiten una mejor individualización de aquellas.

El régimen del nuevo decreto requiere distinguir las conductas anticompetitivas y la concurrencia desleal. Así, aparece que la competencia no es un fin en sí mismo, pero resulta evidente que gracias a ella se realiza el progreso y el mejoramiento de la calidad de los productos y la concurrencia del mercado, aspectos estos tutelados por la ley 27.442 de Defensa de la Competencia.

Ahora bien, los actos competitivos y de concurrencia desleal tienden a restringir la independencia entre las partes que participan en un mercado de forma que conducen a limitar las opciones, tanto de los empresarios, como de los consumidores, de manera tal que tienden a falsear el resultado de una auténtica concurrencia.

En este aspecto podemos decir, siguiendo a Noemí Nicolau (12), que la comunicación es la estructura fundamental del proceso que el marketing lidera y que se concreta en la publicidad. Esta comunicación se basa en la información que involucra una teoría de la cognición e implica un proceso de interacción entre sujetos que codifican y descodifican mensajes. De allí la importancia de la información para el ordenamiento jurídico y la tutela especial que se le dispensa sobre la base de la buena fe, art. 9º del Cód. Civ. y Com.

Por ello, la información, cualquiera sea la modalidad, debe ser “cierta, clara y detallada”, art. 1100 Cód. Civ. y Com., específica y comprensible, de manera tal que puede afirmarse que para el régimen patrio los caracteres de la información son: adecuación, veracidad, claridad, gratuidad, suficiencia, especificidad y precisión.

De lo dicho se deriva la relevancia de su tutela y en especial el adecuado manejo de las técnicas de publicidad y mercadotecnia para evitar la competencia “desleal” y la utilización de

(10) Ver GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián, *Competencia desleal. Actos de desorganización del competidor*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, ps. 67-69, cit. por LOWENROSEN, Flavio I., “Una nueva norma...”, cit.

(11) LOWENROSEN, Flavio I., “Una nueva norma...”, cit.

(12) NICOLAU, Noemí L., “La influencia del marketing...”, cit., en HERNÁNDEZ, Carlos - STIGLITZ, Gabriel (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 528.

mensajes “engañosos” que desvirtúan no solo una sana concurrencia en el mercado, sino también el adecuado conocimiento de los bienes y servicios que se comercializan.

Desde allí, el nuevo DNU regla una serie de normas que prohíben conductas “desleales”, estableciendo las pautas para su individualización.

### III.2.2. La individualización de las conductas prohibidas

Con la finalidad de tutelar la lealtad en la actuación del mercado, el nuevo decreto establece lo que se entiende por acto de “competencia desleal”.

En el art. 10 se reglan una serie de supuestos particulares como:

- a) actos de engaño;
- b) de confusión;
- c) de violación de normas;
- d) abuso de situación de dependencia económica;
- e) obtención indebida de condiciones comerciales;
- f) venta por debajo del costo;
- g) explotación indebida de la reputación ajena;
- h) actos de imitación desleal;
- i) acto de denigración;
- j) violación de secretos;
- k) inducción a la infracción contractual;
- l) actos de discriminación; y
- m) publicidad prohibida.

Cada una de dichas conductas se encuentra explicada en el citado artículo, el que termina señalando que “la enumeración es taxativa a los fines de la imposición de sanciones y enunciativa a los fines de promoción de las acciones judiciales por los afectados”.

En esta inteligencia, la nueva regulación va describiendo en cada inciso las conductas prohibidas y así se comienza en el primer inciso por la “inducción al engaño” que consiste en “inducir a error sobre la existencia o naturaleza, modo de fabricación o distribución, características principales, pureza, mezcla, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o compra, disponibilidad, resultados que pueden esperarse de su utilización y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que correspondan a los bienes y servicios”.

A renglón seguido se prohíben los actos de “confusión”, es decir, “inducir a error respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, los bienes o servicios propios, de manera tal que se considere que éstos poseen un origen distinto al que les corresponde”.

En igual línea se agrega en el inciso tercero, es decir: la imposibilidad de “valerse efectivamente de una ventaja significativa derivada de competir mediante el incumplimiento de normas legales”, lo cual se justifica porque “la mera infracción de una norma que no tiene por objeto la regulación de la actividad concurrencial no supone necesariamente una obtención de ventajas competitivas significativas y, por ello, se introduce en el texto del precepto esa exigencia”.

Ahora bien, cabe destacar que, si la norma infringida tiene por objeto la regulación de la competencia, dicho incumplimiento puede provocar una alteración automática de la *pars condicio concurrentium* entre las empresas competidoras en un mismo mercado y, en estos casos, el infractor incurrirá en una conducta desleal, pues la ventaja está ínsita en la aludida infracción.

A reglón seguido, el inc. d) regla el llamado “abuso de situación de dependencia económica” y lo explica expresando que consiste en “explotar la situación de dependencia económica en que pueda encontrarse una empresa cliente o proveedora que no disponga de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad en el mercado. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente, de forma regular, otras

ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares”.

En una palabra, el abuso consiste en obligar al competidor a conceder beneficios que no está en condiciones habituales de otorgar para mantenerse en el mercado, conducta lamentablemente muy común en las grandes corporaciones.

A su vez, el parág. e) prohíbe la “obtención indebida de condiciones comerciales” disponiendo que “se considerará desleal la obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones no recogidas en el acuerdo pactado o sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales”.

La conducta se despliega “bajo amenaza”, la que obviamente será “larvada” y “sutil”, es decir, bajo la apariencia de legalidad y de los usos y costumbres, por lo que no siempre será fácil descubrirla.

Otra conducta desleal, muy común por los grandes operadores, es la descrita en el inc. f), a saber: “venta por debajo del costo” que consiste en “la venta por debajo del costo de fabricación o por debajo del precio de adquisición, cuando forme parte de una estrategia encaminada a dificultar la entrada al mercado o eliminar a un competidor del mercado”.

El precepto se limita a la venta a bajo costo, con fines exclusorios, dejando de lado otros supuestos, p. ej.: cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento; o cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajeno.

Tal como explica con acierto Lowenrosen(13), el caso paradigmático es la venta a bajo costo como una estrategia encaminada a eliminar a un competidor. En este caso será probable la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, que también contempla el caso

de precios predatorios en el art. 3.k), por lo que ambas figuras se complementan.

Desde ya que hay casos donde los precios por debajo del costo son viables, por razones comerciales válidas: para eliminar *stock*, por fin de temporada, por caducidad del producto inminente o en caso de bienes dañados.

Una conducta sumamente dañosa y, por ende, desleal, consiste en la “explotación indebida de la reputación ajena” la que se describe en el inc. g) como “realizar actos que aprovechen indebidamente la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de otro”.

La norma comprende una doble conducta: aprovecharse del prestigio ajeno e inducir a confusión de los bienes y servicios, lo que lleva a que la figura también pueda consistir en actos de “imitación desleal” vedados por el inc. h). En esta línea, “la imitación de bienes y servicios o iniciativas empresariales será considerada desleal cuando resulte idónea para generar confusión respecto de la procedencia de los bienes o servicios o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno”.

La doctrina española distingue tres subespecies de competencia desleal por imitación: por aprovechamiento de reputación, por obstaculización y por confusión ajena. La primera y la última se encuentran expresamente receptadas en el inc. h), pero no así la segunda hipótesis mencionada por el citado jurista español (por obstaculización) regulada en el art. 11.3 de la LCD española, esto es, cuando una estrategia de imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales se halle directamente encaminada a obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que pueda reputarse como una respuesta natural del mercado.

Por su parte, el inc. i) considera desleal, como no puede ser de otro modo, los “actos de denigración” consistentes en “menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación de otro competidor, a no ser que las aseveraciones sean exactas, pertinentes y verdaderas”.

(13) LOWENROSEN, Flavio I., “Una nueva norma...”, cit.

Es también un supuesto de confusión, presente en todo el derecho comparado, por ejemplo, en el art. 9º de la LCD española o en el 4.7 de la ley alemana de 30/12/2008 (UWG).

La jurisprudencia francesa tiene establecido que no importa que el acto denigratorio sea o no público porque, aunque sea precisa cierta exteriorización, basta con que alcance a un solo cliente.

Un caso típico de competencia desleal consiste en la “violación de secretos”, reglado en el parág. j) del artículo y se describe como “divulgar o explotar, sin autorización de su titular, secretos empresariales ajenos a los que se haya tenido acceso, legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente. A estos fines, será considerada desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan. Será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto. A los fines de este supuesto, la aprobación del registro o de la autorización de comercialización establecida al amparo de los procedimientos de aprobación para productos similares establecidos en el art. 5º de la ley 24.766, por parte de la autoridad administrativa local, no se considerará un acto de competencia desleal”.

Como enseña Lowenrosen(14), la violación de secretos ha sido encuadrada tradicionalmente en la disciplina de la competencia desleal de una forma explícita desde la ley alemana del 86.

El origen del precepto puede considerarse el art. 13 de la LCD española en su versión anterior, aunque en una reforma reciente por la ley 1/2019, de 20 de febrero, dispone que la violación de secretos empresariales se regirá por la legislación específica.

Cabe puntualizar que es clásica la clasificación entre secretos de fabricación y secretos de negocio, seguida en Francia, Alemania, Italia, Suiza, etc., y que ha dado lugar a una impor-

tante jurisprudencia en Europa, lo que no sucede en Latinoamérica.

Desde otro costado, el inc. k) sanciona la “inducción a la infracción contractual” describiendo la conducta como “inducir a empleados, proveedores, clientes o demás obligados a infringir obligaciones contractuales contraídas con un competidor”.

Adviértase que la ilicitud se configura cuando media “instigación”, *rectius*: inducción.

Por ello, si un contratante resuelve un contrato para celebrar una relación con un competidor de aquel del que se desvinculó, no habrá competencia desleal, porque no habría *prima facie* incitación, sin perjuicio de la responsabilidad que le pueda caber al primero.

En similar sentido, no configura este supuesto una mera oferta de ventaja. El comportamiento desleal se produce cuando el ofrecimiento persigue que el inducido infrinja una obligación contractual para con el competidor del instigador. Los medios pueden ser lícitos (mejora de prestaciones) o ilícitos (sobornos).

Asimismo, no es necesario que se persiga el incumplimiento de la totalidad de las obligaciones contraídas, pudiendo afectar solo parcialmente la relación contractual, en la medida que sea un aspecto relevante.

Tal como dice con certeza Lowenrosen(15), una variante de esta conducta es el denominado sabotaje.

Va de suyo que el inc. l) prohíbe los actos de discriminación, respetando lo dispuesto en la ley 24.240 y en el Código Civil y Comercial. Así, dispone que queda prohibido “el tratamiento discriminatorio de compradores cuando el vendedor o distribuidor haya publicado una lista de precios, a no ser que medie causa justificada”.

La norma encuentra su correlato en el art. 3º, incs. h) e i), de la ley 27.442.

Por su parte, cuando el comprador sea un consumidor, el inciso *sub examen* debe inter-

(14) Ídem.

(15) Ídem.



pretarse a la luz del art. 1098 del Cód. Civ. y Com. y el art. 8º bis de la ley 24.240.

Por último, el artículo trata en su último inciso la publicidad comparativa, la que se encuentra reglada de modo autónomo en el art. 15, por lo que no se entiende la duplicación, por ello la analizaremos *infra*.

### III.2.3. Algunas reflexiones

En rigor, podemos señalar que la enumeración no es taxativa en ningún caso, pues, en materia administrativa, rige el principio de la flexibilidad en la tipología de los actos prohibidos, ya que es propio de la actividad comercial que esta se desarrolle con diversas modalidades, por lo que la supuesta taxatividad carece de sentido y ello se advierte con toda claridad cuando el propio texto legal expresa que, en el supuesto de acciones judiciales, la enumeración de los actos prohibidos carece de dicha nota de tipicidad legal estricta.

Es más, la actividad empresarial es “móvil y dinámica” y no se ajusta a esquemas rígidos, sino por el contrario, como siempre ha sido en el ámbito comercial, se realiza mediante diversas alternativas de negocios y contratos, entre los que cabe destacar la conexidad contractual y el uso de diversas formas societarias y empresarias para la producción, distribución y comercialización, por lo que la enumeración de conductas prohibidas debe adecuarse a cada situación concreta.

De esta forma, lo que la ley pretende es que los empresarios y/o comerciantes que actúan en el mercado sean leales entre sí y no utilicen técnicas que impliquen el desplazamiento de la operatoria de las pautas de buena fe y lealtad que deben primar, aun cuando compitan entre sí para colocar en el mercado los bienes y servicios que producen.

En una palabra, se intenta dotar al mercado de un esquema de pautas y reglas que habilite a la intervención de las empresas y una correcta comercialización, para que los productos lleguen al consumidor en condiciones de competencia e información que permitan elegir lo más conveniente para cada uno de los intervinientes.

## IV. De la publicidad y promociones

### IV.1. Introducción a la publicidad

Como advertencia preliminar cabe recordar que, en el mundo jurídico, la información ha adquirido una inusitada importancia, pues constituye una derivación del principio de buena fe, consagrado ahora en el art. 9º del Cód. Civ. y Com. y, por ello, se impone el deber de informar a determinadas personas y se establecen características que deben reunir dicha información.

Así, se persiguen dos finalidades primordiales, por un lado, evitar daños y, por el otro, evitar la inferioridad negocial que puede generarse si no se suministran los datos relevantes del negocio o se suministran datos erróneos (16).

Además del precepto señero del art. 42 de la Carta Magna, que otorga al consumidor el derecho a recibir una información adecuada y veraz, la ley especial 24.240 y el Cód. Civ. y Com. contienen normas que indican que la información debe ser cierta, clara y detallada, art. 1100, Cód. Civ. y Com.; suficiente, art. 1397; específica y comprensible, art. 58 inc. f), Cód. Civ. y Com.; clara, precisa y adecuada, art. 59, Cód. Civ. y Com.

Tal como enseña Noemí Nicolau (17), puede esbozarse una noción genérica de publicidad diciendo que es la actividad destinada a promover un bien, un servicio o una persona; y desde la perspectiva comercial ha sido definida como “la actividad de divulgación de un producto o servicio con el propósito de llegar al consumidor o usuario con finalidad comercial: es una acción de persuasión dirigida al público”.

De lo dicho se sigue que los métodos de publicidad comercial mutan con celeridad junto con las prácticas comerciales y, fundamentalmente, a partir del nuevo desafío en las redes sociales.

Resulta también necesario distinguir distintas clases de publicidad y, en especial, a los fi-

(16) QUAGLIA, Marcelo, “¿Promoción y publicidad vs. Oferta e información?”, LL 2011-F-101.

(17) NICOLAU, Noemí L., “La influencia del marketing...”, cit., p. 530.

nes de este trabajo la “publicidad engañosa” y la “publicidad comparativa” por encontrarse expresamente prohibidas por el nuevo plexo normativo que comentamos.

La publicidad es beneficiosa si respeta los principios básicos de legalidad, veracidad y de identificación, pero el mensaje publicitario está expresamente prohibido en el art. 1101 del Cód. Civ. y Com., si: a) contiene indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; b) efectúe comparaciones que conduzcan a error al consumidor; c) sea abusiva o discriminatoria.

El decreto de lealtad comercial, luego de reglar la competencia desleal, introduce en el título II la prohibición de la publicidad engañosa y comparativa, tal como veremos a continuación.

#### **IV.2. Publicidad engañosa y su control**

El título segundo del nuevo régimen conceptualiza la “publicidad engañosa” en el art. 11 expresando que “...queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño, o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condición de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”.

Tal como vemos, las notas de la publicidad engañosa amplían el texto del Código Civil y Comercial, pues refiere tanto a inexactitudes como ocultamientos sobre una serie de características de los productos o servicios, como así también sobre las condiciones de comercialización de estos y técnicas de producción.

De lo dicho se sigue que el engaño puede estar tanto en los elementos de identidad de los productos y servicios, como en la forma en que estos se comercializan lo que tutela tanto a los otros empresarios, quienes concurren al mercado, como así también a los consumidores.

Para una mejor individualización de este tipo de competencia, el art. 14 prohíbe, entre otras cosas: a) el ofrecimiento o la entrega de premios con relación a la compra de mercaderías o a la

contratación de servicios; b) promover u organizar concursos, certámenes o sorteos de cualquier naturaleza, en los que la participación esté condicionada a la adquisición de algún producto; c) entregar dinero o bienes a título de rescate de envases o de partes integrantes de ellos, cuando el valor entregado supere el corriente de los objetos rescatados.

En una palabra, la enumeración de las hipótesis de publicidad engañosa tiende a evitar promociones que lleven a confusión y/o desconocimiento de la calidad del producto o servicio que se ofrece y, de allí, la prohibición de que aquella sea “engañosa”, todo lo cual no solo tutela a los empresarios que intervienen en el mercado, sino también y, muy especialmente, a los consumidores a quienes se dirigen los productos y servicios.

#### **IV.3. Publicidad comparativa**

Desde otro costado, el decreto define en el art. 15 la “publicidad comparativa” entre competidores expresando que estará permitida siempre que cumpla con las condiciones siguientes: “...no inducir a engaño o confusión; que la comparación de bienes y servicios sea objetiva; que su finalidad sea informar las ventajas de los bienes o servicios; no desacreditar a ningún competidor; no presentar un bien o servicio como réplica de otro o con una marca o nombre comercial distinto”.

Va de suyo que, si falta alguna de estas notas, la publicidad dejará de ser comparativa y deberá ser considerada engañosa y, por ende, prohibida de conformidad con el art. 11 del nuevo régimen.

Con este bagaje normativo se pretende articular el mercado dinámico con intervinientes que respeten las pautas de lealtad comercial y que, en su publicidad, no se engañen ni entre ellos, ni al consumidor, desvirtuando el funcionamiento de la oferta y la demanda.

Por ello, el texto legal prosigue estableciendo una “serie de pautas” en orden a la forma y modo en que deben individualizarse los productos y servicios que se comercializan, dando claras pautas para la correcta formalización de una información adecuada y veraz.

Explica Stiglitz (18) que si, el mensaje publicitario es engañoso por omisión, por error o, peor aún, por deliberada falsedad, merece tres consideraciones jurídicas:

a) Puede inducir a contratar a quien de haber sido destinatario de una información veraz, no lo habría hecho; b) provoca la frustración del interés que el consumidor tenía legítimamente derecho a esperar del bien o servicio objeto del contrato; y c) importa una peligrosa tergiversación del equilibrio del mercado, con insalvable detrimento de los intereses individuales y colectivos, no solo de los consumidores, sino también de los proveedores profesionales de bienes y servicios que no acuden a ese tipo de prácticas desleales.

Asimismo, cabe aclarar que la publicidad comparativa está prohibida solo cuando sea de tal naturaleza que conduzca a error al consumidor y, en consecuencia, es posible comparar bienes y servicios siempre que no se haga con engaño u omisión, pues ello incide en la leal competencia comercial.

A su vez, la publicidad será abusiva si induce al consumidor a adoptar conductas perjudiciales para su salud o seguridad y tendría tal característica si favorece la discriminación racial, sexual, social, política, induce a actividades antisociales, o incita contra valores colectivos o la dignidad de las personas.

Por último, los efectos de la publicidad son múltiples y afectan la relación de consumo y también la lealtad entre los propios empresarios, al intervenir en el proceso de formación de voluntad del consumidor, y de allí que no pueden dejarse de lado los arts. 8º de la ley 24.240 y 1103 del Cód. Civ. y Com., cuando señalan que las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor.

Todo lo expresado permite señalar que, como el mensaje publicitario se materializa a través de diversos medios, para conocer la realidad

(18) STIGLITZ, Rubén, “Lealtad comercial, prácticas comerciales abusivas y publicidad en el Código Civil y Comercial”, en supl. esp. LL Nuevo Código Civil y Comercial (2014), p. 103; NICOLAU, Noemí L., “La influencia del marketing...”, cit., p. 548.

acerca de su licitud o ilicitud es necesario conocer qué sucede en la realidad concreta cuando se difunde el mensaje, pues no siempre es fácil advertir el impacto “subliminal” y en pocos casos el engaño se evidencia con claridad.

En síntesis, el nuevo ordenamiento viene a integrarse en el estatuto de lealtad comercial, pero también del consumidor y, consecuentemente, habrá que tener presentes los arts. 1102 y concs. del Cód. Civ. y Com. en cuanto se habilita a accionar a los consumidores afectados y a las personas legalmente legitimadas, tal como veremos *infra*.

## V. De la información en el comercio

### V.1. De la identificación de los productos

En el título tercero, a partir del art. 16 se establecen los requisitos para la “identificación de los productos” envasados en el país y se señalan los recaudos que deben contemplar; a saber: a) nombre del producto, b) el país donde fueron producidos o fabricados, c) su calidad, pureza o mezcla y d) las medidas netas de su contenido; agregándose que la reglamentación establecerá de qué manera será suministrada la información aludida.

De tal modo, aparece una delegación de las características de la información en la reglamentación de la ley que no puede desvirtuar las pautas establecidas en el art. 42 de la Carta Magna, ni las específicas relativas a la lealtad comercial regladas en la presente ley, todo un tema complejo que será definido por cada autoridad local, de conformidad con el art. 121 de la CN.

Por su parte, el esquema legal individualiza a los productos nacionales y, con relación a los productos de origen extranjero que sufren en el país un proceso de fraccionado, armado o terminado, exige que lleven una “leyenda” que indique dicho proceso.

Los productos fabricados en el país deben llevar la indicación relativa a que son “Industria Argentina” a cuyo fin se considerarán nacionales aquellos que se elaboran en nuestro país, aunque se empleen materias primas o insumos extranjeros en cualquier proporción.

El capítulo termina señalando que los comerciantes mayoristas y minoristas no deberán comercializar bienes cuya identificación contravenga lo dispuesto en esta normativa y que serán responsables de la veracidad de la información consignada en los envases.

Por último, se dispone que las máquinas, equipos y sus componentes que se comercializan en nuestro país deben cumplir los estándares de eficiencia energética, que defina la Secretaría de la Energía.

En una palabra, la denominación del origen de los bienes y servicios que se comercializan en el mercado y, más específicamente, de los productos debe respetar sus cualidades y características de manera tal que los fabricantes, productores, envasadores, fraccionadores e importadores están alcanzados por esta obligación de información que otorga transparencia al mercado.

Tal como se advierte, las pautas de identificación de los productos están en el ámbito de la información detallada y veraz que impone el art. 42 de la Carta Magna, pero que se alza como un eje que tutela el funcionamiento del mercado para la correcta relación entre los empresarios y, muy especialmente, para conocimiento de los consumidores.

## **VI. Autoridad de aplicación, procedimiento administrativo, recurso y sanciones**

### ***VI.1. Autoridad de aplicación y facultades***

A partir del art. 25 hasta el 60, se regula el procedimiento administrativo estableciéndose que la autoridad de aplicación es la Secretaría de Comercio Interior, a la cual se le otorgan una serie de facultades contenidas en el art. 26.

Cabe señalar que en las provincias cada legislatura deberá definir su propia autoridad de aplicación, las que gozarán de las facultades obtenidas en la norma citada y que a continuación se enumeran.

El art. 26 del nuevo régimen otorga un amplio espectro de facultades en orden al control de la lealtad comercial.

Entre ellas se encuentran las siguientes: a) tipificar la correcta identificación de bienes y servicios; b) establecer requisitos mínimos de seguridad; c) determinar el lugar, forma y características de las informaciones; d) establecer el régimen de tolerancia aplicable al contenido de los envases; e) establecer los regímenes y procedimientos de extracción y evaluación de muestras; f) determinar los contenidos o las medidas con las que deberán comercializarse los bienes; g) verificar el cumplimiento de las obligaciones de exhibición o publicidad de precio; h) realizar inspecciones en días y horas hábiles a los locales donde se ejerzan las actividades reguladas en la normativa y exigir la exhibición de libros y examinar documentos, verificar existencias, requerir información, proceder al secuestro de los elementos probatorios de la presunta infracción, citar y hacer comparecer a las personas que se considere procedente, pudiendo a dichos fines recabar el auxilio de la fuerza pública. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos, magnéticos o electrónicos, como así también tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias; i) ordenar el cese de la publicidad durante la instrucción del pertinente sumario; j) sancionar los actos previstos en el art. 10 del decreto, como así también las infracciones previstas en los títulos 2 y 3, asegurando en ambos casos el derecho de defensa; k) solicitar al juez competente el allanamiento de domicilios privados y de los locales pertinentes a los fines del éxito de las inspecciones.

En una palabra, se le otorgan, entre las facultades, realizar inspecciones en los locales y exigir la exhibición de libros y documentos, verificar la existencia, proceder al secuestro de elementos probatorios y recabar el auxilio de las fuerzas públicas si fuera menester a los fines de constatar una infracción al decreto o a su reglamentación y cuando la falta de verificación pueda frustrar la aplicación de las sanciones que ofrece esta normativa.

En esta línea, puede ordenar el cese de la publicidad durante la instrucción del sumario y sancionar las infracciones previstas en la normativa, solicitando al juez competente el allanamiento de domicilio y de locales, como así también el dictado de medidas cautelares.

En esta inteligencia se establece que, para el cumplimiento de la ley, tanto los gobiernos provinciales como la CABA pueden realizar los actos enumerados en el art. 26, es decir, que cada uno de los distritos federales tiene facultades para tener su propia autoridad de aplicación de la Ley de Lealtad Comercial, atento a que estamos frente a una ley sustantiva que debe aplicarse a una ley federal y, consecuentemente, corresponde respetar las facultades de las provincias, art. 121 de la CN.

De lo dicho se sigue que, tanto la CABA como las provincias, deben definir qué organismo actuará frente a autoridad de aplicación, lo que hace pensar en una “duplicación burocrática innecesaria”, pues las Direcciones de Defensa del Consumidor deberían ser habilitadas expresamente para estas funciones, dotándolas a tal fin de los medios necesarios y no crear otra entidad más, cuando de lo que se trata es de fortalecer y dar eficacia a los organismos de control.

## ***VI.2. Procedimiento administrativo especial y recursos***

### ***VI.2.1. La denuncia de parte o la instancia de oficio***

El art. 30 del nuevo régimen establece que el procedimiento administrativo puede iniciarse “de oficio” o a través “de denuncia” de quienes tengan un interés legítimo, agregando que el denunciante será parte en el procedimiento y que la autoridad de aplicación dispondrá los mecanismos para que el trámite y las etapas del procedimiento se realicen por medios electrónicos. Además, la autoridad puede ordenar la reserva de las actuaciones, bajo resolución fundada.

En una palabra, la nueva norma regla el procedimiento administrativo y autoriza a la autoridad de aplicación a disponer los mecanismos para que, tanto los trámites como las etapas del procedimiento, se realicen por medios electrónicos, con la finalidad de facilitar y agilizar el proceso, por lo que tiene su propio esquema normativo que hace inaplicables las leyes de procedimiento generales, tal como lo dice el art. 67 de la presente.

El art. 31 dispone los “requisitos de la denuncia” donde se destaca que, además del nombre

y domicilio del denunciante y la constitución de un domicilio especial, debe explicarse claramente el objeto de la denuncia y la identificación del presunto responsable. En igual línea, se deben narrar los hechos con toda claridad y explicitar el derecho en que se funda la denuncia, como así también ofrecer los medios de prueba considerados conducentes.

A su vez, se establece que la denuncia debe ser ratificada ante la autoridad bajo apercibimiento de desestimación y que, en caso de existir varias, deberán acumularse las adecuaciones.

De tal forma, la denuncia administrativa contiene los mismos elementos que una demanda judicial y se intenta estructurar un procedimiento articulado al exigir que se acompañen también a la prueba documental y se ofrezcan los demás elementos probatorios, de manera tal de respetar el debido proceso y el derecho de defensa para poder concluir en una resolución fundada.

En esta línea, cuando se trata de la comprobación de oficio de una infracción, el funcionario actuante deberá labrar el acta correspondiente y se notificará al infractor para que realice el descargo en el plazo de diez días, siguiéndose en lo demás el procedimiento de instrucción previsto en el art. 39.

La nueva normativa establece que los plazos se cuentan en días hábiles administrativos y que, si hubiera más de una denuncia, las actuaciones deben acumularse.

Por su parte, el art. 35 dispone que, ratificada la denuncia, la autoridad de aplicación tiene diez días para admitir o rechazarla y, si estima que es pertinente, debe correr traslado por diez días al presunto responsable para que realice su descargo y ofrezca la prueba que considere pertinente.

### ***VI.2.2. La instrucción del sumario***

Una vez contestada la denuncia, debe procederse a la “instrucción del sumario” llevando adelante las medidas probatorias pertinentes vinculadas al objeto de la denuncia, entre ellas, todo pedido de informe, audiencia, pericias o auditorías que sean pertinentes, todo lo cual

debe realizarse en un plazo de noventa días prorrogables cuando haya causa justificada.

En esta línea, podemos advertir que el plazo de noventa días hábiles parece excesivo, pues, aquí y ahora, la celeridad constituye una directriz central de la actuación de las autoridades y el tipo de infracción que afecta el funcionamiento del mercado no puede estar sujeta a un proceso alongado que quizás sea tardío y, por ende, ineficaz.

Por su parte, concluido el período de prueba, y diligenciada la ofrecida en el plazo establecido, se debe dictar el decreto de “autos” a los fines de que las partes puedan presentar sus respectivos alegatos, entregándose copia del expediente a cada una de ellas por el plazo de cinco días, para recién quedar habilitado el plazo con que cuenta la autoridad para dictar la resolución que corresponde.

#### *VI.2.3. La resolución de la autoridad administrativa*

A su vez, el art. 41 dispone que oportunamente la autoridad de aplicación debe dictar resolución en el plazo máximo de treinta días, debiendo aquella estar debidamente fundada y motivada, decidiendo sobre todas las cuestiones que se derivan del expediente.

Tal como se advierte, la resolución deberá hacer mérito de la prueba diligenciada, con el objeto de definir la existencia de la infracción, dando respuesta a los planteos de las partes intervinientes para que el acto administrativo esté adecuadamente motivado y resuelva en pleni-tud toda la contienda que se haya planteado.

Va de suyo que se trata, nada más y nada menos, de obtener la erradicación de conductas que afectan la transparencia del mercado, por lo que la finalización del proceso requiere del respeto del principio de congruencia y realidad para dotar de eficacia a la normativa.

El proceso es tan relevante que la nueva normativa regula la necesidad de realizar diligencias preliminares, pedir medidas cautelares ante el juez competente, tomar medidas de confidencialidad cuando estén en juego secretos empresarios, todo lo cual correrá durante el

proceso administrativo y servirá de base, también, a la resolución final que comentamos.

### ***VI.3. Diligencias preliminares, cautelares, información confidencial y recursos***

#### *VI.3.1. Algunas características del proceso administrativo*

El art. 44 regla lo que se denomina “diligencias preliminares” a los fines de producir pruebas que pudieran resultar imposibles o muy dificultosas durante el período probatorio, pudiendo también solicitar o determinarse de oficio que se produzcan anticipadamente las siguientes: 1) declaración de testigos; 2) constatación de la existencia de documentos, o el estado, o calidad o condición de cosas o lugares; 3) período de informes; 4) exhibición, resguardo o secuestro de documentos concernientes al objeto del procedimiento.

A su vez, se habilita que la autoridad de aplicación puede, de oficio o a petición de parte, requerir al juez competente el dictado de “medidas cautelares” para asegurar el cumplimiento de las condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de las conductas que correspondan, incluidas la adopción de comportamientos a los fines de preservar la lealtad comercial afectada.

El art. 47 establece una norma “fondal” que se introduce en materia jurisdiccional al señalar que las medidas cautelares deberán ser razonables y proporcionales al daño que se pretenda evitar. Además, exige que la autoridad de aplicación verifique las condiciones de procedencia de la medida, es decir: (i) verosimilitud del derecho; (ii) peligro en la demora; y (iii) contracautela.

En una palabra, la ley introduce dentro del procedimiento administrativo normas que tienen que ver con los requerimientos que deben hacerse al Poder Judicial, es decir, al juez competente, y reitera requerimientos que ya están en todos los códigos de rito, por lo que se vuelve redundante e innecesaria.

Un aspecto que se define expresamente en el procedimiento es el requerimiento de declaración de reserva sobre “un secreto comercial, industrial, tecnológico o, en general, empresarial”.

A esos fines, la normativa expresa que el interesado deberá precisar cuál es la información confidencial y justificar su solicitud, todo lo cual debería realizarse por “cuerda separada” para evitar la demora del proceso principal, que debe concluir en tiempo oportuno.

### VI.3.2. Las sanciones regladas en la ley

Una vez concluido el procedimiento, la autoridad de aplicación dictará la resolución que corresponde pudiendo sancionar el incumplimiento de la lealtad comercial con las siguientes penalidades:

a) Apercibimiento.

b) Multa por un monto equivalente, entre uno y diez millones de “unidades móviles”. A esos fines, se define la unidad móvil como unidad de cuenta y el valor inicial es el establecido en la ley 27.442 y será actualizado todos los años mediante el Índice de Precios al Consumidor (IPC). Cabe aclarar que la Ley de Defensa de Competencia define a la unidad móvil expresando que “...El valor inicial de la unidad móvil se establece en veinte (20) pesos, y será actualizado automáticamente cada un (1) año utilizando la variación del índice de precios al consumidor (IPC) que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) o el indicador de inflación oficial que lo reemplace en el futuro. La actualización se realizará al último día hábil de cada año, entrando en vigencia desde el momento de su publicación. La Autoridad Nacional de la Competencia publicará el valor actualizado de la unidad móvil en su página web”.

c) Suspensión del Registro Nacional de Proveedores del Estado, hasta cinco (5) años.

d) Pérdida de concesión, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales y clausura del establecimiento hasta un plazo de 30 días.

De la lectura del régimen sancionatorio se sigue que dichas penalidades pueden imponerse en forma independiente o conjunta, según las circunstancias del caso, pudiendo exigirse la rectificación de la publicidad del infractor que a

través de información o publicidad hubiera incurrido en prácticas engañosas o abusivas.

La nueva normativa regula, también, la publicación de las sanciones en el boletín oficial, a costa del sancionado.

Va de suyo que para que la sanción quede firme debe tenerse presente que la resolución final puede ser impugnada por vía de recurso de apelación de la sanción, ante la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, o ante la Cámara Federal que corresponda en el interior del país, según el asiento de la autoridad que dicte la resolución.

### VI.3.3. Recurso de apelación ante el Poder Judicial

El art. 53 que regla el “recurso de apelación” expresa que este debe interponerse y fundarse dentro de los diez días de notificada la resolución sancionatoria, y que el expediente debe elevarse ante la Cámara en un plazo de diez días más, teniendo su articulación efecto “suspensivo”. Se agrega que, en los casos de imposición de multa, el infractor tendrá una reducción del 50% si es abonada dentro de los diez días de notificada, salvo que se interponga el recurso de apelación.

Tal como se advierte, tanto el procedimiento como las resoluciones administrativas están sometidos al control del Poder Judicial, mediante la intervención de la Cámara Federal que corresponda, de conformidad con lo que se denomina recurso de apelación y que, en rigor, es un incidente impugnativo.

Asimismo, la ley, en rigor, el decreto regula la prescripción de las acciones en el art. 55 estableciendo un plazo de tres años, contados desde que se cometió la infracción.

La nueva normativa mantiene el criterio de que el “acto administrativo” que implica la resolución sancionatoria requiere del pertinente control judicial para obtener firmeza y poder ser ejecutado, salvo que el propio interesado, es decir, el infractor, no interponga el recurso de apelación, en cuyo caso se podrá iniciar la ejecución fiscal, siendo título suficiente el testimonio de la resolución recaída expedida por la autoridad que la impuso.

## VII. Acciones judiciales

### VII.1. La viabilidad de la intervención jurisdiccional

La nueva normativa establece que, más allá de la actuación de la autoridad administrativa, el afectado por el acto de competencia desleal y/o publicidad prohibida podrá ejercer acciones judiciales para requerir la cesación del acto o su prohibición.

Además, queda expedita la acción de resarcimiento de daños o perjuicios ocasionados por el acto de competencia desleal, todo de conformidad con los arts. 61 y ss. del decreto que comentamos.

Entre las acciones enumeradas del nuevo régimen se encuentran: a) la acción de cese del acto o su prohibición; b) la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, ocasionados por el acto de competencia desleal, sin perjuicio de las medidas cautelares que pueden requerirse ante el juez competente.

El artículo citado establece que el proceso se regirá por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y que será competente para entender en estas causas la justicia nacional en lo Civil y Comercial Federal, o la justicia federal que corresponda en el interior del país.

Se agrega que las acciones judiciales pueden ser ejercitadas sin necesidad de instar previamente el procedimiento administrativo y se puntualiza que, si el afectado optara por esta vía, caduca la acción judicial, con excepción de la acción de reparación de daños.

Es altamente cuestionable que se “federalice” la competencia en el interior del país, pues el nuevo régimen de Lealtad Comercial debe aplicarse en todo el país y ello requiere del respeto de la estructura federal, art. 121 de la CN.

### VII.2. Los legitimados activos y pasivos

Al reglar la “legitimación activa”, el art. 62 habilita a: 1) cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal o publicidad

prohibida. 2) además, se encuentran legitimadas las siguientes entidades: a) las asociaciones profesionales, cuando resultan afectados los intereses de sus miembros, y b) las asociaciones de defensa del consumidor, todo lo cual demuestra que en rigor pueden denunciarse los participantes en el mercado que compitan entre sí, pero que también pueden hacerlo los consumidores si el acto de competencia desleal los afecta, aspecto realmente complejo que requerirá que el juez interviniente deslinde acabadamente la mecánica del acto de competencia desleal y/o de la publicidad engañosa, para poder discernir sus alcances.

En una palabra, para decirlo con “llaneza”, los legitimados son los afectados, las asociaciones profesionales y las asociaciones de consumidores.

La nueva legislación dispone que la carga de la prueba tenga carácter dinámico, pues el juez puede exigir a las partes que aporten los elementos relativos a la exactitud y veracidad de las indicaciones o manifestaciones relacionadas.

En igual línea, pero de manera “incomprensible” en atención a la competencia establecida en el art. 61, la norma contenida en el art. 65 señala que la acción de daños y perjuicios puede ejercerse conforme con las normas del derecho común ante el juez competente en esa materia.

A su vez, el art. 66 establece que la acción de reparación de daños, que tuviera lugar con motivo de la resolución firme dictada por la autoridad de aplicación, tramitará de acuerdo con el proceso sumarísimo establecido en el Código Civil y Procesal de la Nación.

### VII.3. Las diversas vías judiciales

De tal modo, pareciera que se reglan dos intervenciones distintas desde el punto de vista judicial: una, cuando no ha existido sumario previo que se ejercerá por el derecho común y ante el juez competente en esa materia, cuando se trate de empresarios; en segundo lugar, si se está frente a una asociación de consumidores, la competencia se regula por la Ley de Defensa del Consumidor.

Por su parte, en caso de existir sumario administrativo y resolución fundada, la acción de



daño tramita por la vía del proceso sumarísimo, pero, obviamente, aplicando la normativa sustantiva que corresponde.

En la Capital Federal, el art. 69 habilita como instancia previa, facultativa y gratuita el acceso al Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo, a los fines de que esta vía sea utilizada por los consumidores y establece que este sistema de resolución de conflictos es obligatorio para los proveedores y/o prestadores y, solo si no se llega a una solución, se puede continuar por el procedimiento establecido en la presente ley.

Por último, la ley trae disposiciones comunes y disposiciones finales, en orden a la reglamentación que corresponde dictarse y ordena que, por tratarse de un DNU, se dé cuenta a la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación.

### **VIII. Conclusiones**

Como una breve reseña de lo que hemos explicado, cabe destacar que, de conformidad con los arts. 1° a 3° del Cód. Civ. y Com., el dec. 274/2019 repercute en distintas leyes a las que modifica o amplía, como son la Ley de Defensa del Consumidor, la de Defensa de la Competencia, la de Lealtad Comercial y la de Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo, entre otras, pues no puede ignorarse que el Estatuto del Consumidor incluye el diálogo de fuentes que comprende también el ámbito constitucional y convencional.

En una palabra, podemos señalar que el impacto de la norma resulta relevante en cuanto

intenta articular una “legislación macro” que interfiere en el mercado y, consecuentemente, en sus etapas de producción, comercialización y consumo; a esos fines regula la información y publicidad, prohibiendo los actos de competencia desleal como también la publicidad engañosa y/o comparativa.

En esta perspectiva, vuelve a regular todo el esquema de identificación de los productos que se fabrican, distribuyen y comercializan en el mercado y otorga a la autoridad de aplicación una serie de facultades para tutelar el correcto funcionamiento del mercado.

La nueva normativa implica más regulación a la ya existente con la finalidad, al menos desde el punto de vista teórico, de otorgar un régimen de Lealtad Comercial tuitivo del interés público y social.

De lo dicho se sigue que no será fácil encontrar una pauta de articulación razonable para que la integración normativa no repercuta negativamente, generando mayor burocracia y procesos que distorsionen el mercado y desnaturalicen la finalidad de otorgar lealtad y transparencia en las relaciones comerciales.

A modo de reflexión, cabe reiterar lo que ya hemos dicho en otro comentario sobre esta normativa, que no se trata de seguir dictando leyes, sino de hacer cumplir las que ya existen: una obviedad que, en nuestro país, parece no entenderse.

En síntesis, hemos dicho que de lo que se trata es de lograr un cambio de conductas que requieren el respeto a la ley y, consecuentemente, ejemplaridad.



# El orden público en las normas de lealtad comercial

---

SEGUNDO J. MÉNDEZ ACOSTA (\*)

## I. Introducción

En lo que sigue intentaremos desarrollar las implicancias del orden público en las normas de lealtad comercial, partiendo del recientemente sancionado decreto de necesidad y urgencia 274/2019 —en lo sucesivo, DNU— (1). Dicho decreto incorporó un elenco de disposiciones relativas a la competencia desleal, pretendiendo así alcanzar una regulación integral y sistematizada de la materia (2).

La relevancia del DNU, con relación a la cuestión que ocupa a la presente intervención, se manifiesta en su art. 2º, el cual establece que “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las previsiones de este Decreto. Sin perjuicio de lo anterior, las partes en un proceso judicial podrán conciliar o encontrar otra forma de solución de conflictos que acordarán en la audiencia que el juez convoque a tal efecto”.

La normado se condice con los propios considerandos del decreto, el cual puso de resalto el interés público comprometido, en virtud del cual el Estado interviene a los efectos de prohibir y sancionar aquellos actos y prácticas que

entorpezcan el desarrollo de un comercio justo y competitivo (3).

A su vez, la interrelación de lo dispuesto en el citado art. 2º con el resto de sus normas, como así también con otras que integran la regulación de la competencia desleal —en especial, la ley 22.802—, es poco menos que estrecha; la ubicación metodológica de dicha norma —*título preliminar*— lo confirma.

## II. Del orden público

Según señalamos, el art. 2º del DNU reconoce expresamente el principio de orden público, disponiendo que los particulares no podrán dejar sin efecto sus previsiones; de convenirse lo contrario ello no tendrá ningún valor (art. 12, Cód. Civ. y Com.).

La trascendencia de la norma se advierte cuando se pone de manifiesto que la calificación de orden público, como herramienta jerarquizadora de intereses que es (4), le corresponde solo y únicamente a aquellas normas que representan lo esencial para la subsistencia de un tipo de vida social determinado (5). Precisamente, tal declaración solo le corresponde

---

(\*) Abogado (UNMDP). Docente de Contratos Civiles y Comerciales, Derecho del Consumidor y Derecho de Daños en la Universidad de Buenos Aires. Doctorando de la Universidad de Buenos Aires.

(1) Para un primer análisis de las distintas cuestiones introducidas por el decreto, ver los distintos trabajos publicados en LL del 22/5/2019.

(2) Así se expone en sus considerandos. Dec. 274/2019, del 17/4/2019.

(3) Ídem.

(4) Tomamos la expresión de SANTARELLI, quien en su tesis doctoral de reciente publicación observa al orden público como una herramienta jerarquizadora de intereses generales y particulares (*Contrato y mercado*, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 107).

(5) LÓPEZ OLACIREGUI, José María, adiciones al *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, de SALVAT, Raymundo M., TEA, Buenos Aires, 1964, t. I, p. 255, n. XXIX.

a aquellas leyes fundamentales y básicas que conforman el núcleo sobre el cual se estructura la organización social (6).

Así, el más óptimo desarrollo del orden social exige del reconocimiento y salvaguarda de una suma de principios estructurales, so riesgo de conducir a la comunidad a una mera colectividad de individualidades, las cuales no perseguirían otra cosa más que el interés propio y particular, sin consideración alguna para con el conjunto.

Es que una recta inteligencia de la autonomía privada indica que las libertades individuales no pueden perder coordinación con el interés general; existe un marco general de objetividad que, al verse respetado por los intereses particulares, hace posible el funcionamiento de todo el orden jurídico. Por lo tanto, más allá de las prevenciones que puedan hacerse al respecto (7), no puede concebirse, en términos de racionalidad, que el bien personal contraría las exigencias del bien común, dado que este es también de la persona, aunque en sociedad (8). Tal articulación, en la cual el orden público juega un rol fundamental, se presenta como un presupuesto para una adecuada convivencia social.

La teoría de la relatividad, al mismo tiempo, ingresa con todo su peso, dado que el principio de autonomía privada —sustentado sobre las ideas de autodeterminación y autorresponsabilidad, y potenciado por las ideas iluministas— no excluye los más altos valores sociales, por lo que su reconocimiento constitucional (art. 19), y su concretización a nivel de los contratos (art. 958), lo es siempre con el condicio-

namiento que apareja aquel marco general básico (9).

Sígase de ello que, si bien el negocio jurídico —como categoría comprensiva del contrato— es comprendido como el instrumento más calificado de la autonomía privada, cierto es que el particular no puede crear, como podría suponer, una regulación jurídica de sus propios intereses a su mejor creer y entender, dado que para ello debe utilizar aquellos que el ordenamiento reconoce y del modo en que lo hace (10). Afirmar algo distinto, por hipótesis, daría lugar a la validación de actos jurídicos con independencia de su dirección, cuando —en realidad— no se duda de que los efectos normativos habrán de ser rigurosos cuando aquellos demuestren antisocialidad.

La libertad —puede decirse— ha de correr parejo con la igualdad (11).

Dicho lo anterior, aproximar un concepto de orden público ha sido una tarea cuya labor no ha dado resultados unísonos (12), al considerárselo impreciso (13), enigmático (14), extremada-

(6) BORDA, Guillermo A., “Concepto de ley de orden público”, LL 58-1950-997.

(7) Las normas de orden público, por los efectos que su declaración apareja, ha dado lugar a particulares reparos, en tanto el instrumento puede ser base de imposiciones autoritarias, limitadoras de la libertad individual y avasalladoras del pluralismo social. Empero, creemos que tales prevenciones no lo son, verdaderamente, respecto del orden público en sí, sino con relación a desviaciones interpretativas realizadas por fuera del Estado de derecho y que, bajo el rótulo de aquel, han transgredido su real esencia.

(8) SODERO, Eduardo - VIGO, Rodolfo L., “Orden público y orden público jurídico”, LL 2015-F-1077.

(9) Sobre el particular resultan de interés las ideas de JOSSE RAND, quien veía en los derechos más relatividad que absolutismo, dado que estos —a su decir— no son más que productos sociales, recibiendo su espíritu y finalidad de la propia comunidad (*Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Olejnik, Córdoba, 2016, p. 4). Entre nosotros, y con mayor actualidad, se ha expresado en sentido semejante STIGLITZ, Rubén S., en *Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 93.

(10) CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, trad. de M. Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1956, ps. 44-47, ns. 15-16.

(11) DE GÁSPERI, Luis, *Tratado de derecho civil*, MORELLO, Augusto M. (colab.), TEA, Buenos Aires, 1964, t. I, p. 79, n. 67.

(12) VIGO, Rodolfo L., *Interpretación jurídica. Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

(13) APARICIO, Juan M., *Contratos. Parte general 1*, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 92.

(14) FIGUEROLA, Melchor, en ESPARZA, Gustavo - FIGUEROLA, Melchor - MONTENEGRO, Gustavo, *El orden público en el derecho privado*, Martín, Mar del Plata, 2018, p. 77.

mente complejo (15), difícil de definir (16), inabarcable (17), de perfiles difusos (18), todo lo cual haría a un panorama desconcertante (19). La indeterminación del concepto, sin dudas, conspira contra su definición.

Empero, lo que habitualmente se observa como un defecto lo creemos su mayor virtud, dado que aquellas normas de orden público que dirigen la voluntad negocial persiguen rechazar cualquier matiz que contraríe las pautas sociales, lo cual difícilmente pueda ser logrado con base en reglas jurídicas que señalen de manera precisa y detallada el marco de la juridicidad; desde esta perspectiva, lograr un adecuado estándar de textura abierta y flexible es —pese a la dificultad de su indefinición— la herramienta que con mayor fidelidad podrá representar la realidad (20).

No obstante lo cual, podemos tomar por consensuada —al menos mayoritariamente— aquella tesis según la cual el orden público se halla constituido por un conjunto de principios

jurídicos que constituyen la base de la organización social y que, asimismo, aseguran la realización de aquellos valores que la sociedad juzga fundamentales (21). Esta inteligencia, recurrente en los textos doctrinales, ha sido refrendada por la Corte Suprema de Justicia (22).

Si lo anterior es, o aparenta ser, un asunto meramente teórico, precisar su contenido, por el contrario, es llevar el asunto al plano de lo práctico. Al respecto, no será desacertado aseverar que, si bien su concepto con el transcurso del tiempo no ha de sufrir mayores mutaciones, lo mismo no es replicable con relación a su contenido, puesto que —por definición— el mismo variará dependiendo de los principios y valores que se consideren elementales y básicos en un momento histórico determinado (23).

Bajo esta comprensión, si entendemos que el orden público es un instituto jurídico guiado por el interés general, el dinamismo de este último es lo que determina su continua e incesante variación.

A su vez, precisar aquellos intereses es una tarea que en la actualidad se demuestra compleja, dado que —según se ha advertido— en los ordenamientos democráticos actuales ya no se persigue crear un sistema que represente un tipo determinado de moral social, sino que procuran un pluralismo axiológico respetuoso de la diversidad (24). Si de lo que hoy se habla es

(15) RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, t. I, p. 99, n. 76.

(16) GELLI, María Angélica, "Orden público en el derecho constitucional", LL 2015-F-800.

(17) KELLER DE ORCHANSKY, Berta, en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y normas complementarias*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, t. I, p. 56.

(18) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., en "El derecho del consumidor", LL 2015-F-985.

(19) SODERO, Eduardo - VIGO, Rodolfo L., "Orden público...", cit.; BIBILONI, por su lado, tiene adjudicada la siguiente frase: "Los juristas más famosos no saben qué es esto de orden público" (*Reforma del Código Civil. Observaciones. Actas de la comisión*, Guillermo Kraft, Buenos Aires, t. I, p. 129) y BORDA, a su turno, la de que "los más sabios juristas han fracasado todos los esfuerzos para concretar la enunciación de un concepto que reúna el beneplácito general" (*Tratado de derecho civil. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 65, n. 45).

(20) Lúcidamente PUIG BRUTAU, al referirse a la licitud del objeto de los contratos, señaló que tal control "no puede conseguirse a base de reglas jurídicas en el sentido más estricto, que son las que señalan una consecuencia precisa y detallada como propia de un hecho antecedente no menos detallado y preciso, sino que sólo pueden lograrlo por medio de otro tipo de reglas, las que contienen un standard o prototipo de conducta" (*Fundamentos de derecho civil. Doctrina general del contrato*, Bosch, Barcelona, 1954, t. II, vol. I, p. 148).

(21) De acuerdo: LLAMBÍAS, Jorge J., *Derecho civil. Parte general*, Perrot, Buenos Aires, 1982, t. I, p. 158, n. 184 y p. 163, n. 195; SALVAT, Raymundo, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Romero del Prado (actualizador), TEA, Buenos Aires, 1950, t. I, p. 168, n. 247; RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, p. 99, n. 76; TOBIAS, José W., en ALTERINI, Jorge (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 93, n. 4.

(22) CS, Fallos 316:2117, voto del Dr. Fayt.

(23) TRIGO REPRESAS, Félix A., "Orden público en el derecho de las obligaciones", LL 2015-F-1029; TOBIAS, José W., en *Código Civil y Comercial comentado...*, cit., t. I, p. 93, n. 4; RIPERT, Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, Paris, 1936, ps. 280 y ss., ns. 143 y ss.; BUSO, Eduardo B., *Código Civil anotado*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1944, t. I, p. 189.

(24) SANTARELLI, Fulvio G., *Contrato y mercado*, cit., p. 102, nota 62.

de una democracia de consenso, en contraposición al modelo estrictamente de mayorías, resulta natural que ante los conflictos entre intereses no se reaccione haciéndolos competir. No hay ganadores y perdedores, incluidos y excluidos; el reconocimiento de la pluralidad llama a superar ese modelo y busca la satisfacción de las necesidades del colectivo en un todo armonizado con las propias de las individualidades.

Por otra parte, las fuentes de las cuales se informa el orden público son múltiples, no siendo la ley su único depositario, en tanto el interés general se nutre de todas las fuentes de la juridicidad. Por lo tanto, el orden público no se halla únicamente en aquellos textos legales donde expresamente así se lo indica, sino que podrá también extraerse de toda fuente jurídica (art. 1º).

Precisamente, dable es entender que la ley 22.802 de lealtad comercial —y las normas que integran dicho tópico mercantil—, no se encuentra ante la necesidad de tener que especificar el carácter de orden público de sus normas, en tanto su propia naturaleza así lo indica (25); el art. 2º del DNU, desde este ángulo, resulta superfluo.

Dable es insistir, entonces, en que el instituto de referencia no puede hallarse únicamente al nivel de la mera legalidad, dado que la crisis del dogma de la infalibilidad de la voluntad del legislador, por un lado, y la pluralidad de fuentes que conforman el sistema, por otro, conducen a reconocerle a la ley el mismo peso informador que las restantes fuentes del derecho. Así es cómo, precisamente, se habla de un *orden público virtual*, refiriéndose por tal a aquel que no surge precisado por el legislador, sino que su determinación es extraída por el juez en su labor hermenéutica (26); lo que ha de derivar,

(25) En sentido semejante se ha expresado la Corte federal en Fallos 208:497, al igual que LLAMBÍAS, quien juzgó insatisfactorio aquel criterio según el cual el orden público estaría sujeto al puro arbitrio legislativo (*Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, p. 160, n. 189). En contra: BARASSI, Ludovico, *Istituzioni di diritto civile*, Giuffrè, Milán, 1945, p. 123, n. 67; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, p. 73, n. 52.

(26) MALINVAUD, Philippe, *Droit des obligations*, Lexis Nexis, París, 2009, p. 185, n. 254.

naturalmente, en las llamadas nulidades implícitas o virtuales.

El orden público, en ese entender, se reformula en coordinación con el conjunto y, consecuentemente, la autonomía de la voluntad encuentra en él todo su límite (27). En esa comprensión, el art. 42 de la Carta Fundamental, alcanzado por el proceso de constitucionalización del derecho privado, brinda la base normativa del orden público en las relaciones de mercado.

### III. Orden público y el mercado

En los tiempos actuales el orden público muestra distintos perfiles, algunos de ellos preocupados más por el interés general de la sociedad y otro más inclinado por intereses particulares que reclaman una mayor simetría comercial. A este estadio, vale la aclaración, se arribó hace no tantas décadas, pese a que la noción de orden público está entre nosotros —y entre todos aquellos ordenamientos tributarios del código de Napoleón— hace ya un buen tiempo.

Es que, si bien el *Code Civil* lo tiene consagrado en su art. 6º, y nuestro derogado Código Civil lo replicaba en el art. 21, lo cierto es que los cambios ocurridos tanto en su contenido como en su aplicación siguen muy de cerca el desarrollo del Estado y su relación con la ciudadanía. La mayor injerencia estatal en los distintos planos de la sociedad trajo consigo, naturalmente, una revalorización del orden público en tanto herramienta de salvaguarda de intereses; ya no solo interesa resguardar aquellas clásicas instituciones decimonónicas —v.gr., la capacidad, la familia o el derecho de las cosas— sino que, a ello se le adicionan componentes tanto económicos como sociales.

Así, el principio de la autonomía de la voluntad, derivado de la idea de libertad y exacerbado por los pensadores racionalistas, comenzó a sufrir limitaciones en el campo de las relaciones patrimoniales, a diferencia de lo ocurrido en los negocios extrapatrimoniales (28). En efecto, ha-

(27) Sozzo, Gonzalo, “Pasado, presente y futuro del principio de orden público referido a los bienes colectivos”, RDPyC 2007-3-374.

(28) Con particular acierto, se ha dicho que “se asiste en la actualidad a una renovada expansión de

biendo conformado dicho principio el núcleo de la teoría clásica del contrato, se tiene por afirmado que en los tiempos contemporáneos se asiste a una cierta declinación de este (29).

Los cambios a nivel social, cultural y económico ocurridos principalmente durante el siglo XX pusieron de manifiesto que la fórmula del *laissez faire, laissez passer* no conducía a ningún equilibrio ni armonía entre los contratantes (30); por el contrario, la interferencia en dichas relaciones se volvía imperiosa so riesgo de permitir abusos por parte de aquellos con poder de negociación. La libertad contractual, analizada ya bajo las perspectivas más modernas, reconoce límites allí donde la regulación que los particulares se intenten dar transgreda los intereses del cocontratante o los de la sociedad (31); es este el proceso de “publicización”

---

la autonomía de la voluntad, desmintiendo a quienes presagiaban, no hace tiempo su crisis y el crepúsculo y la muerte del contrato”. Aclarando luego que ello no ha de presentarse con igual intensidad en el sector del negocio jurídico patrimonial (TOBIAS, José W., “La protección de la voluntad en la contratación contemporánea”, LL 2010-B-966).

(29) Declinación que le ha sido atribuida a (1) que la autonomía de la voluntad dejó de ser el fundamento único de las normas decimonónicas, (2) que su respeto irreflexivo conduce a consecuencias injustas e ineficaces y (3) al desarrollo que tuvo el orden público (CABRILLAC, Rémy, *Droit des obligations*, Dalloz, París, 2004, ps. 17-19). También se ha señalado, con agudeza, que el criterio de justificación de la fuerza vinculante del contrato no residiría ya en el dogma de la voluntad sino en el criterio de lo justo y lo útil (GHESTIN, Jacques, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, LGDJ, París, 1993, p. 202, cit. por TOBIAS, José W., “La protección de la voluntad...”, cit.; MAYO, Jorge, “La autonomía de la voluntad ¿es el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato?”, LL 1996-E-833).

(30) Ampliase en: GOLDENBERG, Isidoro, “Impacto tecnológico y masificación social del derecho privado”, LL del 12/10/1989, p. 1.

(31) LARENZ ha puntualizado que la auténtica libertad contractual no habrá de hallarse en aquellos contratos en las cuales una de las partes impone las condiciones, ya sea por su situación monopolística o por su predominio económico (*Derecho de obligaciones*, trad. de Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, t. I, p. 73, n. 5.II, nota 8). Véanse, al respecto, los valiosos aportes de REZZÓNICO (*Contratos con cláusulas predisuestas*, Astrea, Buenos Aires, 1987, ps. 330 y ss., n. 240; *Principios fundamentales de los contratos*, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 222, n. 125).

del contrato que se enraíza en una tendencia de neto corte solidarista.

Si, en algún momento, parafraseando a Fouilleé, quien decía contractual decía justo (*qui dit contractuel di juste*), hoy tal aseveración, que sustentó el más puro liberalismo económico, se presenta inconsistente con el nuevo cuadro axiológico que informa a las sociedades del siglo XXI.

En los tiempos actuales, según se sostiene, la libertad individual es llamada a desarrollarse hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una determinada sociedad. Al mismo tiempo, resulta socialmente aceptable que se introduzcan desigualdades excepcionales a fin de que se maximicen las porciones que les correspondan a aquellos sectores más desfavorecidos (32). No es casual que el legislador contemporáneo acuda cada vez con mayor frecuencia a declarar el carácter de orden público de una determinada ley (33); la excepcionalidad que supo tener tal calificación, podemos afirmar, ha mermado.

Una de las implicancias que trajo consigo este nuevo estado de cosas es la mayor polivalencia que se le ha asignado al orden público; conocer sus rostros, por caso, permite comprender los distintos objetivos que persigue el ordenamiento cuando se califica a una determinada norma como tal, de lo que se sigue que los efectos jurídicos puedan diferir según el tipo de or-

---

(32) La Corte Suprema, en fallo reciente, ha tenido oportunidad de referirse a la cuestión y, puntualmente, sostuvo que tales ideas “se adecuan a la regla de la igualdad (art. 16 de la CN) y se compadecen con la distribución diferenciada a través de medidas de acción positiva destinadas a garantizar la igualdad real de oportunidades y el pleno goce de los derechos reconocidos por la Carta Magna y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (CS, 18/12/2018, “Blanco, Lucio Orlando c. ANSeS s/ reajustes varios”). Ampliar en: RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, 2006.

(33) Así lo han advertido: MALINVAUD, Philippe, *Droit des obligations*, cit., p. 184, n. 253; RIPERT, Georges, *Le régime démocratique...*, cit., p. 275, n. 141; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil...*, cit., t. I, p. 73, n. 52.

den público de que se trate, ya sea de *dirección*, de *coordinación* o de *protección* (34).

En particular, el orden público de protección —ya sea a los propios competidores, ya sea al consumidor—, pretende proteger a una de las partes contratantes a fin de restablecer el desequilibrio negocial. Si la garantía constitucional de la igualdad es pensada en términos de efectividad, evitando dejarla en el plano de lo ficcional (35), se requiere necesariamente de una intervención a fin de resguardar la autonomía de la voluntad de aquellos carentes de todo poder de negociación. Dable es afirmar, entonces, que la autonomía privada en el marco de los contratos no se halla en un proceso de declinación; por el contrario, creemos que en la actualidad se asiste a un proceso de revalorización que intenta lograr su mayor autenticidad por medio de herramientas jurídicas que logren impedir todo aquello que conspire en su contra.

#### IV. El mercado y la autonomía privada

Si uno de los propósitos que tiene el orden público es buscar resguardar la autonomía privada, resulta propio señalar que esta hoy se halla, antes que en el contrato, en el mercado. Desde allí que en los tiempos actuales —según señala De Lorenzo— se asiste a un proceso en donde la voluntad negocial, en el campo estrictamente patrimonial, se presenta “fugándose” del contrato para dirigirse al mercado (36).

Así es que en la actualidad la discusión acerca de la protección de la persona se da en aquel ámbito económico de intermediación entre la oferta y la demanda, y no tanto dentro del negocio jurídico, como tradicionalmente se lo hizo. El debate, que se disputa entre el mercado y la persona, ha merecido el detenimiento de la Corte Suprema de Justicia, al resaltar que el

hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino su señor: aquel no encuentra otro sentido y validez a no ser que tribute hacia la realización de sus derechos y del bien común. “De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad” (37).

En ese contexto, resulta natural que el mercado sea teñido de un marco “publicista” en función de la trascendencia que tal espacio ha tomado en tiempos contemporáneos.

Desde esta perspectiva, nuestra doctrina más aguda viene señalando que la protección de la voluntad individual requiere de soluciones actuales que respondan a las nuevas contingencias que a esta la abruma. Los institutos tradicionales, representados esencialmente por los vicios de la voluntad (error, dolo, violencia), ya no preservan de buena manera a la libertad de los contratantes. Uno de los mecanismos más eficientes para proteger las decisiones, al lado de la tutela del consumidor, es el de garantizar una adecuada competencia (38).

#### V. Efectos del orden público

Los principales efectos que acarrea la calificación del régimen de lealtad comercial como de orden público pueden sintetizarse en los que siguen:

1) Imperatividad. Los otorgantes del acto jurídico no pueden apartarse de estas normas, bajo pena de ineficacia (art. 12). La imperatividad, aclárese aquí, resulta ser una nota que caracteriza a las normas de orden público, más no un sinónimo de este, en tanto existen normas

(34) Véanse las adelantadas observaciones de RIPERT, Georges, en su *Le régime démocratique...*, cit., ps. 273 y ss., ns. 140 y ss.

(35) Corresponde remitir a las reflexiones efectuadas por DE LORENZO sobre el “mito de la igualdad ante la ley” (“Sobre ficciones y mitos en el derecho privado”, LL 2007-A-854).

(36) DE LORENZO, Miguel F., “El péndulo de la autonomía de la voluntad”, en *Derecho Privado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, ps. 447 y ss.

(37) CS, Fallos 327:3677; 339:1077.

(38) Así lo hacen notar: DE LORENZO, Miguel F., “El péndulo de la autonomía...”, cit., p. 454; TOBIÁS, José W., “La protección de la voluntad en la contratación contemporánea”, LL 2010-B-966; del mismo autor, “Persona y mercado”, LL 2012-B-632.



imperativas en las que no está comprometido el interés general (39).

2) Aplicabilidad de oficio. La observancia de estas normas conlleva la aplicación oficiosa por parte del juez.

3) Irrenunciabilidad. Los titulares de estos derechos no pueden renunciar anticipadamente a ellos, careciendo de todo efecto si así lo hicieren. Sí será válida la renuncia una vez que estos ya hayan ingresado en su patrimonio; de allí la segunda parte del art. 2º del DNU (40).

4) Repulsión del derecho extranjero. Se niega la aplicación de disposiciones extranjeras cuando sus soluciones resulten contrarias al orden público argentino (art. 2600).

5) Ineficacia parcial. El acto será parcialmente ineficaz, en tanto solo serán descartadas aquellas cláusulas desequilibrantes.

6) ¿Nulidad absoluta? Nos interrogamos acerca de si el régimen de nulidades resulta aplica-

ble o si, en cambio, la sanción de ineficacia que allí se presenta forma parte de una categoría atípica (41). Siguiendo aquella binaria clasificación entre nulidad absoluta y relativa, no cabe duda de que este tipo de ineficacia se asemeja más a la primera que a la segunda, en tanto no resulta admisible la renuncia anticipada ni tampoco el acto se sana por medio de la confirmación ni por la prescripción; empero, volver las cosas al *statu quo ante* resulta, *a priori*, excesivo. Las consecuencias que se siguen de la nulidad absoluta, apropiadas para aquellas tradicionales hipótesis para las cuales fue pensada, no lucen ajustadas a los intereses que este micro-sistema persigue proteger ni, así tampoco, a las necesidades del tráfico económico (42); lo deseable no es volver las cosas al estado anterior, sino “civilizar” el acto (43).

(41) Con agudeza, SANTARELLI propone replantear el régimen de ineficacias en función de la moderna dinámica del mercado (*Contrato y mercado*, cit., ps. 300 y ss.).

(42) Con preocupación, RIPERT advertía sobre los problemas que trae consigo, en ciertos supuestos, la restitución de las cosas al estado anterior, concluyendo que en estas hipótesis regiría una *nullité de protection*, la cual no perdería los rasgos de absoluta, pero que, en ciertos aspectos, recibiría un trato como si fuera relativa (*Le régime démocratique...*, cit., ps. 273 y ss., ns. 140 y ss.; véase también, aunque con menor desarrollo, RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, La Ley, Buenos Aires, 1963, t. I, p. 460, n. 645).

(43) LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, t. I, p. 733.

(39) En contra: ENNECCERUS, Ludwig - KIPP, Theodor - WOLFF, Martín, *Tratado de derecho civil (parte general)*, Bosch, Barcelona, vol. I, t. I, p. 191, n. 45; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil...*, cit., t. I, ps. 66-67, n. 47.

(40) “Sin perjuicio de lo anterior, las partes en un proceso judicial podrán conciliar o encontrar otra forma de solución de conflictos que acordarán en la audiencia que el juez convoque a tal efecto”.



# El orden público en las normas de lealtad comercial: límites y particularidades

---

JOSÉ I. ONDARCUHU (\*)

## I. Concepto de orden público

Todos los autores reconocen la dificultad de dar una noción precisa de orden público. Tanto las definiciones como los sistemas enunciados para establecer cuáles son las leyes de orden público adolecen de vaguedad e imprecisión (1).

Tradicionalmente se ha entendido por orden público a *aquellos principios de orden superior que constituyen los basamentos del orden jurídico de un Estado*. Esto es, el conjunto de principios excelsos, de orden moral, religioso, político y económico, que forman los pilares en que se asienta la organización jurídica de un Estado y que se vinculan al modo de vida social digna que los individuos quisieron asegurar al organizarse jurídicamente (2).

---

(\*) Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica Argentina, "Santa María de los Buenos Aires", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Nicolás, Provincia de Buenos Aires.

(1) Busso, Eduardo B., *Código Civil anotado*, Ediar, Buenos Aires, 1944, t. I, p. 189; LLAMBIAS, Jorge J., *Código Civil anotado. Doctrina - Jurisprudencia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, t. 1, p. 52; señalándose en esta citada obra que "pocas nociones son tan rebeldes como la del orden público para formular de ella una definición clara y precisa. Todos los autores que han abordado el tema han señalado la dificultad para lograr ese propósito y algunos han confesado un rotundo fracaso".

(2) ABELENDA, César A., *Derecho civil. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1980, t. 1, p. 109. En análogo sentido al que diera con anterioridad Salvat en SALVAT,

En este lineamiento, cabe acotar, conforme ya se sostuviera en el IX Encuentro de Abogados Civilistas (Paraná, 1995), que "El principio de orden público tiene un contenido elástico y variable en el tiempo, su concepto no es unívoco y, en sentido amplio, comprende las bases esenciales del ordenamiento jurídico, social y económico de un país en un momento de su evolución histórica", aclarando de este modo que su concepto es inmutable, pero lo que varía es su contenido (3).

La noción de orden público, como depende de las ideas que dominan en una sociedad, varía considerablemente en el espacio y en el tiempo. Principios que en una sociedad o en una época son considerados esenciales para la conservación del orden social, no lo son en otra sociedad o en otra época (4). Ello, sin embargo, no constituye un obstáculo insuperable para formular, con carácter general, un concepto que sea luego trasladable a cada caso en particular, confrontando los concretos intereses jurídicos en pugna. De modo que "una cuestión es de orden público cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cues-

---

Raymundo M. - LÓPEZ OLACIREGUI, José María, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, TEA, Buenos Aires, 1964, t. I, p. 245.

(3) PIÑON, Benjamín P., "El orden público en la Constitución, en la ley y en el derecho", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007-3, p. 8.

(4) SALVAT, Raymundo M. - LÓPEZ OLACIREGUI, José María, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, TEA, Buenos Aires, 1964, t. I, p. 245.

ciones de orden privado, en las cuales solo juega un interés particular” (5).

## II. Ley de orden público

En correlación con el punto anterior, se tiene dicho que es criterio casi unánime en la doctrina el de considerar leyes de orden público a aquellas que han sido dictadas en el interés de la sociedad, por oposición a las dictadas teniendo preferentemente en mira el interés individual (6).

Las leyes de orden público son irrenunciables. Además, ellas son aplicables, en principio, de oficio por el juez, sin necesidad de que así lo requieran las partes e implica nulidad de cualquier acto que pretendiese dejar sin efecto una norma de esta naturaleza (7), al punto que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público (art. 12, primer párrafo del Cód. Civ. y Com.).

El “orden público” tiene ciertas características propias que son dignas de destacar, tales como: a) constituye una cualidad de ciertas leyes; b) resulta ser de excepción y no una regla constante; y c) se lo encuentra siempre dentro de un género mayor constituido por las leyes imperativas (8).

La calificación de “orden público” no puede ser la regla, aunque se ha señalado que todas las leyes tienen en mira el bien común y por ello podría invertirse la cualidad. Pero de ninguna manera se puede aseverar que esa circunstancia la convierta en una norma imperativa y siempre sea de “orden público”. La mayoría de las reglas jurídicas responde a intereses particulares y aun muchas de ellas resultan de derecho supletorio (9).

(5) BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Parte general*, 10ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, t. I, p. 76. PIZARRO, Ramón D. - OSSOLA, Federico A., “Orden público en la responsabilidad civil”, LL 2015-F-1001.

(6) BUSSO, Eduardo B., *Código Civil anotado*, cit., t. I, p. 191.

(7) LLAMBIAS, Jorge J., *Código Civil anotado...*, cit., t. I, p. 57.

(8) BUSSO, Eduardo B., *Código Civil anotado*, cit., t. I, ps. 189-190.

(9) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “El orden público y las convenciones particulares”, en *Revista*

Asimismo, las leyes imperativas no equivalen a las leyes de orden público, ello pese a la respetable opinión de Borda que entendiera a ambas como conceptos sinónimos (10). Lo cierto es que la corriente doctrinaria mayoritaria busca diferenciar ambos conceptos. En el sentido de que mientras las leyes imperativas inciden e impiden que los particulares prescindan de ellas ya que le son obligatorias, las de “orden público” tienen una especie de cualidad por las motivaciones y fundamentos otorgados por el legislador en consideración a intereses superiores. En otros términos, cuando se habla de orden público se mira a la causa, razón o fundamento que da origen a esa categoría, mientras que cuando se contempla la imperatividad se anota el efecto de imponer la aplicación normativa (11). De esta manera y con razón se puede sostener que la ley imperativa constituye el género, mientras que la ley de “orden público” se ubica en la especie; y que por lo tanto pueden existir leyes imperativas que no tengan la cualidad de ser de orden público.

## III. El carácter de orden público de las normas de lealtad comercial. Particularidades

El nuevo régimen de lealtad comercial instaurado a partir del decreto de necesidad y urgencia 274/2019 (en adelante DNU 274/2019) dispuso expresamente en su art. 2º el carácter de “orden público” de las previsiones del citado decreto.

Como una primera apreciación, si se quiere literal sobre la cuestión, no resulta factible soslayar que el régimen anterior comprendido en la derogada ley de lealtad comercial 22.802 no establecía en su articulado el orden público de sus normas. Ello, claro, no significa que las normas de lealtad comercial —antes en comparación con las actuales— carecieran de tal cualidad.

Es que el carácter de orden público de una ley no depende de la decisión y voluntad del

*de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007-3, p. 110.

(10) BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil...*, cit., t. I, p. 76.

(11) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “El orden público...”, ps. 111-112; LLAMBIAS, Jorge J., *Código Civil anotado...*, cit., t. I, p. 51.

legislador. Las disposiciones de orden público no son tales porque se las califique así en las propias leyes, sino por su naturaleza, por las causas que determinan su sanción y por los fines que con ella se persiguen (12).

Y al regularse la materia de lealtad comercial no debe perderse de vista que se encuentra en juego el interés general de la sociedad, del colectivo, sobre todo de los consumidores y competidores. Conforme se dijera en la Exposición de Motivos de la ley 22.802, esta fue titulada como “Ley de Lealtad Comercial” por dos razones: para proteger al consumidor y facilitar al comerciante el conocimiento de la legislación a la que debe adecuarse para la comercialización de sus productos y servicios.

La jurisprudencia refería que el bien jurídico protegido por la ley 22.802 es la lealtad de las relaciones comerciales, que abarca los derechos de los consumidores y de los competidores, tutelando la libertad, la clara, precisa y debida información y la transparencia en tales actividades (13).

Justamente uno de los principales derechos del consumidor es el derecho a la lealtad comercial, que bien puede conjugarse —por eventualmente encontrarse comprometidos— con el derecho a la información y a la seguridad, ellos incluso de jerarquía constitucional (arts. 42 de la CN, 4º, 5º y conchs. de la ley 24.240, 1100 del Cód. Civ. y Com.).

En lo que hace al ámbito del derecho del consumidor, se puede afirmar que el orden público es la regla que no admite excepciones. Su origen se encuentra en los cambios habidos en las relaciones jurídicas, económicas y sociales que determinan el desarrollo de un especial orden público protectorio (14), por el que se procura introducir herramientas para compensar las asimetrías y resguardar los intereses de los más vulnerables; lo que retira gran parte del contenido de los vínculos del área de disponibilidad

de las partes (15). Es por esto por lo que la propia Ley de Defensa del Consumidor 24.240, en su art. 65 dispone que “la presente ley es de orden público...”

Ahora bien, la irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores que impone el orden público estatuido en el art. 65 no se limita a los derechos emergentes de la ley 24.240, sino a todo derecho en favor del consumidor o usuario que surja de cualquier ley nacional o provincial o disposiciones municipales en razón de lo dispuesto por el art. 3º de la citada ley, según el cual el derecho de los consumidores y usuarios se integra con las disposiciones de la ley 24.240, con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones con los proveedores de bienes y servicios encuadrables en los arts. 1º y 2º, y especialmente con las normas contenidas en la Ley de Defensa de Competencia y en la Ley de Lealtad Comercial (16).

De este modo, el orden público de protección no se limita al texto de la ley 24.240, sino que abarca todo el bloque de normas consumeristas (17), que incluye lógicamente a las propias normas de lealtad comercial (arts. 3º y 65 LDC).

Sin perjuicio de aquello, el interés general y por tanto el orden público de las normas de lealtad comercial, se encuentra explicitado, desde el comienzo del DNU 274/2019, al establecer en su art. 1º, como finalidad del decreto “...asegurar la lealtad y transparencia en las relaciones comerciales y garantizar el acceso a

(12) LLAMBÍAS, Jorge J., *Código Civil anotado...*, cit., t. 1, p. 58 y la jurisprudencia allí citada.

(13) CNPenal Económico, sala B, 7/11/1996, *in re* “C., SRL s/ley 22.802”, ED 174-326.

(14) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Orden público en el derecho del consumidor”, LL 2015-F-985.

(15) CARAMELO, Gustavo, “La constitucionalización de los derechos del consumidor”, en PICASSO, Sebastián-VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, p. 44.

(16) FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2009, ps. 654-655.

(17) La protección del consumidor tiene su eje en la Constitución Nacional, en la Ley de Defensa del Consumidor y en su decreto reglamentario, pero no se agota allí. Se integra, al decir del propio art. 3º de la ley 24.240, con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular por la ley de defensa de la competencia y la ley de lealtad comercial, ampliándose ahora con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que contiene una regulación específica sobre el consumidor, relación de consumo y contratos de consumo.

información esencial sobre los productos y servicios comercializados en la República Argentina a través de canales físicos o digitales, en interés de todos los participantes del mercado...”

Las normas de lealtad comercial integran el llamado derecho contra la competencia desleal, y el interés general y consecuente orden público de este ha sido notado además por la doctrina española. En tal sentido, Tato Plaza explica que “el derecho contra la competencia desleal ha tenido una profunda evolución a partir de la cual en modo alguno puede ser considerado —este derecho— como un instrumento únicamente encaminado a la ordenación de las relaciones entre competidores, y que —por el contrario— tiene un carácter marcadamente institucional, orientado hacia la tutela de la institución misma de la competencia económica y del correcto funcionamiento del mercado. Y que, en definitiva, solo bajo una visión arcaica del derecho contra la competencia desleal se puede sostener que resulta ajena a este sector del ordenamiento la represión de ciertas conductas o prácticas competitivas que —al margen ya de su incidencia en los intereses de los competidores o consumidores— entren en abierta contradicción con valores o derechos constitucionalmente protegidos y, por ende, con el interés general” (18).

Por todo ello decimos que la ley de lealtad comercial es una ley de orden público.

#### IV. Límites al orden público en las normas de lealtad comercial

El art. 2º del DNU 274/2019 que lleva el título “Orden público” dispone que “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las previsiones de este Decreto. Sin perjuicio de lo anterior, las partes en un proceso judicial podrán conciliar o encontrar otra forma de solución de conflictos que acordarán en la audiencia que el juez convoque a tal efecto”. La primera parte de este dispositivo legal se encuentra en sintonía con lo dispuesto por el art. 12, primer párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación

(18) TATO PLAZA, ANXO, en TATO PLAZA, ANXO - FERNÁNDEZ CARBALLO - CALERO, Pablo - HERRERA PETRUS, Christian, *La reforma de la ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 49.

vigente, en cuanto establece que “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público”.

El concepto del “orden público” como elemento atributivo de algunas normas —aquí las de lealtad comercial—, y el consiguiente ejercicio de sus efectos, se da, entre otros aspectos muy precisos, como un límite al ejercicio de la autonomía privada o autonomía de voluntad (19). Esto dado que el carácter de orden público de una ley determina que esta prime sobre la voluntad individual contraria; y los interesados no pueden, pues, eliminar ni obstaculizar los efectos de una disposición de orden público, ni contrariar el régimen de instituciones de ese carácter (20). Y ello debe ser así, porque la libertad de los particulares no es absoluta y se detiene cuando enfrenta el orden público, o sea ese conjunto de principios superiores del ordenamiento jurídico que no podrá quedar relegado en alguna medida por el arbitrio de los individuos (21).

No obstante ello, también el orden público tiene sus propios límites: no podría cercenar totalmente a la persona la facultad de ordenar su conducta de la manera que considere más apropiada. Dicho en otros términos, es de orden público que exista en determinada medida un campo de autonomía para la voluntad privada (22).

Todo esto se puede trasladar perfectamente al terreno del derecho del consumidor y de las normas de lealtad comercial.

No obstante, pese a que justamente una de las características de las leyes de orden público es que son irrenunciables, como son irrenunciables los derechos incorporados en tales leyes;

(19) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “El orden público...”, p. 113. Menciona el autor, también, como aspectos: a) alternando el principio de garantía que significa la irretroactividad de la ley; y b) en la posibilidad de la aplicación de la ley extranjera.

(20) BUSO, Eduardo B., *Código Civil anotado*, cit., t. I, ps. 194-195.

(21) LLAMBÍAS, Jorge J., *Código Civil anotado...*, cit., t. I, p. 56.

(22) *Ibidem*, t. I, p. 57.

sin embargo, el estatuto del consumidor consagra, en forma expresa, vías especiales por las cuales el consumidor puede renunciar a determinadas ventajas conferidas por el sistema, en pos de arribar a un acuerdo conciliatorio con el proveedor (23) (art. 45 de la LDC). Como aquí, el art. 2º del DNU 274/2019 dispone también que —pese al orden público de la norma— las partes en un proceso judicial podrán conciliar o encontrar otra forma de solución de conflictos que acordarán en la audiencia que el juez convoque a tal efecto.

Aquello cobra sentido en la medida que, como lo señala Lorenzetti, la sola renuncia no es *per se* causa de ineficacia, pues en determinadas circunstancias puede resultar justificada, como en el caso de una conciliación, la cual, por definición, está integrada por renunciaciones y reconocimientos (art. 45 de la LDC) (24). El texto legal no puede llevar a la conclusión de que todos los derechos de los consumidores son irrenunciables ni que el consumidor no puede renunciar a nada, lo cual resultaría excesivo y conduciría a imposibilitar toda negociación contractual. En cambio, lo que procura la norma o lo que tiene como finalidad es evitar que se le puedan imponer al consumidor renunciaciones que impidan su acceso al bien o servicio, que afecten aspectos no patrimoniales (integridad física, salud, honor) o que se desequilibre la justicia conmutativa del contrato (25). Todo esto, claro está, en el entendimiento de que algunos derechos de los consumidores son *en todos los casos* irrenunciables, como sucede con la salud, la seguridad o el derecho a una información clara y veraz (26).

(23) SÁENZ, Luis R., en comentario al art. 65 de la LDC, en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor...*, cit., 2009, t. I, p. 769.

(24) LORENZETTI, Ricardo L., en MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., *Defensa del Consumidor. Ley 24.240*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 247. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte general*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 706.

(25) FARINA, Juan M., *Defensa del Consumidor y del Usuario*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 417; LORENZETTI, Ricardo L., en MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., *Defensa del Consumidor...*, cit., p. 248.

(26) SÁENZ, Luis R., en comentario al art. 37 de la LDC, en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA,

Precisando sobre la cuestión, comparto la opinión de De La Fuente, en cuanto a que los derechos futuros, esto es los asignados obligatoriamente por la norma imperativa son siempre irrenunciables, ya que ello constituye la esencia de la imperatividad (27). Por ello, las renunciaciones anticipadas carecen de todo valor, circunstancia que ha sido contemplada expresamente en el derecho comparado por la ley 19.496 de Chile (Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores), en cuyo art. 4º establece que “Los derechos establecidos por la presente ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores”.

Por el contrario, a los derechos que podría, según el caso, renunciar el consumidor es a los derechos ya adquiridos, o sea los incorporados al patrimonio del consumidor, los cuales son plenamente renunciables de acuerdo con el principio que admite la libre disposición de los derechos que tienen contenido patrimonial, como son los adquiridos a través de actos de consumo (28). Este podría ser el caso del consumidor que adquiriese un bien siendo víctima de una publicidad engañosa, en la que por consiguiente existe una disconformidad entre la realidad del producto y aquello que se publicita al respecto, no reuniendo el producto las características o propiedades publicitadas —publicidad engañosa que se encuentra ahora prohibida por el art. 11 del DNU 274/2019— (29). En tal supuesto podría el consumidor reclamar la nulidad del contrato y/o los daños y perjuicios ocasionados por la publicidad engañosa (arts. 10 bis, 37, 40 y conchs. de la ley 24.240); o en cambio, podría conservar el contrato y llegar a un arreglo sobre sus derechos patrimoniales según su conveniencia.

En este contexto y en el ámbito de las normas de lealtad comercial, el art. 2º del DNU 274/2019 acota la posibilidad de una solución al con-

Roberto (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor...*, cit., t. I, p. 452.

(27) DE LA FUENTE, Horacio, “El orden público y la ley de defensa del consumidor”, *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa (DCCyE)*, La Ley, nro. 2, noviembre 2010, p. 59.

(28) Ídem.

(29) Además, se encuentra prohibida por el art. 1101 del Cód. Civ. y Com.

flicto dentro del marco de un proceso judicial y en la audiencia que el juez convoque al efecto. Creemos que, con un mejor criterio, como se lo señala en el art. 4° de la ley 1480 (Estatuto del Consumidor de Colombia), que ello sería factible a través de cualquier método alternativo de solución de conflictos después de surgida una controversia entre el consumidor y el proveedor y/o productor (30). Siendo por lo demás e, incluso, más acorde con la realidad tribunalicia cotidiana en la que, como es sabido, existe una etapa de mediación previa a todo proceso judicial y obligatorio en general para todo tipo de controversias (arts. 1°, 4° y concs. de la ley 26.589 de Mediación y Conciliación), circunstancia que incluye, lógicamente, a las que se pueden suscitar en torno a la materia en estudio.

## V. Palabras finales

El orden público es la institución de que se vale el ordenamiento jurídico para defender y garantizar, mediante la limitación de la autonomía de voluntad, la vigencia inexcusable de los intereses generales de la sociedad, de modo que siempre prevalezcan sobre los intereses particulares (31).

Las normas de lealtad comercial tienen como claro propósito la protección de los intereses generales de la sociedad, sobre todo de consumidores y competidores. De modo que las normas de lealtad comercial detentan el carácter de ley de orden público no porque así se lo haya deci-

dido disponer en el DNU 274/2019, sino que lo son por su naturaleza, por las causas que determinaron su sanción y por los fines que con ella se persiguen —señalado esto último en el art. 1° del DNU 274/2019—.

La Ley de Lealtad Comercial como norma de orden público es irrenunciable, como lo son los derechos incorporados en ella. Sin embargo, ello no significa que no se pueda renunciar a nada. El propio sistema permite que las partes en un proceso judicial puedan conciliar o encontrar otra forma de solución del conflicto en audiencia que el juez convoque al efecto (art. 2°, párr. 2° del DNU 274/2019).

Algunos derechos de los consumidores son *en todos los casos* irrenunciables, como sucede con la salud, la seguridad o el derecho a una información clara y veraz.

Los derechos futuros, esto es los asignados obligatoriamente por la norma imperativa, son siempre irrenunciables, ya que ello constituye la esencia de la imperatividad. Por esto las renunciaciones anticipadas carecen de todo valor.

Por el contrario, a los derechos que podría, según el caso, renunciar el consumidor es a los derechos ya adquiridos, o sea los incorporados al patrimonio del consumidor, los cuales son plenamente renunciables de acuerdo con el principio que admite la libre disposición de los derechos que tienen contenido patrimonial, como son los adquiridos a través de actos de consumo.

Consideramos que, en tal caso, la posibilidad de un arreglo no quedaría limitada a una conciliación u otra forma de solución del conflicto en un proceso judicial y en audiencia que el juez convoque al efecto (art. 2°, párr. 2° del DNU 274/2019), sino que también a través de cualquier método alternativo de resolución de conflictos después de suscitada la controversia, incluyendo la etapa de mediación obligatoria previa a la instancia judicial y obligatorio en general para todo tipo de controversias.

(30) El art. 4° de la ley 1480 (Estatuto del Consumidor de Colombia) dice lo siguiente: “Carácter de las normas. Las disposiciones contenidas en esta ley son de orden público. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, salvo en los casos específicos a los que se refiere la presente ley. Sin embargo, serán válidos los arreglos sobre derechos patrimoniales, obtenidos a través de cualquier método alternativo de solución de conflictos después de surgida una controversia entre el consumidor y el proveedor y/o productor...”.

(31) MEDINA, Graciela, “Orden público en el derecho de familia”, LL 2015-F-742.



# **ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL**

.....



# Actos de engaño como supuesto de competencia desleal

---

LUIS D. BARRY (\*)

## I. Introducción: el engaño en más de una forma

La comunidad legal se vio sorprendida en la Semana Santa del año 2019 con la promesa de “resurrección” personificada en decreto de necesidad y urgencia respecto de una norma que hasta ese momento se encontraba “encarnada” en un proyecto de ley.

En efecto, la “flagelación” que provocaba la “eterna” inflación se pensó atacar con una serie de medidas de carácter “publicitario” o “milagrosas” para mi gusto y, por qué no, engañosas, que transmitían la ilusión de un combate certero.

Es que la “cruz” de la inflación la cargamos los argentinos durante décadas por no atacarse las bases reales y continuar comprando el engaño de soluciones mágicas, heterodoxas, ya probadas y mil veces fallidas.

Tengo para mí que muchos de los que tomaron esas medidas fueron empujados por la desmemoriada política, y no por un sincero convencimiento. Sin irme demasiado del tema, destaco que detrás de las medidas que condeno, sí se llevaron a cabo políticas tendientes a com-

batir la inflación y que espero que sean sostenidas y den pronto resultado.

Entre esas medidas vio la luz el decreto de necesidad y urgencia 274/2019 (el “DNU”) que reproducía normas de lealtad comercial, ya contenidas en la ley que llevaba ese nombre y ahora derogada, así como un “nuevo” cuerpo de competencia desleal.

Ciertamente, la legalidad de ese DNU tenía que estar justificada en su necesidad y urgencia, sobre lo cual poco dice (1).

---

(1) En sus considerandos solo dice: “Que en ese sentido, las medidas hasta aquí descriptas deben ser tomadas en tiempo oportuno, de modo que contribuyan eficazmente al ejercicio del derecho previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, así como al mejoramiento de las relaciones entre consumidores, usuarios y proveedores de bienes y servicios. Que la urgencia en la adopción de la presente medida hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes. Que la Ley N° 26.122 regula el trámite y los alcances de la intervención del Honorable Congreso de la Nación respecto de los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados por el Poder Ejecutivo Nacional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3 de la Constitución Nacional. Que la citada ley determina que la Comisión Bicameral Permanente tiene competencia para pronunciarse respecto de la validez o invalidez de los Decretos de Necesidad y Urgencia, así como elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, en el plazo de diez (10) días hábiles. Que el artículo 22 de la Ley N° 26.122 dispone que las Cámaras se pronuncien mediante sendas resoluciones, y que el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Carta Magna. Que han tomado intervención los Servicios Jurídicos competentes. Que la presente medida se dicta de acuerdo a las facultades emergentes del artículo 99, incisos 1, 2 y 3

---

(\*) Abogado, Universidad de Buenos Aires; cursó un Máster Derecho Empresario, Universidad de San Andrés. Ha sido profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Católica Argentina. Actualmente es Profesor del Programa de Entrenamiento para Abogados del Fores, del Eseade, en la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, de la Maestría en Derecho Administrativo Económico de la Universidad Católica Argentina. Socio del Estudio Pérez Alati, Grondona, Benites & Arntsen.

Con respecto al DNU, los directores de esta obra me han pedido que me explique sobre el engaño como supuesto de competencia desleal, por lo cual no diré mucho más sobre el “engaño” en los objetivos, motivaciones y legalidad de la norma en comentario. Sí diré algo más sobre su real novedad.

También incluiré otros aspectos que creo resultan interesantes en el análisis general de la norma y que, de alguna forma, permiten dar un marco al nuevo cuerpo legal en materia de competencia desleal.

## II. ¿Qué regula la competencia desleal? Concurrencia de normas y de penas

La relativa novedad<sup>(2)</sup> en nuestro ámbito de la normativa sobre competencia desleal lleva a preguntarse ¿cuál es el alcance de esta regulación?

Es que contamos con normas sobre defensa de la competencia, lealtad comercial, defensa del consumidor, regulación marcaría, todo lo cual puede llevar a confusión sobre qué es lo que esta normativa en definitiva regula.

En efecto, si repasamos los tipos regulados por el DNU notaremos que existen numerosas disposiciones que se confunden con las normas marcarías, de defensa del consumidor y de defensa de la competencia.

Por ejemplo, cuando el art. 10, inc. a), del DNU regula como un acto de competencia desleal “inducir a error sobre la existencia o naturaleza, modo de fabricación o distribución, características principales, pureza, mezcla, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o compra, disponibilidad, resultados que pueden esperarse de su utilización y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que correspondan a los bienes y servicios”, constituye una norma que claramente se espeja con el art. 4º de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 que impone que “el proveedor está obligado a suministrar al

consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición”.

De igual modo, se encuentra cercano a una infracción marcaría el tipo regulado en el art. 10, inc. h), del DNU cuando también caracteriza “la imitación de bienes y servicios o iniciativas empresariales será considerada desleal cuando resulte idónea para generar confusión respecto de la procedencia de los bienes o servicios o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno”.

Inclusive en mayor medida, la similitud del art. 10, inc. f), del DNU cuando tipifica la venta por debajo del costo como “la venta por debajo del costo de fabricación o por debajo del precio de adquisición, cuando forme parte de una estrategia encaminada a dificultar la entrada al mercado o eliminar a un competidor del mercado” es notable con el art. 3º, inc. k), de la Ley de Defensa de la Competencia 27.442, que también tipifica la venta por debajo del costo como “enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios”.

¿Qué sucede? ¿El legislador se olvidó de la citada normativa? ¿Es inconsecuente, contrariando la veterana doctrina de la Corte<sup>(3)</sup>?

La verdad es que el legislador no es inconsecuente. La distinción con las citadas normas es sutil, pero suficiente.

Por ejemplo, las normas de competencia desleal no suplen las marcarías. La protección

de la Constitución Nacional y de los artículos 2º, 19 y 20 de la Ley N° 26.122”.

(2) Digo relativa novedad porque veremos que ya teníamos cuantiosa regulación en la materia.

(3) Fallos 310:195.

marcaría sigue teniendo los efectos de siempre. La competencia desleal complementa y eventualmente actúa donde no existe esa protección frente a un aprovechamiento, engaño o imitación. Por lo cual, la competencia desleal tiene quizás una presencia muchas veces supletoria ante situaciones que no admiten protección como propiedad intelectual, tal como sería la protección de acciones comerciales o ideas (4).

De igual modo, las normas de competencia desleal tienen una protección distinta de la normativa de defensa de la competencia. Es que las normas sobre defensa de la competencia son por naturaleza de protección pluriindividual, mediante la consagración de un bien jurídico protegido identificado localmente con el interés económico general. Es que la jurisprudencia local (5) e internacional (6) sobre la materia es conteste en que la normativa de defensa de la competencia no protege intereses individuales (7). Por su parte, la competencia desleal no tiene esa exigencia, aunque se pueden dar situaciones de afectaciones pluriindividuales y cabría sostener que en última instancia son los consumidores los que reciben el beneficio de una competencia leal. Es así que no es un requisito del tipo en materia de competencia desleal la afectación pluriindividual, sino que alcanza con el perjuicio particular.

En rigor, todas estas normas se van complementando, suplementando y también pisando, dando espacio a esta área de protección de derechos que podríamos caracterizar como un régimen protectorio cercano, pero diferente, y quizás un escalón por debajo de la protección

de la propiedad intelectual y la defensa de la competencia.

En este punto cabe detenerse y advertir que los tipos de competencia desleal tienen su origen en la casuística y ello explica lo caprichosos que pueden aparecer en algunos casos (8), o lo similares o cercanos que se encuentran previstos en otra normativa.

Todo esto nos lleva a una presencia un poco masiva de situaciones donde la garantía de *non bis in idem* aparece conculcada. Es evidente que se presentarán situaciones donde se verifiquen infracciones marcarías y de competencia desleal, entre muchas otras normas.

El DNU no desconoció esta problemática y la reguló en el art. 7° donde dispuso que “un acto podrá ser calificado como acto de competencia desleal y sancionado conforme a las disposiciones de este Título sin perjuicio de la aplicación de las sanciones establecidas por otras normas”, para luego agregar: “en las formas y condiciones que establezca la reglamentación, quedan exceptuados de lo previsto en el párrafo anterior los actos alcanzados por la Ley N° 27.442 de Defensa de la Competencia, que no podrán ser juzgados ni sancionados en virtud del presente Decreto”.

En otras palabras, el DNU admite que existan situaciones donde concurren infracciones de diversas normas, no impidiendo la sanción acumulativa de penalidades. Ello, salvo cuando se verifique un tipo reprimido por la Ley de Defensa de la Competencia 27.442, circunstancia en la cual prevalece y se aplica esta última norma.

Sin duda, en los supuestos de concurrencia de sanciones de diversas normas se invocará el *non bis in idem* y veremos qué solución propone la jurisprudencia. Cabe recordar que, si se admite esa garantía en esta materia, también podría invocarse la solución del art. 54 del Cód. Penal que dispone: “cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor”.

(8) Incluyo en esta categoría al inc. k) del art. 10 del DNU cuando tipifica como desleal la “Inducción a la infracción contractual: Inducir a empleados, proveedores, clientes o demás obligados a infringir obligaciones contractuales contraídas con un competidor”.

(4) Ver art. 10 inc. h) del DNU.

(5) “Por todo lo anterior, se puede concluir entonces que la conducta denunciada no encuadra dentro de los términos del artículo 1° de la ley 25.156 de Defensa de la Competencia. Recuérdese que, en última instancia, dicho ordenamiento legal, busca proteger al interés económico general defendiendo la competencia en los mercados y no a los competidores en particular”. <http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/344.pdf>. CERVIO, Guillermo - RÓPOLO, Esteban, *Defensa de la competencia*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 86.

(6) “Google Inc. c. myTriggers.com, Inc.”, expte. 09-CVH-10-14836.

(7) Ello no impide que haya acciones individuales de daños y perjuicios.

Como vemos, falta mucha agua por correr bajo el puente antes de que estas cuestiones sean definitivamente resueltas.

### III. ¿Es novedosa la regulación en materia de competencia desleal?

Si bien desde ya anticipo que el DNU constituye un cuerpo normativo, en muchos aspectos novedoso y bastante completo en materia de competencia desleal, cabe recordar que el régimen legal argentino contaba con distintas normas dispersas en esta materia desde hace mucho tiempo.

En efecto, por ejemplo, podemos encontrar tanto en el Código Penal como el Código Civil y Comercial normas propias de competencia desleal, y también en la derogada Ley de Lealtad Comercial.

Es así que el art. 159 del Cód. Penal reprime al que mediante “maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial”. Claramente se trata de una norma de competencia desleal que sanciona a quien pretenda desviar la clientela mediante actos fraudulentos, al punto de utilizar como terminología típica el concepto de “propaganda desleal”.

Por su parte, en una línea similar, el art. 9º de la Ley de Lealtad Comercial 22.802 disponía: “Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”. Advertimos que nuevamente se reprime la publicidad o propaganda que induzca a error o engaño, lo cual constituye un tipo usual de competencia desleal.

La Ley de Confidencialidad 24.766 al proteger, con su particular redacción, la información confidencial o secreta también se inscribe de alguna manera entre las normas que conte-

nían disposiciones habituales de competencia desleal (9).

Por su parte, el Código Civil y Comercial cuenta con varias disposiciones típicas o cercanas a la normativa de competencia desleal. En efecto, comenzando por la regulación del abuso de posición dominante en su art. 11 (10), pasando luego por la regulación del régimen de no competencia para el momento en que el contrato de agencia haya sido terminado (11).

Pero eso no es todo. El Código Civil y Comercial también regula la publicidad engañosa, comparativa o peligrosa en su art. 1101 dispone que “está prohibida toda publicidad que: a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad”.

Por otra parte, el Código de Ética y Autorregulación Publicitaria del Consejo de Autorregulación Publicitaria también constituye un compendio normativo de carácter voluntario que contempla numerosas figuras típicas de competencia desleal (12).

Como se advierte de la enumeración brindada de forma ejemplificativa y enunciativa, existían numerosas disposiciones legales o voluntarias en esta materia que ya permitían en

(9) Ver art. 10, inc. j) del DNU.

(10) El art. 11 del Cód. Civ. y Com. dispone: “Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los artículos 9º y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales”.

(11) El art. 1499 del Cód. Civ. y Com. dispone: “Cláusula de no competencia. Las partes pueden pactar cláusulas de no competencia del agente para después de la finalización del contrato, si éste prevé la exclusividad del agente en el ramo de negocios del empresario. Son válidas en tanto no excedan de un año y se apliquen a un territorio o grupo de personas que resulten razonables, habida cuenta de las circunstancias”.

(12) <http://www.conarp.org.ar/codigo.htm>.

muchos casos perseguir los delitos de competencia desleal (13).

#### IV. Engaño y abuso

Si fuera necesario realizar una distinción entre los tipos de competencia desleal previstos en el DNU, podríamos agruparlos entre actos de engaño y actos de abuso.

En efecto, los diferentes tipos se pueden ir colocando bajo uno u otro concepto y agruparse según el engaño o el abuso sea su nota preponderante. Pero también hay algunos tipos que contemplan ambos aspectos, esto es, tanto el engaño como el abuso.

Es así que el tipo por excelencia que reprime el engaño es el inc. a) del art. 10 del DNU que se denomina "Actos de engaño". Allí se reprime "Inducir a error sobre la existencia o naturaleza, modo de fabricación o distribución, características principales, pureza, mezcla, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o compra, disponibilidad, resultados que pueden esperarse de su utilización y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que correspondan a los bienes y servicios".

De este tipo, así como de otros puede extraerse cuándo entiende el DNU que existe engaño, conforme veremos en el capítulo siguiente. Pero el título de este inciso se revela como el eje principal del concepto de engaño, aunque como también veremos seguidamente no constituye el único tipo legal del DNU que reprime el engaño.

En lo que respecta al abuso el DNU también dispone de varios tipos que reprimen esa práctica en tanto constituye un acto de competencia desleal, tal como veremos más abajo.

Entre los supuestos de abuso el que se presenta como más evidente según esta clasificación es el inc. d) del art. 10 del DNU que se titula "Abuso de situación de dependencia económica." Allí, sin dejar de ser sumamente controvertida su redacción, se reprime "explotar la situación de dependencia económica en

que pueda encontrarse una empresa cliente o proveedora que no disponga de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad en el mercado. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente, de forma regular, otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares".

Este inciso que se inscribe en la misma línea del art. 11 del Cód. Civ. y Com. sobre el cual hice referencia precedentemente. Es que la situación de abuso que aquí se reprime necesariamente tiene que estar enmarcada en un abuso de posición dominante en el mercado, dado que ambas disposiciones regulan la situación de abuso en el ámbito del mercado. El art. 11 referido lo hace de una forma más general, y el inciso del DNU en comentario resulta más específico.

Pero también anticipé que existen tipos que tienen componentes de abuso y de engaño. Con esa característica identifiqué al inc. h) del art. 10 del DNU que reprime los actos de imitación desleal del siguiente modo: "la imitación de bienes y servicios o iniciativas empresariales será considerada desleal cuando resulte idónea para generar confusión respecto de la procedencia de los bienes o servicios o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno".

En este caso, el aspecto de engaño lo advierto cuando se exige que la imitación es desleal en caso de que "resulte idónea para generar confusión". Es que la "confusión", tal como veremos seguidamente, constituye una característica distintiva del engaño en este DNU.

Por su parte, el abuso lo reconozco en otra exigencia del tipo legal para considerar como desleal la imitación cuando refiere que "comporte un aprovechamiento indebido". Creo que ese aprovechamiento nos habla más de una situación abusiva de la reputación o esfuerzo ajeno y no de un engaño. Es que el tipo construye que la imitación desleal se puede dar por la "confusión" que se genere o por el "aprovechamiento indebido".

#### V. Notas distintivas del engaño

Cuando se desea buscar el verdadero significado de las palabras, incluso las de contenido

(13) A mayor abundamiento, véase BERTAZZI, Juan C., "Publicidad comparativa en la nueva legislación de Defensa de la Competencia", LL 2019-C.

jurídico, siempre es interesante recurrir a su etimología o incluso a su definición vulgar.

En lo que respecta al “engaño”, la definición brindada por la Real Academia Española no constituye la excepción. De hecho, creo que representa un buen puntapié inicial.

Es así que allí se define engaño como “inducir a alguien a tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas” (14). En efecto, se advierte en esa definición las primeras notas distintivas del delito de competencia desleal en análisis dado que ya nos habla de “inducir”, fingir, “tener por cierto lo que no es”.

Esos elementos los advertiremos en los tipos que contiene el DNU. Es que el DNU en los tipos en que se reprime el engaño contiene numerosos elementos que conforman este particular delito y se corresponden con la definición que nos brinda la Real Academia Española.

Es así que podemos advertir en el inc. a) del art. 10 conceptos tales como “inducir a error” sobre distintos aspectos de un bien o servicio. Esos distintos aspectos son “la existencia o naturaleza, modo de fabricación o distribución, características principales, pureza, mezcla, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o compra, disponibilidad, resultados que pueden esperarse de su utilización y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones”.

Pero la esencia del tipo es inducir a error. Por lo cual, lo primero que hay que verificar para determinar si se verifica el engaño según la disposición de este tipo es el “inducir a error”, no importando la metodología, el medio o el acto. Esto es, no importa si esa inducción se verifica en la publicidad, en el rotulado, en las especificaciones técnicas, en la información obligatoria, en la información que se dispone en el punto de venta o que brinda el vendedor en el acto de venta o promoción.

Esta exigencia de “inducir a error” se ve repetida en otros de los tipos del DNU que reprimen

el engaño. Por ejemplo, el inc. b) del art. 10 también reprime “inducir a error respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, los bienes o servicios propios, de manera tal que se considere que éstos poseen un origen distinto al que les corresponde”. En este caso, el inducir a error se refiere al origen de los bienes o servicios, de modo que se considere que son de tipo empresarial (o el establecimiento). Ciertamente un tipo difícil de entender.

En esa línea, el inc. h) del art. 10 también refiere al engaño cuando lleve a “confusión” respecto de la procedencia de los bienes o servicios. Aquí se advierte otro componente del engaño que es llevar ya no a error, sino a confusión como consecuencia de un acto de imitación desleal. Cabe recordar que el inc. h) del art. 10 del DNU dispone que “la imitación de bienes y servicios o iniciativas empresariales será considerada desleal cuando resulte idónea para generar confusión respecto de la procedencia de los bienes o servicios o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno”.

Creo que el inc. i) del art. 10 también se inscribe entre los actos de engaño cuando reprime la denigración. Allí se dispone como desleal “menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación de otro competidor, a no ser que las aseveraciones sean exactas, pertinentes y verdaderas”. Entiendo que se refiere también a la idea de engaño este inciso porque no se reprime la denigración “si las aseveraciones” son “exactas, pertinentes y verdaderas”. Esto significa que, si las aseveraciones son veraces, no son desleales y tampoco engañosas, dado que no inducen a error o confusión.

Finalmente, nos brinda notas distintivas del concepto de engaño la represión de la publicidad comparativa regulada en el inc. m) del art. 10, en tanto se remite al art. 15 del DNU donde como primer elemento para considerar válida la publicidad comparativa se exige “no inducir a error, engaño o confusión, entre el anunciante y un competidor, o entre los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor”.

Se advierte de forma repetitiva la exigencia de inducir a error, engaño o confusión como nota

(14) <http://lema.rae.es/drae2001/srv/search?id=zNujAX4iWDXX2Nsmkiq0>.



distintiva de la publicidad comparativa prohibida y por tanto desleal.

Si seguimos repasando todos los incisos del art. 15 advertiremos que siempre dan vuelta sobre el mismo concepto. Esto es que la publicidad comparativa es válida si se comparan productos asimilables, se busca brindar información, no sea discriminatoria y la información es veraz en última instancia (15).

En conclusión, las notas distintivas del engaño en el DNU las dan la inducción a error o confusión sobre cualquier aspecto de determinado bien o servicio.

Terminología propia del art. 9º de la Ley de Lealtad Comercial 22.802 cuando prohibía, en definitiva, a la publicidad engañosa (16). De

---

(15) El art. 15 del DNU dispone: "Publicidad comparativa. A los efectos de este Decreto, se considerará publicidad comparativa a la publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor, o a su marca, o a los productos o servicios ofrecidos por él. La publicidad comparativa estará permitida si cumple con la totalidad de las siguientes condiciones: a) No inducir a error, engaño o confusión, entre el anunciante y un competidor, o entre los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor. b) Comparar bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad, y que dicha comparación se realice en forma objetiva, entre una o más características esenciales, pertinentes, representativas y comprobables de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio. c) Su finalidad sea la de informar las ventajas de los bienes o servicios publicitados. d) No desacreditar ni denigrar los derechos de propiedad intelectual e industrial o circunstancias de algún competidor. e) No obtener indebidamente ventaja de la reputación de una marca de algún competidor o de las denominaciones de origen de bienes de algún competidor. f) No presentar un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos. g) En el supuesto de bienes amparados por una denominación de origen, indicación geográfica o denominación específica, la comparación sólo podrá efectuarse con otros bienes de la misma denominación".

(16) El art. 9º de la Ley de Lealtad Comercial 22.802 disponía: "Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios".

igual modo, esa terminología la encontramos en el art. 1101 del Cód. Civ. y Com. (17) cuando también reprime la publicidad engañosa. Ambas normas que ya indiqué constituyen disposiciones típicas en materia de competencia desleal que se encontraban desperdigadas en diferentes cuerpos normativos y que ahora el DNU unifica en una única disposición.

Ahora, ¿no es propio de la actividad publicitaria ser un poco exagerados cuando se indican los atributos de un bien o producto?

La respuesta es invariablemente que sí.

Entonces ¿esta normativa implica que se impide ser creativos cuando se señalan las características de un producto?

Es más, ¿esta normativa conlleva a que cuando se describe publicitariamente un producto la información tiene que ser extensa y tediosa para cumplir con las exigencias de no inducir a engaño o confusión?

¿Existe una contradicción entre la prohibición del engaño y la creatividad?

Mi respuesta a todas estas últimas preguntas es por la negativa.

Prohibir ser engañosos al publicitar un producto no impide en modo absoluto la exageración y menos prohíbe la creatividad.

La exageración no está prohibida, sino la inducción a error o engaño. Esto es, referir respecto del producto o servicio características que lleven a confusión o error con relación al producto es lo prohibido, e implica ser creativos para publicitar un producto sin caer en la tentación de engañar.

Es que una exageración moderada o hilariante no parece estar prohibida, en la medida

---

(17) El art. 1101 dispone que "está prohibida toda publicidad que: a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad".

que pueda ser evidente o que no implique lisa y llanamente referir al producto características o propiedades que no tiene.

Claramente la exageración tiene un límite que es el engaño, pero la exageración en sí no está prohibida. Se deberá encontrar ese sano límite que implica ser creativos, poder ser un poco exagerados y brindar información que no sea engañosa.

En cualquier caso, tal como vimos, la prohibición de engañar no es novedosa en nuestro régimen legal, dado que ya contábamos con el art. 9º de la Ley de Lealtad Comercial que impone ser veraz al publicitar, también brindar información adecuada al consumidor mediante la exigencia del art. 4º de la Ley de Defensa del Consumidor, y finalmente las exigencias sobre publicidad que también trae el art. 1101 del Cód. Civ. y Com.

## VI. El engaño en el tipo general

En los capítulos precedentes me he detenido a analizar en cuáles de los supuestos particulares del DNU se encuentra prohibido el engaño, así como me he referido a las notas distintivas del engaño consagradas en esos tipos especiales para entender cuándo el DNU considera que se verifica el engaño.

En este capítulo me referiré a la cláusula general del DNU que describe al tipo por excelencia en materia de competencia desleal para ver de qué modo se regula el engaño.

Se supone que ese tipo general contiene a todos los tipos particulares, por lo cual la prohibición del engaño debería ser palmaria y revelarse con facilidad de su sola lectura.

Veamos si ello es realmente así.

La cláusula general sobre competencia desleal se encuentra en el art. 9º del DNU donde se dispone que “constituye un acto de competencia desleal toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo”.

En primer lugar, advierto que lo que anticipé no es así.

No resulta evidente de este tipo general el engaño de modo alguno. No advierto en ninguna de sus disposiciones de forma palmaria una referencia general, directa o tangencial al engaño.

En efecto, cuando se refiere a la “acción u omisión” no creo que se esté refiriendo al engaño, dado que la acción u omisión se puede referir a distintas situaciones o actos y no necesariamente al engaño en particular.

Tampoco creo que “afectar la posición competitiva” o “el adecuado funcionamiento del proceso competitivo” se refiera al engaño, dado que ambas parecen ser el fin no querido por la norma y por tanto reprimido en general.

Finalmente, el concepto “medios indebidos” no es palmario que se refiera al engaño.

Por otra parte, ¿Qué son los medios indebidos? ¿Qué es lo indebido en nuestro sistema legal?

Previo a volver al engaño, creo necesario referirme a que esta concepción de “medios indebidos” no es de modo alguno conveniente por lo imprecisa. En rigor, lo indebido es lo que no se debe hacer, y en nuestro régimen constitucional (18) lo único que no se puede hacer es lo prohibido expresamente por la ley.

Por lo cual, si somos estrictos, el art. 9º del DNU lo único que nos estaría diciendo y reafirmando es que violar las normas tiene sus consecuencias, máxime cuando esa violación conlleva “afectar la posición competitiva” o “el adecuado funcionamiento del proceso competitivo”.

Por lo cual, el concepto de “medios indebidos” no convence como parte esencial del tipo general de competencia desleal.

(18) El art. 19 de la CN consagra el principio de legalidad al indicar que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

No obstante, si volvemos al engaño, y siguiendo el razonamiento que lo indebido es lo prohibido, el engaño estaría, de alguna forma, contenido en ese concepto dado que el engaño está prohibido por la misma norma (así como por otras), resultando la cláusula general un ida y vuelta a las prohibiciones especiales.

Pero ciertamente esta cláusula general no agrega nada ni puede ir más allá que las prohibiciones que tiene el propio DNU y otras normas.

Todo ello en la medida que se pueda “afectar la posición competitiva” o “el adecuado funcionamiento del proceso competitivo”.

Concluyo que considero un poco decepcionante la definición del tipo por excelencia en materia de competencia desleal, dado que cae en una redundancia o falta de definición que no es esperable en un tipo general.

## VII. Constitucionalidad de la autoridad de aplicación

No puedo terminar este artículo sin referirme brevemente sobre un tema recurrente en nuestra legislación.

En efecto, no puedo eludir brindar una mención sobre la designación de la autoridad de aplicación y su constitucionalidad.

El art. 25 del DNU constituye a la Secretaría de Comercio Interior como autoridad de aplicación. Nuevamente se cae, a mi criterio, en constituir una autoridad administrativa con facultades jurisdiccionales en contradicción con las disposiciones de nuestra Constitución Nacional, así como de la particular y cuestionable interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre esta materia.

Es que, como ya he señalado *in extenso* en otros artículos (19), se repite el acostumbrado error de soslayar nuestro sistema jurisdiccional,

---

(19) BARRY, Luis D., “Antitrust *déjà vu*: El control previo de fusiones y adquisiciones y la autoridad de aplicación independiente”, *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, t. 78, nro. 2, diciembre de 2018; “Aciertos y defectos formales reincidentes del procedimiento administrativo de defensa del consumidor”, en *Suplemento Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC del 27/3/2019*, p. 615, LL Online: AR/DOC/653/2019

conforme con el diseño de nuestra Constitución que en su art. 109 dispone: “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas” y que, por su parte, el art. 116 de la CN otorga la facultad jurisdiccional de manera exclusiva al Poder Judicial.

De igual modo, tampoco se cumple con las exigencias impuestas por la Corte a la autoridad jurisdiccional administrativa en el fallo Ángel Estrada. Fallo que en mi opinión constituye una construcción para desoír lo que claramente impone nuestra Constitución.

Más allá de mi opinión, allí la Corte exigió como requisito esencial para el ejercicio de la actividad jurisdiccional administrativa la independencia e imparcialidad del ente que ejerza las funciones jurisdiccionales, entre otras exigencias. Claramente no se puede sostener que un funcionario político goza de la independencia e imparcialidad que la Corte exige. Es más, la experiencia ha demostrado que un funcionario político no puede cumplir con esa alta exigencia impuesta por la Corte. Los ejemplos a lo largo de la historia abundan. Es de la esencia que la independencia tiene que estar garantizada por lo menos en los requisitos para designar a la autoridad, así como para removerla. En este caso, solo la voluntad del presidente de la Nación es requerida para ambos actos, lo cual confirma que la independencia no puede estar presente en modo alguno.

Por lo cual continuar con el esquema actual no solo contradice nuestra Constitución Nacional, sino la particular interpretación que hace nuestro Máximo Tribunal para pasar por alto lo claramente dispuesto en sus arts. 109 y 116.

En otras palabras, es cuestionable que el secretario de Comercio pueda ser la autoridad de aplicación de la materia regulada por el DNU y, por tanto, sus decisiones podrían ser atacadas de nulidad por no cumplir con la jurisprudencia de la Corte Suprema, poniendo absurdamente en peligro toda la actuación jurisdiccional y el régimen de competencia desleal y de lealtad comercial.

---

y “Competencia desleal y el servicio de conciliación previa para las relaciones de consumo”, LL 2019-C.



# La confusión marcaría como elemento de la competencia desleal y su regulación actual en la Argentina

---

SERGIO ELLMANN (\*)

## I. Introducción

El objetivo de un industrial o comerciante que ofrece sus productos o servicios en el mercado es atraer una clientela para su beneficio. Para ese fin debe hacer sus propios esfuerzos y abstenerse de aprovechar los esfuerzos ajenos. El eventual aprovechamiento constituye competencia desleal de la cual la confusión es una de sus formas.

El decreto 274/2019 de Lealtad Comercial del 17 de abril de 2019 (en adelante, el “decreto”) ha sustituido la Ley de Lealtad Comercial 22.802 y

sus modificatorias, aunque estas no se referían al tema que hoy nos ocupa, es decir, la confusión como elemento de la competencia desleal. Hasta su sanción, los principios de la competencia desleal y más específicamente los referidos a la confusión, eran desarrollados por la doctrina especializada y por la jurisprudencia con fundamento en la moral, las buenas costumbres y las sanas prácticas comerciales. Dicha doctrina y jurisprudencia contaba con algunas pocas normas del derecho positivo, p. ej., el art. 10 bis del Convenio de París, el art. 953 del anterior Código Civil (actualmente arts. 1004 y 1014 del Cód. Civ. y Com.) y el art. 159 del Cód. Penal, entre las más relevantes (1).

---

(\*) Ingresó a Marval, O’Farrell & Mairal en el año 1983 y es socio desde 1995. Se ha especializado en el área de propiedad industrial asesorando a empresas nacionales y extranjeras principalmente en materia de marcas, garantías en base a derechos de propiedad industrial, Internet y otros derechos conexos de propiedad intelectual. Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires en 1987, obtuvo un Máster en Leyes otorgado por la University of Illinois en 1990. Dicta cursos de propiedad industrial como profesor adjunto en la Universidad de San Andrés y ha disertado en numerosos seminarios y conferencias en otras universidades y foros de la especialidad. Es autor del capítulo argentino del libro “The New Role of Intellectual Property in Commercial Transactions” (Melvin Simensky-Lanning Bryer-Neil Wilkof) editado en 1997 por John Wiley & Sons, Inc. y es consultor sobre los capítulos argentinos de otras publicaciones extranjeras y nacionales con respecto a nombres de dominio y uso de marcas en Internet. Exasistente del secretario general de la AIPPI —Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle— (2008-2014). Fue presidente de la AAAP —Asociación Argentina de Agentes de Propiedad Industrial— (2006-2010). Actualmente es embajador argentino a la comisión de PI de ICC.

Cabanellas refiere la situación anterior a la sanción de este decreto diciendo que “juntamente con la Ley de Defensa de la Competencia, la de Marcas configuran un conjunto que, si bien no es coherente, debería hacerlo, constituye la regulación legal del proceso competitivo dando lugar a diversas superposiciones e interacciones entre las mencionadas normas”.

Motivo por el cual es de aplaudir la sanción de esta nueva norma cuyo objetivo es crear mecanismos de protección eficaz para comerciantes e industriales a fin de defenderse contra actos de competencia desleal. Se logra ello mediante la constitución de los nuevos tribunales y la posibilidad de accionar en sede administrativa, a

---

(1) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *et al.*, *Derecho de la competencia desleal*, Heliasta, Buenos Aires, 2014.

través de un procedimiento que incluye la aplicación de sanciones; y a su vez, el mencionado objetivo es logrado mediante la sistematización de las conductas que hasta ahora no contaban con un cuerpo normativo suficiente.

Hasta ahora, tanto la doctrina como la jurisprudencia han echado mano de los principios generales del derecho, previamente referidos como de directrices más específicas relacionadas con la desviación de clientela y el enriquecimiento sin causa. En el nuevo decreto se incluyen las normas que intentan evitar la confusión del consumidor, especialmente las referidas a la utilización de signos distintivos en la Ley de Marcas y Designaciones Comerciales 22.362, modificada por la ley 27.444 ya que la confusión mediante el uso de signos distintivos resulta ser el ejemplo clásico, y el más reiterado, de los casos de competencia desleal.

Cabanellas, en su “Derecho de la Competencia Desleal”, explica que los actos de competencia desleal son aquellos susceptibles de crear confusión en el ambiente informativo en que se desenvuelven los agentes económicos y que además tienden a producir un aprovechamiento del esfuerzo ajeno conforme con el art. 10 bis del Convenio de París y lo dispuesto por la Ley de Marcas y Designaciones 22.362.

En el ámbito de los signos distintivos se considera que al proteger los signos que identifican los productos de un industrial o comerciante, o de un establecimiento, se está en realidad protegiendo la clientela que se reúne a su alrededor por constituir dicha clientela un patrimonio para ese industrial o comerciante. Sin embargo, en el marco más amplio de la competencia desleal lo que se busca proteger no es la clientela sino la forma de obtenerla (2).

Además, entre los nuevos derechos y garantías previstos en 1994 por la Constitución Nacional se incluye el art. 42 que establece: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condicio-

nes de trato equitativo y digno. *Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados...*”.

Se destacan en cursivas las normas constitucionales que dan sustento a la sistematización que aquí estudiamos. En particular es importante señalar que, si bien la referencia a *distorsión de los mercados* está destinada a dar sustento específicamente a las normas de Defensa de la Competencia, no excluye ni es limitante para dar sustento a distorsiones que tengan origen en prácticas desleales, dado que los considerandos del decreto indican que dicha norma es complementaria de la Ley de Defensa de la Competencia 27.442 (3).

La nueva norma del decreto pone en valor el art. 10 bis del Convenio de París, receptado por nuestro país mediante ley 17.011 del 17 de noviembre de 1966 que introduce la obligación de proteger la propiedad industrial y reprimir la competencia desleal (4). El 23 de mayo 2019 la Secretaría de Comercio Interior publicó la resolución 248/2019 que regula el mencionado decreto. En los considerandos de la resolución se establece que la regulación de la Competencia Desleal prevista por el decreto debe entenderse como complementaria a la protección que otorgan los derechos registrados de propie-

(3) Decreto de necesidad y urgencia 274/2019: “Que, en ese marco, deviene necesario controlar conductas en el mercado que complementen lo dispuesto por la ley 27.442, y definir una regulación integral y sistematizada de la competencia desleal”.

(4) Convenio de París, art. 10 bis: “1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal. 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial. 3) En particular deberán prohibirse: i) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; ii) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; iii) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

(2) MITELMAN, Carlos, *Marcas y otros signos distintivos*, La Ley, Buenos Aires, p. 690.

dad industrial, como las patentes y marcas, en los casos en que una invención no se encuentra protegida por tales derechos (5).

Este considerando recoge la preocupación de la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia. En efecto, la idea de complementariedad es acorde con lo resuelto por la justicia en diversos casos, que a falta de derechos registrados siempre entendió al régimen de competencia desleal como una mejora, una ampliación a casos atípicos, no siempre considerados por las normas específicas o, simplemente, ante la ausencia de un registro ausente por negligencia de su titular. La casuística indica que en un gran número de instancias puede haber imitación total o parcial de signos distintivos que causen confusión y que, sin embargo, no alcancen a comprender la totalidad de las conductas reprobables por la competencia desleal. Por ese motivo debe entenderse que el considerando de la resolución hace alusión a las circunstancias que rodean la conducta. A su vez las conductas pueden ser complejas e incorporar elementos de las distintas definiciones particulares del decreto, con prescindencia de la existencia o no de uno o más registros de patentes o de marcas.

Ni la parte dispositiva del decreto ni la parte dispositiva de la resolución contienen una limitación en cuanto a la complementariedad de poder invocar normas y aplicar sanciones de competencia desleal, aunque existan, además, derechos registrados que podrán invocarse conjuntamente. El considerando es ilustrativo de los casos típicos en los cuales puede acudirse a esta nueva reglamentación a efectos de enderezar las conductas de competencia desleal.

## II. La buena fe y las sanas prácticas comerciales

Vemos así que el régimen de competencia desleal se nutre de pautas moralizadoras contenidas en el derecho positivo, presentes también

---

(5) Res. 248/2019, considerando 5º: “Que la regulación de la competencia desleal prevista por el decreto 274/2019 debe entenderse complementaria a la prevista por la ley 27.442 de Defensa de la Competencia y a la protección que otorgan los derechos de propiedad industrial, como las patentes y marcas, en los casos que una invención o signo no se encuentra protegido por tales derechos”.

en el decreto, que consisten en enmarcar conductas dentro de la buena fe y las sanas prácticas comerciales.

El Código Civil y Comercial contiene el concepto moralizador de la buena fe y las sanas costumbres. Así en su art. 10(6) condena el abuso de derecho como el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. También prohíbe el mencionado Código en su art. 1004(7) los contratos de objeto prohibido, por ser contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; y el art. 1014(8) que indica que el contrato es nulo cuando su causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres.

Así las buenas costumbres se han caracterizado como “...el conjunto de los principios que rigen bajo el nombre de moral social, es decir, de ordinario se practica por la generalidad de las personas honestas, correctas, de buena fe, y los sanos principios en un ambiente y en un

---

(6) Código Civil y Comercial de la Nación, art. 10: “Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

(7) Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1004: “Objetos prohibidos. No pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean. Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los artículos 17 y 56”.

(8) Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1014: “Causa ilícita. El contrato es nulo cuando: a) su causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres; b) ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común. Si sólo una de ellas ha obrado por un motivo ilícito o inmoral, no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero ésta puede reclamar lo que ha dado, sin obligación de cumplir lo que ha ofrecido”.

momento determinado: la que —con otra expresión— podría llamarse moral corriente y que es bien distinta también de la juridicidad (9).

También se aplica la doctrina y la jurisprudencia fecunda de la interpretación del derogado art. 953 del anterior Código Civil sobre el concepto de moral y buenas costumbres, “condicionadas a las condiciones del lugar y tiempo y moral media de un pueblo determinado en un momento determinado, geográfico al decir de Borda” (10).

Con respecto a las buenas costumbres, Vélez Sarsfield, en su nota al art. 530 del Cód. Civil nos dice que “se entiende por buenas costumbres, el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas”. Referencia que resulta poco útil a la hora de encontrar un estándar para resolver casos concretos. De allí el beneficio de contar con el nuevo decreto que recoge y encuadra la rica jurisprudencia en materia de confusión. Es de esperar que la jurisprudencia existente continúe desarrollándose para tejer la casuística de lo que deben ser las sanas prácticas comerciales de acuerdo con las costumbres imperantes en un lugar y tiempo determinados.

### III. Engaño, imitación y confusión

Con respecto al tema que nos ocupa, la confusión constituye una especie concreta de conducta desleal que busca engañar al consumidor desviando su elección mediante el ardid o engaño de utilizar signos, colores, formas, campañas publicitarias, indicaciones, o garantías que no resultan verídicas o, al menos, no completamente verídicas, a fin de lograr su propósito de producir confusión.

El art. 9º del decreto define los actos de competencia desleal como “[t]oda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento

del proceso competitivo” (11). La definición se enfoca en mayor medida en el resultado antes que en la conducta específica, ya que no indica cuáles son “los medios indebidos”. Sin embargo, estos aparecen a continuación entre los doce supuestos particulares del art. 10 (12). De ellos, los tres de este subtítulo se encuentran íntimamente relacionados y, por lo general, son conductas que se presentan en conjunto.

El supuesto del inc. b) incluye tanto los actos de confusión llamada por la doctrina confusión directa, con respecto al producto o servicio propiamente dicho, como así también los actos llamados por la doctrina como de confusión indirecta, es decir, con respecto al origen de estos. Dichos actos de confusión son definidos en la norma como aquellos actos que importan: “inducir a error *respecto del origen empresarial* de la actividad, el establecimiento, *los bienes o servicios propios*, de manera tal que se considere que estos poseen un origen distinto al que les corresponde” (13).

Dos conceptos adicionales que permiten entender el tema de la confusión en su dimensión más amplia son el de la explotación indebida de la reputación ajena y del esfuerzo ajeno ya que estos son consecuencia natural de la confusión. A su vez la imitación representa un modo específico de lograr la confusión y el decreto la define como “[l]a imitación de bienes y servicios o iniciativas empresariales será considerada desleal cuando resulta idónea para generar confusión respecto de la procedencia de los bienes o servicios o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno” (14). No siempre que hay imitación, hay confusión. En un régimen de libre competencia la imitación (lícita) es deseable cuando la conducta específica no esté reprimida por esta normativa y no viole derechos registrados de Propiedad Industrial.

(11) Decreto de necesidad y urgencia 274/2019, art. 9º.

(12) Decreto de necesidad y urgencia 274/2019, art. 10.

(13) Decreto de necesidad y urgencia 274/2019, art. 10, inc. b).

(14) Decreto de necesidad y urgencia 274/2019, art. 10, inc. h).

(9) BUERES, Alberto J., *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 171.

(10) ALTERINI, Jorge H., *Código Civil y Comercial comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 295.



Con respecto al engaño cabría acotar que en el decreto está caracterizado como aquella información no veraz, y por lo tanto engañosa, con respecto a las características o méritos del producto sin hacer alusión a la utilización de signos distintivos, reservados estos para la hipótesis de confusión. Sin embargo, en muchos casos ambas hipótesis se dan en forma simultánea ya que los elementos que caracterizan el producto (características, calidad, cantidad y precio) suelen acompañar la marca para completar el engaño que resulta en confusión. Así el comerciante además de imitar (indebidamente) la marca también utiliza leyendas descriptivas, instrucciones de uso similares a las del competidor.

Asimismo, la posibilidad de confusión aumenta cuándo las prestaciones se dan en un mismo territorio o con respecto a servicios similares. Cuanto más sea la superposición entre estos dos aspectos, mayor será la posibilidad de confusión.

El tema de la confusión reaparece con respecto a la publicidad engañosa en el art. 11 del decreto (15) que no será específicamente considerado por este artículo por tratarse de un supuesto con cierta autonomía en su desarrollo, aunque pueda contribuir a generar confusión en forma independiente o en conjunto con las conductas aquí analizadas.

Cabe también destacar que el decreto no limita las instancias de confusión al consumidor, sino que puede potencialmente incluir a cualquier agente que actúa en el mercado, de acuerdo con la amplia definición de su ámbito de aplicación (16) y de su definición (17).

---

(15) Decreto de necesidad y urgencia 274/2019, art. 11: "Publicidad engañosa. Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios".

(16) Decreto de necesidad y urgencia 274/2019, art. 4º: "Ámbito de Aplicación objetivo. Los actos de competencia desleal prohibidos por este Título serán sancionados siempre que se realicen en el mercado y con fines competitivos".

(17) Decreto de necesidad y urgencia 274/2019, art. 9º.

A su vez, es importante destacar que siempre que hay confusión hay violación al derecho exclusivo sobre el signo distintivo. Sin embargo, la ausencia de confusión no es suficiente para concluir que no existe violación, dado que puede existir una imitación burda que denigra y desacredita el signo y debe en ese caso protegerse al titular de esta (18).

#### **IV. La prioridad y el sistema atributivo**

El régimen de competencia desleal es particularmente relevante debido a que el sistema de la Ley de Marcas otorga protección y derecho bajo lo que se denomina sistema atributivo, es decir, atribuye el derecho a quien primero registra o, en su caso, patenta el invento, y eso puede estar en detrimento de la realidad objetiva, criterio que está expresamente receptado en el decreto (19) (cita) y que, en el caso de la confusión marcaría implica que ceda la rigidez del sistema atributivo a favor de dicha realidad cuando hay un uso anterior de un signo igual o confundible al registrado.

#### **V. Confusión mediante el uso de signos distintivos no registrados: marca de hecho**

La jurisprudencia es rica en casos, que analizaremos a continuación, con respecto a signos distintivos a cuyo derredor se ha construido una clientela pero que no se hayan protegidos por la Ley de Marcas. Ya el Dr. Ernesto Aracama Zorraquín (20) citando un antiguo fallo de la Cámara Federal de 1929 indica que "el signo solicitado emplea dibujo muy parecido a los ya usados con mucha anterioridad por el oponente para distinguir productos similares, aún cuando el uso no crea derechos, procede negar su registro conforme a los preceptos de buena fe comercial" (21) (cita). Continúa interpretando el Dr. Ernesto Aracama Zorraquín que "es evi-

---

(18) CFed. Penal, sala IV, 26/2/2014, "Matos Berna, Beatriz Noelia s/recurso de casación".

(19) Decreto de necesidad y urgencia 274/2019, art. 6º: "Primacía de la realidad. A los efectos de este Título, para determinar la naturaleza del acto de competencia desleal, se atenderá a las situaciones, relaciones y efectos económicos que potencial o efectivamente produzca".

(20) ARACAMA ZORRAQUÍN, Ernesto, "Sobre el concepto de interés legítimo", LL 1989-E-1119.

(21) "Muller c. Schoenberg", JA 44-460.

dente la aceptación de la teoría de la competencia desleal, sin nombrarla qué protege la marca de hecho”.

La Cámara Federal ha manifestado “que si bien la solicitud de marca no ha sido aún concedida por la autoridad de aplicación se podrá reconocer que la firma Lionel’s SRL es titular —al menos hasta ahora— de hecho, y como se sabe las marcas de esa especie ciertamente no son ilegítimas, que merece tutela jurídica cuando a su amparo se ha desarrollado una actividad comercial lícita y a través de ella su titular ha conseguido formar una clientela (22).

Encontramos así dos tipos de situaciones: la primera, en la cual el signo distintivo es registrable pero quien lo utiliza ha sido negligente a efectos de registrarlo y/o mantenerlo vigente o que no cuenta con información correcta con respecto a su registrabilidad; y la segunda se refiere a signos que pueden resultar en cierta dificultad a la hora de registrarlos ya sea por su baja distintividad (por ejemplo, los colores de un local) o la dificultad de aislarlos para su publicación (por ejemplo, los sonidos), entre otras. En ambas situaciones nos encontramos frente a una marca de hecho, cuestión que ha encontrado protección en nuestra jurisprudencia una vez demostrados los extremos necesarios con respecto a la antigüedad y la extensión del uso que se pretende proteger (23).

En el caso de la marca “Puddings”, “el titular de una marca ya empleada con las características antes descritas, tiene derecho a peticionar el cese de uso de una marca similar o confundible, desde que el tribunal en numerosas ocasiones, ha otorgado valor a la marca usada...” (24). En este caso se aportó prueba documental y testimonial sobre el uso de la marca “Puddings” y diseño durante al menos 5 años.

Se suma ahora la posibilidad de acudir a la Dirección de Lealtad Comercial para solicitar la aplicación de la normativa del art. 10 del decreto por medio del proceso de instrucción de sumario indicado en la resolución respectiva. Es interesante destacar que el proceso incluye la facultad de la Dirección de solicitar medidas cautelares, realizar pericias, citar e interrogar a las personas objeto de investigación e imponer, eventualmente, sanciones. No profundizaremos aquí en cuanto a los detalles del procedimiento administrativo ya que este es objeto de análisis en otro de los capítulos de este trabajo.

En el mismo sentido se reconoció la existencia de una marca de hecho en la combinación y forma del envase de pegamento conocido como “Vologoma”, y la necesidad de protegerla (25).

En otros casos, sin embargo, la supuesta imitación no fue suficiente para condenar al demandado que utilizaba un envase para vender helado con algunas características funcionales imitadas principalmente porque la morfología de dichos envases era suficientemente distinta (forma de gota vs. forma de cucurucho) y dichas formas no se encontraban protegidas como modelos (26). Es importante destacar que los aspectos funcionales, cuando no han merecido protección como modelo o como patente en general no son tampoco merecedoras de la protección adicional de competencia desleal cuando esa es la característica principal de la imitación (27). Nuevamente, no todas las imitaciones son reprobables.

(25) CNFed. Civ. y Com., 19/4/1988, “Akapol SACIFIA c. Dos Mil SRL”.

(26) CNFed. Civ. y Com., sala I, 26/3/2018, “General Sweet SA c. Victoria Cream SA”, “la aprehensión fresca espontánea, y sucesiva de ambos envases es que no se confunden en absoluto, pues uno responde a una forma arriñonada o, si se quiere, de gota con una forma curva hacia un extremo, lo que le confiere un rasgo asimétrico y particular, con una aplicación pequeña del isotipo de 4 gotas en la parte más estrecha del producto (el de la parte actora), y el otro remite a la forma de cucurucho que integra el isotipo de la marca figurativa de la demandada que lo contiene en su tapa, en el centro del envase, en forma muy destacada, en bajo relieve”.

(27) OTAMENDI, Jorge, “La competencia desleal”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 3, nro. 2, Buenos Aires, 1998, p. 13, “Es un principio establecido que un producto que no esté amparado por una patente

(22) CNFed. Civ. y Com., sala II, 24/11/1998; “Lionel’s SRL s/medidas cautelares”.

(23) CNFed. Civ. y Com., sala III, 9/4/2013, “Del Olmo Marcelo Eduardo c. Pastas Frescas San Genaro SRL”. En el mismo sentido, CNFed. Civ. y Com., sala I, 24/5/2016, “Industrial Corona contra Agroindustrial Bonino”.

(24) CNFed. Civ. y Com., sala I, 14/3/2013, “Grupo Almar c. Grupo Alimentario Carbiz”.

En sentido contrario la Cámara resolvió proteger la forma del conocido chocolate “Toblerone” justamente porque en esa forma residen aspectos distintivos, no funcionales. El tribunal dijo con claridad meridiana que la jurisprudencia “tiene establecido que el carácter atributivo que consagra la ley de marcas no puede ser aplicado con un criterio rigurosamente formal, que conduzca a negar a los signos no registrados la protección que puedan merecer según los principios generales del derecho. Y así, ha considerado que cuando un signo sin registro ha sido intensamente explotado y a su sombra se ha formado una clientela, principios que salvaguardan la buena fe, la moral y las buenas costumbres, la lealtad comercial y el ejercicio regular de las prerrogativas propias, la hace acreedora de tutela, en su carácter de marca de hecho” (28).

## VI. Otros elementos que pueden generar confusión

La Ley de Marcas en su art. 3º, inc. b), contiene una prohibición de registrar aquellos signos que puedan “inducir a error respecto de la naturaleza, propiedades, mérito calidad, clínicas de elaboración, origen, precio otras características de los productos o servicios a distinguir”. Este precepto tiene contenido similar a las normas de lealtad comercial cuando regulan el etiquetado correcto de los productos que es una forma de engaño que deriva en confusión.

Otra de las formas de confusión puede hacer referencia al origen del producto vinculado con una denominación que corresponde al

---

de invención o por un modelo de utilidad, y si se quiere por un modelo industrial, está en el dominio público y puede ser fabricado por quien lo desee (...). Es el principio que rige también en Argentina. Sin embargo, que pueda copiarse algo que está en el dominio público, hasta en su más mínimo detalle está limitado a los aspectos funcionales y no a los distintivos. La copia o reproducción del producto no autoriza la confusión sobre el origen, aunque aquella pueda contribuir a ésta. En general la imitación del producto será uno de los elementos en los que se podrá encontrar confusión, pero no el único a menos que imitación lo sea de un signo distintivo”.

(28) CNFed. Civ. y Com., sala II, 18/9/2003, “Jacob Suchard SA c. Alberto Fehrmann SA”. En el mismo sentido, CNFed. Civ. y Com., sala I, 19/4/2007, “Bagó c. Laboratorio E. J. Gezzi SRL”.

extranjero cuando en realidad no lo es por no provenir de la zona o país respectivo. No necesariamente es lo que sucede con una indicación absolutamente falsa sino a veces con alusiones a determinadas características o el uso de algún idioma que puede remitir a un producto francés, suizo o cualquier origen que pudiera darle prestigio adicional.

Otro interesante caso se refiere al uso de sellos o cucardas de garantía no registrados como marca, pero largamente utilizados por la accionante. En un caso, FV SA solicitó el cese de uso por un tercero de la cucarda de identificación de sello de “garantía total” en cajas y folletería, utilizado para la venta de grifería sanitaria. En primera instancia el juez indicó que la cucarda no es un signo marcario de identificación del producto sino que la cuestión debe ser analizada a partir del tema referido a la prestación de garantía y, entonces, dijo, citando el caso “Accardo, Josefina L. M. c. Saint Julien SA”, “el uso de una marca sin registrar no implica, en modo alguno que ese uso sea ilegítimo, porque registrado o no el elemento que se usa para identificar un producto y distinguirlo de otros configura una marca perfectamente lícita, que presenta la particularidad de recibir amparo por aplicación de los principios generales del derecho y de normas concretas del Código Civil. Así le otorga protección cautelar ya que el caso estaba dotado de suficiente verosimilitud y enfrentado a una conducta que, *prima facie*, aparece reñida con elementales normas jurídicas moralizadoras de la vida social” (29).

El fallo luego apunta a que la interpretación basada en normas internas está respaldada por las obligaciones asumidas en el acuerdo TRIPS-GATT que se encuentra directamente operativo y que a través del trámite procesal de las medidas cautelares excluye de su tutela a aquellos signos que no hayan alcanzado el registro.

## VII. Marca notoria

En el contexto de la competencia desleal, la marca notoria, es decir, la ampliamente reconocida más allá de su clientela específica y de

---

(29) CNFed. Civ. y Com., sala I, 2/10/2003, “FV SA c. Videsur SA y otro”.

su territorio<sup>(30)</sup> es una especie autónoma, ya que se puede encontrar registrada, o no, independientemente de su notoriedad. Lo que esa notoriedad le otorga a este tipo de marcas es un *ius prohibendi* más amplio que la marca que no reúne esas características y así le permite exceder el ámbito natural de su mercado tanto en cuanto al tipo de productos como al territorio en el cual se la protege<sup>(31)</sup>.

En realidad, esta clasificación es relevante al estudiar la competencia desleal puesto que las conductas desleales siempre buscan aprovecharse del prestigio ajeno y es justamente este tipo de marcas las que como reúnen el mayor prestigio tienen, a su vez, una natural propensión a ser copiadas. A ningún comerciante le interesa ni le sirve copiar un signo que no tenga algún prestigio y estas marcas notorias son las que encabezan las preferencias del consumidor y de las copias.

Esa circunstancia suele tornarse más evidente, muchas veces sin otra prueba que la misma notoriedad del signo, de que existe una conducta de mala fe que no se compadece con los principios de las sanas prácticas comerciales<sup>(32)</sup>. Nuevamente, en esos casos, se podrá

(30) Convenio de París, art. 6 bis: “Los países de la Unión se comprometen, bien de oficio, si la legislación del país lo permite, bien a instancia del interesado, a rehusar o invalidar el registro y a prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio que constituya la reproducción, imitación o traducción, susceptibles de crear confusión, de una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca de una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio y utilizada para productos idénticos o similares. Ocurrirá lo mismo cuando la parte esencial de la marca constituya la reproducción de tal marca notoriamente conocida o una imitación susceptible de crear confusión con ésta”.

(31) CS, 31/3/1987, C.140, L.XXI.31, “Christian Dior SA c. Mampar SA s/cese de uso demarcas y op. inf. reg. de marcas”.

(32) “Fromageries Bel Société Anonyme contra Ivaldi, Enrique”, este caso, conocido como “La vache qui rit” por la marca involucrada, condena la copia servil de signo ajeno, en ese caso la representación de una vaca sonriente, “para evitar el aprovechamiento del prestigio de los productos con ella, contemplando las buenas prácticas comerciales y el interés del público consumidor”. A partir de este caso la jurisprudencia ha sancionado numerosísimos casos en los cuales el competidor se

echar mano del nuevo procedimiento contemplado por el decreto y la resolución.

Para el caso de las marcas o denominaciones notorias se ha extendido la aplicación del art. 10 bis del Convenio de París en el caso conocido como de “All Black’s” en donde se determinó que “configura apropiación indebida contraria a la moral y la buena fe, los principios que deben regir la competencia comercial art. 24 inc. b) de la ley 22.362 y art. 953 del Cód. Civil, el registro como marca de la designación que recibe un seleccionado extranjero, “All Blacks”, referida al representativo neozelandés de rugby, si la misma es notoriamente conocida en la jurisdicción del registro, pues su mención tiende a confundir al público consumidor toda vez que hace pensar inevitablemente en dicho equipo (del dictamen del procurador general)”<sup>(33)</sup>.

### VIII. Uso atípico de marca

Una posible clasificación de los diversos actos de confusión es la que distingue aquellos que pueden generar confusión con respecto al producto, llamada por la doctrina confusión directa, de aquellos que tienden a generar confusión con respecto al establecimiento u origen del producto, llamada confusión indirecta. A su vez, estas dos categorías pueden reclasificarse cuando el uso es marcario como tal, es decir, cuando la marca se utiliza para distinguir el producto, servicio o establecimiento, como también una segunda categoría de uso de marca en función no marcaria, a veces llamado uso atípico. Algunos de estos últimos usos se consideran permitidos, por ejemplo, quien provee repuestos y anuncia su compatibilidad con tal o cual marca, quien vende un producto usado o quien realiza un uso periodístico. Profundizaremos más adelante sobre aquellos que la competencia desleal prohíbe. A su vez los signos distintivos pueden también consistir en usos que no son marca como nombres comerciales y en nombres de dominio, pero se utilizan muchas veces en función marcaria. Es de-

apropia de un signo reconocido en el extranjero, es decir notorio, ya sea registrándolo y/o utilizándolo siempre sobre la base de que dichas conductas están reñidas con la buena fe y las sanas prácticas comerciales.

(33) CS, 3/4/2001, “New Zealand Rugby Football Union Inc. c. Ceballos Aníbal”.

cir, que a los efectos de discernir si el uso es o no marcario, no necesariamente sirve saber que se trata de un dominio o de un nombre comercial. Todos estos “conjuntos” tienen intersecciones compartidas, así como también ejemplos “puros”. Así la empresa “despegar.com” utiliza ese nombre en función marcaria y como nombre de dominio, pero podría además ser dueña de un nombre como “volar.com” para permitir generar más tráfico a su página de Internet, aunque no lo use como marca (al día de hoy ese nombre de dominio se encuentra disponible por USD 162).

Con respecto a los nombres de dominio y a los nombres comerciales es importante destacar que no existe un sistema que aplique el llamado principio de la especialidad. En materia de signos distintivos este principio significa que está permitida la utilización de signos idénticos o similares con respecto a productos, servicios o actividades distintas. Esto es porque en cuanto a los nombres comerciales y a los nombres de dominio estos no se encuentran categorizados por rubro como las marcas que se separan en cuarenta y cinco categorías o rubros llamadas clases, según la Clasificación de Niza para la Clasificación de Productos y Servicios a la cual nuestro país adhirió por ley 26.230 el 25 de abril de 2007, aunque se utilizaba oficiosamente desde 1981. Al no tener clasificación los nombres comerciales, nombres sociales o nombres de dominio se incluyen en una única categoría para todas las actividades, productos y servicios. Esta limitación tiene como consecuencia que suele permitirse un mayor acercamiento de los signos distintivos utilizados de esa manera, por existir una menor cantidad de ellos disponibles para la utilización por cada uno de los agentes económicos. Sin embargo, dicho acercamiento también cede —debe ceder— ante las hipótesis de confusión.

En muchos casos el control de confusión con respecto a los nombres comerciales, razones sociales y nombres de dominio se efectúa *ex post facto* por vía judicial ya que los organismos encargados del registro carecen de un sistema de control sofisticado que sí existe en las oficinas marcas (34).

(34) CNFed. Civ. y Com., 10/5/2005, “Radogowski, Andrés c. Catania Martín”, “estimo que lo relevante

Otro tipo de confusión que no consiste en la utilización de signos distintivos es el de aludir indicaciones con respecto al origen geográfico de los productos o servicios, a la composición de estos, sus propiedades y de producción.

El decreto no limita los actos de confusión a aquellos que utilizan una marca como tal y así quedan incluidos los casos de confusión que incluyen el uso de signos distintivos, registrados o no, con el fin de desviar la clientela de un producto o servicio hacia otro, o de generar confusión con respecto al origen de estos.

En cuanto a los usos no marcarios, es decir, los que no distinguen un producto o un servicio de otro, pero generan confusión con respecto al origen de estos, se pueden citar como ejemplos la presentación de envoltorios, etiquetas o exhibidores (*trade-dress* en la terminología anglosajona), la publicidad comparativa y las falsas representaciones.

En nuestro ámbito, la Argentina, no es inusual registrar marcas no tradicionales, como por ejemplo combinaciones de colores, formas de envases, formas arquitectónicas, etiquetas que no constituyen el signo distintivo más relevante de un producto o servicio, pero contribuyen a identificar su origen cuando se utilizan en forma consistente a través del tiempo y/o en toda la gama de productos o servicios de un determinado establecimiento. En suma, se trata de la imagen o presentación del producto o del servicio en forma total, incluyendo marcas registradas o no registradas.

Cobra particular importancia la protección de estos elementos distintivos no registrados dado que los comerciantes e industriales que buscan imitar un producto o servicio ajeno por lo general evitan la infracción más evidente para recurrir, en cambio, a imitar los elementos registrados en el afán de evitar sanciones. Así se incluyen elementos típicos como la decoración interior o exterior de un local, el uso de uniformes, de vehículos de similares características al

para definir el conflicto consiste en el desvío de clientela por lo que debe aplicarse la totalidad del ordenamiento jurídico, los principios que de él surgen y valorar los reales intereses en juego, de modo tal que la sentencia no se desentienda de un criterio realista...”.

del competidor imitado, nombres de dominio, publicidad e imitación del producto propiamente dicho.

Otra hipótesis interesante que fuera resuelta por la justicia es el referido al uso del nombre, seudónimo o imagen de una persona no registrado como marca. En este caso puede acudir no solamente a los conceptos de marca de hecho notoria, sino que dicha denominación puede gozar también de la tutela del nombre (35).

A fin de que se configure un supuesto de confusión debe haber un elemento subjetivo de engaño, por lo menos como posibilidad. No alcanza, necesariamente una imitación de aspectos generales de un producto o servicio, aspectos que pueden no merecer protección específica de un instituto de la propiedad industrial ni tampoco la protección más amplia que reprime la competencia desleal. Por ejemplo, ya se ha dicho que la imitación es reproducible solamente cuando genera confusión.

Entre los usos de marca ajena potencialmente permitidos encontramos en nuestro derecho las importaciones paralelas, es decir, aquellas que consisten en la comercialización del producto genuino pero efectuado por un distribuidor no específicamente autorizado por el fabricante. En este caso, por aplicación del principio de agotamiento del derecho, el fabricante carece de derecho a regular las comercializaciones posteriores a la primera comercialización. Se agotó su derecho con ese primer acto de colocar el producto en el mercado. Tampoco tiene derecho el titular de una marca, registrada o no, a limitar el uso privado de la marca o en programas periodísticos, diarios o revistas informativas, ya que, en este caso, cobra primacía el derecho de libre expresión y de libertad de prensa. Asimismo, el uso por los fabricantes de las marcas de terceros que puedan indicar los insumos, origen y materias primas que contienen y utilizan sus productos no debe exceder el mínimo necesario para efectuar una información correcta con respecto a estos. También se agota el derecho del titular de signos con respecto a la reventa de productos usados. En todos estos

(35) CNFed. Civ. y Com., sala II, 6/7/1989, "Lacoste, Jean René c. Modart s/nulidad de marca" (Fallos 312:1171).

casos la posible utilización tiene su límite en la confusión referida a la identidad del producto o del establecimiento del cual proviene.

En el caso de utilización de *keywords* (36) la Cámara Federal ha dejado claro que "en función de lo expuesto corresponde agregar que además de haber cometido una infracción marcaria mediante el uso indebido de las marcas de la actora, la demandada ha incurrido en un acto de competencia desleal" (37). En este caso se trataba de la marca "Veraz", considerada de alto renombre o notoria a la fecha de la iniciación de la demanda y utilizada como *keyword* para posicionar mejor los resultados del competidor en las búsquedas de Google. El tribunal dijo "otro punto insoslayable en este conflicto es que la demandada ha incurrido en competencia desleal por cuanto mediante la utilización de la marca notoria de la actora ha procurado captar clientes y desviarlos en favor suyo". Es interesante destacar que la Cámara, al fallar de ese modo, toma para sí la doctrina norteamericana del "initial interest confusión" que indica que cuando quien navega a través de páginas de Internet es dirigido inicialmente a encontrar la página del producto del competidor en lugar de encontrar lo que buscaba, se produce una confusión indebida, aunque con posterioridad el ciber-navegante advierta su error. La base de esta doctrina reside en que la confusión inicial puede derivar en una elección distinta a la que hubiese hecho de no existir dicha confusión.

Un caso típico en la venta de repuestos y servicios de garantía son las falsas representaciones con respecto a dichos productos o garantías que pueden dar lugar a confusión sobre el origen de dichos productos o servicios.

(36) Nota del autor: Quienes buscan información en Internet utilizan las palabras que más se aproximan a la información que desean buscar cuando no conocen el nombre exacto. Los comerciantes e industriales que desean ser encontrados con esas palabras las colocan como parte del código fuente de sus páginas, en el nombre de dominio, en los títulos y subtítulos, en la metadescripción o dentro de las imágenes. A su vez los buscadores tienen programas mediante los cuales "venden" la utilización de ciertas palabras, algunas de las cuales pueden consistir en marcas registradas o partes de marcas registradas.

(37) CNFed. Civ. y Com., sala III, 26/7/2018, "Organización Veraz c. Open Discovery".

No solo se puede confundir mediante utilización de signos distintivos o representaciones falsas sino también mediante afirmaciones, precios, garantías, cualidades o características del producto o servicio que imitan los del competidor. Cabe destacar, que lo que es común a todos los casos es el aprovechamiento de la reputación ajena.





# Abuso de situación de dependencia económica y abuso de posición dominante

---

DIEGO PETRECOLLA (\*) Y MARINA BIDART (\*\*)

## I. Introducción

Con fecha 17 de abril de 2019 el Poder Ejecutivo nacional ha emitido un decreto de necesidad y urgencia sobre Lealtad Comercial (DNU 274/2019)(1), que entre otros menciona como motivo “controlar conductas en el mercado que complementen lo dispuesto por la Ley N° 27.442, y definir una regulación integral y sistematizada de la competencia desleal”.

El art. 10 inc. d) del capítulo II, “De los actos de competencia desleal”, introduce en el plexo normativo nacional una figura conocida en el derecho comparado internacional, particularmente en Europa, a saber, el “abuso de situación de dependencia económica”, según el texto que sigue.

“Art. 10. — *Supuestos particulares.* Se consideran actos de competencia desleal, los siguientes:

---

(\*) Presidente de GPR Economía SA y profesor en la Universidad Torcuato Di Tella y en la Universidad de Buenos Aires. Máster y Ph. D. en Economía por la Universidad de Illinois en Urbana-Champaign. Licenciado en Economía por la Universidad Católica Argentina. Entre 1996 y 2001 fue economista jefe, vocal y presidente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) de Argentina.

(\*\*) Vocal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) de Argentina, desde 2016. Profesora en la Universidad de Buenos Aires. Máster en Desarrollo Local y Pymes por la Universidad de Bologna y Máster en Economía de Gobierno por la Universidad de San Andrés e ISEG y licenciada en Ciencia Política por la Universidad de Buenos Aires.

(1) BO 26.508 del 22/04/2019.

tes: (...) d) *Abuso de situación de dependencia económica:* Explotar la situación de dependencia económica en que pueda encontrarse una empresa cliente o proveedora que no disponga de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad en el mercado. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente, de forma regular, otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares”. (Decreto 274/2019).

El texto es coincidente con el texto de la ley de lealtad comercial española (art. 16 2 de la Ley 3/1991, transcripto en la sección siguiente), el cual a su vez se basa en la legislación de Alemania y Francia. En esos países la figura está definida dentro de las leyes de competencia desde mediados de los setenta en el caso alemán y desde mediados de los ochenta en el caso francés.

La figura no existe en la legislación de competencia de la Unión Europea (aunque sus principales conceptos se mencionan en la jurisprudencia del tribunal, especialmente con relación a los monopolios legales)(2). A nivel de la Unión Europea, la dependencia de los clientes o proveedores constituye uno de los factores que pueden coadyuvar con la posición dominante de la empresa investigada. La dependen-

---

(2) BOUGETTE, Patrice - BUDZINSKI, Oliver - MARTY, Frédéric, “Exploitative Abuse and Abuse of Economic Dependence: ¿What can we learn from the industrial organization approach?”, Gredeg Working Paper Series, 2017.

cia económica de proveedores o clientes es un elemento adicional que puede completar el análisis de la posición dominante, en particular cuando la empresa investigada tiene relativamente bajas cuotas de mercado. De hecho, la interpretación del Tribunal de Justicia permite que la situación de dependencia económica se incluya en el análisis de la posición dominante como una circunstancia excepcional(3).

Los países miembros de la UE han sido expresamente autorizados a contar en sus leyes nacionales con disposiciones que prohíben los actos abusivos dirigidos contra empresas dependientes (punto 8 y art. 3º, párr. 2º de la Regulación del Consejo 1/2003(4) sobre la implementación de las reglas de los arts. 81 y 82 del Tratado). Así, Portugal, Bulgaria, República Checa(5) y Bélgica han procedido recientemente a incorporar esta figura en sus leyes de competencia. En Bulgaria, la figura ha sido introducida en la legislación de competencia en 2015, siguiendo, entre otros, recomendaciones del Banco Mundial y ya ha sido aplicada para sancionar a la firma Siemens Bulgaria(6). Por otra parte, Bélgica ha sido el caso más reciente de incorporación de esta figura a la legislación de competencia en abril de 2019. En Italia, la disposición está contenida en una norma específica del año 1998 que regula contratos de aprovisionamiento y que se aplica en sede judicial. En Grecia la figura migró de la ley de competencia a la de lealtad comercial en 2014(7).

En jurisdicciones no europeas la figura es conocida como “abuso de poder de negociación superior” (*abuse of superior bargaining power*),

(3) Case 26-76, “Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v. Commission”, [1977] ECR 1875, par. 17.

(4) Regulación del Consejo 1/2003 sobre la implementación de las reglas de los arts. 81 and 82 del Tratado, [2003], OJ L1.

(5) TRULI, Emmanuela, “Relative dominance and the protection of the weaker party: Enforcing the Economic Dependence provisions and the example of Greece”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017.

(6) FOER, Albert A., “Abuse of Superior Bargaining Position (ASBP): ¿What Can we Learn from our Trading Partners?” *Competition and Consumer Protection in the 21st Century Hearings*, Project number P181201, Responsive to Topic 7, 2018.

(7) TRULI, Emmanuela, “Relative dominance...”, cit.

denominación con la cual existe en las normas de competencia de Japón(8) y Corea(9). Bajo esa denominación(10) se discute la figura en Estados Unidos o el Reino Unido, pero hasta la actualidad se ha descartado su inclusión en la norma de competencia o en cualquier otra norma de esas últimas jurisdicciones(11).

La figura de abuso de situación de dependencia económica o de poder de negociación superior parece haber surgido para atender las asimetrías en las relaciones y contratos entre proveedores y clientes (relaciones “business to business” o “BtoB”), en sectores tales como el *retail*, la cadena agroalimentaria y, más recientemente, los mercados digitales. En analogía con la legislación de defensa del consumidor, la figura intenta proteger a los pequeños agentes económicos frente a cláusulas contractuales abusivas exigidas por socios comerciales de mayor poder.

Lo propio de la figura de “abuso de situación de dependencia económica” (en contraste con el abuso de posición dominante)(12) es que la empresa con poder superior de negociación (con relación a sus socios comerciales) no es necesariamente una empresa con posición dominante o poder de mercado substancial, ni es necesariamente un competidor del agente

(8) Artículo 2-9(v) de la ley japonesa de competencia, disponible en [http://www.jftc.go.jp/en/legislation\\_gls/amended\\_ama09/index.html](http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/index.html).

(9) Ley de Regulación de Monopolios y Comercio Leal, art. 23.

(10) Nótese que ambos términos pueden no ser exactamente equivalentes, dado que el “abuso de poder de negociación superior” podría ser una especie del “abuso de posición dominante”, si la empresa que perpetra el abuso tiene posición dominante, en los términos habituales de la legislación de defensa de la competencia. Asimismo, téngase presente que un agente económico puede estar expuesto a un abuso de poder de negociación superior sin estar en una situación de dependencia económica, aunque esta última situación lo expone con mayor probabilidad a los abusos de poder de negociación superior. Cf. BAKHOUM, Mor, “Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance”, December 14, 2015.

(11) FOER, Albert A., “Abuse of Superior...”, cit.

(12) BAKHOUM, Mor, “Abuse without Dominance...”, cit.

agraviado, en los términos usuales de la aplicación de la legislación de competencia.

Algunos autores han notado cierta reticencia por parte de algunas autoridades de competencia a intervenir en transacciones económicas caracterizadas por la negociación desigual, argumentando la importancia de respetar el principio de libertad de contratar, la transitoriedad del poder de negociación desigual y la no conveniencia de vigilar los contratos que no afectan la competencia en el mercado (13). Por ello, las autoridades de competencia de Alemania y Francia aplican la figura del “abuso de situación de dependencia económica” solo ante la evidencia de que dicho abuso produce o puede producir efectos negativos sobre la competencia en alguno o varios de los mercados involucrados, cuestión medular que abordaremos a lo largo de esta nota.

En cambio, existen escasas referencias sobre cómo evaluar la afectación que el abuso de la situación de dependencia económica pueda producir sobre el bien jurídicamente tutelado por la norma de lealtad comercial, que en España promueve la “defensa de la competencia” y en la Argentina promueve “a lealtad y transparencia en las relaciones comerciales”, pero en ambos países “en interés de todos los que participan en el mercado” y no “en interés del consumidor final”, como es el caso de las leyes de defensa de la competencia.

Este artículo abordará de modo comparativo las figuras del abuso de posición dominante y de abuso de dependencia económica a lo largo de varias secciones. La segunda sección procede a presentar los textos legales de Alemania, Francia, Italia, España y Bélgica en los cuales se encuentra la figura del abuso de dependencia económica, con relación o no al abuso de posición dominante. La tercera sección presenta casos de aplicación de la figura en Alemania, Francia y España. La sección cuarta está destinada al análisis económico y legal comparado

(13) Ídem; NIHOUL, Paul *et al.* (eds.), “Abuse Regulation in Competition Law: Past, Present and Future”, Edward Elgar, Ascola series, Forthcoming; Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper nro. 15-15. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2703809>.

de ambas figuras, abordando a tal fin los conceptos de poder de mercado, posición dominante, situación de dependencia económica, el abuso de dependencia económica como complemento del abuso de posición dominante y como figura en sí misma y las condiciones específicas que tipifican el abuso de la posición de dependencia económica, conforme con la doctrina y casuística relevadas. Finalmente, la sección quinta presenta un ejercicio comparativo, en una tabla donde se exponen las principales similitudes y diferencias entre las figuras estudiadas (14). Finalizamos con unos comentarios abiertos, considerando el carácter nuevo del tema en la Argentina.

## II. Actualidad y origen de la figura “abuso de situación de dependencia económica” en los textos legales de Alemania, Francia, Bélgica, Italia y España

Como se anticipó, la figura del abuso de situación de dependencia económica no ha estado nunca presente en el derecho de competencia comunitario emergente del Tratado de Roma (1957). El art. 86 del Tratado relativo al abuso de posición dominante no contenía la figura del abuso de situación de dependencia económica y tampoco la contiene en su versión actual: el art. 102 del Tratado. Sin embargo, la figura existe en varios países de la Unión, según se describe a continuación.

Recientemente, el 4 de abril de 2019, Bélgica ha sancionado una enmienda a la ley de competencia (15) (Código de Derecho Económico, Libro IV, Defensa de la Competencia) que introduce la figura del abuso de la dependencia económica. Se espera que esta iniciativa tenga especial impacto en la distribución minorista. La

(14) Existe un temprano ejercicio comparativo realizado en 2008 a propósito de la Séptima Conferencia Anual de la International Competition Network realizada en Kyoto (Japón) en 2008, promovido por la autoridad de competencia japonesa, anfitriona del evento, reportado en International Competition Network (2008). “ICN Special Program for Kyoto Annual Conference. Report on Abuse of Superior Bargaining Position”.

(15) Loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises, du 4 avril 2019. [http://www.etaamb.be/fr/loi-du-04-avril-2019\\_n2019011404.html](http://www.etaamb.be/fr/loi-du-04-avril-2019_n2019011404.html).

iniciativa ha sido parte de un conjunto de medidas propuestas por el Poder Legislativo para combatir el comportamiento abusivo y reequilibrar las relaciones económicas entre empresas e incluye la prohibición de cláusulas abusivas en los contratos (análogas a las que existen en la legislación de defensa del consumidor), de prácticas comerciales desleales y del abuso de la situación de dependencia económica (16).

El texto legal reproduce en lo esencial los textos de las normas francesa y alemana y define la “situación de dependencia económica” según lo siguiente.

*Bélgica. Código de Derecho Económico. Libro I. Título 1ro. Definiciones Generales.*

“Artículo I.1. — (...) 4<sup>o</sup> situación de dependencia económica: situación de sujeción de una empresa respecto de una o más empresas caracterizada por la ausencia de alternativa razonablemente equivalente y disponible en plazos, condiciones y costos razonables, que le permite a la o las primeras imponer prestaciones o condiciones que no podrían obtenerse en circunstancias normales de mercado”. Traducción propia.

En tanto que el abuso de la situación de dependencia económica y los posibles casos particulares, obra insertado inmediatamente después de las figuras de prohibición de acuerdos y de abuso de posición dominante, con el siguiente texto.

*Bélgica. Código de Derecho Económico. Libro IV. Protección de la competencia. Título 1<sup>o</sup>. Normas de competencia. Capítulo 1<sup>o</sup>. Prácticas restrictivas de la competencia.*

“(...) Artículo IV.2/1.— Está prohibido que una o más empresas exploten de manera abusiva una *situación de dependencia económica* en

la cual una o más empresas estén respecto de ella o ellas ubicadas, siempre sea probable que la competencia se vea afectada en el mercado belga involucrado o en una parte sustancial de él. Puede considerarse una práctica abusiva:

“(1) la denegación de una venta, compra u otras condiciones de una transacción;

“(2) la imposición directa o indirecta de los precios de compra o venta u otras condiciones comerciales inequitativas;

“(3) limitación de la producción, las promociones o liquidaciones o el desarrollo técnico en detrimento de los consumidores;

“(4) la aplicación a socios económicos de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, infligiéndoles de esa manera una desventaja competitiva;

“(5) la subordinación de la terminación de los contratos a la aceptación por parte de los socios económicos de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o según los usos comerciales, no tengan relación con el objeto de dichos contratos” (traducción propia).

La autoridad de competencia belga es la entidad designada para monitorear el cumplimiento de esta nueva prohibición. Puede imponer multas de hasta el 2% del volumen de negocios de la empresa en cuestión, así como sanciones por el incumplimiento de su decisión. La parte que se enfrenta a un abuso de dependencia económica también puede interponer una demanda ante los tribunales.

En Francia, la prohibición del abuso de posición dominante data de 1963 y la figura del abuso de situación de dependencia económica fue introducida en 1986, con una reforma de la ley de competencia.

Con la reforma de 1986 de la ley de competencia francesa, la figura del abuso de situación de dependencia económica se insertó en el mismo artículo y en paridad de condiciones que la figura de abuso de posición dominante. Esto sigue vigente a la fecha, no habiendo sido sustancialmente alterado con la reforma profunda de la legislación que se hizo en septiembre de 2000. Véanse a continuación los textos

(16) Cf. CLAEYS Ignace - TJIS TANGHE, Eubelius, CVBA, “Nouvelles règles dans des relations B2B: clauses interdites, abus de la dépendance économique d’une entreprise et pratiques du marché déloyales”, <https://www.eubelius.com/fr/nouvelles/nouvelles-regles-dans-des-relations-b2b-clauses-interdites-abus-de-la-dependance>, 2019. DUPONT, Renaud - DE HULTS, Loïc, “Nouvelles règles applicables dans les relations B2B - L’abus de dépendance économique et l’interdiction des clauses abusives”, CMS Belgium. Disponible en <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=05e622f6-f70a-4e23-8fb3-25af61541add> (6/7/2019).

originales (ley 86-1243) y vigentes (art. L 420-2 del Cód. Comercio) de la norma francesa de competencia.

*Francia. Ley 86-1243 Libertad de Precios y la Competencia. Título III: Prácticas Anticompetitivas.*

“Art. 8º.— Se encuentra prohibida, bajo las mismas condiciones, la explotación abusiva por parte de una empresa o grupo de empresas de: 1. Una posición dominante en el mercado interno o una parte sustancial de él; 2. La *situación de dependencia económica* en el que se encuentra una empresa cliente o proveedora cuando no tiene una solución equivalente. Dicho abuso puede incluir la negativa de venta, las ventas vinculadas o las condiciones de venta discriminatorias y la ruptura de las relaciones comerciales establecidas únicamente motivadas en el rechazo del socio a someterse a condiciones comerciales injustificadas” (traducción propia).

*Código de Comercio. Libro IV. Libertad de Precios y la Competencia. Título III: Las prácticas anticompetitivas.*

“Art. L 420-2.— Está prohibido, en las condiciones establecidas en el artículo L. 420-1, por parte de una empresa o grupo de empresas abusar de una posición dominante en el mercado interno o en una parte sustancial de él (...) Además, está prohibido, siempre que pueda afectar el funcionamiento o la estructura de la competencia, el abuso por parte de una empresa o de un grupo de empresas de la *situación de dependencia económica* en el que por su parte se encuentra una empresa cliente o proveedora. Dichos abusos pueden incluir la negativa de venta, las ventas vinculadas, las prácticas discriminatorias referidas en los artículos L. 442-1 a L. 442-3 o los “accords de gamme (17)” (traducción propia).

(17) Expresión francesa sin un equivalente exacto al español para los acuerdos propuestos por una marca insignia a un distribuidor en los cuales, a cambio de la distribución de un producto muy conocido, la marca obtiene la distribución de otros productos de la misma gama o familia. Cf. Gobierno de Francia. Dirección General de Competencia, Consumo y Represión del Fraude, “Abus de dépendance économique: ¿Quelles sanctions?, Fiches Pratiques”, junio de 2017.

Según se anticipó, Alemania ha sido el primer país europeo que adoptó la figura del “abuso de dependencia económica”, a través de la reforma de la legislación de competencia en 1973 (18).

Según la autoridad de competencia, los legisladores consideraron que no solo los actos llevados a cabo por empresas dominantes podían distorsionar la competencia (aquellas, *prima facie*, con una cuota de mercado de menos del 40%). Los actos de empresas con cierto grado de poder de mercado podían ejercer ese poder en contra de pequeñas y medianas empresas y ello producir efectos negativos en la competencia (19).

Këllezzi (2007) destaca que la motivación subyacente del legislador alemán fue impedir que las grandes corporaciones petroleras discriminasen contra pequeñas estaciones de servicio independientes durante la crisis del petróleo, así como también proteger a otros comercios minoristas de la dependencia respecto de marcas fuertes y la dependencia resultante de relaciones comerciales de larga data (20).

El texto de la legislación alemana vigente (21) establece el abuso de posición dominante en el art. 19 y en el art. 20 establece que las hipótesis 1 y 5 del art. 19 también se aplican a la situación de dependencia económica. Asimismo, la norma provee una definición de “poder de mercado relativo o superior” para caracterizar

(18) IDOT, Laurence, “Les limites et le contrôle de la concurrence dans la perspective d’une harmonisation internationale”, *Revue internationale de droit comparé*, 2002, vol. 54, nro. 2, ps. 371-399. International Competition Network, cit., 2008; OECD Reviews of regulatory reform regulatory reform in Germany. The role of competition policy in regulatory reform, 2004, p. 12.

(19) International Competition Network, 2008.

(20) KËLLEZI, Pranvera, “Abuse below the Threshold of Dominance? Market Power, Market Dominance, and Abuse of Economic Dependence”, en MACKENRODT M. O. - CONDE Gallego B. - ENCHELMAIER S. (eds.), “Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?”, 2007. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1011205](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1011205).

(21) Act against Restraints of Competition, versión publicada el 26/6/2013 (Bundesgesetzblatt —Federal Law Gazette— I, 2013, p. 1750, 3245), conforme con la última enmienda de fecha 1/6/2017 (Federal Law Gazette I, p. 1416). [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gwb/englisch\\_gwb.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html).

la situación de las empresas potencialmente abusadoras y solo aplica a las pequeñas y medianas empresas, según se muestra a continuación. Nótese que además de aplicar a clientes y proveedores (como es en la norma belga y francesa), la figura también aplicaría a pequeños y medianos competidores (art. 20[3]).

*Alemania. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (2017)*

“§ 19. Conducta prohibida de las empresas dominantes

“(1) Se prohíbe el abuso de una posición dominante por parte de una o varias empresas.

“(2) Existe particularmente un abuso cuando una empresa dominante como proveedor o comprador de un determinado tipo de bienes o servicios comerciales.

“1. obstaculice directa o indirectamente la actividad de otra empresa de manera injusta o trate, directa o indirectamente, a una empresa de manera diferente que otras empresas sin ninguna justificación objetiva; (...).

“5. solicita a otras empresas que le otorguen ventajas sin ninguna justificación objetiva, a tal fin, se tendrá especialmente en cuenta si la solicitud ha sido acompañada de razones plausibles y si la ventaja solicitada es proporcional a dichos motivos”.

“§ 20. Conducta prohibida de las empresas con *poder de mercado relativo o superior*

“(1) Lo dispuesto en el § 19 (1) y (2) 1. también se aplicará a las empresas y asociaciones de empresas cuando las pequeñas o medianas empresas como proveedores o clientes de un determinado tipo de productos o servicios comerciales dependan de ellas de tal manera que no existan posibilidades suficientes y razonables de cambiar a otras empresas (poder de mercado relativo). Se presume que un proveedor de un determinado tipo de productos o servicios comerciales depende de un comprador en el sentido de la oración precedente si dicho proveedor otorga regularmente a dicho comprador, además de los descuentos u otra remuneración habituales en el comercio, beneficios

especiales que no son concedidos a compradores similares.

“(2) Lo dispuesto en el § 19 (1) y (2) 5. también se aplicará a las empresas y asociaciones de empresas en su relación con las empresas que de ellas dependan.

“(3) Las empresas con un poder de mercado superior en relación *con competidores pequeños y medianos* no pueden abusar de su posición en el mercado para, directa o indirectamente, obstaculizar de manera desleal la actividad de dichos competidores. “Existe una obstaculización ilegal en el sentido de la oración precedente, en particular si una empresa

“1. ofrece alimentos en el sentido del § 2 (2) del Código Alemán de Alimentos y Alimentos por debajo del costo, o

“2. ofrece otros bienes o servicios comerciales no solo ocasionalmente por debajo del costo, o,

“3. exige a las pequeñas o medianas empresas con las que compite en el mercado descendente de distribución de bienes o servicios comerciales un precio, por la entrega de dichos bienes o servicios, superior al precio que ella misma ofrece en ese mercado, a menos que haya, en cada caso, una justificación objetiva (22). (Traducción propia desde la versión en inglés.” Énfasis propio).

La autoridad de competencia alemana ha explicado que la ley de competencia ofrece una “doble definición” de dominancia. Una em-

(22) El párrafo finaliza con aclaraciones sobre cómo considerar el precio por debajo del costo en el punto 2. A saber: “El costo en el sentido del punto 2 será el precio acordado entre la empresa con mayor poder de mercado y su proveedor para la provisión del bien o servicio; Los descuentos generales que se pueden esperar con una certeza razonable en el momento en que se realiza la oferta se deducirán proporcionalmente del precio acordado, a menos que se acuerde lo contrario explícitamente con respecto a bienes o servicios específicos. La oferta de alimentos por debajo del costo se justifica objetivamente si dicha oferta es adecuada para evitar el deterioro o la inminente imposibilidad de venta de los productos en las instalaciones del distribuidor mediante una venta oportuna, o en casos igualmente graves. La donación de alimentos a organizaciones de caridad para su uso dentro del alcance de sus responsabilidades no constituirá una obstaculización desleal”.

presa domina el mercado si no está expuesta a la competencia sustancial o si tiene una posición de mercado superior con relación a sus competidores. Por tanto, las prohibiciones de no discriminar y de no obstaculizar la actividad de otras empresas que pesan sobre estas también aplican sobre las empresas “poderosas con relación a sus pequeños y medianos” proveedores o clientes, cuando “no existen posibilidades suficientes y razonables de contratar con otras empresas”. Según la autoridad, esto se debe a que una empresa puede “tener una posición tan poderosa en el mercado, que puede causar distorsiones en este, incluso si no es dominante”. Nótese que en Alemania *prima facie* son dominantes aquellas empresas con cuotas de mercado mayores al 40% en el mercado relevante (23). La autoridad sostiene que así la ley cubre las denominadas situaciones de “poder de mercado relativo” en las relaciones verticales y a las pequeñas y medianas empresas dependientes de un cliente o proveedor debido a que no pueden cambiar a proveedores o clientes alternativos. Esta provisión no puede ser invocada por grandes empresas para reclamar aprovisionamiento por parte de un proveedor poderoso (24), solo aplica para las pequeñas y medianas empresas (25).

En Italia, la situación de dependencia económica está definida como “la situación en la cual una empresa es capaz de determinar un excesivo desequilibrio de derechos y obligaciones en sus relaciones con otra empresa” en el art. 9º de la Ley de Subcontratación Industrial de 1998 (26), la cual en la práctica es aplicada directamente en sede judicial. Así, el abuso de dependencia económica en las relaciones contractuales con un cliente o proveedor (domi-

nancia relativa) no se encuentra prohibido por la ley de competencia sino por el art. 9º de la ley 192/1998, que busca proteger los intereses de las partes débiles en las relaciones contractuales. Nótese que conforme con el art. 9º (3) bis, en el caso de violaciones extensivas y repetidas de las regulaciones de plazos de pago establecidas en el decreto legislativo 231/2002, puede encontrarse un abuso, aún en la ausencia de dependencia económica, en particular si las afectadas son pequeñas y medianas empresas (27).

En Italia, la norma busca proteger los intereses de las partes débiles en las relaciones contractuales. La verificación de la dependencia económica que se realiza en sede judicial busca establecer la existencia de una relación comercial o única con la firma dominante, dada por la magnitud de la inversión específica que la firma dominada ha realizado y la posibilidad de reconversión de dicha inversión. Nótese que conforme con el art. 9º (3) bis de la ley 198/1998, en el caso de violaciones generalizadas y repetidas de las regulaciones de plazos de pago establecidas por el decreto legislativo 231/2002 puede haber un abuso, aún en la ausencia de dependencia económica, particularmente si involucra a pequeñas y medianas empresas. No obstante, existen pocos casos jurisprudenciales (28).

En aquellos casos en que la autoridad de competencia considere que la conducta afecta la competencia en el mercado puede aplicar ambas normas: el art. 9º de la ley 192/1998 y el art. 3º de la ley de competencia que es análogo al art. 102 del Tratado de Roma. Desde marzo de 2001 la autoridad italiana de competencia ha sido designada apta para aplicar el art. 9º de la ley 192/1998, pero al menos hasta 2009 no se había tratado ningún caso (29).

En España la figura de “abuso de dependencia económica” no obstante, su inspiración francesa y alemana, no se encuentra en la ley de competencia, sino en el art. 16.2. de la ley 3/1991 de Competencia Desleal.

(23) En la ley de competencia de Alemania existe una presunción de dominancia cuanto la cuota de la empresa en el mercado relevante excede el 40%. Esto no es así en Francia o la UE, donde la presunción surge de la jurisprudencia y el umbral es un poco más alto: 50%. Decisión 16-D-14 del 23/6/2016, Umicore.

(24) OECD (1996), “National Contributions: Germany”, en *Abuse of Dominance and Monopolisation. Policy Roundtables*.

(25) Cf. TRULI, Emanuela, “Relative dominance...”, cit., nota al pie nro. 1.

(26) Ley 192 del 18 de julio de 1998, “Disciplina della subfornitura nelle attività produttive”, Official Gazette of 22 July, nro. 143.

(27) BERETTA Matteo - FAELLA, GianLuca, “Italy”, en *The Dominance and Monopoly Review*, 6<sup>th</sup> Edition, The Law Review, Law Business Research Ltd., 2018.

(28) Ídem; SANTARELLI, Fulvio G., “Contrato y Mercado”, tesis doctoral, Universidad Austral, 2018.

(29) Cf. TRULI, Emanuela, “Relative dominance...”, cit., nota al pie nro. 8.

*España. Ley 3/1991 de Competencia Desleal. Capítulo II. Actos de competencia desleal*

*“Artículo 16.— Discriminación y dependencia económica.*

*“(…) 2. Se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.” (Énfasis propio).*

Dado que la prohibición del abuso de situación de dependencia económica en la legislación española no es parte de la ley de competencia, tampoco comparte su mismo objeto, un rasgo distinto respecto de las legislaciones de Francia o Alemania. El objeto de la ley de competencia desleal española es “la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado” (art. 1º), mientras que el objeto de la ley de competencia sería más restrictivo, al quedar definido como “garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado” (párr. 3º del preámbulo de la ley) (30).

Nótese asimismo que la figura en la ley española tiene una cobertura mayor que en la ley francesa, la cual solo se aplica a proveedores o clientes en situación de dependencia económica con respecto a una empresa que puede ser no dominante en términos absolutos. También tiene una cobertura mayor que la ley alemana, que solo se aplica a pequeñas y medianas empresas proveedoras, clientes o competidoras respecto de una empresa con poder de mercado superior, que puede no ser dominante en términos absolutos. Finalmente, como se dijo, en su aplicación en jurisdicción de Francia o Alemania, se requiere que el abuso de la situación de dependencia económica afecte la competencia en el mercado y no solo a un agente económico en particular.

(30) Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE 159, de 4/7/2007, ps. 28.848 a 28.872.

La inclusión de la figura de “explotación de una situación de dependencia económica” dentro de la ley de competencia desleal “ha generado enormes discrepancias en su interpretación porque gran parte de los autores españoles ratificaron en sus comentarios que se trataba de un supuesto concreto del abuso de la posición dominante ya previsto y prohibido en el artículo 6º LDC por lo que no procedía incluirlo nuevamente en la LCD, y que, de no considerarse incluido como modalidad específica, se debería haber añadido a la LDC” y que “...haciendo caso a las críticas de la doctrina sobre la ubicación de este supuesto en la LCD, con la ley 52/1999 que reformaba la Defensa de la Competencia se incluyó el abuso de la situación de dependencia económica en el artículo 6.1.b) LDC —a la vez que se modificó el art. 16 LCD— definiéndola de manera idéntica que la LCD” (31).

La cuestión quedó zanjada cuando en la nueva ley de competencia (ley 15/2007 de Defensa de la Competencia) se suprimió la referencia de la explotación de dependencia económica. No obstante el art. 3º de la Ley de Defensa de la Competencia prevé que la autoridad competente pueda intervenir en aquellos casos en que los actos de competencia desleal afectan el interés público (32). Es decir que una situación de abuso de situación de dependencia económica en España podría encuadrar tanto en el art. 16.2 de la ley de competencia desleal como en el art. 3º de la Ley de Competencia, si se dan los supuestos más restrictivos de esta última.

Como anticipamos, en la Argentina se ha optado por seguir la letra del modelo español, la figura no ha sido incorporada en la Ley de Competencia, sino en la Ley de Lealtad Comercial que tiene un objeto distinto y similar al de la legislación española, a saber: “asegurar la lealtad y transparencia en las relaciones comerciales y garantizar el acceso a información esencial sobre los productos y servicios comercializados en la República Argentina a través de canales físicos o digitales, en interés de todos los participantes del mercado” (decreto sobre lealtad

(31) SÁNCHEZ GÜELL, Roger, “Análisis del artículo 16.2 de la Ley de Competencia Desleal”, Universidad de Barcelona, 2017.

(32) Ídem.



comercial 274/2019, art. 1º). Por ello, entendemos que similar al caso español, la figura en la Argentina podría aplicarse a una mayor cantidad de situaciones que en Francia o en Alemania, todo ello dependiendo de la interpretación que la jurisprudencia vaya dando al objeto de la norma.

### III. Casos destacados en Alemania, Francia y España

#### III.1. Alemania

Como anticipamos, en la ley de competencia de Alemania las prácticas unilaterales están reguladas por los arts. 18 y 19 que prohíben el abuso (individual o colectivo) de una posición dominante. El art. 20 extiende la prohibición a los abusos perpetrados por empresas que cuentan con posición dominante “relativa” con respecto a las pequeñas y medianas empresas socias comerciales (clientes o proveedores) o competidoras. Así, el art. 20 (2) extiende la prohibición de prácticas exclusorias y discriminatorias dirigidas a pequeñas o medianas empresas socias comerciales dependientes (art. 20.3) y el art. 20 (3) extiende la prohibición de prácticas exclusorias por parte de empresas que cuentan con poder de mercado superior en comparación con pequeños y medianos competidores.

El art. 20 hace uso del Reglamento UE 1/2003 que permite que las legislaciones nacionales sobre conductas unilaterales se extiendan más allá de la prohibición de abuso de posición dominante tal como está establecida en el art. 102 del Tratado de la Unión. Téngase presente también que, a diferencia del derecho de competencia comunitario, Alemania cuenta con una presunción refutable de dominancia cuando una firma excede el 40% de participación en el mercado relevante, por tanto, los arts. 20 (2) y 20 (3) pueden aplicarse a empresas con participaciones de mercado menores al 40%, que se presumen “no dominantes”. Se ha dicho que el art. 20 tiene como objetivo proteger a las pequeñas y medianas empresas de las conductas anticompetitivas de grandes competidores o socios comerciales, particularmente en la cadena agroalimentaria y la distribución minorista (33).

(33) BARTHELMESS, Stephan - KUHN, Tilman - RUMP, Tobia, “Germany”, en *The Dominance and Monopoly*

A continuación, presentamos un caso reciente que ilustra la aplicación de estas disposiciones en la práctica.

La autoridad de competencia de Alemania (Bundeskartellamt) en 2014 emitió una decisión que consideró abusivos los descuentos solicitados por Edeka Central AG & Co.KG a sus proveedores luego de haber comprado la cadena de tiendas de hard discount “Plus” en 2009. Este tipo de descuentos se conocen como como “wedding rebates” o “post merger rebates”. EDEKA, que es la mayor empresa de *retail* del país con una participación del 23% al 2016 (34) y, según la autoridad, violó la llamada “prohibición de tapping” o “Anzapfverbot”, que prohíbe a los distribuidores minoristas inducir a sus proveedores a concederles prestaciones sin ningún tipo de justificación objetiva.

Andreas Mundt, presidente del Bundeskartellamt dijo: “La ley de competencia establece límites a la libertad de acción de compañías poderosas. Cuando la posición de mercado desde la compra de un distribuidor minorista de alimentos es tan fuerte que los proveedores dependen de él, como en el caso de Edeka, el distribuidor no debe inducir a sus proveedores a concederles beneficios sin ninguna justificación objetiva”. La decisión fue apelada y en 2015 el Tribunal Regional Superior de Düsseldorf revocó completamente la decisión de la autoridad, lo que fue apelado por la autoridad. Finalmente, en la decisión del 23 de enero de 2018, el Tribunal Federal de Justicia de Alemania confirmó la decisión de la autoridad de competencia. El Bundeskartellamt ha destacado que la decisión del Tribunal “ha demostrado que es efectiva la prohibición del abuso del poder de negociación bajo la ley de competencia. El legislador ha endurecido esta prohibición varias veces. Ahora el Tribunal Federal de Justicia ha eliminado más obstáculos (...). La negociación dura es admisible, pero el abuso del poder de mercado está prohibido” (35). Nótese que se

*Review*, 6<sup>th</sup> Edition, The Law Review, Law Business Research Ltd., 2018.

(34) <https://www.freshplaza.com/article/2183566/nielsen-study-edeka-is-again-number-one/>.

(35) Bundeskartellamt, “Bundeskartellamt takes decision of principle in food retail case -Edeka’s demands

habla de “poder de mercado” y no de “posición dominante”, que no son equivalentes en la legislación alemana. A los efectos del caso, no fue necesario establecer si Edeka era o no dominante en su mercado, sino que era dominante con relación a los proveedores en cuestión. Sobre este punto, lo elaboraremos en detalle en la siguiente sección.

Bundeskartellamt había apelado el fallo del tribunal de Düsseldorf con relación a ciertos tipos específicos de exigencias unilaterales que Edeka había hecho particularmente a sus proveedores de vinos espumantes, a saber: “alineamiento de condiciones”, “ajuste en los términos de pago” y “reembolso por partenariat”. En la exigencia de “alineamiento de condiciones” Edeka había comparado las condiciones de compra de su propia cadena de *hard discount* “Netto” con las de la cadena “Plus” adquirida y exigía a los proveedores ciertas condiciones que en su momento habían concedido a Plus, tomando en consideración no solo las condiciones existentes al momento de la adquisición de Plus, sino también condiciones beneficiosas que solo habían existido temporalmente mucho antes de la compra. El Tribunal Federal sostuvo que esa exigencia representaba un abuso del poder de negociación. El Tribunal también determinó que la exigencia de EDEKA de que sus propios términos de pago se ajustasen *per se* a los de “Plus” también era ilegal. Finalmente, también consideró las exigencias de EDEKA de compartir los costos de la renovación de los puntos de venta mediante un “reembolso por partenariat” era un abuso de poder de negociación. En suma, el Bundeskartellamt se opuso a que Edeka obligara a sus proveedores a participar en los costos de adquisición de “Plus”, entendiéndolo que deben ser asumidos exclusivamente EDEKA. La Corte declaró que la práctica por parte de distribuidores minoristas (*retailers*) poderosos de trasladar una proporción excesiva de su riesgo empresarial a los fabricantes es ilegal (36).

on suppliers were abusive”, *Press Release*, 3/7/2014. [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2014/03\\_07\\_2014\\_edeka.html?nn=3591568](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2014/03_07_2014_edeka.html?nn=3591568).

(36) European Competition Network (2018), Federal Court of Justice confirms key points of Bundeskar-

Asimismo, similar a lo anterior, en noviembre de 2017, se había autorizado una fusión entre la cadena de distribución minorista de muebles denominada XXXLutz y su competidor Möbel Buhl GmbH & Co. KG. Después de la fusión, XXXLutz exigió a los proveedores de Möbel Buhl que las condiciones comerciales otorgadas a XXXLutz se apliquen retrospectivamente desde el 1 de enero de 2017 a todas las ventas efectuadas por las tiendas de Möbel Buhl y exigió un crédito por todas las diferencias de precio y condiciones a partir de esa fecha. En 2018 la autoridad de competencia inició una investigación contra “XXXLutz” por exigir descuentos post-fusión injustificados (*wedding rebates*). No se prosiguió con el procedimiento sancionatorio dado que XXXLutz se comprometió a cesar con dicha exigencia. Andreas Mundt, presidente de Bundeskartellamt explicó que se había informado a la compañía por escrito que, sobre la base de la información disponible, no se veía una justificación objetiva para exigir este tipo de créditos retroactivos y que si los proveedores cumplen sin objeciones con esas demandas, ello podría ser una señal de que dependen económicamente de XXXLutz, siendo que no había indicios de que XXXLutz haya prestado servicios en el período anterior a la fusión que justificasen tales demandas (37).

Como corolario, nótese que ambos casos se refieren a proveedores pequeños y medianos y existe una afectación potencial a los mercados en que Edeka y XXXLutz se desempeñan, si se permitiese que esas firmas se “apalanquen” en sus proveedores para abaratar los procesos de fusiones y adquisiciones que concentran el mercado. El accionar de la autoridad de competencia se enmarca en el objeto de la ley, como veremos en detalle en las secciones siguientes.

tellamt’s landmark decision concerning..., ECN Brief. <https://webgate.ec.europa.eu/multisite/ecn-brief/en/content/federal-court-justice-confirms-key-points-bundeskartellamts-landmark-decision-concerning>.

(37) Bundeskartellamt, “XXXLutz abandons its demand for retroactive adjustment of purchase conditions”, parte de prensa emitido el 11/1/2018. [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/11\\_01\\_2018\\_Moebel\\_Hochzeitsrabatte.html?nn=3591568](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/11_01_2018_Moebel_Hochzeitsrabatte.html?nn=3591568).

### III.2. Francia

El art. L 420-2 del Código de Comercio de Francia prohíbe tanto el abuso de posición dominante (L 420-2 [1]) como el abuso de dependencia económica (L 420-2 [2]). Ambas son figuras de la ley de competencia. El abuso de la situación de dependencia económica en la que se encuentra un cliente o un proveedor solo está prohibido si es probable que afecte la competencia en el mercado.

La figura fue originalmente introducida para proteger a los proveedores de las grandes cadenas de supermercados, pero en la práctica se ha aplicado esencialmente cuando ha sido invocada por distribuidores frente a situaciones de negativas de suministro y discriminación (38). La figura puede aplicarse a negativas de venta, ventas atadas, discriminación, descuentos post-fusión (“wedding rebates” (39)) o a cláusulas de cliente más favorecido (40), siempre que la empresa perjudicada se encuentre en estado de dependencia económica (41).

De acuerdo con la jurisprudencia establecida en Francia, la dependencia económica surge cuando una empresa es forzada dentro de una relación comercial con otra empresa porque no puede adquirir productos sustitutos bajo similares términos y condiciones o vender sus productos a otros clientes. La autoridad de competencia examina los siguientes criterios: notoriedad de la marca del socio comercial, participación de mercado del socio comercial, participación del socio comercial en el giro de negocios de la empresa dependiente y la imposibilidad

de que la empresa dependiente encuentre un socio comercial alternativo (42).

En el documento titulado “Ficha Práctica: abuso de dependencia económica”, la Dirección General de Competencia, Consumidor y Represión del Fraude de Francia destaca una reciente Decisión 17-D-15 del 9 de agosto de 2017 de la autoridad de competencia. La Federación de Industrias Náuticas denunció ante a la autoridad de competencia de Francia (Autorité de la Concurrence) haber sido puesta en situación de dependencia económica por Reed Expositions France (filial francesa de Reed Exhibitions, líder mundial en exposiciones (43)) y que esa firma habría abusado de esa situación al implementar ciertas prácticas en los mercados de organización de ferias y exposiciones y de construcción de yates. Entre 1998 y 2016, la Federación otorgó a Reed, a través de tres contratos sucesivos, la organización técnica del Festival Internacional de Recreación de Cannes (el “Yachting”). Se denuncia que en el contrato de 2011 había una cláusula de exclusividad post-contractual, otorgando a Reed “la explotación plena y completa” del Yachting por un período de veinte años en caso de no renovación del contrato o rescisión de este último. Esta cláusula entró en vigor en 2016, luego de la terminación anticipada del contrato. La autoridad consideró que la evidencia en el expediente no demuestra que los hechos alegados sean contrarios a la competencia. En particular, no se ha establecido que el mercado para la organización de ferias y exposiciones se vería afectado por el mero hecho de que Reed ahora asumiese de modo completo la organización del Yachting. Tampoco se establece que la organización de esta exposición por Reed tendría un efecto anticompetitivo en el mercado para la construcción de yates. El caso fue rechazado (44).

Otro caso a destacar es la decisión del 12 de febrero de 2013 del Cámara de Comercio del Tribunal de Casación (Cour de Cassation, la

---

(38) WINCKLER, Antoine - DE BURE, Frédéric, “France”, en *The Dominance and Monopoly Review*, 6<sup>th</sup> edition, The Law Review, Law Business Research Ltd., 2018.

(39) Cuando, por ejemplo, un distribuidor obtiene mayor poder de negociación mediante una adquisición o fusión renegocia mayores ventajas de sus proveedores. Soulier Avocats, “The state of economic dependence”, 2013.

(40) Cuando, por ejemplo, un socio comercial en situación de dependencia económica es obligado a reducir los descuentos que otorga a terceros, Soulier Avocats, “The state...”, cit.

(41) Soulier Avocats, “The state...”, cit.

---

(42) WINCKLER, Antoine - DE BURE, Frédéric, “France”, en *The Dominance...*, cit.

(43) <https://www.reedexpo.fr/groupe/>.

(44) Gobierno de Francia. Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (2017), “L’abus de dépendance économique: quelles sanctions?”, Fiches Pratiques.

máxima instancia judicial), que ha establecido que “El estado de dependencia económica se define como la imposibilidad, para una empresa, de disponer de una solución técnica y económicamente equivalente a las relaciones contractuales que ha establecido con otra empresa” y que esta condición significa la “ausencia de una solución alternativa equivalente”, la que constituye una condición “necesaria y suficiente” para la caracterización de una relación de dependencia económica. El caso involucró a la empresa EAS Fret, especializada en la recolección, transporte y entrega de paquetería y documentos que había sido subcontratista de DHL en Cotes d’Armor (al oeste de Francia) desde 1996. En octubre de 2004 DHL notificó a EAS Fret la terminación de la relación contractual sujeto a tres meses de preaviso. El 22 de diciembre los procedimientos de suspensión de pagos iniciados contra EAS Fret se convirtieron en procedimientos de liquidación judicial. El liquidador judicial convocó a DHL ante el tribunal, alegando que se había aprovechado abusivamente de la dependencia económica de EAS Fret, al imponerle condiciones de precios inaceptables. El fallo de la Cour de Cassation destaca que DHL solo se ajustaba a uno de los criterios que se utilizaban para establecer la situación de dependencia económica, a saber, la reputación de la marca. Los demás criterios no estaban presentes: DHL no era un líder en el área de Cotes d’Armor, la participación de DHL en el giro del negocio de EAS Fret estaba por debajo del 70% y DHL no había exigido ningún tipo de exclusividad legal. No obstante, el fallo indica que el estado de dependencia económica debe solo afirmarse de acuerdo con la existencia o no de soluciones alternativas. EAS Fret ya tenía otros clientes y podía expandir su base de clientes, no habiendo obstáculos legales o fácticos. La Cour de Cassation así respaldó el juicio de la Corte de Apelación de París y se sostuvo que EAS Fret no era económicamente dependiente de DHL. Este fallo ha sido de gran importancia porque la enmienda de la ley de competencia en 2001 hace mención explícita al criterio de solución alternativa equivalente. No obstante la autoridad de competencia ha continuado utilizando ese criterio clave y el referido fallo de la Cour de Cassation ha respaldado esa interpretación y destacado que ese es el criterio primordial, dado que “si no existe dependen-

cia económica, no puede existir abuso de esa dependencia”.

Nótese que, en primer caso, se destaca la importancia de la afectación de la competencia en el mercado en que participa la empresa con poder de mercado superior o relativo, mientras que en el segundo la figura de dependencia económica relacionada sólo con un cliente o proveedor (no sería posible en Francia aplicarla a un competidor).

### III.3. España

En España el art. 16 de la Ley de Competencia Desleal (LCD) es usado de forma habitual para denunciar situaciones de ruptura de contratos de distribución o imposición de condiciones gravosas. Ello se debe a que, además de la figura del abuso de situación de dependencia económica que obra en el art. 16 (2), el artículo contiene un punto 3 relativo a las relaciones contractuales, que reza lo siguiente.

*Ley 3/1991 de Competencia Desleal. “Artículo 16.— Discriminación y dependencia económica.*

”16 (3). Tendrá asimismo la consideración de desleal:

”a) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor.

”b) La obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado”.

Existen varios antecedentes reportados en Cagigal (sf)(45), de aplicación de los

(45) CAGIGAL, Arantxa (sf), “Discriminación y dependencia económica en materia de Competencia desleal, análisis de artículo 16 LCD”, *Economist & Jurist*. <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/discriminacion-y-dependencia-economica-en-materia-de-competencia-desleal-analisis-de-articulo-16-lcd/#>.

arts. 16 (2) y 16 (3) que se reproducen en extenso a continuación.

En España la finalidad de la Ley de Deslealtad Comercial es evitar las “imposiciones derivadas de una desigualdad de posiciones que resulte excesiva” (sentencia del Tribunal Supremo de 29 febrero 2012). La sentencia de la Autoridad Provincial de Barcelona del 13 marzo 2006 (AC 2006, 340) mantiene que “la situación de dependencia económica implica una situación de poder en el mercado relativa y no absoluta, pues esta última se correspondería con la posición de dominio”. Así, los tribunales destacan la diferencia con respecto a la posición de dominio, afirmando que “la diferencia con el abuso de posición dominante sancionado en el derecho *antitrust*, radica en que en este último la posición dominante se refiere al conjunto del mercado, y el primer caso responde al interés público en el funcionamiento del mercado en su conjunto, por lo que cobra mayor relevancia la exigencia de un comportamiento correcto en el mercado” (sentencia de la Autoridad Provincial de Pontevedra, de 23 de enero 2006, AC 2006/175).

La sentencia de la Autoridad Provincial de Barcelona del 14 mayo de 2007 (JUR 2007, 333292), referida a un litigio entre una asociación de vendedores de prensa respecto de una distribuidora, hace descansar la existencia de la explotación de la dependencia, no tanto en la dependencia en sí, cuanto en que los productos en concreto, que “acompañados de una campaña publicitaria importante” no serían fácilmente sustituibles por otros.

Cagigal (sf) informa que la sentencia de la Autoridad Provincial de Castellón de 1 de junio de 2006 (JUR 206, 253538) concluyó que la dedicación de casi un 99% de una empresa a otra en cuanto a la prestación de servicios eléctricos, constituía una situación de dependencia económica que, una vez producido el abuso de esa situación, obliga a la dependiente a buscar otras alternativas si no quiere verse “abocada a la desaparición”. De modo que el Tribunal valoró que las alternativas de colocación de servicios no existían, “o no eran ni mucho menos equivalentes, teniendo en cuenta que su presencia ha de ser real y efectiva, en el momento y lugar considerados, y no únicamente potencial”.

La situación de dependencia se concreta en la falta real de posibilidades de elección, en la que se halla quien carezca de “alternativas semejantes”, como mantiene la referida sentencia del Tribunal Supremo del 29 febrero 2012. Para la aplicación del art. 16 (2) LCD es imprescindible que se demuestre el “comportamiento abusivo de un participante en el mercado en su relación con otro que se halle en situación de dependencia económica y carezca de alternativas semejantes”. Ejemplo de ello es la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 15, del 1 de diciembre de 2004 (AC 2006/264), que mantiene que “el hecho de que los dueños de los quioscos se vieran compelidos por los distribuidores de prensa a firmar un acuerdo para no distribuir prensa gratuita era una práctica desleal puesto que partía de una relación de dependencia de los quioscos de las distribuidoras de prensa no gratuita”.

La situación de dependencia económica no es desleal por sí, sino que la clave es su explotación abusiva, según Cagigal (sf). Para ello debe tratarse de una conducta “injustificada y desproporcionada” (sentencia de la Autoridad Provincial de Barcelona, 13 de marzo de 2006); o dicho en sentido contrario, se requiere para no ser calificada como desleal que además de una justificación objetiva, sea “proporcional con los objetivos (lícitos y razonables) que se persigan” (sentencia de la Autoridad Provincial de Castellón, 1 de junio de 2006). Los supuestos más comunes son: (1) la negativa —sin causa razonable y justificada— a establecer o continuar relaciones comerciales; (2) la discriminación en sí (tratamiento desigual injustificado); (3) la discriminación practicada por empresas con poder relativo de mercado en el lado de la demanda; (4) la obstaculización mediata (p. ej., cláusulas que impiden al distribuidor en situación de dependencia económica distribuir los productos de un competidor).

La jurisprudencia insiste, según lo informa Cagigal (sf) en que, para reconocer la situación de dependencia económica, no existan fuentes de suministro suficientes y razonables distintas para desarrollar su actividad de comercialización, ni que la oferta de los productos fuera imprescindible para continuar ofreciendo y comercializando otros productos similares que vendía, ni que su actividad empresarial estu-

viera adaptada de modo que sin la venta de esos productos no resulte apta (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 30 de diciembre de 2009), que resuelve que no concurre el ilícito desleal del art. 16.2 LCD.

Cagigal (sf) cita el caso de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nro. 6 de Madrid de 8 de abril dictada en Procedimiento Ordinario 740/2016, en el cual actúa como parte actora “Plataforma Juego Limpio de Administraciones de Lotería y la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado, SA”. Se declara que la demandada ha cometido actos de competencia desleal tipificados en el art. 16.2 LDC, y condena a esta a cesar y abstenerse de reiterar en el futuro la conducta desleal consistente en la vulneración de los derechos legales y contractuales de sus puntos de venta integrales (administraciones de loterías) mediante la venta directa a través de su página web, discriminando a dichos puntos de venta integrales en lo relativo a la atribución de las comisiones por criterios geográficos, puesto que al vender *online*, se alteró el sistema de fijación de la comisión, resultando arbitrario y desigual para los distribuidores.

Con relación al art. 16 (3) sobre ruptura de contratos, Cagigal (sf) interpreta que los supuestos allí contenidos son ejemplos de la explotación abusiva de una situación de dependencia económica que, entre otros, se refieren a la ruptura de relaciones comerciales duraderas y a la obtención de ventajas a través de la amenaza de ruptura. El preaviso en la ruptura de cualquier relación duradera podrá ser valorado desde el punto de vista contractual, pero para la aplicación de la ley de competencia desleal, habrá de darse en el marco de una relación de dependencia económica (sentencia de la Autoridad Provincial de Alicante, 30 de noviembre 2005). No se consideraría desleal si la ruptura se debe a “incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en casos de fuerza mayor” (sentencia de la Autoridad Provincial de Barcelona, 15 de septiembre 2005). Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de diciembre de 2009 exige para que prospere la acción y con carácter previo a analizar la resolución de la relación contractual y si la misma estaba o no justificada por el supuesto incumplimiento de las obligaciones contractuales, que acredite la existencia de una relación

comercial que haya generado una situación de dependencia económica. La sentencia de la Autoridad Provincial de Madrid del 28/10/2011 se pronuncia en idéntico sentido. La amenaza de ruptura contractual descansa en la “obtención por un operador de ventajas que no lograría si no fuera por la falta de posibilidades de elección que ha de soportar quien se encuentra en una correlativa posición de dependencia”.

En suma, a los efectos de la aplicación de los arts. 16 (2) y 16 (3) de la ley de competencia desleal española, la jurisprudencia indica que “se ha de aportar prueba suficiente sobre la concurrencia de una situación de dependencia económica, con ausencia de alternativas reales, equivalentes y razonables de aprovisionamiento de remplazo, y concurriendo ésta, la deslealtad concurre sólo ante la explotación abusiva de dicha situación” (Cagigal, sf). Nótese de los precitados casos, solo el caso de las loterías ha implicado a agentes competidores o entre sí. Asimismo, también obsérvese que los casos reportados por Cagigal, siendo en sede judicial, no hacen referencia a la afectación de un bien público, como la competencia.

#### **IV. Análisis económico y legal del abuso de posición dominante y del abuso de situación de dependencia económica**

La figura del abuso de posición dominante si bien está sujeta a sofisticadas controversias es una figura muy conocida tanto en el ámbito del análisis económico como del análisis legal, con profusa doctrina y jurisprudencia en casi todo el mundo.

Distinto es el caso de la figura del abuso de situación de dependencia económica que solo registra antecedentes tempranos de aplicación en Francia y Alemania en el ámbito del derecho de la competencia y en Italia y España, fuera de dicho ámbito, si bien se ha observado una tendencia reciente a la incorporación de esta figura, tanto en los países europeos como en otros como Japón o Corea.

Los conceptos de poder de mercado, posición dominante y situación de dependencia económica (posición dominante relativa) son centrales para la comprensión de las similitudes y

diferencias entre ambas figuras, como veremos a continuación.

#### IV.1. Poder de mercado y posición dominante

El poder de mercado es el concepto central que conecta el análisis económico (46) con el derecho de la competencia, en tanto el derecho de la competencia desde el punto de vista económico busca minimizar el costo social del ejercicio del poder de mercado. El poder de mercado es una cuestión de grados.

Como se destaca en Petrecolla (sf) el poder de mercado, “es una cualidad que puede ser poseída al mismo tiempo por varios agentes que actúan de manera independiente, cosa que no sucede con la posición dominante, ya que la misma sólo puede ser ostentada en un mercado por una única persona o por un grupo de personas que actúan de manera concertada (cartel). Una distinción que resulta importante desde el punto de vista de la defensa de la competencia es la que puede establecerse entre el poder de mercado sobre los precios propios y el poder de mercado sobre los precios de los demás agentes económicos. Si este último poder no existe (es decir, si una empresa puede fijar sus propios precios pero sus decisiones no tienen influencia sobre los precios, de sus competidores), entonces tampoco puede hablarse de posición dominante en el mercado en cuestión” (47).

La Comisión Europea ha definido el poder de mercado como “el poder de influir en los precios de mercado, la producción, la innovación, la variedad o calidad de los bienes y servicios, u otros parámetros de competencia en el mercado, por un período de tiempo significativo” y que la posición dominante equivale a poder de mercado *substancial*: “Para que exista dominancia la(s) empresa(s) en cuestión no debe(n) estar sujeta(s) a restricciones competitivas efectivas. En otras palabras, por lo tanto, debe(n) te-

ner un poder de mercado *substancial*” (48) (énfasis propio).

La precitada fórmula quedó finalmente expresada en los lineamientos vigentes de aplicación del art. 102 del Tratado, donde se dice que “la dominación se ha definido conforme al derecho comunitario como la situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores. Este concepto de independencia está relacionado con el grado de presión competitiva ejercido sobre la empresa en cuestión. La dominación implica que esta presión competitiva no es suficientemente eficaz y, por lo tanto, que la empresa en cuestión disfruta de un poder de mercado substancial durante cierto tiempo. Esto significa que las decisiones de la empresa son en gran parte insensibles a las acciones y reacciones de sus competidores, sus clientes y, en último término, de los consumidores. La Comisión puede considerar que no existe una presión competitiva eficaz aun cuando subsista una cierta competencia real o potencial. Por lo general, una posición dominante es el resultado de varios factores que, tomados por separado, no son necesariamente determinantes” (49).

El grado de poder de mercado se establece mediante el uso de dos puntos de referencia polares: el costo marginal o el nivel de precio en un mercado competitivo y el precio de monopolio. En el estado de competencia perfecta,

(48) DG Competition, “Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses”, 2005.

(49) Comisión Europea (2009), Comunicación de la Comisión - Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. (Texto pertinente a efectos del EEE). (2009/C 45/02), citando los siguientes antecedentes: United Brands Company y United Brands Continentaal/Comisión (1978), Hoffmann-La Roche & Co./Comisión (1979), Atlantic Container Line y otros/Comisión (2002), Gøttrup-Klim y otros Grovvarerforeninger/Dansk Landbrugs Grovvarerelskab (1994) y Hilti AG/Comisión (1991).

(46) La rama de la microeconomía específicamente dedicada a tratar el poder de mercado y la estructura y funcionamiento de los mercados es conocida como “organización industrial”.

(47) PETRECOLLA, Diego (sf), *Manual para la investigación de conductas anticompetitivas*, Dirección General de Comercio del Ministerio de Economía y Finanzas de la República de Uruguay.

ninguna empresa tiene poder de mercado o el poder de determinar precio y el precio de mercado es igual al costo marginal. En cambio, una firma con algún grado de poder de mercado tiene la capacidad de elevar de manera rentable su propio precio por encima del costo marginal. En el contexto del derecho de la competencia, dado que en la realidad económica es usual que existan importantes costos fijos que no se pueden recuperar sin un precio superior al costo marginal, suele utilizarse un punto de referencia más realista que el costo promedio de largo plazo (en lugar del costo marginal) (50).

El comportamiento monopolista implica un grado extremo de poder de mercado: es un formador de precios, ya que es el único proveedor de un producto en un mercado relevante y puede imponer un precio igual al que los consumidores pueden y quieren pagar: un monopolista enfrenta una baja elasticidad de la demanda y tiene un poder absoluto sobre sus clientes o consumidores.

El análisis económico (la teoría de la organización industrial) define una variedad de estructuras de mercado intermedias entre la competencia perfecta y el monopolio. Una de ellas es la estructura de mercado caracterizada por la existencia de una firma dominante que coexiste con un conjunto de firmas de menor envergadura, denominadas “competidores marginales”. Esta es la estructura que más se corresponde con la situación de dominancia en el mercado relevante definida por la doctrina y la jurisprudencia del derecho de competencia (51). En esta estructura, la firma dominante es un fijador o formador de precios porque prácticamente puede ignorar a las otras empresas que operan en el mercado a la hora de definir su propio precio, que las demás firmas toman como seguidoras. Existen otras estructuras de mercado intermedias que pueden ser fuente —en circunstancias específicas— de cierto grado de poder de mercado, a saber: los oligopolios, la competencia monopolística —propia de los

mercados de productos diferenciados—, p. ej., por la fidelidad de marca.

También el análisis económico —la teoría de la organización industrial— establece que cierto grado de poder de mercado puede resultar de i) asimetrías de información, ii) costos significativos para cambiar a proveedores o clientes alternativos, o iii) de la necesidad de contar con inversiones altamente específicas. Estas situaciones producen lo que suele denominarse un efecto “cerrojo” (*lock-in effect*) que puede producir —según sea el caso— a proveedores, clientes o consumidores “cautivos”. La necesidad de contar con inversiones altamente específicas puede ser fuente de comportamientos oportunistas en las relaciones bilaterales entre empresas a lo largo de una cadena de valor, lo cual a largo plazo puede conducir a niveles subóptimos de inversión. Muchas de las cláusulas restrictivas pactadas en las relaciones bilaterales entre empresas —conocidas como restricciones verticales— se explican por la necesidad de los socios comerciales de evitar los comportamientos oportunistas (52). Esta cuestión es de interés de las autoridades de competencia por cuanto niveles subóptimos de inversión pueden tener impactos negativos de largo plazo en la competencia de los mercados involucrados, en términos de precio, calidad, variedad, escala o innovación. Nótese que, en determinadas circunstancias, estos elementos pueden situar a un determinado agente en situación de dependencia económica respecto de un socio comercial, sin que necesariamente este último cuente con una posición dominante —poder de mercado sustancial— en el mercado relevante en que opera.

A los efectos de determinar el grado de poder de mercado con que cuenta una firma y establecer la existencia de posición dominante, en el derecho de la competencia hay una centralidad del valor que asume su cuota de mercado en el mercado relevante. Ello tiene su conexión con el análisis económico por cuanto el Índice de Lerner de poder de mercado se encuentra positivamente relacionado con la cuota de mercado: cuanto más alta sea la cuota de mercado

(50) Cf. MOTTA, Massimo, “Competition Policy. Theory and Practice”, 2004 y PETRECOLLA, Diego (sf), *Manual para la investigación...*, cit.

(51) KËLLEZI, Pranvera, “Abuse below the Threshold...”, cit.

(52) Ídem.



de una empresa, más alto el valor del Índice de Lerner (53).

Sin embargo, desde el punto de vista económico, dependiendo de las características específicas del mercado relevante, en particular las barreras a la entrada y el poder de negociación de la demanda, cuotas bajas de mercado pueden ser consistentes con poder de mercado sustancial o posición dominante y, viceversa, altas cuotas de mercado pueden no estar asociadas a poder de mercado sustancial o posición dominante, en ausencia de barreras a la entrada. La existencia de presunciones de dominancia basadas en cuotas del mercado relevante en la práctica dificulta el cuestionamiento del comportamiento en el mercado de empresas con cuotas de mercado por debajo de los umbrales de dominancia.

No obstante el *caveat* precedente, en la práctica las cuotas de mercado son centrales para deducir dominancia y en muchas jurisdicciones la jurisprudencia o la ley de competencia han introducido presunciones de dominancia sobre la base cierto nivel de cuota de mercado: 50% en la Comisión Europea (a partir del caso Hoffmann - La Roche en 1979) (54). En Alemania existe una presunción del 40% en el art. 18 (4) de la ley. En los lineamientos sobre la aplicación del art. 102 del Tratado (emitidos en 2009) la Comisión Europea en consonancia con el enfoque económico actual, en cierto sentido flexibiliza la presunción, advirtiendo expresamente sobre la insuficiencia de la cuota de mercado de por sí para establecer la posición dominante y que el análisis debe completarse con la evaluación de las barreras a la entrada y el poder de negociación de la demanda (55).

(53) CARLTON, Dennis W. - PERLOFF, Jeffrey M., "Modern Industrial Organization", 1991, nota 10. El numerador índice varía entre casi 0 para la empresa perfectamente competitiva que tiene una participación de mercado muy pequeña y 1 para una empresa con el 100% del mercado. El denominador del índice corresponde a la elasticidad de la demanda del mercado relevante.

(54) Cf. FERNÁNDEZ, Cani, "Cuota de mercado y poder de mercado", en MARTÍNEZ LAGE, Santiago - PETITBÒ JUAN, Amadeo (dirs.), *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales SA, Madrid, Barcelona, 2006.

(55) "Las cuotas de mercado proporcionan una primera indicación útil para la Comisión en lo que respecta

#### IV.2. La situación de dependencia económica y su abuso

Como dijimos, las presunciones de dominancia basadas en cuotas de mercado altas dificultan a las autoridades cuestionar los comportamientos de empresas con cuotas de mercado bajas. Sin embargo, dicha limitación que no opera sobre la figura del "abuso de situación de dependencia económica", dado que por definición en esa figura la dominancia de una empresa se toma con relación a sus socios comerciales y/o a sus pequeños y medianos competidores (dominancia relativa) y no respecto de todo un mercado (dominancia absoluta).

Un abuso de dependencia económica puede suceder aun cuando el socio comercial no cuente con posición dominante, por ejemplo, si uno de los socios ha realizado inversiones específicas que no pueden ser recuperadas si el

---

a la estructura del mercado y a la importancia relativa de las distintas empresas activas (...) Sin embargo, la Comisión interpretará las cuotas de mercado teniendo en cuenta las condiciones del mercado de referencia y, en especial, la dinámica del mercado y el grado de diferenciación de los productos (...) La Comisión considera que unas cuotas de mercado bajas son generalmente un buen indicio de una falta de poder de mercado importante. Según la experiencia de la Comisión, no es probable que haya dominación si la cuota de mercado de la empresa en el mercado de referencia es inferior al 40%. Sin embargo, puede haber casos concretos por debajo de este umbral en los que los competidores no estén en condiciones de ejercer una presión efectiva sobre la conducta de una empresa dominante, por ejemplo, cuando aquellos se enfrentan a importantes limitaciones de capacidad. La experiencia sugiere que cuanto mayor es la cuota de mercado y cuanto mayor es el período de tiempo durante el cual se tiene dicha cuota, más probable es que constituya un indicio preliminar importante de la existencia de una posición dominante y, en ciertas circunstancias, de una conducta abusiva con posibles efectos graves (...). Sin embargo, por regla general, la Comisión no llegará a una conclusión definitiva sobre la conveniencia o no de intervenir en un asunto sin haber examinado todos los factores que pueden bastar para ejercer una presión sobre la conducta de la empresa". Asimismo, se especifica que para la evaluación de la dominancia se considerará la estructura del mercado más tres factores en especial, a saber: a) la presión de los competidores existentes y su posición en el mercado; b) la presión por amenazas creíbles de expansión de los competidores existentes o de la entrada de nuevos competidores, y c) la presión ejercida por la capacidad de negociación de los clientes. Comisión Europea (2009), cit.

contrato finaliza. Una situación como esta fue tratada en la Comisión Europea cuando British Petroleum fue acusada en el contexto de la crisis del petróleo de 1973 de abusar de la situación de dependencia económica de uno de sus clientes (ABG). Sin embargo, el Tribunal Europeo anuló la decisión de la Comisión porque la cuota de mercado de British Petroleum (26%) era insuficiente para caracterizar una posición dominante (56).

Como se dijo, el poder de mercado, desde el punto de vista económico, es una cuestión de grados y eso es medular con relación al abuso de la situación de dependencia económica, porque si el socio dominante por su parte no cuenta con algún grado de poder de mercado (que puede no ser tan alto como para detentar posición dominante o poder de mercado sustancial) es muy poco probable que el abuso de la situación de dependencia económica de un proveedor o cliente produzca externalidades negativas o efectos horizontales negativos en el mercado relevante, es decir, conlleve efectos anticompetitivos en el mercado, requisito establecido en Francia, Alemania, Bélgica y otras jurisdicciones para justificar la intervención de la autoridad de competencia, donde no queda la cuestión sólo en la órbita de la justicia civil, dado que sólo afecta los intereses particulares de dos determinadas empresas.

Alemania como anticipamos ha sido la primera jurisdicción en introducir esta figura y según ha sido notado por Këllezli (2007) la motivación subyacente (que surge de los debates parlamentarios) fue impedir que las grandes corporaciones petroleras discriminasen a las pequeñas estaciones de servicio independientes debido a la situación de escasez producida por la crisis del petróleo. La figura solo aplica para pequeñas y medianas empresas.

La jurisprudencia alemana distingue entre varios tipos de dependencia económica, entre los que se destacan: i) la dependencia originada

en un producto, marca o línea de productos imprescindibles (productos o marcas “must have”); ii) la dependencia originada en una larga relación de negocios con una firma específica porque, por ejemplo, una de las partes realiza la mayor parte de las tareas; iii) la dependencia originada en la escasez de un producto —como fue la situación durante la crisis del petróleo—; iv) la dependencia desde el lado de la compra, cuando el socio débil es el fabricante, y v) la dependencia técnica originada en cuestiones técnicas específicas como los repuestos y los servicios de post venta.

Uno de los primeros casos que llegó al Tribunal Federal fue el caso “Rossignol”. Una tienda líder especializada en deportes tenía una relación comercial de larga data con el distribuidor exclusivo de los skis “Rossignol” en Alemania. En 1973 el distribuidor se negó a entregarle la mercadería. El Tribunal Federal entendió que el distribuidor no tenía posición dominante, por lo cual no procedía aplicar la figura del abuso de posición dominante y que había habido un abuso de situación de dependencia económica —aunque Rossignol tenía solo una participación del 3% en el giro de negocios de la tienda— porque “el factor decisivo es el valor comercial y el prestigio de los bienes en cuestión, lo que determina la existencia o no de suficientes posibilidades de cambiar a otros proveedores”. A partir de este antecedente, los casos de abuso de dependencia económica originados en el valor de marca han sido numerosos en Alemania (57).

Nótese que el mercado involucrado era un mercado “de marcas”, es decir, con fuerte diferenciación de productos, donde las empresas usualmente no tienen necesariamente cuotas de mercado altas, “posición dominante” o “poder de mercado sustancial”, pero sí tienen algún grado de poder de mercado que les permite con ciertos límites manejar el precio de sus productos. Dependiendo de las circunstancias fácticas del caso, es bien posible que el abuso denunciado tuviera consecuencias negativas sobre todo el mercado y no solo sobre el distribuidor afectado.

(56) Case n Iv/28.841, Commission Decision, April 19, 1977; Court of Justice, Case n 77/77, “Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij-BV and others vs. Commissiion”, 1978, citado en BOUGETTE, Patrice - BUDZINSKI, Oliver - MARTY, Frédéric, “Exploitative Abuse...”, cit, nota 9.

(57) Cf. KËLLEZI, Pranvera, “Abuse below the Threshold...”, cit.

Con relación al objetivo de interés público con el cual la autoridad alemana de competencia aplica esta figura, la misma informó en 1996 en el ámbito de la OECD que “la conducta de firmas poderosas puede estar prohibida si otras firmas se ven *injustamente* obstaculizadas o *injustificadamente* tratadas diferente a empresas similares” (énfasis original). A tal fin deben “... ser sopesados los intereses individuales de las partes involucradas con el objeto de la ley de competencia: la salvaguarda de la libertad para competir”. Finalmente, también se ha dicho que “el único interés de las firmas obstaculizadas o discriminadas que merece protección es que la conducta inducida por el poder de otras firmas no perjudique su ámbito propio de acción competitiva. El principio de los mercados abiertos es de importancia central” (58). Asimismo, más recientemente y en el ámbito de la International Competition Network informó que “no solo la conducta de aquellas empresas que ocupan una posición dominante puede distorsionar la competencia. De hecho, la conducta de las empresas que pudieran ejercer poder de mercado sólo hasta cierto punto y con relación a ciertas empresas también se considera capaz de tener efectos negativos en la competencia” (59).

Como anticipamos, en Francia el origen de la figura de abuso de dependencia económica se encuentra asociado al desarrollo y concentración del sector de la distribución minorista. En 1985, la propia Comisión de Competencia solicitó la promulgación de normas que la faculten para controlar el comportamiento discriminatorio de las empresas que se constituyen en socios comerciales obligatorios (*partenaires obligés*) de los fabricantes, aun cuando no cuenten con una posición dominante en el mercado (60).

La jurisprudencia ha producido cinco criterios que caracterizan la existencia de una situación de dependencia económica, a saber: i) la participación del socio en el giro de negocios; ii) la reputación de la marca (o del signo); iii) la importancia de la cuota de mercado del socio o

de los socios; iv) la existencia o no de soluciones alternativas equivalentes; y v) los factores que llevaron a la situación de dependencia (elección estratégica u “obligación” de la víctima del comportamiento denunciado) (61). De estos criterios, el central conforme lo dicho por la Cour de Cassation en el fallo del 12 de febrero del caso DHL-EAS Fret (descrito en detalle en la sección precedente) es la existencia o no de soluciones equivalentes para la empresa en situación de dependencia. La mera alta participación del socio en el giro de negocios de la empresa denunciante no es suficiente (62).

Con relación a la interfase entre posición dominante y situación de dependencia económica se destaca el caso “Reimis Bio”, donde la empresa fue encontrada económicamente dependiente de GIPCA, un *quasi* monopolio en el mercado de hemoderivados de uso no terapéutico. El 90% del giro del aprovisionamiento de Reimis Bio correspondía a GIPCA, debido a limitaciones de capacidad del segundo proveedor. No había en el mercado alternativas equivalentes y Reimis Bio no pudo diversificar sus fuentes por algún tiempo. GIPCA abusó de la situación de dependencia económica al negarse a suministrar a Reimis Bio y discriminar en su contra. El Consejo también encontró que GIPCA tenía una posición dominante y había abusado de ella. Del análisis de los casos tratados por la autoridad de competencia surge que en tres casos se encontró simultáneamente una situación de dependencia económica y una situación de posición dominante, habiéndose analizado cada situación por separado (63).

Similar al caso alemán, la lista no taxativa de actos abusivos son prácticas exclusorias como la negativa de venta, las ventas condicionadas y las prácticas discriminatorias. Se agrega el caso de los denominados “acuerdos de gama” (ver nota al pie 17). También similar al caso alemán,

(61) Gobierno de Francia, Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, “Abus de Dépendance Économique: Quelles sanctions?”, Fiches Pratiques, junio de 2017. Traducción propia.

(62) Cour de Cassation, Décision del 3/3/2004, Société Concurrence, citado en Conseil de la Concurrence, Décision 05-D-44 del 21/7/2005, “La Provence”.

(63) Conseil de la Concurrence, Décision 04-D-26.

(58) OECD (1996), cit.

(59) International Competition Network (2008), cit.

(60) Cf. KËLLEZI, Pranvera, “Abuse below the Threshold...”, cit.

se requiere que el abuso conlleve una afectación (real o potencial) del “funcionamiento o de la estructura de la competencia en el mercado”, requisito este último que está explícitamente incluido en la ley y que impide considerar casos donde los intereses involucrados son meramente privados.

Muy distinto es el caso italiano, donde la figura del abuso de dependencia económica se encuentra dentro de una ley específica sancionada en 1998 que regula la subcontratación industrial. A diferencia de sus pares de Alemania y Francia, la autoridad competencia italiana se ha opuesto enfáticamente a la extensión o flexibilización de la figura del abuso de posición dominante para alcanzar las relaciones bilaterales entre empresas de porte asimétrico.

En sendas opiniones emitidas en 1995 y 1998 la autoridad de competencia italiana ha sostenido que los problemas relacionados con la subcontratación no pueden resolverse “diluyendo de una manera no natural la noción de abuso de posición dominante” y que si bien el proyecto de ley de subcontratación garantizaba la equidad en las relaciones contractuales, no era un elemento a considerar para asegurar un mercado eficiente. Enfatizó tres cuestiones: i) que la figura de posición dominante de la ley de competencia puede abarcar el poder de compra de los *retailers*, que pueden tener poder de compra aún sin tener posición dominante en el mercado de *retail*; ii) que en las relaciones de subcontratación, la situación de los socios sin soluciones equivalentes alternativas puede ser tratada como un abuso de posición dominante, a través de “un proceso apropiado y contextualizado de delineación del mercado relevante” y iii) que el disciplinamiento de dos partes en un contrato debe ser tratado en el marco derecho civil (64).

No obstante, la ley italiana es en cierta manera coincidente con la legislación alemana y francesa, en cuanto a sostener la definición de dependencia económica en la falta de alternativas económicas en el mercado (aunque parece

que esta no sería una condición necesaria) y la situación queda en lo sustancial definida como un estado de desequilibrio económico entre las partes de contrato. Los ejemplos citados en la ley italiana como abuso se relacionan, son también similares: la negativa a tratar, la discriminación y la explotación. La ley española, mucho más reciente, también como la italiana, hace hincapié en la falta de alternativas y la situación de desequilibrio entre partes, habiendo jurisprudencia mayoritariamente en sede judicial.

En suma, el principal criterio para establecer la situación de dependencia económica de una empresa es la ausencia de soluciones alternativas equivalentes para vender o comprar sus productos en el mercado, si seguimos el criterio aceptado en Francia y Alemania, que son las jurisdicciones con más experiencia en el tema o el criterio ya explícito en la reciente ley belga, que es una de las últimas que se han sancionado.

La falta de soluciones alternativas equivalentes es una cuestión fáctica que puede, en un caso específico, haber resultado de un bajo grado de competencia en el mercado. En Francia un caso en el que se aplicaron de modo concurrente el abuso de posición dominante y el abuso de situación de dependencia económica ha sido “Reims Bio” —que referimos en detalle *ut supra*— que involucró a una firma cuasimonopólica. A esta cuestión le dedicamos la sección siguiente.

#### ***IV.3. El abuso de situación de dependencia económica como complemento del abuso de posición dominante***

En la jurisdicción de la Unión Europea, si bien la figura del abuso de situación de dependencia económica no está incluida en la ley, la situación de dependencia económica —también conocida en Europa como el problema del “socio comercial obligado” (*partenaire obligatoire - unavoidable trading partner* (65))— ha sido considerada en varios casos de abuso de posición dominante, como complemento del

(64) Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Opiniones emitidas el 20/6/1995 y el 10/2/1998 sobre Subfornitura Industriale. Cf. KÉLLEZI, Pranvera, “Abuse below the Threshold...”, cit.

(65) El tema del “unavoidable trading partner” aparece entre otros, en el marco del emblemático caso “Hoffman - La Roche”. Judgment of the Court on February 13, 1979, “Hoffmann - La Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities”, Case 85/76.

abordaje tradicional (donde es un prerequisite la delimitación precisa del mercado relevante, el hallazgo de cuotas de mercado altas y barreras a la entrada o expansión de competidores), particularmente cuando había pequeñas y medianas empresas clientes o proveedoras. Ello es consistente con la definición de dominancia del derecho comunitario que implica la existencia de clientes o proveedores dependientes o cautivos, que no cuentan con opciones aceptables para la venta o compra de los productos involucrados (66). Algunos de los casos más ilustrativos son: Michelin (1986-2002), Trans-Atlantic Conference Agreement - Taca (1999) y British Airways-Virgin Islands (2000) (67)-(68).

“Taca”, una naviera con una cuota de mercado de 60%-70% incurrió en precios discriminatorios y se dijo que el “elemento final para demostrar la posición dominante de Taca es la capacidad limitada de sus clientes para cambiar a proveedores alternativos, convirtiendo así a Taca en un socio comercial inevitable incluso para sus clientes insatisfechos”. En “Michelin”, se destaca que la marca y la reputación de los neumáticos Michelin ponen a los distribuidores especializados en una dependiente y a Michelin como socio comercial ineludible. En “British Airways” el tribunal de primera instancia sostuvo que una cuota de mercado de 39,7% debe considerarse lo suficientemente grande para una posición dominante. Fue un punto decisivo la brecha entre la cuota de British Airways y la de sus rivales: el rival más cercano tenía cuotas de marginales (5-6%). Aunque las cuotas de mercado de British Airways eran decrecientes ello no fue suficiente para cuestionar una posi-

ción dominante, dados otros factores relacionados con la dependencia de los agentes de viajes, para los cuales British Airways era “un socio comercial obligatorio de los agentes de viajes establecidos en el Reino Unido”.

Cabe mencionar también el caso *Aéroports de Paris* (2000) donde la situación de dependencia económica de sus clientes fue utilizada para defender la aplicación de la ley al caso, aunque los efectos sobre la competencia se producían en un mercado conexo y no en el mercado en el cual el monopolio legal es dominante (donde por definición no existe competencia que pueda deteriorarse). El *Aéroports de Paris* había cobrado tarifas discriminatorias por servicios en tierra y *catering* y los efectos se sintieron en el mercado relevante de servicios de mantenimiento y reparación de aviones. Se sostuvo que “cuando la empresa que recibe el servicio se encuentra en un mercado separado (...) las condiciones para la aplicabilidad del (anterior) art. 86 se cumplen siempre que, debido a la posición ocupada por el proveedor, el cliente se encuentra en una situación de dependencia frente al proveedor, sin que necesariamente tengan que estar presentes en el mismo mercado. Es suficiente si el servicio ofrecido por el proveedor es necesario para el ejercicio de la actividad propia del cliente” (traducción y énfasis propios) (69).

En la Argentina hay un caso reciente similar. La Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (Sadaic) —monopolio legal para la gestión de los derechos de autores y compositores de música— fue sancionada en 2018 por aplicar tarifas excesivas y discriminatorias a los hoteles. Entre otras cuestiones que no son relevantes aquí, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia mencionó que los hoteles eran clientes cautivos y que la afectación se producía a nivel de la industria hotelera. Por la condición de monopolio legal de Sadaic, los hoteles no contaban con opciones alternativas para obtener los derechos para reproducir música en los distintos dispositivos de audio o video instalados en los hoteles (70).

(66) Cf. KĚLEZI, Pranvera, “Abuse below the Threshold...”, cit.

(67) European Commission, Decision 02/405/EC Michelin [2002] OJ L 143/1, paras 202 and 204, en referencia a Case C-322/81, “NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission” [1983] ECR 3461. European Commission, Decision 99/243/EC, “Trans-Atlantic Conference Agreement (TACA)” [1999] OJ L 95/1, par. 538. European Commission, Decision IV/D-2/34.780 “Virgin/British Airways”.

(68) El análisis de la dependencia económica de los distribuidores ha tenido un rol importante en el control de concentraciones en la UE. European Commission, Decision 1999/C359/10 Carrefour/Promodes [2000] OJ C 164/5. European Commission, Decision 1999/674/EC Rewe/Meinl [1999] OJ L 274/1.

(69) Case T-128/98, “Aéroports de Paris v. Commission” [2000] ECR II-3929.

(70) “C1302, Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina s/solicitud de

#### **IV.4. El abuso de situación de dependencia económica como una figura en sí misma**

El abuso de situación de dependencia económica puede ser una figura independiente del abuso de posición dominante y aplicarse por sí misma.

Por un lado, la independencia entre ambas figuras puede colegirse de una situación en la cual una empresa que cuenta con posición dominante en un mercado no cuenta con socios comerciales cautivos, porque existen otros agentes económicos capaces de reemplazar al dominante en la relación contractual en examen. Ello se debe a que, estrictamente, la fuente de la situación de dependencia económica no es de por sí la estructura del mercado, sino el funcionamiento efectivo a lo largo de los años de la relación contractual entre las partes. Una empresa con posición dominante absoluta no necesariamente cuenta con posición dominante relativa con relación a sus socios comerciales.

En Francia hubo un caso de este tipo. El grupo de tres diarios “La Provence” activo en la región de Marsella con una cuota total de mercado del 92%, fue denunciado por las salas de cine de la zona por atar la venta de publicidad entre sus diarios “Le Provençal” (55%) y “Le Meridional” (8%). Las salas de cine invocaron ambas figuras: abuso de posición dominante y de situación de dependencia económica. “La Provence” fue sancionado por abuso de posición dominante exclusorio (se acreditó perjuicio para su principal diario competidor “La Marseillaise”), pero no por abuso de situación de dependencia económica, al no quedar acreditado que las salas de cine no tuviesen alternativas equivalentes para publicitar sus programas (71).

Por otro lado, y a la inversa, puede haber abuso de situación de dependencia económica

intervención de la CNDC”, disponible en <http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/1302%20Dictamen%20y%20Resolucion%20SADAIC-ilovepdf-compressed.pdf>.

(71) Conseil de la Concurrence (2005). Décision n° 05-D-44 du 21 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe La Provence (anciennement dénommé Le Provençal) dans le secteur de la publicité dans la presse quotidienne régionale à Marseille. <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/05d44.pdf>.

por parte de una empresa que no es dominante en su mercado. La dependencia económica podría, por ejemplo, haber surgido por el desarrollo de una fuerte fidelidad de marca en los consumidores finales o de haberse llegado cumulativamente a un nivel muy alto de inversión en activos muy especializados. Ese fue el caso reciente caso “Edeka” en Alemania y el caso liminar “Rossignol”, ambos comentados *ut supra*. La participación de mercado de las sancionadas en ambos casos estaba por debajo de los umbrales de cuota de mercado para dominancia. Su conducta solo fue sancionada bajo la figura del abuso de situación de dependencia económica. Este tipo de casos, donde la figura de abuso de situación de dependencia económica se aplica a empresas no dominantes, no han progresado en jurisdicción europea. Pranvera Këllezi (2007) interpreta que ello responde a que el abuso de situación de dependencia económica: i) no puede afectar al comercio entre los Estados miembros y los efectos de la conducta en general se limitan al territorio de un solo país, ii) la autoridad no tendría interés en tratar con empresas relativamente pequeñas, y iii) en aplicación del principio de subsidiariedad, la Comisión no tiene jurisdicción exclusiva en los casos de dependencia económica, los cuales podrían ser mejor tratados por las autoridades nacionales de competencia (72).

#### **IV.5. Condiciones específicas que tipifican el abuso de posición de dependencia económica**

Acreditada la situación de dependencia económica, si seguimos la práctica de jurisdicciones como la alemana y la francesa, la aplicación de la figura del abuso de dependencia económica requiere que concurrentemente se reúnan dos condiciones adicionales: la explotación abusiva de la situación de dependencia y la afectación de la competencia. Nótese, para que esto último suceda, que la empresa debe contar con algún grado de poder de mercado, sin llegar necesariamente a la dominancia.

A modo ilustrativo, transcribimos a continuación los párrafos relevantes de la “ficha práctica” sobre abuso de situación de dependencia económica, publicada por el gobierno francés.

(72) Cf. KËLLEZI, Pranvera, “Abuse below the Threshold...”, cit.

“El abuso de dependencia económica, como el abuso de posición dominante, es *una práctica anticompetitiva* prohibida por el artículo L 420-2 del Código de Comercio. Para que exista abuso de dependencia económica, se deben cumplir tres condiciones.

— La existencia de una situación de dependencia económica.

— Una explotación abusiva de dicha situación.

— Una afectación, real o potencial, al funcionamiento o a la estructura de la competencia en el mercado.

“Estos criterios deben estar presentes *simultáneamente* para generar causar dicha calificación (73)” (traducción propia, énfasis original).

Según el lineamiento citado, el acto de explotación de una situación de dependencia económica abusiva requiere —similar al caso de la explotación de una posición dominante— que la práctica en cuestión pueda caracterizarse de “anormal” en su contexto y la lista no taxativa incluye: la negativa de venta, las ventas condicionadas, la discriminación (en cuestiones tales como precios, plazos de pago o modalidades de compra o venta) y los denominados “acuerdos de gama”. Nótese que estos últimos no figuran bajo esa denominación en la reciente ley belga (transcripta en la primera sección), la cual agrega dos tipos no presentes en la legislación francesa, a saber: limitar la producción, promociones, liquidaciones o desarrollo técnico y las cláusulas abusivas de salida de los contratos. Repárese que, si una empresa se ha colocado deliberadamente en una posición de dependencia económica, no puede reclamar la aplicación de esta figura. Tal sería el caso, por ejemplo, de un comerciante que hubiera elegido distribuir sus productos bajo una franquicia o el de una empresa de transporte que, habiéndose creado para satisfacer las necesidades de una empresa determinada, posteriormente habría fracasado desarrollar su propia clientela (74).

(73) Gobierno de Francia, Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, cit., 2017.

(74) Ídem.

Finalmente cabe abordar el tercer elemento: afectación de la competencia en el mercado, el cual posiblemente es el que requiere un análisis económico más intenso a fines de evitar dogmatismos o razonamientos excesivamente especulativos. La condición está explícita en la letra de las legislaciones francesa y belga y presente por la vía de la jurisprudencia en Alemania ha despertado cierta polémica por cuanto se ha dicho que podría limitar excesivamente la aplicación de la figura a un caso concreto (75).

La reciente legislación belga al respecto dice: “siempre que sea probable la afectación...” Una modificación relativamente reciente en la legislación francesa introdujo que la afectación a la competencia podía ser “potencial”, recogiendo la jurisprudencia. El texto vigente de la ley en Alemania no incluye el criterio de afectación de la competencia, pero existe consenso de que, en línea con los criterios de aplicación del art. 102 del Tratado de la UE, la autoridad alemana para sancionar el abuso de posición dominante (y de situación de dependencia económica) debe demostrar que la conducta tiene la capacidad de producir efectos restrictivos en la competencia (salvo en dos excepciones bastante precisas: acuerdos de exclusividad y precios por debajo del costo variable medio). Así, tampoco en Alemania es necesario demostrar que el abuso ha producido efectos concretos, sino que tiene capacidad de producirlos (76).

En las precitadas “fichas prácticas” publicadas en Francia sobre abuso de posición dominante y abuso de situación de dependencia económica, con relación a la interpretación de la condición de “afectación real o potencial del funcionamiento o la estructura de la competencia” se remite a dos fallos de la Corte Suprema de 1992 y 1993, a partir de los cuales se ha entendido que solo un deterioro significativo de la competencia puede caracterizar una práctica anticompetitiva (77). En consonancia, se inter-

(75) Cf. KËLLEZI, Pranvera, “Abuse below the Threshold...”, cit.

(76) DIETRICH, Michael - NUYS, Marcel, “Germany”, en *Antimonopoly & Unilateral Conduct 2017*. Global Competition Network, 2018. <https://globalcompetition-review.com/jurisdiction/1004453/germany>.

(77) Cass com 15 juillet 1992, BOCCRF 15/92, Cass. com 4 mai 1993, BOCCRF nro. 15/93.

preta que no pueden sancionarse abusos cuyos efectos actuales o potenciales sean suficientemente tangibles. La ofensa puede constituirse solo si existe un vínculo causal entre la posición dominante o la situación de dependencia económica y la práctica incriminada. La explotación debe llevarse a cabo mediante el uso de la posición dominante o la situación de dependencia (según sea el caso) (78).

Asimismo, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 19 de abril de 2012, “Tomra e.a./Comisión”, C-549/10 P, párrafo 68), no es necesario demostrar que el comportamiento abusivo de la empresa con posición dominante ha tenido un efecto anticompetitivo concreto en los mercados afectados, sino solo que tiende a restringir la competencia o que es probable que tenga tal efecto.

Los efectos anticompetitivos son el elemento clave de la represión de las conductas unilaterales abusivas. Las prácticas abusivas son prohibidas principalmente porque conducen (o tienen la capacidad de conducir) al cierre anticompetitivo de un mercado, así como también a la explotación (directa o indirecta) de clientes. En la figura del abuso de situación de dependencia económica, el agente dependiente (cliente) y el agente investigado no se encuentran verticalmente integrados, por tanto, la exclusión de competidores aguas arriba o aguas abajo, por definición, no es posible. El abuso de situación de dependencia económica es una práctica explotativa que afecta a empresas no competidoras (no a consumidores finales). La estructura o dinámica del mercado en que las empresas explotadas participan puede verse afectado por la salida de esas pequeñas empresas (no competidoras), siendo ese el tipo de efecto anticompetitivo que motiva la actuación de las autoridades de competencia (79).

(78) Gobierno de Francia, Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, cit. Gobierno de Francia, Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, “L’abus de Position Dominante”, Fiches Pratiques, diciembre de 2018. Traducción propia.

(79) Cf. KËLLEZI, Pranvera, “Abuse below the Threshold...”, cit.

Así, el análisis económico indica que la afectación de la competencia puede producirse al menos en el mercado donde participa la firma dependiente. La firma dependiente puede como efecto del abuso quedar con significativa desventaja competitiva respecto de sus competidores, al punto de que pueda alterarse la estructura o funcionamiento de ese mercado, generarse algún grado de poder de mercado que pueda alterar precios, cantidades, calidad o innovación (en el largo plazo). Sin embargo, cabe destacar que también podrían producirse efectos en el mercado de la firma con poder de negociación superior (el socio comercial inevitable). Esta última puede obtener un cierto grado de poder de mercado en su propio mercado, o aumentarlo, también al punto de que pueda alterarse su estructura o funcionamiento y los precios, cantidades, calidad o innovación (en el largo plazo) (80). En ambos casos, se trata de efectos horizontales en los mercados donde cada uno los socios comerciales (asimétricos) compiten. No obstante, la figura cuando es aplicada por las autoridades de competencia requiere un grado apreciable concreto o potencial de la competencia, la naturaleza del abuso es primordialmente explotativa (uso del poder de mercado para imponer condiciones comerciales desequilibradas o precios excesivos), antes que exclusoria. Sin embargo y sobre todo en el largo plazo el abuso explotativo (81) (de empresas clientes o proveedores) puede conllevar una distribución ineficiente de las rentas a lo largo

(80) BOUGETTE, Patrice - BUDZINSKI, Oliver - MARTY, Frédéric, “Exploitative Abuse...”, cit.

(81) El abuso explotativo bajo el modo de precios excesivos al consumidor final es excepcional: son situaciones perdurables en el tiempo, en las cuales el abuso se ejerce directamente sobre el consumidor final, sin mediar actos de bloqueo de competidores efectivos o potenciales de la firma dominante. El caso en Argentina “CNDC contra YPF” por discriminación de precios en gas licuado envasado (garrafas) entre clientes de Argentina y Brasil no es de abuso explotativo “puro”. Los contratos de exportación incluían según se describe en el punto 6.5 del dictamen cláusulas que prohibían la reimportación del producto, que por su mismo objeto son exclusorias de la competencia. Para un examen agudo de este aspecto, véase BOGO, Jorge, “La privatización de un campeón nacional. El caso de YPF en Argentina”, Boletín Latinoamericano de Competencia, nro. 10, 2000. Disponible en [http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin\\_10\\_1\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_10_1_es.pdf).



de una cadena de valor, lo cual puede medrar los precios, calidad, cantidad o innovación de los bienes o servicios finales en cuestión.

Nótese que en la casuística que hemos considerado a lo largo de este trabajo el socio comercial obligado y el agente dependiente no son competidores efectivos ni potenciales, que es terreno propio de aplicación de la figura del abuso de situación de dependencia económica: dos agentes que no compiten entre sí, vinculados por una relación asimétrica de proveedor cliente, en las cuales no necesariamente el socio comercial obligado tiene posición dominante en el mercado en que participa. Para la situación de abuso de un cliente o proveedor, que a la vez es competidor, aplica la figura estándar de “abuso de posición dominante exclusorio” estándar de las leyes de competencia. El caso más extremo posiblemente es la “negativa de acceso a una facilidad esencial para competir”, que como condición de aplicación requiere que la firma que niega acceso y la firma a la cual se le niega sean competidoras efectivas o potenciales en un mercado relevante bien definido. Figuras de aplicación más frecuente son las negativas de venta a un cliente-competidor o las ventas atadas a un cliente-competidor.

Bougette, Budzinski y Marty (2017) sostienen que los modelos económicos desarrollados por la moderna teoría de la organización industrial demuestran (en contraposición con la perspectiva la escuela de Chicago) que las restricciones verticales pueden tener consecuencias horizontales. Según los precitados autores el abuso puede perjudicar indirectamente el bienestar del consumidor a través de aumento de precios; reducción de opciones e incentivos de innovación limitados. Por ejemplo, las empresas víctimas de un estrechamiento de márgenes pueden verse forzadas a aumentar sus precios al consumidor final o si se ubican aguas arriba a reducir la capacidad e incentivos para invertir e innovar; los proveedores de nicho pueden salir del mercado. También se alerta que el abuso puede perjudicar el proceso competitivo en sí mismo cuando se afecta la capacidad para acceder a un mercado o la libertad de competir en el mercado, por cuanto la libertad de acceso al mercado (contestabilidad) es una condición necesaria de la eficiencia y el bienestar de largo plazo. El abuso al afectar la distribución

de rentas entre proveedor y cliente puede afectar la eficiencia, si se producen efectos distorsivos entre los clientes, en particular cuando se aplican políticas discriminatorias entre los clientes.

En suma, en aquellas jurisdicciones donde la figura del abuso de dependencia económica se encuentra en el ámbito de la ley de competencia, ello responde al convencimiento de que ese tipo de conducta no solo conlleva efectos entre las partes de una relación bilateral, sino que también y dependiendo del caso puede producir efectos nocivos significativos en los mercados donde ellas participan. Si esos efectos (concretos o potenciales) no son evidentes, el tema debe ser saldado entre las partes a través de una acción civil.

Por ejemplo, los dos casos descriptos en Alemania sobre sanciones causadas en “wedding rebates” (descuentos post fusión), los casos “Edeka” y “XXXLutz” tendrían un efecto nocivo en los mercados en que participan las empresas fusionadas, por cuanto al transferir a sus proveedores parte del costo de la transacción, se abarata el costo de las operaciones de adquisición y entonces se facilita la concentración de los mercados mediante fusiones y adquisiciones. En Francia, el caso “Reed Expositions” se desestimó por ausencia de hechos contrarios a la competencia. En Italia y España, al haberse aplicado la figura mayoritariamente en sede judicial, el análisis no se ha extendido a justipreciar los efectos nocivos de la conducta investigada más allá de la parte demandante. Para la jurisprudencia española basta con acreditar la existencia de dependencia económica debido a la ausencia de alternativas reales, equivalentes y razonables y acto seguido acreditar si ha habido una explotación abusiva (desproporcionada) de esa situación.

## **V. Abuso de posición dominante y de situación de dependencia económica. Ejercicio comparativo**

A modo de síntesis, la siguiente tabla presenta un ejercicio comparativo sobre las similitudes y diferencias entre el abuso de posición dominante y el abuso de situación de dependencia económica desarrollados a lo largo de este trabajo.

COMPETENCIA DESLEAL. ANÁLISIS DEL DECRETO 274/2019

<b>Comparadores</b>	<b>Abuso de posición dominante (exclusorio)</b>	<b>Abuso de una situación de dependencia económica</b>
<b>Relaciones económicas cubiertas</b>	Entre empresas independientes <i>competidoras</i> (efectivas o potenciales).	Entre empresas independientes, <i>socias comerciales, no competidoras</i> .
<b>Conducta prohibida/permitida</b>	Abuso de la posición dominante. La posición dominante en sí misma no está prohibida.	Abuso o explotación de una situación de dependencia económica. La existencia de un “poder superior de negociación” en sí mismo no está prohibido.
<b>Posición de la denunciada</b>	Dominancia “absoluta” (poder de mercado sustancial): la denunciada evidencia capacidad de actuar con independencia respecto a <i>todos los agentes</i> : competidores, clientes, consumidores. <i>Indicios</i> : cuota de mercado superior al 40%-50%; altas barreras a entrada; inexistencia de poder compensatorio de la demanda; inexistencia de competidores sustanciales.	Dominancia “relativa” (poder superior de negociación): la denunciada es un “socio comercial obligado o ineludible” de un <i>determinado grupo de agentes pyme “cautivos”</i> proveedores o clientes. <i>Indicios</i> : ausencia de alternativa razonablemente equivalente y disponible en plazos, condiciones y costos razonables (ejemplos: alta fidelidad de marca del consumidor final, alta inversión en activos muy especializados); alta participación de las ventas/compras del socio obligado en el giro de negocios; alta participación de mercado del socio obligado, que indique algún grado de poder de mercado, sin llegar necesariamente a la dominancia.
<b>Actos o prácticas concretas verificables que pueden causar el abuso (listas no taxativas)</b>	Con relación a los precios: <ul style="list-style-type: none"> <li>• precios predatorios</li> <li>• precios discriminatorios</li> <li>• fijación de precios de reventa</li> <li>• descuentos fidelizantes,</li> <li>• descuentos por paquetización,</li> <li>• estrechamiento de márgenes.</li> </ul> Con relación a otras cuestiones comerciales: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Negativa de venta/compra.</li> <li>• Ventas (compras) condicionadas.</li> <li>• Acuerdos de exclusividad.</li> </ul>	En general, cualquier acto o práctica que no luzca “normal” o luzca “forzado” en términos de los usos y costumbres comerciales propios del contexto en cuestión. Tales como: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Negativa de venta (compra).</li> <li>• Ventas (compras) atadas.</li> <li>• Discriminación.</li> <li>• Precios (de venta) excesivos.</li> <li>• Precios (de compra) predatorios.</li> <li>• Imposición de plazos de pago desleales.</li> <li>• Imposición de condiciones desleales para la ruptura de contratos.</li> <li>• Cláusulas de cliente más favorecido.</li> <li>• Descuentos postfusión (“wedding rebates”).</li> </ul>

<i>Comparadores</i>	<i>Abuso de posición dominante (exclusorio)</i>	<i>Abuso de una situación de dependencia económica</i>
<b>Impacto a demostrar</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Afectación apreciable, efectiva o potencial, de la competencia.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• En sede de la autoridad de competencia: afectación apreciable, efectiva o potencial, de la competencia. Requiere algún grado de poder de mercado del denunciado, sin llegar necesariamente a la dominancia.</li> <li>• En sede de otra autoridad administrativa: impacto en un mercado.</li> <li>• En sede judicial: solo la afectación del interés del socio dependiente.</li> </ul>
<b>¿Es necesario definir el mercado relevante con precisión?</b>	Sí, para establecer la dominancia.	No necesariamente. Ello depende del tipo del impacto que la legislación requiera demostrar.

FUENTE: Elaboración propia, sobre la base de la revisión de doctrina y jurisprudencia realizada en las secciones II a V de este trabajo.

## VI. Comentarios finales

La prohibición del abuso de situación de dependencia económica recientemente introducido en la normativa argentina de lealtad comercial a través del decreto de necesidad y urgencia 274/2019 tiene una extensa trayectoria en Francia y Alemania. En esos países la norma es aplicada por las autoridades de competencia principalmente para evitar la explotación de los pequeños y medianos proveedores o clientes por parte de sus socios comerciales obligados, con el convencimiento de que ello no solo afecta los intereses individuales de esas empresas cautivas, sino también a la competencia o el acceso al mercado en general. Distinto ha sido el caso en Italia o España, donde la norma hasta ahora ha sido aplicada mayoritariamente en sede judicial, por lo cual los efectos más allá de las partes en conflicto no habrían sido un tema de preocupación.

Cuando el abuso es realizado por una empresa que a su vez tiene posición dominante en un mercado, la explotación de sus clientes o proveedores, o la exclusión de pequeños o medianos competidores configura un elemento

más, un complemento o un agravante de la figura de abuso de posición dominante, que coadyuva a determinar los efectos concretos o potenciales sobre la competencia, la eficiencia y en última instancia el consumidor final. No es necesaria una enmienda a la legislación de competencia para incluir estos elementos en un caso de abuso de posición dominante.

Lo distinto o lo propio de la prohibición del abuso de situación de dependencia económica, más aún si la norma no es aplicada por una autoridad de competencia, es que la prohibición alcanza a firmas no dominantes en el mercado, a firmas con participaciones de mercado bajas o moderadas.

Aplicada en sede judicial, parece que las condiciones de aplicación serían solo dos y similares a las del caso italiano o español, a saber, primera: existencia de dependencia económica entendida como la falta de soluciones alternativas equivalentes para el proveedor o cliente cautivo y segunda: un acto verificable de abuso o explotación desleal de esa condición.

Aplicada en sede de la administración pública —sea la autoridad de competencia u otra

autoridad—, debería sumarse a las dos condiciones anteriores, una tercera, a saber, que del abuso resulte o pueda resultar una afectación a un bien jurídico tutelado.

Existe profusa jurisprudencia internacional y también en la Argentina sobre cómo evaluar la afectación que una determinada conducta produce sobre los bienes jurídicos usualmente tutelados por las autoridades de competencia, a saber, la competencia o el proceso competitivo, el libre acceso a los mercados y la eficiencia económica, todo ello “en interés del consumidor final”.

En cambio, existen escasas referencias sobre cómo evaluar la afectación que el accionar de

las empresas puede producir sobre el bien jurídicamente tutelado por la norma de lealtad comercial, que en España promueve la “defensa de la competencia” y en la Argentina promueve “la lealtad y transparencia en las relaciones comerciales”, pero en ambos países “en interés de todos los que participan en el mercado”.

Por ello, para la autoridad de aplicación de la nueva norma, será un desafío encontrar los elementos que brinden suficiente certidumbre legal a las empresas, particularmente a aquellas no dominantes, sobre en qué grado quedan expuestas en sus relaciones comerciales con clientes o proveedores al incurrir en el abuso de la situación de dependencia económica que la nueva normativa prohíbe.

# El abuso de dependencia económica como acto desleal

---

RAFAEL F. BARREIRO (\*)

## I. Introducción

El nuevo ordenamiento de Lealtad Comercial, diseñado por el dec. 274/2019, además de recoger principios y disposiciones incorporados al régimen de la ley 22.802 e inveteradamente reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia, incorporó algunas previsiones carentes de linaje en el sistema jurídico nacional.

Entre otros, luce como novedad en el art. 10, inc. d) la inclusión al catálogo de actos de competencia desleal aquel que denomina “abuso de situación de dependencia económica”, examinado a continuación, y que gira en torno a dos nociones previas:

(i) en general, como está previsto por el art. 9º, constituye un acto de competencia desleal toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo;

(ii) el art. 8º contiene expresa prohibición de los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten, el medio a través del cual se realicen y el mercado en el que tengan lugar. No será necesario acreditar la generación de un daño, pudiendo este ser actual o potencial.

---

(\*) Abogado. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F. Profesor por concurso en UBA, UNLZ y UNPaz. Docente de posgrado, disertante y jurado en diversas Universidades nacionales y privadas, Colegios, Asociaciones y Consejos Profesionales. Ha hecho publicaciones en medios jurídicos nacionales y extranjeros.

## II. El texto legal y sus fuentes

El art. 10, inc. d) del dec. 274/2019, bajo aquel título describe como acto de competencia desleal “explotar la situación de dependencia económica en que pueda encontrarse una empresa cliente o proveedora que no disponga de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad en el mercado. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente, de forma regular, otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares”.

La fuente normativa parece ser la ley española 3/1991, de 10 de enero (1). La prohibición de este acto desleal nació en Alemania en 1957 (2),

---

(1) En el art. 16, apart. 2 se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares. El apart. 3, b), considera desleal a la obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado.

(2) La ley que regula la competencia (GWB) en el art. 19 (1) prohíbe el abuso de posición dominante; el apartado (2) describe los supuestos abusivos; el art. 20 (1) incluye entre las conductas prohibidas a los empresarios con poder de mercado relativo o absoluto, la situación de dependencia económica en términos similares a la legislación española. El entramado normativo actual (2013)

para pasar a continuación a Francia en 1986 (3), a España en 1991, a Portugal en 1993 (4) y a Italia en 1998 (5).

En América del Sur, Colombia sigue la misma orientación en el art. 19 de la ley 256 de 1996 y Ecuador adoptó una regla concebida en muy parecidos términos en el art. 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, del año 2011. Bolivia y Uruguay incluyen reglas con parecido contenido en sus legislaciones de defensa de la competencia. Otro tanto sucede en México.

Según se informó (6) “el ordenamiento español presenta la particularidad de haber incluido esta figura en primer lugar en el catálogo de actos desleales y posteriormente también en-

deriva de la reformulación del art. 26-2 de la ley de 1957, pero solo protege a las pequeñas y medianas empresas, porque la describe como la “situación en la que pequeñas o medianas empresas, como proveedores o compradores de ciertos tipos de bienes o servicios, dependen de ellos de tal manera que no existe suficiente y razonable posibilidad de recurrir a otras empresas. Un proveedor de un cierto tipo de bienes o servicios se presumirá que depende de un comprador si este comprador obtiene regularmente de este proveedor, además de los descuentos habituales, otra remuneración o beneficio especial que no es concedido a compradores similares”. En 2004 se sancionó la UWB.

(3) Ordenanza de 1 de diciembre. Modificada por la ley 2001-420 y actualmente incorporada al Código de Comercio en el art. 420, inc. 2º, 2, y en el art. 442-6, que se aplican según medie afectación del funcionamiento o de la estructura de la competencia o no, respectivamente.

(4) Art. 4º del decreto ley 371/1993, de 29 de octubre, inspirado en la legislación francesa. Actualmente rige el art. 7 de la ley 18/2003, del 11 de junio, que exige afectación del mercado y de la competencia.

(5) Sección 9 de la ley 192/1998, de 16 de junio, modificada por la ley 57/2001, del 5 de marzo.

(6) ESTEVAN DE QUESADA, Carmen, “Franquicia y abuso de dependencia económica”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. XXVI, 2005-2006, sec. doctrina, ps. 145-169. Este trabajo de la profesora de la Universitat de València fue publicado antes de la reincorporación de la prohibición de la explotación de la dependencia económica al ámbito regulatorio de la Ley de Competencia Desleal, en el que se ubica con exclusividad desde 2007 (ley 15 del 3 de julio) y, por esa razón, la autora refiere a que se la “suele configurar como un mecanismo de control del poder de mercado en el marco del Derecho *antitrust*” español, es decir, incluida en los fines de la Ley de Defensa de la Competencia.

tre las prácticas restrictivas de la competencia (...) se tipificó como ilícito desleal en el art. 16.2 de la Ley de Competencia Desleal. Ocho años después, la ley 52/1999 la introdujo como nueva modalidad dentro de las prácticas abusivas prohibidas en el art. 6º de la Ley de Defensa de la Competencia”.

Pueden seguirse los vaivenes en el enfoque de esta materia de la legislación hispana recordando que se la incorporó a la ley 52/1999 de 28 de diciembre, “Ley de Defensa de la Competencia, tomada precisamente de la ley 3/1991 de 10 de enero, de Competencia Desleal; aunque luego fue derogada de aquella por la reforma introducida mediante la ley 15/2007. El principal fundamento de la abrogación fue precisamente la consideración de que dicha situación constituía un supuesto de competencia desleal y no de contravención a la libre competencia. Y así quedó regulado el supuesto en el art. 16.2 de la LCD española” (7).

El título de la disposición española, criticado en doctrina desde distintos ángulos, es “discriminación y dependencia económica”. Puede advertirse que no hay alusión alguna, siquiera como mera referencia al contenido de la regulación, al ejercicio abusivo de la situación de dependencia, como tampoco la hay en el texto del art. 10, inc. d) del DNU. Nos ocuparemos luego de esta aparente falencia.

### III. La protección que se dispensa

El dec. 274/2019, como su antecesora la ley 22.802, se orienta a tutelar distintos intereses. La cuestión puede apreciarse en dos planos, uno general y el otro específico.

#### III.1. La finalidad de regular la lealtad comercial

Podemos preguntarnos con Piedecosas, cuál es el objeto de tutela del decreto 274/2019. Sus respuestas, aunque referidas a la ley 22.802, mantienen plena validez pese a que no abarcan la totalidad de los actos de competencia desleal catalogados en la nueva legislación de necesidad y urgencia.

(7) SAHÍAN, José H., “Novedosa regulación de la competencia desleal en el decreto 274/2019 de lealtad comercial”, LL, edición especial: “Decreto de lealtad comercial”, del 22/5/2019, p. 21.

Concretamente describió que el “bien jurídico protegido por la ley 22.802 es la lealtad en las relaciones comerciales, que abarca los derechos del consumidor y los de los competidores, tutelando la libertad, la debida información y la transparencia en las actividades comerciales (LL 1997-D-74-647)”; o, en consonancia con los fundamentos de la ley, “proteger al público consumidor y facilitar al comerciante el conocimiento de las normas a las cuales debe adecuarse (LL 1997-C-419)”; también en una visión más amplia, “la tutela de los derechos de los consumidores y competidores, especificando conductas exigibles para que aquellos no sean burlados (LL 1998-F-864)”; que se complementa, finalmente, con “la lealtad en las relaciones comerciales, que abarca tanto los derechos de los consumidores como los de los competidores, tutelando la libertad, la clara y debida información y la transparencia en tales actividades (LL 1998-F-881; LL 1999-A-468)” (8).

Esa conclusión fue compartida, con fundamento en la articulación integradora que establece el art. 3° de la ley 24.240, las que, aunque “apuntan a situaciones distintas, tienen como denominador común la necesidad del normal funcionamiento de los mercados, en condiciones de transparencia, competitividad, lealtad y calidad” (9).

La CSJN elaboró doctrina en orden al propósito de la Ley de Lealtad Comercial, pues le asignó la regulación de materias cuya protección interesa al Estado nacional en beneficio de todos los habitantes, esto es la defensa de la buena fe en el ejercicio del comercio y la protección de los consumidores, para que puedan acceder a una información fidedigna sobre los elementos que han de adquirir y, constituye uno de los métodos idóneos para el cumplimiento de los deberes constitucionales

(8) PIEDECASAS, Miguel A., “Daños derivados de las infracciones a las leyes de defensa de la competencia y de lealtad comercial”, *Revista de Derecho de Daños*, 2013-3, Rubinzal-Culzoni; RC D 1142/2012.

(9) BARBADO, Patricia B., “Los principios de confianza y transparencia en la relación de consumo”, *Revista de Derecho de Daños*, 2016-1, Rubinzal-Culzoni; RC D 1163/2017. Acotó la autora que “el sentido de la ley es el de sancionar tanto la conducta de quien deliberadamente incumple sus dictados como la de aquel que no adopta las precauciones necesarias para ajustarse a ella”.

impuestos al Estado, para una mejor protección de sus ciudadanos al regular la garantía prevista expresamente en el art. 42 de la CN (10).

Esa ley y, en rigor, todas las normas tendientes a asegurar las buenas prácticas comerciales, la transparencia y libre concurrencia en el mercado (entre ellas la ley 22.802 de Lealtad Comercial, ley 24.240 de Defensa del Consumidor, como así también la ley 25.156 de Defensa de la Competencia y el Cód. Civ. y Com.), poseen como ámbito de aplicación aquel escenario que puede denominarse mercado de consumo de bienes (productos y servicios), cuyo componente subjetivo lo constituyen los consumidores y los proveedores, en el sentido más lato de estos conceptos (11). No es dudosa la posibilidad de trasladar esas nociones al novedoso DNU —y a la ley 27.442, agrego— porque su finalidad continúa siendo la misma.

Las normas sobre lealtad comercial se desarrollaron a principios del siglo XX, como consecuencia de la producción masiva de bienes y, además, para procurar que el mercado y la comercialización de productos funcionen correctamente en resguardo de la buena fe y los derechos de los consumidores (12). Este doble destino ha sido reconocido por la doctrina mediante precisos ejemplos (13).

(10) Fallos 324:1276. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que las cuestiones relativas a la Ley de Lealtad Comercial, como muchas otras vinculadas al comercio, se inscriben en el marco de los poderes de policía económica que con fines de promoción de la industria la Constitución Nacional otorga, de manera concurrente, al Estado nacional y a las provincias (arts. 75, inc. 17, y 125 de la CN).

(11) CNFed. Contencioso-administrativo, sala II; 30/4/2013, “Latin Eco S.A. c. Dirección Nacional de Comercio Interior - Disposición 179/2011”; entre muchos otros.

(12) ARIAS CÁU, Esteban J., “El derecho del consumidor frente al mercado”, *Revista de Derecho de Daños*, 2016-1, Rubinzal-Culzoni; RC D 1170/2017; quien se apoya en las opiniones de MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Derecho de Consumo. Con la reforma de la ley 26.361*, Advocatus, Córdoba, 2008, p. 235, y FERNÁNDEZ, Raymundo L. - GÓMEZ LEO, Osvaldo R. - AICEGA, Magdalena, *Tratado teórico-práctico de derecho comercial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, t. II-A, p. 441.

(13) OTAMENDI, Jorge, “La competencia desleal”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. El autor destaca la innecesariedad de que el acto de competencia

### III.2. El propósito de la prohibición del art. 10, inc. d)

Sobre la base de las conclusiones reseñadas en el apartado precedente se puede indagar cuál es la finalidad perseguida por la prohibición de prevalerse de una situación de dependencia económica.

Esa situación, en sí misma lícita, puede ser considerada una práctica que se ubica en el plano de las relaciones entre empresas, pues “supone, de un lado, la existencia de una situación de dependencia de los clientes o de los proveedores de una empresa con respecto a la misma, situación que se da cuando no tienen en ese mercado una alternativa equivalente hacia la que pudiera canalizar sus pedidos o sus suministros (citemos, como ejemplos, el reparador de aparatos frente al proveedor de recambios o componentes, el distribuidor en régimen de exclusiva frente al fabricante o concedente, o el fabricante de marcas blancas con respecto a la gran superficie o cadena de distribución titular de estas); y exige, de otro, una explotación abusiva, es decir, contraria a derecho de esta situación (p. ej., el rehúse de venta, la imposición de la compra de gamas o surtidos completos de productos, la dilación excesiva de los plazos de pago, etc.)” (14).

A propósito del precursor ordenamiento germano, cabe recordar aquí que la protección es dispensada a los pequeños y medianos empresarios frente a un cliente o proveedor, también empresario, del que depende económicamente, cualquiera que fuera la magnitud de su actividad. En la misma línea de referir la dependencia económica a los vínculos interempresarios coinciden las legislaciones de España, Italia, Portugal.

desleal cause daño, pero tampoco es preciso que, si lo produce, sus efectos se proyecten a los consumidores o competidores igualmente pues, aunque es posible constatar que en todos los casos habrá un mismo damnificado: el competidor, algunos actos afectarán diferencialmente a unos u otros. Revelar un secreto industrial perjudica al competidor; la publicidad engañosa —con disímil intensidad— a los dos sujetos.

(14) ALONSO SOTO, Ricardo, “Derecho y mercado”, en MENÉNDEZ, Aurelio (dir.), *Lecciones de derecho mercantil*, Thomson-Civitas, Navarra, España, 2007, p. 264.

Incluir la explotación de la situación de dependencia entre los actos desleales que son contrarios al buen funcionamiento del mercado en general, por oposición a aquellos que se dirigen a un competidor determinado (15), tendría, en consecuencia, un carácter de protección general que indirectamente redundaría también en beneficio de los consumidores.

Debe tenerse en cuenta que la redacción del art. 10, inc. d) del DNU, parece aludir a las relaciones entre dos o más empresarios, estén ellos vinculados por relaciones jurídicas de provisión de bienes y servicios, sea como requerentes o bien como proveedores. Evidentemente se trata de situaciones opuestas que se desenvuelven en un plano de verticalidad.

La incorporación de la figura del consumidor como beneficiario de la represión de la actuación desleal en el medio económico, a diferencia de la protección que se le confiere ante el ejercicio de algunos actos prohibidos que fue descrita en el apartado precedente, irrumpe de manera siempre indirecta porque se alcanza impidiendo la alteración de las condiciones habituales de cada relación en desmedro de los empresarios clientes o proveedores. Sus intereses y derechos son defendidos inmediatamente, y los de los consumidores y usuarios en forma mediata (16). La tutela directa es la que deriva del régimen de prácticas abusivas del Código Civil y Comercial de la Nación y de la ley 24.240, que tienen causas y fines distintos.

No puede dejar de considerarse que este régimen se aplica a todas las personas humanas

(15) SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de derecho mercantil*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2009, p. 110. Coincide PÉREZ MOSTEIRO, Amelia M., *La reforma de la ley de competencia desleal. Efectos de la armonización comunitaria*, Grupo Difusión, Madrid, 2011, p. 84, quien sostiene que son actos que afectan la estructura del mercado.

(16) HEREDIA QUERRO, Sebastián, “Información en el comercio, publicidad y promociones empresariales en el ‘nuevo’ régimen de competencia desleal”, LL edición especial: “Decreto de Lealtad Comercial” del 22/5/2019, p. 16, postula la protección de: (i) la búsqueda de eficiencia económica; (ii) la correcta elección de los medios competitivos y la consecuente tutela del competidor o consumidor afectado; y (iii) la de los consumidores y sus derechos garantizados por el art. 42 CN.



o jurídicas, de carácter público o privado, con o sin fines de lucro, que participen en el mercado (art. 5º).

#### IV. La situación de dependencia económica

Existe coincidencia en orden a la dificultad que plantea definir este concepto, que es el núcleo de la conducta prohibida. El art. 10, inc. d) gira en torno a ella; corresponde precisarla, entonces, superando el desafío que significa su novedad en el orden jurídico nacional y la ausencia de una descripción legal, compartida con la generalidad de los ordenamientos jurídicos.

##### IV.1. Su noción

Entre las pocas que contienen una definición, la legislación itálica, en su art. 9º, considera dependencia económica la situación en la que una empresa está en posición de imponer, en los negocios comerciales con otra empresa, un excesivo desequilibrio de derechos y de obligaciones.

Como es fácil advertir esa noción expande la protección, pues se ubica en el ámbito de las concretas relaciones contractuales, continuadas o durables por lo general, que presentan como característica a la dominación que en los hechos un empresario puede sujetar a otros que se vinculan con él, quienes irremediablemente están expuestos a tolerar las consecuencias perjudiciales —entre otras mediante la reducción de sus márgenes de ganancias, la mengua en sus ventas o soportando prácticas discriminatorias— porque están impedidos de influir decisivamente en las condiciones de negociación.

En esta arista de apreciación, la desigualdad que estos vínculos generan es, cabe reiterar, solo económica y debe apreciarse con relación a cada situación concreta. Por cierto, en algunos supuestos el desequilibrio será evidente, pero puede no suceder lo mismo en otros casos. Examinar la cuestión sobre la base de las dimensiones de los proveedores y clientes en comparación con la de quien se prevale de la eventual dependencia, cuando presentan notoria falta de equivalencia, puede ser un indicio válido, pero requiere que se comprueben otros ingredientes: la explotación y la inexistencia de

alternativa de sustitución equivalente. Pero no es preciso que el infractor asuma una posición dominante en el mercado (17).

La legislación de la competencia de Corea del Sur, *Monopoly Regulation and Fair Trade Act*, de 2004, la define como “un acto injusto por parte de una empresa que toma ventaja de su posición de negociación superior con respecto a otros, (que) se aplica tanto a los compradores como a los vendedores” (18). Aun sin conocer acabadamente el sistema coreano, puede intuirse que esa enunciación es muy imprecisa, pues únicamente alude a la injusticia intrínseca de tomar ventaja de una relación de poder (superior).

En España se definió la situación de dependencia económica como aquella imposibilidad de cesar las relaciones comerciales que un empresario mantiene con otro de mayor porte sin que su aptitud competitiva sea afectada sensiblemente, que deriva del hecho de que “la situación de poder en el mercado es relativa y no absoluta como podría ser una situación de posición dominante caracterizada esta por ser absoluta y abarcar a una generalidad” (19).

(17) El Tribunal de Defensa de la Competencia español, en decisión del 27 abril de 1998 (Asunto 259/97), lo explicó con claridad pues señaló que, con relación a “una empresa con una posición dominante en el mercado sus clientes y proveedores están en situación de dependencia económica, pero la empresa cuyos clientes y proveedores están en situación de dependencia económica respecto de ella puede no ocupar una posición de dominio”.

(18) ACOSTA GONZÁLEZ, Nicolás *et al.*, “Dependencia económica: El caso ecuatoriano”, *Revista Economía y Política*, Universidad de Cuenca, año XII, 2016, nro. 24, p. 40. Acotan que “en esta legislación tampoco existe una clara definición de los requisitos o consideraciones que se deben tomar en cuenta para que un operador se encuentre en dependencia económica”. Recuerdan, también, que la ley japonesa antimonopolio de 1947 no ofrece una caracterización, sino que describe los actos desleales (p. 39).

(19) ZABALETA DÍAZ, Marta, *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, Marcial Pons, Madrid, 2002, ps. 228-231. Recuérdese que cuando la autora emitió su opinión, la explotación estaba regulada también como conducta anticompetitiva. Ese criterio empleó la Audiencia Provincial de Barcelona, en su decisión del 13/3/2006 (ac. 2006, 340): “la situación de dependencia económica implica una situación de poder en el mercado

Puede señalarse, entonces, que la dependencia económica cobra trascendencia, en el ámbito de la lealtad comercial, en aquellas relaciones verticales (20) en las que la posición de predominio —cualquiera que fuere su origen— permite al comprador ejercer “poder sobre el proveedor, o viceversa, a tal punto que la parte con mayor poder de negociación puede imponer condiciones comerciales inusuales, por ejemplo, en materia de descuentos, plazos para el pago, devolución de mercadería, pago para exhibición en perchas, entre otras situaciones que pueden presentarse” (21). Esta es la orientación de la ley francesa.

Pero si se tratara de un contexto relacional horizontal la dependencia generaría infracción —por restricción— a la competencia; aunque puede advertirse que no habría en tal caso estrictamente dependencia sino abuso de posición dominante (22). Los vínculos horizontales están incluidos en la legislación de la competencia alemana, aunque comprende también los verticales, pero debe alertarse que aprecia el tema desde la posición de la demanda (comprador).

Recuérdese también que en ese país la dependencia de los proveedores o compradores

relativa y no absoluta, pues esta última se correspondería con la posición de dominio”.

(20) PELLISÉ CAPELL, Jaume, *La explotación abusiva de una posición dominante* (arts. 82 TCE y 6 LEDC), Civitas, Madrid, 2002, p. 253, señala que la posición dominante puede no ser absoluta sino relativa y surgir de situaciones de dependencia; la cuestión derivaría así hacia el marco anticompetitivo. Esta opinión, que se emitió mientras la conducta analizada en este trabajo estaba incluida en la LDC y en la LCD, es compartida por la jurisprudencia española y se emplea para evaluar si un acto es desleal.

(21) JARA VÁSQUEZ, María Elena, “El abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica y los problemas de su aplicación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”, *Foro Revista de Derecho*, nro. 26, Quito, 2016.

(22) El art. 5º, *in fine*, del DNU, establece que la aplicación de ese título no está supeditada a la existencia de una relación de competencia entre los sujetos del acto de competencia desleal. Pero el primer apartado del art. 4º alude a los actos prohibidos que se realicen en el mercado y con fines competitivos, disposición que, si es interpretada literalmente, priva de todo sentido a la legislación de lealtad comercial.

se regula con relación a ciertos tipos de bienes o servicios, posición que altera su interpretación.

Las precedentes no son más que formulaciones generales de principios interpretativos que, a los fines de su aplicación práctica, dependen de la observación de cada situación en particular.

#### IV.2. *La alternativa equivalente*

El acto desleal, en nuestra legislación, la ecuatoriana, la española y la portuguesa, consiste en explotar la situación de dependencia económica en que pueda encontrarse una empresa cliente o proveedora que no disponga de una *alternativa equivalente* para el ejercicio de su actividad en el mercado o la satisfacción de sus necesidades.

En Italia (art. 9º, apart. 2) la dependencia económica se valora teniendo en cuenta también la real posibilidad por la parte dependiente de obtener en el mercado *alternativas satisfactorias*.

En Alemania se alude a la inexistencia de suficiente y razonable posibilidad de recurrir a otras empresas para procurarse los bienes y servicios de los que depende su actividad.

El art. 7º, apart. 3º, de la ley portuguesa prevé que una empresa no dispone de alternativa equivalente cuando: a) el bien o servicio solo fuera provisto por un número restringido de empresas; y b) la empresa no pudiera obtener idénticas condiciones por parte de otros operadores comerciales en un plazo razonable. Se advierte que, en esta legislación, orientada en el mismo sentido que la alemana, esa imposibilidad de sustitución no necesariamente debe ser total, sino solo dificultosa, y el reemplazo tiene que poder conseguirse en un tiempo apropiado según las circunstancias.

Como es fácil advertir, las previsiones normativas difieren, pero por fuerza debe reconocerse que giran en torno a una única concepción: la sustitución de la prestación debida y su influencia en la actuación en el mercado del afectado.

(i) La alternativa equivalente alude al reemplazo de un bien o servicio por otro similar, aunque no idéntico.

(ii) La alternativa satisfactoria remite al examen del propio interés del afectado y prescinde de la equivalencia.

(iii) La posibilidad suficiente y razonable, en la perspectiva que regula —que es la del requirente— se relaciona con la obtención del mismo bien o servicio, actuando de buena fe y considerándose las concretas necesidades tenidas en miras al establecerse el vínculo.

La situación abusiva (arg. art. 10, Cód. Civ. y Com.), entonces, no está únicamente conformada por la obtención de ventajas especiales, sino también por la dificultad o imposibilidad de sustituir el bien o servicio por otro de parecidas características y, también, pagar u obtener un precio similar. En esas condiciones, la situación en que se encuentra el dependiente lo puede exponer a una muy dificultosa o imposible reconversión de sus relaciones económicas, con la consecuencia de perderlo todo. La negativa, en tales casos, es poco menos que ilusoria porque quien vuelca su producción hacia un solo cliente o depende de un único proveedor, lógicamente deberá soportar las exigencias que le sean impuestas.

En rigor, pese a sus diferencias, aquellas tres nociones presentan un hilo conductor común: la razonable posibilidad de reacomodar el giro comercial y continuar la actividad, es decir, evitar la desaparición de operadores en el mercado como consecuencia de actos desleales. Por esa razón, la inexistencia de alternativa equivalente también debe resultar objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo (art. 9°).

El sistema se integra con la disposición del art. 4° según el cual los actos de competencia desleal prohibidos serán sancionados siempre que se realicen en el mercado y con fines competitivos. La finalidad competitiva del acto se presume cuando este resulte objetivamente idóneo para obtener, mantener o incrementar la posición competitiva en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.

### IV.3. La presunción legal

La ley alemana, recuérdese, dispone que “un proveedor de un cierto tipo de bienes o servicios

se presumirá que depende de un comprador si este comprador obtiene regularmente de este proveedor, además de los descuentos habituales, otra *remuneración o beneficio especial* que no es concedido a compradores similares”. Esta presunción contribuye a perfilar la noción de dependencia económica.

Está reproducida en el ordenamiento español y en el reciente DNU argentino en términos muy similares. En estas dos legislaciones la presunción puede desvirtuarse por el aporte de prueba en contrario.

Consiste en la imposición por parte del cliente al proveedor dependiente de ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares. Parece que se podría considerar configurada una situación discriminatoria en provecho del adquirente de los bienes o servicios quien, mediante tales exigencias y valiéndose de su posición de predominio, obtiene beneficios especiales o particulares, negados a otros clientes.

Con relación a lo expuesto, aunque en otro ámbito, se entendió “desleal la discriminación, sin causa justificada y basada en debilidad o dependencia económicas, de consumidores o empresarios por parte de un empresario presente en el mercado. Al respecto, y como regla básica, ha de entenderse que la discriminación solo existirá cuando, para igualdad de situaciones, se adoptan conductas empresariales desiguales” (23).

La exclusividad y falta de habitualidad, precisamente, caracteriza a la dependencia. La presunción legal se asienta en una relación específica que presente ese ingrediente y que, además, se prolongue en el tiempo, como se infiere de la exigencia relativa a su concesión *en forma regular*. Parece exigirse una continuidad y no la intención de beneficiarse esporádica o transitoriamente.

El análisis de su configuración debe hacerse sobre la base de parámetros de comparación que la ley provee y a una apreciación objetiva (art. 9°), pues impone atender a las relaciones

(23) JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J., *Lecciones...*, cit., p. 144.

entabladas con *compradores similares*. Pero parece atinado advertir que, aunque se cumplan todos los requisitos que tornan aplicable la presunción, el proveedor dependiente puede satisfacer la finalidad económica que lo indujo a establecer el vínculo, caso en el que la concesión de ventajas individuales encontraría justificación adecuada y no se podría invocar válidamente el aprovechamiento del cliente. El criterio de apreciación de la realidad que consagra el art. 6º del dec. 274/2019, robustece la aseveración expuesta.

Por ese motivo, el beneficio que pudiera obtenerse no tiene necesario correlato con el perjuicio del proveedor. Ya quedó dicho que el daño no caracteriza al acto de competencia desleal (art. 8º del DNU).

También conviene tener en cuenta que, como está dispuesto por el art. 4º, párrafo final, la presunción puede aplicarse a cualquier acto de competencia desleal, realizado antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que este llegue a celebrarse.

#### V. ¿Abuso y explotación son sinónimos?

En el análisis del derecho comparado se advierte una amplia diversidad con relación a considerar a la dependencia económica como abusiva.

Los ordenamientos que siguen al derecho español, entre ellos el nuestro, se abstienen de asignar tal carácter a la referida relación, aunque se asigne esa denominación como título de los artículos.

El art. 9º, apart. 1º de la ley italiana, prohíbe el abuso de parte de una o más empresas del estado de dependencia económica en el cual se encuentra, con ella o ellas, una empresa cliente o proveedora. En el apart. 3º se dispone que el pacto por el cual se realiza el abuso de dependencia económica es nulo, sanción que, por una parte, alude al origen contractual de la dependencia y, por otra, refuerza la noción de abusividad como calificación de dicha relación.

La ley portuguesa discrimina correctamente entre el abuso de posición dominante (art. 6º) y el abuso de dependencia económica (art. 7º).

En las dos disposiciones exige como presupuesto para su aplicación concreta la *explotación abusiva* por una o más empresas.

A la luz de esos antecedentes cabe plantearse si la explotación constituye en sí misma un abuso y, por consiguiente, son nociones idénticas, o bien, si solamente se prohíbe la explotación cuando, además, es abusiva.

La fórmula del art. 10, Cód. Civ. y Com., que proscribe el ejercicio abusivo de los derechos, considerando tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, es una esencial pauta de interpretación de carácter general, pero no exclusiva en esta materia, que requiere de manifestaciones específicas de ese principio.

La dependencia económica a los fines que aquí se consideran es tolerada mientras sea ejercida en los límites permitidos. Como debe darse prevalencia a la realidad, ella demuestra que existen situaciones de dependencia económica que resultan inocuas y también inevitables, por razón de que las asimetrías derivan de situaciones fácticas. Téngase en cuenta que no integran el concepto los simples desequilibrios contractuales.

La explotación es una noción jurídica que se evidencia con un significado altamente negativo, pues supone el aprovechamiento de una posición de debilidad relativa de acuerdo con las circunstancias, que implica transgredir la buena fe, y se encamina a lograr ventajas. Si la deslealtad consiste en *explotar* la situación de dependencia económica en que pueda encontrarse una empresa cliente o proveedora tal conducta puede reputarse abusiva (24).

Llama la atención que la buena fe no haya sido siquiera mencionada a algún efecto no esencial. Se aparta el decreto, de esta manera,

(24) La Corte de Apelaciones de Düsseldorf, en 18 de noviembre de 2015, en el caso “Edeka”, para entender configurada la dependencia económica exigió que la relación no fuera celebrada entre partes que tuvieran un parecido poder de negociación, de manera que el poder de compra de uno no se desvanezca ante el poder de venta del otro. En esta interpretación el consentimiento prestado no quedó condicionado por la dependencia.

de su modelo hispano. Podría aseverarse que, como es principio general del derecho privado, alcanza con lo dispuesto por el art. 9º Cód. Civ. y Com., pero ello no semejaría más que un módico intento de disimular una carencia de extrema relevancia. De cualquier manera, no puede dudarse que la actuación leal en el mercado y a los fines competitivos, exige atenerse a dicho parámetro y, también, que la abusividad excluye en sí misma la buena fe.

En suma, parece adecuado concluir que el acto desleal solo constituirá abuso cuando se origine en concretas relaciones de poder económico (o de mercado, como también se lo denomina) que permitan, a quien tiene una posición dominante, imponer a sus proveedores o clientes condiciones contractuales especiales que no son concedidas por aquellos a otros proveedores o clientes.

## VI. Convergencia normativa

Antes de elaborar las conclusiones resulta de interés referir a un planteamiento que fue en los apartados precedentes apenas esbozado y que se vincula con la aplicación del régimen de Lealtad Comercial o de Defensa de la Competencia, que abarcan supuestos de hecho de parecida esencia.

Se ha postulado que la conducta que describe el art. 10, inc. d) “podría ser encuadrada dentro de las prácticas de negativa de venta (art. 3º, inc. i)), la de impedir o dificultar la entrada o permanencia de un tercero a un mercado o excluirlo de este (art. 3º, inc. d)) o la de imposición de condiciones discriminatorias (art. 3º, inc. h)), estipuladas en la LDC. No resulta claro bajo qué supuestos se podrá accionar ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia o cuándo la vía habilitada para reclamar será la de lealtad comercial” (25).

Según el art. 7º, un acto podrá ser calificado como acto de competencia desleal y sancionado conforme a las disposiciones de ese título

(25) DEL PINO, Miguel - PERUZZOTTI, Mariano, “Nuevo régimen de lealtad comercial en la Argentina”, LL edición especial, Decreto de Lealtad Comercial del 22/5/2019, p. 13, parecen coincidir y sugieren aguardar las opiniones y decisiones administrativas y judiciales.

sin perjuicio de la aplicación de las sanciones establecidas por otras normas.

Pero también prevé que, sujeto a las formas y condiciones que establezca la reglamentación, quedan exceptuados de lo previsto en aquel párrafo los actos alcanzados por la ley 27.442, que no podrán ser juzgados ni sancionados en virtud del decreto.

Entonces, en un primer acercamiento al tema se puede descartar la aplicación concurrente de la Ley de Defensa de la Competencia y la de Lealtad Comercial, pues no podría verificarse un efectivo conflicto entre las dos normas.

Es más trascendente e imperioso discriminar la consistencia de aquellas conductas anticompetitivas —a las que se pueden agregar las comprendidas en el art. 3º incs. b) y f), ley 27.442, que presentan características similares— para encuadrarlas en uno u otro régimen legal (26). Recuérdese que el art. 9º del dec. 274/2019 establece que el acto desleal debe resultar objetivamente apto para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, de modo que no todo cese de la actividad debe ser juzgado sobre la base de la disposición del art. 10, inc. d) aunque haya habido real dependencia económica. Como contrapartida, si esa especial relación no configura explotación en los términos antes reseñados, tampoco está alcanzada por la prohibición legal.

Ello, y en particular la referencia al proceso competitivo, parece producir una alteración significativa en la tradicional diferenciación relativa a los propósitos de las reglas que tutelan la competencia y aquellas que reprimen actos desleales, que no es infrecuente en el derecho comparado. Es tenue la frontera que las separa, ciertamente, y no sería correcto asentarla solamente en el carácter público o privado del interés comprometido (27), porque en ambos

(26) Problema destacado por el profesor de la Universidad de Coimbra, CALVETE, Víctor J., “Abuso de posição dominante II: o abuso de dependência económica”, en *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, Coimbra, 2012, p. 7.

(27) BERENGUER FUSTER, Luis, “Otras formas de abuso (con especial mención al abuso de dependencia

casos, inmediata o mediatamente, la cuestión atañe a la comunidad y a las bases económicas de los operadores en el mercado.

Por esa razón, el examen debe hacerse en cada caso para comprobar si la conducta puede enmarcarse en uno u otro dispositivo (28) o, no cabe descartarlo, en ninguno.

Reciente jurisprudencia española ha señalado que “no es imposible ni infrecuente que cuando dos operadores económicos se encuentran vinculados por una relación contractual, se desarrollen por parte de alguno de ellos conductas que, situadas en zonas fronterizas a las materias contractualmente reguladas, resulten merecedoras de un reproche de deslealtad concurrencial. Pero creemos que esa frontera o línea divisoria es, al menos desde el punto de vista teórico, relativamente clara: si la conducta inconveniente entra dentro de la órbita de las materias reguladas por el contrato, entonces puede afirmarse que el contrato constituye título apto para la represión de aquella; si, por el contrario, esa conducta no resulta reconducible o susceptible de tratamiento jurídico a través de ninguna de las previsiones contractuales, ni siquiera mediante derivación interpretativa del contrato, y a la vez encaja en alguna tipicidad de la Ley de Competencia Desleal, entonces podrá hallar justificación el análisis de su eventual ilicitud concurrencial” (29).

económica”, en MARTÍNEZ LAGE, Santiago - PETITBÓ, Juan Amadeo (dirs.), *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Madrid, 2006, ps. 432-433: porque “prohibiendo la mayor parte de los actos de competencia desleal (por ejemplo, los actos contra el funcionamiento del mercado o contra los consumidores), también se está protegiendo el interés público”.

(28) PÉREZ MOSTEIRO, Amelia M., *La reforma...*, cit., p. 70. Expresamente dice que “la afinidad del bien jurídico tutelado por estos textos legales difumina las diferencias existentes entre ellos, lo que provoca que un supuesto de hecho deba ser objeto de un estudio pormenorizado al objeto de comprobar si cae dentro del ámbito de aplicación de los mismos”.

(29) Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, 27/9/2017, “Disa, Diseño Integrado de Sistemas y Apli-

En pocas palabras, puede exponerse que la afectación de la competencia, la lealtad o el equilibrio contractual, deben diferenciarse y encuentran adecuada respuesta en los respectivos ordenamientos que los rigen.

## VII. Conclusiones

(i) La prohibición del abuso o explotación de la dependencia económica interesa directamente a los clientes y proveedores de un empresario (todos ellos operadores actuantes en el mercado), e indirectamente favorece y tutela a los consumidores.

(ii) Esa dependencia debe resultar objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

(iii) Su represión no depende de la provocación de un daño, sino de la configuración del aprovechamiento de una posición económica calificada legalmente.

(iv) La dependencia económica, que se debe diferenciar de los desequilibrios contractuales, es más propia de las relaciones económicas verticales y está amparada por la regulación del decreto 274/2019.

(v) La explotación de esa situación constituye obrar abusivo en todos los casos.

(vi) El principio general que impone atenerse a la actuación de buena fe rige sin limitaciones.

(vii) La aplicación del régimen de defensa de la competencia o el de lealtad comercial se hará sobre la base de la esencia propia del acto con sujeción a las circunstancias.

caciones SL contra Oculus Iberia SL, y Oculus Optikergeräte GmbH”. Se distinguió en ese precedente entre “la buena fe contractual”, aplicable para interpretar el contrato, y “la buena fe concurrencial”, que con base en valores supraindividuales reprime conductas concurrencialmente ineficientes.

# Obtención indebida de condiciones ventajosas bajo amenaza de ruptura de la relación comercial

---

DIEGO H. SEREBRINSKY (\*)

## I. Introducción

Durante la negociación entre dos —o más— comerciantes de las condiciones que regirán su relación contractual está permitido que cada uno de ellos utilice al máximo su habilidad negociadora, así como la totalidad de sus destrezas, a los fines de convencer a la contraparte sobre la inclusión o no de cada una de las condiciones que los reglarán y, sobre el contenido y alcances de cada una de ellas. Adicionalmente, siendo la actividad mercantil absolutamente dinámica, durante el transcurso de la relación contractual también será lícito que las partes vuelvan a renegociar condiciones sobre las que habían pactado previamente, a los fines de modificarlas, por diversos motivos. Estos últimos pueden consistir desde la modificación —al alza o a la baja— de la demanda del producto o servicio, hasta cambios en la textura de esa demanda, que impliquen y hagan necesarios, a su vez, ciertos cambios en la relación a los efectos de mantener la eficiencia en la comercialización de los productos y tratar de adaptarla permanentemente a las cambiantes necesidades de la demanda y a las conductas competitivas de las compañías competidoras de ambas partes.

---

(\*) Abogado del Estudio Zang, Bergel & Viñas. Coautor junto con Guillermo Cabanellas de las Cuevas (h.) de las obras *Derecho de la distribución comercial* (en prensa), *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia* (3ª ed.) y *Derecho de la competencia desleal* (en esta última obra, también junto a Pablo Palazzi y Andrés Sánchez Herrero). Autor de diversos artículos en revistas especializadas sobre Defensa de la Competencia, Derecho de la Distribución Comercial, entre otras áreas.

Al negociar estas modificaciones durante la vida contractual, también es procedente que ambas partes utilicen al máximo sus capacidades y habilidades negociadoras con el fin de persuadir a la otra de la necesidad de la modificación —o de la falta de necesidad de esta— así como del contenido y grado de dicha modificación. No obstante, en la utilización del instrumental de negociación, así como en la forma en que se lleve a cabo esta, las partes están infranqueablemente limitadas por el respeto a las leyes de orden público que resulten aplicables a ese supuesto de hecho convencional.

Obviamente, y eso se da por descontado en esta etapa del desarrollo jurídico argentino, las partes no pueden utilizar en su negociación, ni pueden llevarla a cabo, mediante elementos que contraríen el principio de buena fe(1). Tampoco pueden las partes negociar de tal forma que resulte que su actuación excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres(2). Ahora bien, la contraparte que en el caso concreto disponga de más poder relativo de negociación que la otra, podría verse tentada de utilizar en esa negociación medios contrarios al régimen de defensa de la competencia, por ejemplo, indicarle a la otra parte que en caso de que no acepte el nuevo cambio a la baja en las comisiones a re-

---

(1) Por estar ello prohibido en virtud del art. 9º del Cód. Civ. y Com. que establece que los derechos deben ser ejercidos de buena fe.

(2) Es lo que ordena el art. 10, párr. 2º del Cód. Civ. y Com.

cibir por su labor, o en caso de que rechace la imposición de nuevos pagos o aumentos de los ya existentes —sin que exista una causa objetiva que lo justifiquen ni contraprestación real para estos—, entonces deberá soportar la ruptura de la relación contractual con aquella, lo que significará la pérdida del mercado que dicha parte venía explotando, siendo ese mercado de importancia para el receptor de la amenaza. Al ser tan relevante el mercado para quien sufre esa acción, generalmente se verá obligado a “agachar la cabeza y seguir” (3), pues la parte débil que recibe la amenaza de ruptura de la relación no se encuentra en posición de correr el riesgo de perder ese mercado.

La conducta desleal consistente en la obtención de ventajas indebidas mediante la amenaza de ruptura de la relación comercial está absolutamente difundida en Europa, especialmente en las relaciones entre los proveedores y las grandes cadenas de distribución, y entre las relaciones entre los principales y sus agentes, concesionarios y franquiciados. Por ese motivo, la Unión Europea, sumamente preocupada por la situación, efectuó grandes estudios e informes que tuvieron por objeto la investigación, en especial, las relaciones entre proveedores-fabricantes y las grandes cadenas de distribución. Estos informes constataron la presencia de dicha conducta en todas las cadenas de grandes distribuidores. Así lo hizo el estudio preparado por la Comisión Europea denominado *Study on the Legal Framework Covering Business-to-Business Unfair Trading Practices in the Retail Supply Chain* del 26 de febrero de 2014. En dicho estudio un grupo de expertos analizó el modo en que los ordenamientos de los veintiocho estados miembros se enfrentaban a las principales cláusulas y prácticas abusivas en las relaciones verticales de la cadena de suministro alimentario que se identificaron en el libro

(3) Fue la forma magistral en que se resumió el denominado “factor miedo”, en especial en su forma de obtención de condiciones favorables mediante amenaza de terminación del contrato de agencia que vinculaba a las partes, que se utilizó en el *leading case* “To Talk c. Miniphone SA”, que por primera vez aplicó esta figura al contrato de agencia y le dio las consecuencias jurídicas correspondientes, es decir, decretó la nulidad de las condiciones así conseguidas. Cfr. CNCom., sala D, 11/9/2002, “To Talk c. Miniphone SA”, LL 2003-F-1016.

verde (4). El 29 de enero de 2016 se publicó el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas. El Informe, entre otras cosas, aconseja regular cuatro categorías clave de prácticas comerciales desleales, y dentro de las estas describe que debe proscribirse por desleal la conducta consistente en “amenazar injustificadamente con poner fin a una relación contractual” (5).

Si bien estas conductas ilícitas son moneda corriente en todas las áreas mercantiles argentinas, y muy especialmente en la industria de la gran distribución y, específicamente, aún más en la industria supermercadista, sin embargo, estaban —y están— prohibidas bajo el régimen del derecho de la competencia desleal argentino. Como consecuencia de dicha prohibición, el consentimiento otorgado por la parte en desventaja en la negociación que accedió a otorgar las condiciones comerciales más ventajosas con causa en la amenaza de la ruptura de la relación comercial se considera sin efecto legal alguno. Por lo tanto, aquel no se tiene como un consentimiento tácito, sino que la obligatoria consecuencia bajo el derecho privado argentino de la comisión de dicha conducta era y es la nulidad de dichas modificaciones así obtenidas. La mencionada ilicitud deviene de la aplicación de la figura del Derecho de la Competencia Desleal denominada obtención indebida de condiciones comerciales bajo amenaza de ruptura de la relación contractual. Antes del dictado del dec. 274/2019 estaba prohibida por la figura general de prohibición de las conductas desleales vigente en el derecho argentino. Actualmente, está prohibida expresamente por el art. 10 inc. e) del dec. 274/2019. Al estudio de la naturaleza jurídica, los elementos de dicha figura, y a sus consecuencias, bajo el derecho

(4) Cfr. RUIZ PERIS, Juan I., “El abuso de dependencia económica en el derecho de defensa de la competencia en el marco de la lucha contra las conductas abusivas”, en la obra colectiva CACHAFEIRO GARCÍA, Fernando - GARCÍA PÉREZ, Rafael - LÓPEZ SUÁREZ, Marcos A. (coords.), *Derecho de la competencia y gran distribución*, Aranzadi, Navarra, 2016, p. 46.

(5) Cfr. RUIZ PERIS, Juan I., “El abuso de dependencia...”, cit., ps. 46-47.



argentino y el derecho comparado, nos dedicamos a continuación.

## II. El decreto de necesidad y urgencia 274/2019 y la introducción del tipo especial de obtención de ventajas indebidas mediante amenaza de ruptura de la relación comercial como acto desleal

El 22 de abril de 2019 se publicó en el Boletín Oficial el decreto de necesidad y urgencia 274/2019 mediante el cual el Poder Ejecutivo pretendió “la creación de una herramienta institucional y moderna, a través de la cual el gobierno nacional posibilite, mediante la prohibición y sanción de actos y prácticas desleales, el desarrollo de un comercio justo y competitivo” (6). La doctrina unánimemente reclamaba la sanción de un régimen moderno y sistemático que regule la competencia desleal (7), no obstante, el dictado de esta legislación es jurisdicción del Congreso nacional, y no se advierten ni la necesidad ni la urgencia de dictarla por medio de un decreto, por lo que entendemos que este tiene altas chances de ser declarado inconstitucional en caso de llegar el tema a la Corte Suprema. Sin embargo, al existir también la posibilidad de que el Congreso nacional ratifique expresamente esta legislación, resulta oportuno y útil el estudio de una de las figuras introducidas por el dec. 274, entre otras cosas, pues en la regulación de esta, si bien el Poder Ejecutivo ha seguido fundamentalmente el derecho español, se ha apartado —en algunos de sus aspectos— de la estructura y elementos con que la misma fue construida en el derecho comparado, especialmente en el derecho europeo, y fundamentalmente en el alemán, el francés y el ya mencionado español, algunas de las naciones en que esta figura se encuentra específicamente legislada. En los apartados siguientes estudiaremos el concepto del tipo especial del derecho de la competencia desleal denominado obtención indebida de condiciones comerciales mediante amenaza de ruptura

(6) Cfr. Exposición de Motivos, considerando noveno.

(7) No coincidimos con varias de las regulaciones del dec. 274. Por motivos de espacio no podemos extendernos aquí sobre nuestras diferencias con el mencionado decreto, cosa que haremos en la actualización futura de una obra sobre el *Derecho de la competencia desleal* de la que somos coautores.

contractual, su naturaleza jurídica, así como sus elementos, las especialidades que presenta y las consecuencias legales de su comisión.

## III. Noción conceptual. Su relación con el tipo especial de explotación de una situación de dependencia económica

En el derecho comparado, el supuesto de hecho ilícito desleal consistente en la obtención de condiciones comerciales ventajosas para la parte fuerte bajo amenaza de ruptura de la relación, se regula de dos maneras. Por un lado, se considera a la figura como un supuesto más de la comisión del ilícito consistente en la explotación de una situación de dependencia económica, del cual la obtención de condiciones ventajosas bajo amenaza de terminación sería una subespecie. Este es el caso del derecho de la competencia desleal español y francés. Por el otro, se regula a este supuesto de hecho típico como un ilícito del derecho de defensa de la competencia. Este es el caso del derecho alemán. El dec. 274, si bien reguló el supuesto de hecho dentro del régimen de la competencia desleal, legisló la figura como si fuera un tipo especial independiente de la figura de explotación de una situación de dependencia económica. Esta decisión legislativa se extrae de la lectura de las disposiciones del dec. 274 que regulan ambos tipos especiales. Así, en el art. 10 del mencionado decreto, en el que se listan las figuras especiales de competencia desleal, se regula en su inc. d) el abuso de una situación de dependencia económica, y, separadamente, a continuación, y como inc. e), se establece como una figura independiente de la regulada en el inc. d), el tipo especial de obtención de condiciones ventajosas bajo amenaza de ruptura de la relación comercial. Más adelante se darán fundamentos adicionales para llegar a esta conclusión.

Esta forma de tratamiento legislativo de ambas figuras debe ser analizado a los fines de determinar si, bajo la nueva norma, el derecho de la competencia desleal argentino, se creó una nueva figura especial, al legislar como un tipo independiente a la obtención de ventajas bajo amenaza de terminación, en cuyo caso, para su verificación la conducta analizada no debería cumplir con los requisitos que deben presentarse para que esta encuadre en el tipo

especial de explotación de la situación de dependencia económica. O, si por el contrario, en realidad la figura regulada en el inc. e) del art. 10 del dec. 274, es solo la descripción de un modo puntual o a manera de ejemplo de una de las tantas formas que puede tomar la explotación abusiva de la situación de dependencia económica, por lo que, en ese caso, para que una conducta encuadre en el tipo del inc. d) debería cumplir con todos los elementos del tipo de explotación de una situación de dependencia económica.

Si bien no se indica específicamente en los considerandos del dec. 274, puede afirmarse que el modelo del Ejecutivo para redactar el art. 10 inc. e) fue el inc. b) del apart. 3 del art. 16 de la Ley de Competencia Desleal española 3/1991, modificado por la ley 52/1999 del 16 de diciembre de 1999. El art. 16 de la LCA española se titula “Discriminación y dependencia económica”. Regula en su apart. 1 (8) el tratamiento discriminatorio en materia de precios y otras condiciones. En su apart. 2 establece la prohibición de la explotación de la situación de dependencia económica (9) como ilícito de la competencia desleal. Entrando a la figura en estudio, el apart. 3 comienza disponiendo que también se considerarán desleales dos supuestos específicos que allí regula en sendos dos subapartados. En el subapartado a) (10) establece como ilícita la ruptura de la relación comercial sin preaviso escrito con seis meses de anterioridad. Llegamos entonces, al subinciso en que entendemos se ha basado el Ejecutivo para la redac-

ción del art. 10 e), del dec. 274: el subinciso b) del apart. 3 del art. 16 de la Ley de Competencia Desleal española. Dicho dispositivo legal establece que también se considerará desleal “la obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado”. Por su parte, el inc. e) del art. 10 del dec. 274 establece, bajo el título “Obtención indebida de condiciones comerciales” que “se considerará desleal la obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones no recogidas en el acuerdo pactado o sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales”.

Como surge de la comparación de la norma española con la argentina, el Ejecutivo ha utilizado el mencionado subinciso b) del apart. 3 del art. 16 de la LCD española como fuente directa, pero ha realizado algunas modificaciones —que entendemos correctas—. Por la trascendencia que importan para el ilícito en estudio y porque mejoran en gran medida el tipo de ilícito respecto a la redacción de su fuente española, corresponde mencionar dichos cambios, así como determinar el impacto legal que estos introducen en el Régimen de Competencia Desleal argentino.

En primer lugar, el texto argentino eliminó la adjetivación de “cooperación comercial” con respecto a las condiciones comerciales que la parte fuerte busca modificar mediante la amenaza, que sí aparece en el texto español. Esta modificación es acertada, pues amplía el tipo de condiciones comerciales cuya obtención puede ser el objeto de la amenaza de la parte fuerte, el que no quedará solo circunscripto a las que tengan naturaleza de cooperación entre las partes.

En segundo lugar, la norma argentina extiende el tipo de contratos en los cuales puede desarrollarse este ilícito, extendiéndolo a todo tipo de acuerdos. Este es un cambio que debe celebrarse laudatoriamente y nos parece una de las más acertadas modificaciones del Ejecutivo argentino respecto a su modelo español. Ello,

(8) “1. El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada”.

(9) “2. Se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares”.

(10) “3. Tendrá asimismo la consideración de desleal: a) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor”.

pues en el subinciso b) de la norma ibérica, en forma censurable y criticada por la casi totalidad de su doctrina (11), redujo el radio de aplicación de la norma a los contratos de suministro entre proveedores y grandes distribuidores. Y si bien es empíricamente verificable que en las relaciones entre proveedores y grandes distribuidores la conducta bajo estudio se presenta reiteradamente, también lo es que estas son cometidas en otros tipos de relaciones contractuales, como las existentes entre los fabricantes y prestadores de servicios y sus distribuidores en sentido amplio (agentes, concesionarios, franquiciados y distribuidores en sentido estricto). Otra consecuencia valiosa resultante del texto argentino es que la conducta ilícita regulada la puede cometer cualquiera de las partes en la relación, y no solo la parte proveedora, como ocurre en el caso español. Por lo tanto, bajo el derecho de la competencia desleal argentino también se aplicará la figura en una relación en la que es el proveedor la parte fuerte y el distribuidor es la débil. Esta modificación es absolutamente trascendente, pues tiene otra consecuencia legal adicional. Es que los dos casos en que más se presenta la conducta de obtención de ventajas mediante amenaza de ruptura de la relación son las relaciones entre los proveedores y los grandes distribuidores (el caso paradigmático son los hipermercados) y las relaciones entre los fabricantes o prestadores de servicios y sus distribuidores en sentido amplio (es decir, sus agentes, franquiciados, concesionarios y distribuidores en sentido estricto). Considerando la redacción de la norma argentina, la conducta ilícita puede ser cometida en cualquier tipo de relación contractual, no solo en la relación proveedor-gran distribuidor, sino que también se extiende a las relaciones emergentes de los contratos de distribución en sentido amplio y a cualquier otro tipo de contrato donde, en los hechos, se presente entre las partes un desequilibrio en el poder de negociación.

Corresponde ahora estudiar la relación que tiene la figura de obtención de ventajas mediante amenazas de terminación con el tipo especial de abuso de una situación de dependencia económica. La determinación de esta relación tiene consecuencias jurídicas concretas, pues si se

(11) Cfr., por todos, ESTEVAN DE QUESADA, Carmen, *Explotación de la dependencia económica en las redes de distribución*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 173.

considera que es una especie de la figura más amplia de abuso de situación de dependencia económica, entonces se deberán presentar en cada caso de la conducta en estudio todos los elementos de aquella figura. En cambio, si se entiende que esta es un tipo especial independiente, no deberán exigirse la presencia de aquellos elementos para su verificación. Esta determinación, está directamente relacionada con la de la naturaleza jurídica de la figura en estudio, por lo que analizamos el tópico a continuación.

#### IV. Naturaleza jurídica

Considerando los elementos que componen la figura conforme con su regulación por los distintos derechos positivos que la legislan como un instituto del Régimen de Competencia Desleal —dentro de los cuales se encuentra el establecido por el dec. 274— podría sostenerse, en principio, que esta es una de las tantas formas en la que puede manifestarse el abuso de la situación de dependencia económica. Es decir, que la conducta consistente en obtener ventajas mediante la amenaza de ruptura de la relación comercial sería uno de los supuestos de abuso de la situación de dependencia económica. Esta es la naturaleza jurídica que, mayoritariamente, se le da en Alemania, España y en Francia (12).

Bajo la ley española, los autores generalmente la consideran un ejemplo de conducta específica de abuso de dependencia económica —o una especificación de esta— que la ley brinda luego de definir el abuso de dependencia económica en el apart. 2 del art. 16 de la LCD. Incluso, se entiende que la conducta de obtención de ventajas mediante amenazas de ruptura de la relación comercial es uno de los supuestos más típicos de abuso en el contexto de una situación de una situación de dependencia económica (13), y que “[n]o es infrecuente que una empresa con poder relativo sobre una contraparte contractual débil obtenga de esta última condiciones más favorables que las inicial-

(12) Con la aclaración de que, en Alemania, la conducta se incluye en la figura *antitrust* que prohíbe a las empresas con poder de mercado relativo que abusen de la situación de dependencia económica.

(13) Así lo indica ESTEVAN DE QUESADA, Carmen, *Explotación de la dependencia económica...*, cit., p. 170.

mente pactadas, bajo la amenaza de romper las relaciones comerciales que las unen” (14).

Sin embargo, voces sumamente autorizadas como la de Ruiz Peris, entienden que la figura de obtención de ventajas mediante amenazas de ruptura de la relación comercial es independiente de la figura de abuso de dependencia económica, por lo que no debería exigirse para su encuadramiento que la conducta presente todos los requisitos del abuso de la dependencia económica. La opinión de Ruiz Peris es importante para el caso argentino, pues el supuesto de hecho en el que el autor basa su fundamentación es casi idéntico al que se presenta en la Argentina (si bien en el caso argentino las notas de independencia son aún mayores, como se verá oportunamente). En este sentido, y en el marco del análisis de la naturaleza jurídica de la relación existente entre el apart. 2 y el apart. 3 del art. 16 de la Ley de Competencia Desleal, Ruiz Peris entiende que “[a]unque el apartado 3 suele ser interpretado por la doctrina y los tribunales españoles con un argumento sistemático, como una especificación del apartado 2, cabe una interpretación diferente en atención al tiempo en que debe ser aplicado, dado su tenor literal, fundada en la línea predominante a nivel europeo de desvincular la protección de las conductas abusivas de la previa constatación de una situación de dependencia económica, presuponiendo que la mera existencia de este tipo de conductas abusivas es suficiente para comprobar que existe un grado relevante de asimetría de poder de negociación o de poder de mercado entre las partes. En este sentido hay que tener en consideración que el término ‘asimismo’ empleado por el número 3 del artículo 16 puede referirse a los dos números anteriores que incluyen supuestos completamente heterogéneos como son la discriminación de consumidores y el abuso de posición de dependencia, por lo que podría afirmarse que se trata de un tercer supuesto independiente de los dos anteriores incluido en este precepto cajón de sastre que es el artículo 16 LCD. La ausencia de mención a este tercer supuesto en el título del precepto no sería relevante ya que [el título] procede de la primera redacción del

precepto que sólo contenía los apartados números 1 y 2” (15).

Teniendo en cuenta que en cuanto a la teoría del derecho adscribimos al positivismo jurídico, entendemos que, en cuanto a la investigación de la naturaleza jurídica de los institutos analizados por los estudiosos no se trata del descubrimiento de supuestos entes abstractos o sobrenaturales existentes en una dimensión etérea que puede ser descubierta por el observador, sino que, al contrario, la naturaleza jurídica de las figuras se extrae del tratamiento que a estas le otorga el ordenamiento jurídico positivo así como de las relaciones que dicha figura tiene con las distintas ramas de ese ordenamiento, relaciones que surgen del mismo sistema positivo. En este sentido, es correcto afirmar que, determinar la naturaleza jurídica del tipo de conducta desleal consistente en la obtención de ventajas indebidas por medio de amenazas de terminar la relación comercial, dependerá de la específica forma en que la figura haya sido legislada en cada ordenamiento jurídico. Así, bajo las legislaciones de Alemania y Austria este tipo ilícito depende de la existencia de poder relativo de mercado o de la existencia de una situación de dependencia económica, siendo su naturaleza jurídica un instrumento del derecho de defensa de la competencia. En el derecho español la doctrina mayoritaria entiende que es una especificación o ejemplo de un abuso de situación de dependencia económica, con la importante excepción ya comentada de Ruiz Peris. En el derecho francés, la figura de obtención de ventajas por amenazas de terminación presupone directamente la existencia de la asimetría en la relación contractual, por lo que no deben probarse los requisitos del abuso de posición dominante.

Corresponde ahora analizar y determinar la naturaleza jurídica de la figura de deslealtad consistente en la obtención de ventajas indebidas mediante amenazas de terminación de la relación comercial bajo el derecho de la competencia desleal argentino y, específicamente, respecto a las disposiciones del dec. 274.

(14) Ídem.

(15) Cfr. RUIZ PERIS, Juan I., “El abuso de dependencia...”, cit., p. 51.

Antes de la entrada en vigencia del dec. 274, la comisión de la conducta consistente en la obtención de ventajas indebidas mediante amenazas de ruptura de la relación comercial estaba prohibida bajo el Régimen de Derecho de la Competencia Desleal argentino, en virtud de encuadrar dicha conducta en la figura general que proscribe las conductas desleales. Esta figura general surgía de la aplicación del art. 42 de la CN, del art. 159 del Cód. Penal, del art. 1109 del Cód. Civil (hoy derogado) y del art. 10 bis del Convenio de París, ratificado por la ley 17.011 (16). Ello, porque sin duda alguna, constituía un abuso de una situación de dependencia económica la conducta por la que la parte fuerte amenazaba a su contraparte con la ruptura de la relación comercial para obtener condiciones indebidas ventajosas que, de no existir dicha amenaza, y en el marco de una negociación de buena fe o en una negociación paritaria, no se concedería. Y decimos sin duda alguna, pues la comisión de dicha conducta es una resultante del denominado factor miedo existente en las relaciones asimétricas en donde existe dependencia económica, cuando en virtud de la existencia de dicho factor miedo, la parte fuerte abusa de su existencia y le exige modificaciones contractuales *in pejus* a la parte débil, quien las concede por el temor fundado a la terminación contractual.

En el derecho de la competencia desleal argentino —tanto en el régimen anterior al dec. 274, como en el actualmente vigente—, el factor miedo constituye una variante del abuso del derecho, así como una forma de explotación de una situación de dependencia económica, en la que la parte que detenta la superioridad económica, aprovechando la situación de hecho en virtud de la cual la parte dependiente tiene su continuidad comercial fuertemente vinculada a la vigencia de la relación contractual existente entre ellas, impone a esta condiciones comerciales altamente desventajosas, que una parte

paritaria no estaría dispuesta a aceptar sin obtener por lo menos una prestación equivalente por parte de la contraparte. En especial, el factor miedo tiene su mayor aplicación en aquellos casos en que el principal fuerte impone al distribuidor, o el distribuidor fuerte impone al proveedor, durante la relación contractual, modificaciones unilaterales comerciales en desmedro del distribuidor-proveedor débil, no dejando este último constancia oral o escrita de su oposición o rechazo a dicha modificación unilateral. La consecuencia jurídica del factor miedo era y es que de la omisión del distribuidor-proveedor débil de rechazar u oponerse a las modificaciones, no puede interpretarse que otorgó su consentimiento tácito, con las correspondientes consecuencias para la procedencia de las indemnizaciones pertinentes a favor de la parte débil. El factor miedo era y es una de las conductas específicas en que puede manifestarse en los hechos el abuso del derecho y el abuso de una situación de dependencia económica.

Sobre el factor miedo, Ruiz Periz escribió: “El factor miedo es especialmente agudo en los casos de abuso de dependencia económica en los que precisamente la PYME carece de alternativa equivalente en modo suficiente y razonable, por lo que la empresa débil se convierte en rehén de una relación contractual insatisfactoria por falta de alternativas. Situación que se agrava especialmente cuando la parte contractualmente débil realizó inversiones todavía no amortizadas dirigidas específicamente a satisfacer las exigencias de producción necesarias para cumplir con los términos contractualmente pactados” (17).

La Comisión Europea y la doctrina de ese continente han estudiado el factor miedo y han llegado a la conclusión, probada incluso en los estudios empíricos llevados adelante por la propia Comisión mencionados más arriba, que las partes dependientes —ya sean dichas partes dependientes los productores o los distribuidores— aceptan condiciones comerciales altamente perjudiciales para ellas, por el temor fundado de que la contraparte con poder económico les rescinda el contrato. Asimismo, dichos estudios empíricos demostraron que es

(16) Estudiamos en detalle la figura general de Competencia Desleal, en el Derecho Comparado y en el Derecho argentino de la competencia desleal bajo el régimen anterior al dec. 274 en CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo - PALAZZI, Pablo - SÁNCHEZ HERRERO, Andrés - SEREBRINSKY, Diego H., *Derecho de la competencia desleal*, Heliasta, Buenos Aires, 2014, ps. 217-281, a donde remitimos.

(17) Cfr. RUIZ PERIS, Juan I., “El abuso de dependencia...”, cit., ps. 42 y ss.

con base en el factor miedo que las partes dependientes no notifican formalmente a la contraparte con poder económico su oposición o rechazo a las imposiciones abusivas, de tal forma que, en un futuro proceso judicial se exponen al alea de que los jueces consideren que, al no haberse quejado o protestado contra las conductas abusivas, se interprete que las consintieron tácitamente y no puedan reclamar con base en ellas.

La existencia del factor miedo, por el cual las partes dependientes aceptan condiciones comerciales desventajosas por temor a la ruptura de la relación comercial, sin dejar constancia ante la contraparte dominante de su oposición a dicha imposición, ha sido además puesta de manifiesto específicamente por los informes de los estados miembros de la Unión Europea antes citados, incluso, por el propio libro verde, que recoge una encuesta realizada a nivel europeo de acuerdo con la cual el 87% de los proveedores dependientes económicamente del distribuidor entrevistados no adoptó ninguna acción después de que su contraparte le impuso alguna condición comercial abusiva por miedo a la ruptura comercial (18).

Debe aclararse que a estos supuestos del factor miedo no se les aplican las reglas de las figuras de lesión, de simulación y de fraude, por lo que resulta innecesario que se verifiquen y presenten los requisitos legales necesarios para la existencia de tales tipos. Ello, para evitar un error en el que suele caer cierta jurisprudencia argentina que no le reconoce efecto jurídico alguno al factor miedo y lo que es más grave, tampoco reconoce las consecuencias jurídicas del abuso del derecho y del abuso de una situación de dependencia económica de la aceptación de las partes dependientes de la imposición unilateral de la modificación gravosa, así como la falta de notificación de su oposición a dichas imposiciones a la parte dominante. En la Argentina, en el régimen previo al dec. 274, la existencia del factor miedo en situaciones en las que la parte débil tiene que aceptar nuevas condiciones comerciales *in pejus* impuestas por la parte fuerte, así como su consecuencia consistente en que dicho acto sea

declarado abusivo y por lo tanto nulo, ha sido reconocida en varias oportunidades por la jurisprudencia de la Cámara Comercial, en casos de distribución en sentido amplio y, en especial, en relaciones de concesión comercial y de agencia. La Cámara Comercial también lo reconoció, además, en el mencionado caso “To Talk c. Miniphone SA” y en algunos fallos sobre distribución en sentido estricto, p. ej., en “Rainly SA c. Lindsay International Sales Corporation” (19), de 2007. Si bien en dichos fallos no se le llamó por su denominación europea actual de “factor miedo” (cosa que no resulta extraña, pues en la época del dictado de dichos fallos todavía no se lo había denominado de esa forma en Europa), de todas formas, las sentencias trataron correctamente el tema, así como, además, dispusieron correctamente sus consecuencias jurídicas.

En cuanto al reconocimiento del factor miedo y sus consecuencias jurídicas en el contrato de concesión comercial, la Cámara Comercial se ha expedido reiteradamente concediéndolo, por ejemplo, en los famosos casos “Dillon SA c. Ford Motor Argentina SA” (20), “Cilam SA c. IKA Renault SA” (21), “Automóviles Saavedra c. Fiat Argentina SA” (22), —en este caso nos referimos al fallo de Cámara, no al conocido precedente de la Corte Suprema con los mismos autos— y “Niro SA c. Renault Argentina SA” (23) —nos referimos al primer fallo de Cámara, no al de la Corte que lo revocó, ni al segundo fallo de Cámara, dictado en cumplimiento de lo ordenado al respecto por la Corte—.

En cuanto al contrato de agencia, como ya se mencionó, el fallo que constituyó el *leading case* argentino en el cual se reconoció por primera vez la existencia del factor miedo en la agencia, y se le otorgó las consecuencias jurídicas correctas —nulidad de las modificaciones

(19) CNCom., sala B, 3/9/2007, “Rainly SA c. Lindsay International Sales Corporation”, LL Online: AR/JUR/7103/2007.

(20) CNCom., sala A, 11/9/1973, “Dillon SA c. Ford Motor Argentina SA”, LL Online: AR/JUR/69/1973.

(21) CNCom., sala A, 14/3/1983, “Cilam SA c. IKA Renault SA”, LL 1983-C-233.

(22) CNCom., sala B, 8/5/1987, “Automóviles Saavedra SA c. Fiat Argentina SA”, en LL 1987-D-419.

(23) CNCom., sala C, “Niro SA c. Renault Argentina SA y otros s/ordinario”, LL Online: AR/JUR/63014/2012.

(18) Cfr. el Survey on Unfair Commercial Practices in Europe de marzo de 2011, disponible en <http://www.dlf.no/filestore/CIAAIMSurveyonUCP-Europe.pdf>.

aceptadas impuestas y derecho a indemnización— fue el famoso precedente “To Talk SA c. Miniphone SA” (24), en el que se expresó correctamente que al agente no le quedó otro camino que “agachar la cabeza y seguir”, aceptando las modificaciones comerciales unilaterales abusivas impuestas por el principal, pues para él era muy grave la consecuencia de no acatarlas o de dejar constancia de su oposición a estas: el riesgo cierto de que en tal caso el principal le rescinda el contrato. Vemos aquí cómo tienen similares características y efectos el factor miedo y la figura de competencia desleal de obtención indebida de ventajas por amenaza de ruptura de la relación.

En contraposición a estos fallos que trataron el tema del factor miedo correctamente y como ejemplo de un incorrecto tratamiento de los efectos de este en una relación de distribución en sentido estricto, se puede citar el caso “Megarecarga SA c. Telefónica Móviles Argentina SA” (25). En dichos autos, la sala D de la Cámara Comercial, rechazó el recurso de apelación intentado por una distribuidora denominada “Megarecarga SRL” contra el laudo arbitral dictado por el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio que, a su vez, había rechazado la demanda interpuesta por la actora contra “Telefónica Móviles Argentina SA”, reclamando la suma de \$ 33.126.770 en concepto de daños y perjuicios por las menores retribuciones y lucro cesante que habrían resultado de las modificaciones unilaterales resueltas por la demandada durante la ejecución del contrato de distribución que ambas suscribieron para comercializar tarjetas de llamadas telefónicas prepagas y recargas de saldo electrónico en puntos de venta al público. La Cámara basó su decisión, entre otras muchas fundamentaciones —con las que no acordamos— en el hecho de que en el contrato se había pactado la posibilidad de la principal de modificar las comisiones en forma

unilateral, así como en que el distribuidor no había rechazado ni se había opuesto expresamente a dichas modificaciones unilaterales. Más allá de la equivocación de no considerar nula la cláusula inserta desde un principio en un contrato de adhesión entre empresarios con desequilibrio de poder de negociación que reserva a la parte fuerte la posibilidad de efectuar modificaciones unilaterales en una condición tan fundamental como la retribución de la contraparte, la Cámara no otorgó efecto alguno a la existencia del factor miedo. Dichas consecuencias son las de causar la nulidad de los cambios ventajosos para el principal, pues fueron obtenidos mediante amenaza de terminación de la relación comercial (26).

Como conclusión, entendemos que, bajo el régimen de Competencia Desleal anterior al decreto 274, la figura de la obtención de ventajas indebidas mediante amenaza de ruptura de la relación contractual era una conducta desleal que encuadraba en la figura del abuso de una situación de dependencia económica, en su subespecie del factor miedo, con lo que debían presentarse todos sus requisitos a los fines de su aplicación.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la figura de obtención de ventajas indebidas mediante amenaza de ruptura de la relación comercial a partir de la entrada en vigencia del dec. 274, entendemos que del tenor literal y de la forma en que se legisló la misma por el Ejecutivo, son posibles dos interpretaciones, teniendo gran importancia práctica cuál será la que se elija, como se verá a continuación.

La interpretación que nos parece más plausible, por apegarse al texto legal, así como al lugar del decreto en que se la ha insertado y a la diferencia visible con respecto a la norma que fue su fuente, es la de entender que la obtención de ventajas indebidas mediante amenaza de ruptura de la relación comercial, es un tipo especial de Competencia Desleal independiente, por lo tanto la consecuencia jurídica de esta interpretación es la de que para su verificación basta con que la conducta encuadre en los supuestos de hecho típicos exigidos por el inc. e) del

(24) CNCom., sala D, 11/9/2002, LL 2003-F-1016.

(25) CNCom., sala D, 3/7/2018, “Megarecarga SRL c. Telefónica Móviles Argentina SA s/organismos externos”, LL Online: AR/JUR/40587/2018, con nota a fallo de SEREBRINSKY, Diego H., “Distribución comercial: modificaciones unilaterales de condiciones en los contratos de adhesión con cláusulas predispuestas”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 2019, nro. 294, p. 176, LL Online: AR/DOC/3798/2018.

(26) Estudiamos críticamente este precedente en SEREBRINSKY, Diego H., “Distribución comercial...”, cit.

art. 10 del dec. 274, sin que sea necesario que se pruebe en el caso la existencia de una situación de dependencia económica. Según esta interpretación, la figura del inc. e) no es una especificación ni un ejemplo del tipo más general de abuso de una situación de dependencia económica legislado en el inc. d).

La conclusión según la cual la figura bajo estudio es independiente de la de abuso de la situación de dependencia económica se fundamenta, entre otras cosas, en que el Ejecutivo ha legislado esta en un inciso distinto e independiente del inciso en el que legisló la figura del abuso de situación de dependencia económica. Adicionalmente, en el inc. d) ni en el inc. e) se encuentra referencia alguna recíproca entre ambos tipos especiales que den a entender que la del inc. e) es un subtipo de la del inc. d).

El argumento que consideramos más importante para sostener la independencia de la figura bajo el nuevo régimen argentino es el hecho de que el Ejecutivo tomó como modelo indiscutible de ambas figuras el art. 16, apart. 2 y 3 de la ley española de Competencia Desleal. Si bien el Ejecutivo tomó como modelo dicho artículo español, desvinculó materialmente ambas figuras, al contrario de lo que ocurre en España, en que las dos están legisladas en un mismo artículo —si bien en dos apartados diferentes—. En España la interpretación mayoritaria es que se trata de un ejemplo o especificación de una conducta de abuso de situación de dependencia económica, como veremos con más detalle más adelante. No obstante, una interpretación sumamente autorizada como la ya citada de Ruiz Peris, entiende que bajo la ley española también correspondería considerar que la figura es independiente de la del abuso de una situación de dependencia económica. Esta postura es minoritaria —si bien, en cuanto a la figura en España, nosotros coincidimos con Ruiz Peris, como explicaremos más adelante—. La doctrina mayoritaria interpreta nuestra figura como una especificación o como un ejemplo de abuso de una situación de dependencia económica, interpretación que no es censurable bajo la redacción de aquella norma.

Por las razones dadas precedentemente, entendemos que bajo la actual redacción y ubicación sistemática de los incs. d) y e) del art. 10

del dec. 274 el tipo especial de obtención de ventajas indebidas mediante amenaza de ruptura de la relación comercial, es un tipo especial de competencia desleal independiente. La consecuencia de esta interpretación es que para su verificación no deben presentarse los elementos del tipo de abuso de situación de dependencia económica regulado en el inc. d) del art. 10.

No obstante, debemos advertir una consecuencia adicional de esta interpretación, que consideramos no deseable. Es que al no exigirse para este tipo especial la presencia de una situación de dependencia económica, parecería procedente interpretar que la prohibición de obtener ventajas adicionales bajo amenaza de terminar la relación comercial se extiende también a los contratos paritarios, por lo que parecería que bajo el sistema legal argentino estaría prohibido entre partes paritarias utilizar como elemento de negociación la amenaza de terminar el contrato en el caso de que la contraparte no acceda a la modificación de alguna condición. Entendemos que esta consecuencia no condice con el fin para que el instituto se ha creado en el derecho comparado, y que axiológicamente corresponde limitarlo solo a relaciones en la que la parte que formula la amenaza tiene poder relativo respecto a la parte que la sufre. No obstante, es la solución que resulta de los términos expresos del inc. e), por lo que habrá que aguardar que la jurisprudencia se pronuncie al respecto, si bien entendemos aplicable la interpretación que damos más adelante en el apart. 10 g).

La otra interpretación posible respecto a la naturaleza jurídica de la figura bajo el nuevo régimen argentino sería la de considerarla una especificación o un ejemplo del tipo especial de abuso de una situación de dependencia económica, con la consecuencia de que para que se verifique el ilícito del inc. e), se deberán presentar todos los elementos de la figura del inc. d), incluso la existencia de una situación de dependencia económica. La ventaja que tiene esta interpretación es no extender la aplicación de la figura a las relaciones paritarias, ámbito en el cual —claramente— es axiológicamente procedente que las partes puedan negociar con su contraparte que si no aceptan algún cambio —que no constituya un abuso del derecho—



rescindirán el contrato, y ello, en ejercicio de la libertad contractual. Esta interpretación, podría fundamentarse en que en España es así considerado por la doctrina mayoritaria, así como en el hecho de que no es valorativamente posible aplicar la figura a las relaciones en las que no existe una situación de dependencia económica. Entendemos que ambos argumentos son endebles. Así lo sostiene la doctrina española, por las razones que da Ruiz Peris y que ya hemos transcrito. Con relación a que valorativamente no se puede aplicar el instituto si no existe una situación de dependencia económica, al no ser dicho requisito exigido expresamente por el inc. e), no puede hacersele decir a la ley algo que ella no dice.

Para concluir el análisis de la naturaleza jurídica de la obtención de ventajas indebidas mediante amenaza de ruptura de la relación comercial, corresponde examinar en cuáles de las clasificaciones (27) de actos de competencia desleal encuadra el ilícito bajo estudio. Al respecto, entendemos que constituye un acto de competencia desleal frente al mercado, así como un acto de obstaculización. Es que de similar forma a la que las conductas de las empresas que abusan de su posición dominante alteran la estructura competitiva del mercado en que se realizan, las empresas que, sin tener posición dominante en el mercado, se encuentran en una situación especialmente fuerte con respecto a sus clientes, proveedores o distribuidores, pueden también alterar la estructura competitiva del mercado en el que se desarrollan. Por ello, el bien jurídicamente protegido por el supuesto legal bajo estudio es —como dice J. Massaguer— “la preservación del orden concurrencial ante las conductas contrarias a la competencia por eficiencia que la asimetría del poder en el mercado posibilita a una determinada empresa frente a las empresas con las que se relaciona” (28).

(27) Tratamos las distintas clasificaciones de los actos de competencia desleal en nuestra ya citada obra *Derecho de la competencia desleal*, ps. 288-294, a donde remitimos.

(28) MASSAGUER, José, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, 1999, p. 475.

## V. Denominación

En el derecho comparado suele dársele a esta figura una denominación semejante a la del dec. 274, aunque no idéntica.

En Alemania se la denomina aprovechamiento de posición en el mercado para que el proveedor conceda condiciones ventajosas sin motivos objetivamente justificables (29), aunque la doctrina alemana también la llama “discriminación pasiva”, pues en estos casos la empresa cliente no lleva a cabo —directamente— una conducta discriminatoria, sino que, a través de la amenaza de ruptura de la relación comercial, induce a sus proveedores a que le suministren sus productos bajo condiciones comerciales diferentes y más beneficiosas de las que obtienen sus empresas competidoras. Es más, alguna doctrina alemana, dando más peso relativo al fenómeno de la discriminación pasiva resultante, denomina a este tipo como “discriminación inducida por el poder de demanda” (*nachfragemachtinduzierte Diskriminierung*) (30).

En Francia, se la denomina legalmente como “menace d’une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales” (31), mientras que la doctrina la suele denominar *déréférencement abusif* (32), pues en dicho país esta figura surgió como un instrumento de defensa de los fabricantes contra los abusos de los denominados “centrales de compras”, que en caso de que los proveedores no aceptaran las nuevas condiciones *in pejus*, los “desreferenciaban” de las listas que entregaban a sus afiliados.

En España, se la suele denominar como la “obtención bajo amenaza de ruptura de condiciones comerciales no pactadas” (33). También

(29) Cfr. ZABALETA DÍAZ, Marta, *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, Madrid-Barcelona, 2002, p. 160.

(30) Cfr. SCHULTES, Werner, “Erfahrungen bei der Mißbrauchsaufsicht gegenüber Nachfragemacht”, en *Wirtschaft und Wettbewerb*, nro. 10, 1982, p. 744.

(31) Cfr. L. 442-6-I-4º del Código de Comercio francés.

(32) Cfr. PÉDAMÓN, Michel, *Droit commercial. Commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, París, 1994, p. 443.

(33) Así titula el apart. 4.3.1. en el que estudia la figura la importante autora de Competencia Desleal española

se la suele denominar en varios tratados de derecho de la competencia desleal como discriminación pasiva (34), seguramente por influencia de los autores alemanes que le daban esa denominación, como hemos visto precedentemente.

## VI. Importancia del estudio del derecho comparado en el tema

En el estudio de la figura legislada en el inc. e) del art. 10 del dec. 274 de deslealtad comercial consistente en la obtención bajo amenaza de ruptura de condiciones comerciales ventajosas para la parte que profiere la amenaza, resulta de suma importancia el estudio de la materia bajo tres legislaciones extranjeras. Como se dijo más arriba, el Ejecutivo argentino tomó como modelo directo para introducir este tipo en el derecho argentino, el art. 16, apart. 3, subinciso b) de la ley 3/1991 de Competencia Desleal española. Por lo tanto, resulta de fundamental relevancia estudiarla bajo el derecho hispano, si bien con las prevenciones del caso en cuanto a que ciertos elementos del dispositivo español no fueron tomados por el decreto argentino. A su vez, el art. 16 apart. 3 de la ley 3/1991 tomó como fuente la legislación francesa, razón por la cual es de trascendencia estudiar esta. Finalmente, corresponde señalar que la legislación francesa de la figura tomó como modelo la legislación del derecho alemán, con lo que es pertinente también el estudio de la materia bajo el derecho germano. Es lo que hacemos a continuación.

---

ZABALETA DÍAZ, Marta, “La dependencia económica del proveedor de la gran distribución”, en CACHAFEIRO GARCÍA, Fernando - GARCÍA PÉREZ, Rafael - LÓPEZ SUÁREZ, Marcos A. (coords.), *Derecho de la competencia...*, cit., p. 74. Marta Zabaleta Díaz es la autora de la obra más completa e importante en idioma castellano publicada hasta el momento dedicada al estudio monográfico de la figura del abuso de la situación de dependencia económica, que citaremos varias veces más adelante.

(34) La denominan “discriminación pasiva”, entre otros, BELLIDO, Jorge, “Comentario al artículo 16. Discriminación y dependencia económica”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ - CANO, Alberto (dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Navarra, 2011, p. 457 y MASSAGUER, José, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, cit., p. 492.

## VII. La obtención indebida de condiciones comerciales bajo amenaza de ruptura contractual en el derecho alemán

Bajo el derecho alemán, la obtención de condiciones comerciales más favorables bajo amenaza de ruptura de la relación no es una figura independiente de la competencia desleal, aunque de todas formas está prohibida, pues se la considera una forma de manifestación del abuso de una situación de dependencia económica. En Alemania, el abuso de una situación de dependencia económica no es una figura perteneciente al derecho de la competencia desleal, sino que es un tipo regulado por el derecho de defensa de la competencia. Como se dijo, la figura bajo estudio en el presente trabajo no está regulada bajo dicha legislación como un tipo especial —como sí lo es en España y en Francia— sino que —parcialmente— esta es establecida como una presunción de existencia de una situación de dependencia económica. En este sentido, cabe destacar que —como en tantas otras instituciones jurídicas— la regulación alemana del abuso de una situación de dependencia económica fue la primera en llevarse a cabo en Europa. Así, dicha figura fue legislada en la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB) mediante la 2ª Novelle de 1973. La regulación alemana tendría luego gran influencia en las normas posteriores sobre dicho tipo en otros países europeos. Luego de varias reformas de la ley alemana sobre restricciones a la competencia, en la actualidad el abuso de una situación de dependencia económica, en cuanto a lo que interesa al objeto del presente estudio, se encuentra regulado en el art. 20 párrafos (1), (2) y (3) de la GWB (35). El art. 20.1. GWW esta-

---

(35) Ley contra las restricciones de la competencia (t.o. 2013). § 20 *Conductas prohibidas para las empresas con poder relativo de mercado o poder superior de mercado*: (1) El artículo § 19 (1) en relación con el párrafo 2 (1) también se aplicará a las empresas y asociaciones de empresas en la medida en que las pequeñas o medianas empresas, como proveedores o compradores de un determinado tipo de productos o servicios comerciales, dependen de ellas de tal manera que no existan alternativa suficiente y razonables de cambiar a otras empresas (poder de mercado relativo). Se presume que un proveedor de un determinado tipo de producto o servicio comercial depende de un comprador en el sentido del párrafo 1 si el proveedor otorga regularmente al comprador, además de los descuentos habituales en el

blece la prohibición de abuso de dependencia económica sufrida por las pequeñas y medianas empresas, contiene la definición legal de dependencia y una presunción de su existencia en el marco de las relaciones verticales, específicamente de la dependencia sufrida por los proveedores respecto de un cliente poderoso. A su vez, el art. 20.2. extiende la prohibición más allá de las pequeñas y medianas empresas, prohibiendo tal abuso sin importar cuál fuera su tamaño. Debe señalarse que las conductas concretamente prohibidas como abuso son diferentes en ambos casos, ya que cada párrafo remite a distintas secciones del artículo 19.2. GWB que describe conductas abusivas específicas. En tal sentido, el art. 20.1. remite al 19.2.1., que establece la prohibición de causar un daño injustificado y la prohibición de discriminación, y por su parte, el 20.2. remite al 19.2.5. que trata sobre la obtención de ventajas injustifica-

comercio u otra remuneración, beneficios especiales que no son concedidos a compradores similares.

[...]

(3) Las empresas con un poder de mercado superior en relación con los competidores pequeños y medianos no pueden abusar de su posición en el mercado para impedir competir directa o indirectamente a tales empresas de manera injusta. Existirá un impedimento injusto, en particular si una empresa

1. ofrece alimentos en el sentido del § 2 (2) del Código Alemán de Alimentos y Alimentos [*Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch*] por debajo del precio de costo, o

2. ofrece otros bienes o servicios comerciales, no solo ocasionalmente por debajo del precio de costo, o

3. exija a las pequeñas o medianas empresas con las que compite en el mercado descendente en la distribución de bienes o servicios comerciales un precio por la entrega de dichos bienes o servicios que sea superior al precio que ella misma ofrece en dicho mercado, salvo que exista, en cada caso, una justificación objetiva.

El precio de costo en el sentido de la sección 2 será el precio acordado entre la empresa con mayor poder de mercado y su proveedor para la provisión del bien o servicio; los descuentos generales que se pueden esperar con una certeza razonable en el momento en que se realiza la oferta se deducirán proporcionalmente del precio acordado, a menos que se acuerde lo contrario explícitamente con respecto a bienes o servicios específicos. La oferta de alimentos por debajo del precio de costo se justifica objetivamente si dicha oferta es adecuada para evitar el deterioro o la inminente putrefacción de los productos en las instalaciones del distribuidor mediante una venta oportuna, o en casos igualmente graves. La donación de alimentos a organizaciones de caridad para su uso dentro del alcance de sus responsabilidades no constituirá un impedimento injusto.

das de otras empresas. El art. 19.2.5., que es una de las conductas prohibidas para las empresas con posición dominante, establece que dichas empresas tienen prohibido “solicitar a otras empresas que le otorguen ventajas sin ninguna justificación objetiva; al respecto, se tendrá especialmente en cuenta si se ha dado a la otra empresa razones plausibles para la solicitud, así como si la ventaja solicitada es proporcional a los motivos por los que se le solicitó”.

De los textos legales alemanes aplicables surge que la figura bajo estudio puede cometerla tanto una compañía con posición dominante como una compañía con poder de mercado relativo con respecto a su contraparte.

Considerando las dificultades probatorias para demostrar la existencia de la situación de dependencia económica, así como el temor fundado de la parte más débil de denunciar o rechazar los abusos por temor a la rescisión del contrato, el derecho alemán incluyó en la ley una presunción de existencia de dicha situación. Así, en el art. 20 (1) se dispone que “se presume que un proveedor de un determinado tipo de producto o servicio comercial depende de un comprador en el sentido del párrafo 1 si el proveedor otorga regularmente al comprador, además de los descuentos habituales en el comercio u otra remuneración, beneficios especiales que no son concedidos a compradores similares”. Esta presunción, bajo el derecho alemán, es *iusuris tantum*, por lo que la empresa más fuerte puede probar lo contrario (36).

### VIII. La obtención indebida de condiciones comerciales bajo amenaza de ruptura contractual en el derecho francés

En el derecho francés la prohibición del abuso de una situación de dependencia económica se introdujo mediante la ordenanza del 1 de diciembre de 1986, en su art. 8.2. De esta forma se completaba la regulación de las prácticas abusivas que hasta el momento solo estaban contempladas en el art. 50 de la ordenanza de 30 de junio de 1945 que prohibía solamente el abuso de posición dominante. El nuevo art. 8.2. tuvo como fuente parcial el derecho alemán

(36) ESTEVAN DE QUESADA, Carmen, *Explotación de la dependencia económica...*, cit., p. 133.

pues exigía para que se verifique dicha figura, que no exista para quien lo sufriera una solución equivalente en el mercado. No obstante, la regulación francesa se distinguía de la alemana pues solo se limitaba a las relaciones verticales y la alemana lo hacía respecto a las horizontales y las verticales. Adicionalmente, la regulación francesa no contenía la presunción de dependencia económica que sí se encontraba en la ley alemana (37). La Codificación francesa de 2001 modificó dicha regulación para darle su redacción actual, encontrándose la prohibición del abuso de una situación de dependencia económica en el art. L 420-2, segundo párrafo, del *Code de Commerce* (38). Dicho artículo prohíbe en la medida en que sea susceptible de afectar al funcionamiento o la estructura de la competencia, la explotación abusiva, por parte de una empresa o un grupo de empresas, del estado de dependencia económica en el que se encuentre una empresa cliente o proveedora. El art. L 420-2 continúa reservando la aplicación de la figura para las relaciones verticales. Tampoco incluye una presunción de existencia de la situación de dependencia económica a la manera en que lo hace la legislación alemana. No obstante, la doctrina subraya dos cambios que se consideran muy relevantes con relación a la regulación de la anterior Ordenanza de 1986. En primer lugar, el nuevo texto no menciona expresamente la falta de alternativa equivalente como criterio legal para la determinación de la existencia de dependencia económica. En segundo lugar, se incluye una referencia a las condiciones de aplicación del artículo, la afectación al funcionamiento o la estructura de la competencia. De la redacción vigente del artículo surge que para que aplique el mismo deben presentarse tres condiciones: la existencia de una situación de dependencia económica, la explotación en forma abusiva de dicha situación y la afectación

—real o potencial— al funcionamiento o a la estructura de la competencia.

Luego de determinar la prohibición del abuso de una situación de dependencia económica, el art. L 420-2, segundo párrafo, hace una referencia expresa al art. L 442-6. Esta referencia es importante para el tema que nos ocupa, pues en este último artículo se encontraban enlistados en detallados trece incisos —hasta el 24 de abril de 2019— conductas que significan un abuso de una situación de dependencia económica. Así, la obtención de condiciones bajo amenazas de ruptura de la relación comercial estaba específicamente legislada en el inc. 4º del L 442-6 por el cual estaba prohibido “[o]btener o intentar obtener, mediante la amenaza de ruptura intempestiva total o parcial de la relación comercial, condiciones manifiestamente abusivas relacionadas con el precio, las condiciones y plazos de pago, las modalidades de venta o condiciones de servicios no contemplados en el contrato”.

En una muy reciente modificación del *Code de Commerce*, llevada a cabo en virtud de la ordenanza 2019-359, entre otras cosas, se modificó el título IV del Libro IV con relación a la transparencia, las prácticas restrictivas de la competencia y otras prácticas prohibidas. Como consecuencia de estas modificaciones, se cambió totalmente el texto del art. L. 442-6. Este artículo, que enumeraba en trece minuciosos incisos las prácticas restrictivas de la competencia y desleales entre partes de relaciones comerciales, entre los cuales se encontraba el ya citado inc. 4 que mencionaba expresamente la figura bajo estudio, fue reemplazado por un nuevo art. L. 442-1. Bajo el nuevo texto, se ha otorgado una textura mucho más abierta a las posibles conductas desleales, eliminándose los trece incisos mencionados y estableciendo, en cambio, para que se verifiquen estas deslealtades entre partes de relaciones comerciales las nociones más generales de beneficio sin contrapartida (art. L. 442-1, I, 1º), de desequilibrio significativo (art. L. 442-1, I, 2º) y la abrupta terminación de las relaciones comerciales (art. L. 442-1, II). Estos tres conceptos son ampliamente difundidos en la jurisprudencia y doctrina francesas, por lo que se entiende que lo que el legislador ha llevado a cabo fue considerar que no solo están prohibidas todas las conductas enumeradas en los anteriores trece incisos, sino que además

(37) *Ibidem*, p. 55.

(38) El artículo L. 420-2 párrafo segundo del *Code de Commerce* establece “está prohibido, siempre que pueda afectar el funcionamiento o la estructura de la competencia, el abuso por parte de una empresa o de un grupo de empresas del estado de dependencia económica en el que se encuentra una empresa cliente o proveedor. Tales abusos pueden incluir el rechazo de la venta, la venta vinculada, las prácticas discriminatorias a las que se hace referencia en el artículo L. 442-6 o los acuerdos de rango”.

están prohibidas todas aquellas que no estaban allí descritas, pero que encuadren en los tres conceptos ahora legislados. La doctrina entiende que el nuevo artículo cubre también las relaciones que no se pretenden renovar a largo plazo, cosa que no ocurría en la redacción anterior. También se entiende que el nuevo artículo está escrito para aplicarse más ampliamente a todas las etapas de la relación “en el contexto de negociación comercial, conclusión o cumplimiento de un contrato”.

### IX. La obtención indebida de condiciones comerciales bajo amenaza de ruptura contractual en el derecho español

Al ser el art. 16.3.b) de la LCD española la fuente directa del art. 10 e) del dec. 274, corresponde estudiar con más detalle el derecho español correspondiente al tipo de deslealtad de obtención de ventajas mediante la amenaza de ruptura de la relación comercial.

Cabe comenzar recordando que el supuesto de explotación de una situación de dependencia económica apareció por primera vez legislado en España en el Anteproyecto de 1987 de Ley de Defensa de la Competencia, que en su art. 6.b. disponía la prohibición de la explotación abusiva por parte de una o varias empresas de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas, clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Este artículo se eliminó de la redacción definitiva de la ley, y pasó a incluirse la figura en el Proyecto de Ley de Competencia Desleal de 1989 (39).

En la Ley de Defensa de la Competencia, mediante la reforma de la ley 52/1999 del 16 de diciembre de 1999 se amplió la figura de explotación abusiva y se estableció en su inc. a) la prohibición del abuso de posición dominante y en el inc. b) la prohibición del abuso de situación de dependencia económica. De esta forma, por dicha reforma se legisló la figura en estudio, como conducta *antitrust*, en su art. 6º apart. 2 incs. f) y g). En el primero, se prohibió las conductas consistentes en la ruptura de una relación comercial sin preaviso de seis meses. En el

segundo, se prohibió obtener o intentar obtener, bajo amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones de venta que se tengan pactadas. El nuevo inc. g) del art. 6º de la Ley de Defensa de la Competencia era igual al inc. b) del tercer apartado del art. 16 de la Ley de Competencia Desleal (40). La doble (41) regulación de los abusos de dependencia económica en ambas leyes se mantuvo hasta la aprobación de la actual ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, cuyo art. 2º ahora se limita a prohibir el abuso de posición dominante y no el de una situación de dependencia económica.

La ley 3/1991 de Competencia Desleal estableció la prohibición del abuso de la situación de dependencia económica ya en su texto primigenio, en el art. 16. Más tarde la disposición adicional tercera de la ley 52/1999 modificó el art. 16 de la LCD agregando dos apartados. En el segundo establecía la presunción de existencia de dependencia económica por parte de clientes o proveedores, y en el tercero tipificó dos conductas específicas que la mayoría de la doctrina entiende relacionadas con el abuso de dependencia económica. Bajo el derecho de la competencia desleal español no cabe duda alguna del especial rechazo que la conducta objeto de este estudio tiene para el legislador español, pues en el trámite parlamentario de la ley 52/1999, luego de explicar que correspondía la inclusión del apart. 3 al art. 16 por la influencia directa de las normas francesas que prohíben la “desreferenciación” o su amenaza, quedó textualmente dicho que las conductas que se agregaban por el apart. 3 —dentro de la cual está el objeto de este trabajo— son “una de las actitudes más execrables de los grandes comerciantes” y que se los considera abusos sobre los proveedores derivados de su posición de dependencia económica (42).

(40) *Ibidem*, p. 55.

(41) ESTEVAN DE QUESADA, Carmen, *Explotación de la dependencia económica...*, cit., ps. 64-65.

(42) ARROYO APARICIO, Alicia, “Comentario al artículo 16. Discriminación y dependencia económica”, en GARCÍA-CRUCES, José A. (dir.), *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, Tirant lo Blanch,

(39) ZABALETA DÍAZ, Marta, *La explotación de una situación de dependencia económica...*, cit., p. 54.

En España, entonces, el art. 16, en sus apart. 2 y 3 de la LCD es el dispositivo legal para la proscripción de las conductas abusivas cometidas por empresas que, si bien no tienen una posición dominante, tienen una posición de especial fuerza con respecto a las contrapartes contractuales más débiles (lo que se denomina poder relativo de mercado). En el apart. 2 se legisla la prohibición general de explotación de la situación de dependencia económica: “Se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares”. La doctrina española señala que del tenor literal de la norma surge que el legislador hispano tomó de modelo la regulación francesa, que limita la prohibición de explotación a la situación de dependencia económica en el marco de las relaciones verticales —es decir, a las situaciones de dependencia entre una empresa y sus clientes o proveedores— (43).

La primera frase del art. 16 LCD contiene la prohibición general de estas conductas y la segunda una presunción de existencia de una situación de dependencia económica. La prohibición tiene dos elementos, uno es que exista una situación de dependencia económica, dato que debe verificarse en los hechos y cuya mera existencia no está prohibida en sí misma. El otro elemento, es el abuso de dicha situación, que es el centro gravitatorio del acto prohibido. Por lo tanto, para el encuadramiento de la conducta deberán probarse ambos elementos.

Por su parte, el apart. 3 del art. 16 LCD dispone que “tendrá asimismo la consideración de desleal”: a) “La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo

que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor”. A su vez, el inc. b) dispone: “La obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado”.

En cuanto al apart. 3 del art. 16 de la LCD, la doctrina española mayoritaria sostiene que contiene dos actos desleales tipificados expresamente que son supuestos específicos o ejemplos de abusos de una situación de dependencia económica. En estos casos, la doctrina entiende que solo hay que probar la existencia de dependencia económica, pues el concepto general de explotación abusiva se presupone en ellas. No obstante, voces minoritarias, pero muy autorizadas, sostienen que se trata de figuras independientes, por lo que para su verificación no haría falta la existencia de una situación de dependencia económica. Se inclinan por la posición mayoritaria, entre otros, Estevan de Quesada (44), Bellido (45), Arroyo Aparicio (46) y Barona Vilar (47).

(44) “Paralelamente, el apartado 3 del artículo 16 de la Ley de competencia desleal contiene dos actos desleales tipificados expresamente, que se entienden tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como supuestos específicos de explotación de dependencia económica”, cfr. ESTEVAN DE QUESADA, Carmen, *Explotación de la dependencia económica...*, cit., p. 66.

(45) “... el legislador ha positivizado dos supuestos concretos de deslealtad en el párrafo tercero del artículo 16 [...]. Se trata pues de dos ilustraciones de la cláusula general del párrafo segundo del art 16”, cfr. BELLIDO, Jorge, “Comentario al artículo 16...”, cit., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ - CANO, Alberto (dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, cit., ps. 457-458.

(46) “[refiriéndose a los incisos a) y b) del tercer apartado del art. 16] (...) estos dos casos serían algunos de los supuestos concretos en que puede manifestarse la explotación de una situación de dependencia económica”, cfr. ARROYO APARICIO, Alicia, “Discriminación y dependencia económica”, en GARCÍA-CRUCES, José A. (dir.), *Tratado de derecho de la competencia...*, cit., p. 1504.

(47) “...en cuanto a la tercera de las posibles conductas descriptas en el artículo 16 LCD, el legislador ha querido establecer una modalidad propia de deslealtad por explotación de dependencia económica, en la que existe una evidente situación que está favoreciendo a

Valencia, 2014, t. II, p. 1517. BOCG, 14/10/1999, Serie A, 178,8, enmienda nro. 80, p. 85.

(43) ESTEVAN DE QUESADA, Carmen, *Explotación de la dependencia económica...*, cit., p. 65.

Por su parte, existe una posición minoritaria, sostenida por dos importantes autoridades del derecho mercantil español, con las que coincidimos bajo el derecho español, que considera que la figura del art. 16 apart. 3 inc. b) es una figura independiente de la figura general del art. 16 apart. 1, posición cuya principal consecuencia jurídica es la falta de necesidad de probar la existencia de una situación de dependencia económica en la figura bajo estudio. Ello, pues el legislador habría positivado este tipo especial bajo la premisa de que ella solo es posible en caso de que dicha posición exista, por lo que se tiene por existente sin necesidad de probarla. Uno de esos autores es Ruiz Peris, cuya posición y fundamentos hemos estudiado precedentemente en el apart. 4, tercer párrafo, al que remitimos. También Zabaleta Díaz, autora de la primera monografía española que trató en forma sistemática y completa el tipo especial de la explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal, considera que la figura del inc. b) del apart. 3 del art. 16 de la LCD es un tipo independiente, y que no es una especificación o un ejemplo de conducta de abuso de situación de dependencia económica. Así, Zabaleta Díaz dice al reseñar la reforma de la ley que introdujo el apart. 3: "...en el art. 16 LCD se introducen en forma de tercer apartado estas dos formas de abuso. Según la disposición adicional tercera, *tendrán asimismo la consideración de desleales* las dos conductas anteriormente expuestas (la autora venía analizando la introducción a la ley de defensa de la competencia como incs. f) y g) del art. 2º por la ley 52/1999 de las figuras legisladas en los incs. a) y b) de la LCD). Es decir, en el ámbito de la LDC estas conductas se configuran como nuevas formas de abuso que se suman a las ya contempladas en el segundo apartado del art. 6º de la Ley de Defensa de la Competencia, mientras en la Ley de Competencia Desleal se incorporan como nuevas conductas desleales, en principio desvinculadas de la explotación de una situación de dependencia" (48).

Bajo el derecho español, y considerando la redacción del art. 16, así como la inserción de

---

quien mantiene esa situación de superioridad económica", cfr. BARONA VILAR, Silvia, *Competencia desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, t. I, p. 665.

(48) ZABALETA DÍAZ, Marta, *La explotación de una situación de dependencia económica...*, cit., p. 56.

la figura bajo su régimen general de competencia desleal, coincidimos con estos dos últimos autores. Sin embargo, nosotros entendemos que debe hacerse un análisis adicional al hecho hermenéutico de considerar la figura de que se trata como tipo independiente que no exige que se pruebe la existencia de poder relativo de mercado, es decir, la existencia de una situación de dependencia económica. Se trata del caso en que la obtención de mejores condiciones mediante la amenaza de ruptura de la relación comercial tiene lugar entre partes con igual o similar poder de negociación, es decir, entre partes paritarias. Al aplicarse este supuesto también al nuevo régimen argentino de la competencia desleal, lo desarrollaremos en el apartado correspondiente.

En España el supuesto bajo estudio se considera que hace referencia a la situación del proveedor que por miedo a la "descatalogación" o "deslistado" de su marca, acepta condiciones carentes de contraprestación real que le impone el distribuidor, una aceptación que deriva de la relativa facilidad del distribuidor de sustituir al fabricante por otro, basándose el poder de negociación del gran distribuidor en la gran relevancia que esa relación comercial tiene para el proveedor, respecto a tener acceso a una parte importante del mercado para sus productos (49). El poder de negociación del gran distribuidor se puede manifestar en las condiciones de pago, en especial en los plazos de pagos excesivos, pues en la medida en que el distribuidor cobra al contado al público consumidor y paga a plazo a sus proveedores, esto le permitirá obtener grandes beneficios financieros en la puesta a interés de ese dinero (50).

En directa relación con el tema de la obtención de ventajas bajo amenaza de ruptura, bajo el derecho español de la lealtad comercial se debe mencionar la relativamente reciente Ley de la Cadena Alimentaria (ley 12/2013). Esta ley se dictó específicamente para combatir los abusos de los grandes distribuidores respecto a sus proveedores de productos alimenticios. En cuanto a las prácticas comerciales abusivas y con relación a nuestra figura, en la LCA se

---

(49) ZABALETA DÍAZ, Marta, "La dependencia económica...", cit., p. 75.

(50) Ídem.

prohíben las modificaciones de las condiciones contractuales establecidas en el contrato, salvo que se realicen por mutuo acuerdo de las partes. Además, se dispone que los contratos alimentarios deberán contener cláusulas en las que se prevea el procedimiento para su posible modificación y, en su caso, para la determinación de su eficacia retroactiva. Respecto a los pagos comerciales, se prohíben todos los pagos adicionales más allá del precio pactado, salvo en dos supuestos específicos (riesgo razonable de referenciación de un nuevo producto o a la financiación parcial de una promoción comercial) y bajo condiciones restrictivas (pactados e incluidos expresamente en el correspondiente contrato formalizado por escrito). La infracción al cumplimiento de sus previsiones con respecto a los plazos de pago se considera incumplimiento grave.

La conducta abusiva de obtención de ventajas bajo amenaza de terminación de la relación, además de tener por objeto los plazos de pago, puede consistir en la solicitud de pagos para promociones extraordinarias por aniversarios, fusión de distribuidores (abuso denominado en España como “regalos de boda”) o la inauguración de una sucursal. El informe de la Comisión Nacional de la Competencia española de 2011 llegó a la conclusión de que los pagos por referenciación y colocación de productos serían las prácticas más extendidas en la cadena de distribución minorista, según lo manifiesta el setenta por ciento de los proveedores consultados. También son frecuentes allí los pagos de contribuciones adicionales a actividades del distribuidor, como los pagos por campañas publicitarias (51).

Por otra parte, bajo el derecho español la práctica bajo estudio solo es ilícita si no está justificada. Según el Libro Verde de la Comisión Europea de 2013 (52) se considera que están justificadas, incluso los cánones por referenciación, si están vinculados a servicios reales, resultan proporcionados y se aplican de manera transparente.

El informe de la Comisión Nacional de la Competencia española afirma que los pagos adicionales no son *per se* abusivos, sino que lo relevante es la forma en que se determinen, que debe ser *a priori* y con contraprestaciones claras (53).

Bajo la LAC, no se prohíben *per se* en forma absoluta los pagos adicionales, pues la ley admite en su art. 12.2. ciertas excepciones. La prohibición no aplicará cuando los pagos adicionales se refieran al riesgo razonable de referenciación de un nuevo producto o la financiación parcial de la promoción comercial de un producto y hayan sido pactados y recogidos expresamente en el contrato, junto con la descripción de las contraprestaciones a las que están asociados los pagos.

Esta exigencia de que los pagos estén pactados por escrito en el contrato coincide con el art. 16 LCD que exige que las condiciones obtenidas bajo amenaza de ruptura de la relación comercial no se hubieran recogido en el contrato de suministro. En rigor, para la doctrina española se trataría de una modificación unilateral de las condiciones contractuales establecidas en el contrato tipificada como conducta comercial abusiva en la Ley de Cadena Alimentaria. Con relación a este tema, corresponde citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 28 de octubre de 2011, que negó la existencia de abuso por considerar que la aceptación de un cargo por introducción de producto no se había producido bajo la amenaza de ruptura, sino de forma voluntaria por la empresa proveedora ante la expectativa de mayores ventas y beneficios. El fallo se basó en el intercambio de correos electrónicos entre funcionarios de ambas empresas en que las partes llegan a un acuerdo para reducir el importe del cargo. Además, la sentencia establece que el pago por introducción no era una modificación de las condiciones comerciales pactadas. En el caso las partes se vincularon por un contrato de suministro de aceite de oliva en envases de cinco litros para vender en los locales del distri-

(51) *Ibidem*, p. 76.

(52) Comisión Europea, “Green paper on unfair trading practices in the business-to-business food and non-food supply chain in Europe”, Bruselas, 2013.

(53) ZABALETA DÍAZ, Marta, “La dependencia económica...”, cit. Cfr. también Comisión Nacional de la Competencia: “Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores del sector alimentario”, Madrid, 2011, p. 81.



buidor en las Canarias. Más adelante en la relación es cuando el distribuidor propone un cargo por introducción para los envases de un litro de aceite de oliva (54). Además de que el tribunal consideró que el proveedor era libre de aceptar o no la propuesta del distribuidor —pues consideró que no fue una amenaza— entendió que el acuerdo no era una modificación a las condiciones del contrato anterior, sino que se trataba de un nuevo contrato desvinculado del de los contratos de suministro de envases de cinco litros. No estamos de acuerdo con esta interpretación, pues por la especialidad de la relación entre los proveedores con los grandes distribuidores, se trata siempre de una relación en la que se van introduciendo distintos productos del mismo proveedor, no bastando el que se trate de un envase de otra capacidad para fundamentar que se trató de otro contrato.

Respecto a la relación entre la figura del art. 16, 3, b) de la Ley de Competencia Desleal con la Ley de Defensa de la Competencia, si bien su expresa regulación en el art. 6º, incs. f) y g) ha quedado derogada —por la reforma española de 2007—, debe tenerse en cuenta que bajo el derecho español, en virtud del actual art. 3º de la Ley de Defensa de la Competencia, que conecta como un puente este régimen con el de la Competencia Desleal, es posible también analizar las conductas de abuso de situación de dependencia económica como ilícitos *antitrust* en vía administrativa por el organismo de contralor de la LDC, si bien deben para ello presentarse los elementos adicionales exigidos para que una conducta sea considerada contraria a la legislación *antitrust*, en especial que se produzca la afectación al interés público por falsear la libre competencia (55).

#### **X. Elementos del ilícito de obtención indebida de condiciones ventajosas bajo amenaza de ruptura de la relación comercial bajo el derecho de la competencia desleal argentino**

Antes de analizar los elementos que componen la figura bajo estudio, corresponde recordar que como tipo especial dispuesto especifi-

(54) ZABALETA DÍAZ, Marta, “La dependencia económica...”, cit., ps. 77-78.

(55) ESTEVAN DE QUESADA, Carmen, *Explotación de la dependencia económica...*, cit., ps. 66 y 67.

camente por el dec. 274, para que se verifique el ilícito de obtención de condiciones ventajosas bajo amenaza de ruptura de la relación comercial no es necesario que se presenten además los elementos de la figura general de competencia desleal dispuesta por el art. 9º (56) del dec. 274. Ello así, pues en el régimen de la competencia desleal no existe la relación que se verifica en el derecho de defensa de la competencia entre las figuras especiales establecidas en el art. 2º de la ley 27.442 y la figura general del art. 1º de la misma ley, al disponerlo expresamente de esta forma el propio art. 2º. En materia de competencia desleal no existe una relación similar entre la figura general y los tipos especiales. Las figuras especiales requieren el cumplimiento de los extremos propios de la figura general cuando son aplicación de esa figura general, pero no en el caso contrario (57).

El art. 10, inc. e) del dec. 274 establece bajo el título “Obtención indebida de condiciones comerciales” que “se considerará desleal la obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones no recogidas en el acuerdo pactado o sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales”.

a) Obtención de condiciones no pactadas originalmente o sin fundamento en los usos y costumbres comerciales. El decreto menciona solo a la obtención de condiciones comerciales como conducta prohibida, sin indicar si el intento de obtenerlas también está prohibido. Al no tipificarlo expresamente, debe entenderse que la tentativa de este tipo de ilícito no es punible. En esto el Ejecutivo siguió tal cual su modelo español.

b) Las condiciones que se obtengan mediante la amenaza no tienen que haber estado pacta-

(56) El art. 9º dispone: “Cláusula general. Constituye un acto de competencia desleal toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo”.

(57) Explicamos con más detalle esta relación entre la figura general de deslealtad y los tipos especiales en CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo - PALAZZI, Pablo - SÁNCHEZ HERRERO, Andrés - SEREBRINSKY, Diego H., *Derecho de la competencia desleal*, cit., ps. 287-288.

das desde el inicio de la relación comercial. No obstante, en caso de que un gran distribuidor o un fabricante fuerte hayan pactado desde el principio de la contratación condiciones abusivas, si bien no aplicará para el caso el dispositivo en estudio, se estarán cometiendo otras posibles conductas desleales.

c) Las condiciones obtenidas mediante la amenaza de ruptura no tienen que estar fundamentadas en los usos y costumbres comerciales. Por supuesto, que los usos y costumbres no pueden tornar en lícitas conductas que son violatorias de normas de orden público, por lo tanto, corresponde aclarar que serán lícitas las condiciones fundamentadas en usos y costumbres comerciales, siempre que estos no transgredan disposiciones de orden público (58).

d) La amenaza de ruptura de la relación comercial. La amenaza a la que alude el inc. e), no es la conducta tipificada en el art. 149 bis del Cód. Penal. Por tal motivo no es necesario para su configuración que se verifique el dolo del tipo objetivo del delito de amenazas del citado art. 149 bis, ni ninguno de los restantes elementos necesarios para la configuración de este delito penal. El sentido y significado de la palabra “amenaza” que el término tiene en el inc. e) es el del primer apartado de la palabra “amenazar” en el Diccionario de la Real Academia Española: “dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien”. Deberá existir nexo causal entre la amenaza de ruptura de la relación comercial y la concesión de las condiciones ventajosas. Necesariamente estas se deben haber otorgado con motivo del factor miedo que la amenaza provoca en el proveedor o fabricante débil.

e) Precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones. Las condiciones comerciales cuya modificación deben presentarse para que se cumpla este elemento del tipo, no quedan reducidas a las cuatro que enuncia el inc. e), pues a continuación de nombrarlas, dispone “y otras condiciones”, con lo que este elemento queda determinado con una textura abierta, de-

biendo interpretarse que las cuatro condiciones enumeradas son solo a título de ejemplo. No obstante, deberá tenerse en cuenta a la hora de completar el tipo en blanco con otras condiciones, que estas deberán tener contenido económico, si bien no directamente monetario, por ejemplo, imponerle a un proveedor un espacio en góndola en el salón de un hipermercado que es de mucha menor exposición al espacio que se había pactado originalmente. Si bien dicha condición comercial no tiene directo contenido económico, tiene un claro contenido monetario, pues sin duda una menor exposición de su producto al público consumidor en el salón de ventas acarreará a largo plazo menores ventas para el proveedor objeto de la conducta desleal.

En cuanto a las cuatro condiciones enumeradas por el artículo, podemos notar a simple vista que se trata de condiciones fundamentales de la actividad económica de los empresarios. El precio de los productos, por supuesto, puede ser libremente pactado entre las partes. No obstante, dicha libertad se ve lesionada si el precio ventajoso que obtiene la parte fuerte se obtiene mediante la amenaza de ruptura de la relación comercial.

Respecto a las condiciones de pago, estas son muy importantes para los empresarios, pues están directamente conectadas con sus disponibilidades financieras. Así, por ejemplo, en la industria del supermercado argentino los proveedores suelen recibir en pago cheques con vencimiento a sesenta o noventa días, en cambio, el supermercado, recibe por parte de sus clientes dinero en efectivo en forma diaria. De tal forma, ese lapso temporal entre que el supermercado recibe la mercadería y recién le paga al proveedor, le sirve para colocar ese dinero en instituciones bancarias y ganar los intereses correspondientes.

Las modalidades de venta también tienen trascendencia para los empresarios, porque ellas tienen directo contenido económico.

En cuanto al pago de cargos adicionales es una práctica muy común en el mercado argentino, en especial en el de los grandes distribuidores. Su variedad puede ser tan vasta como lo permita la imaginación de los supermercadis-

(58) Hacemos un estudio detallado del concepto de usos y costumbres empresariales en la obra citada en la nota anterior, ps. 263 a 267.

tas. Así, se cobran cargos por ubicaciones especiales en góndolas, por exhibición en punta de góndola, pagos por derecho a comercializar el producto por la cadena y contribuciones obligatorias con fondos de publicidad, entre otros tantos.

Corresponde analizar el tema de la falta de contraprestación objetiva y proporcional que los derechos extranjeros consideran como elemento de la figura. En este sentido, bajo el derecho argentino no será relevante que las condiciones desventajosas tengan una contraprestación objetiva y proporcional con respecto al sacrificio económico que significa para el empresario débil otorgar la modificación exigida. El inc. e) del art. 10 no menciona estos dos elementos. Adicionalmente, que el empresario débil haya accedido a la modificación con causa en la amenaza de ruptura de la relación comercial, torna en ilícita la conducta del empresario fuerte y, ya es suficiente para resultar objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, tal como lo exige el art. 9º del dec. 274.

f) Falta de necesidad de probar la existencia de una situación de dependencia económica. La figura de obtención de condiciones ventajosas mediante amenaza de ruptura de la relación comercial tipificada en el inc. e) del art. 10 del dec. 274 es un tipo especial independiente diferenciado del tipo especial legislado en el inc. d) del mencionado artículo, por las razones que expusimos en el parág. 4 del presente estudio. Como corolario de dicha proposición, debe considerarse como elemento negativo de la figura el que no exige que se pruebe la existencia de una situación de dependencia económica para su ilicitud.

g) La conducta del inc. e) art. 10 entre partes paritarias. No obstante, lo precisado en el apart. f) precedente, si bien el dispositivo legal no lo exige, es empíricamente demostrable que el peso específico de las modificaciones en las condiciones que las partes débiles conceden por el temor a la ruptura, solo se puede lograr si, justamente, se presenta una situación en la que la parte fuerte tiene poder relativo de mercado respecto a la parte débil. Es decir, cuando existe una situación de dependencia económica de

este último con respecto a aquel. El hecho de que el inc. e) no lo exija, no significa que desde el plano empírico se desconozca el hecho de que solo las partes débiles con dependencia económica tendrán temor fundado ante la amenaza de ruptura de la relación en caso de no conceder las modificaciones solicitadas. Es que si la amenaza de finalizar la relación contractual en caso de no acceder a las modificaciones de ciertas condiciones comerciales se lleva a cabo entre partes contractuales paritarias, es decir, con igual o similar poder de negociación, o entre partes para las cuales ninguno de los mercados de la otra es tan relevante como para causar el factor miedo ante la posibilidad de perderlo, dicha amenaza no se trataría de una conducta desleal, sino de un arma más a utilizar en las complejas negociaciones empresariales. Nada hay de ilícito si una compañía amenaza a otra de similar poder de negociación, con la terminación de la relación contractual si no accede a cierto cambio de condiciones. Estamos en este caso ante el pleno ámbito de libertad contractual entre las partes, y la posibilidad de terminar el contrato es una acción lícita de la parte paritaria, siempre que no esté constreñida por el cumplimiento de un plazo o de una expresa cláusula de prohibición de terminación anticipada sin causa.

## **XI. Consecuencias jurídicas de la comisión de la conducta de obtención de condiciones ventajosas mediante amenaza de ruptura de la relación contractual**

La comisión de la conducta prohibida por el art. 10 inc. e) del dec. 274 hace aplicables las sanciones dispuestas en el art. 57 del mencionado decreto. En ese sentido, se establecen las sanciones de:

a) **Apercibimiento.**

b) **Multa por un monto equivalente a entre uno y diez millones de unidades móviles (59).**

---

(59) En dicho artículo se indica que “a los efectos del presente Decreto, defínase a la ‘Unidad Móvil’ como unidad de cuenta. El valor inicial de la unidad móvil es el establecido en la Ley N° 27.442, y será actualizado automáticamente cada un (1) año utilizando la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), o el indicador de inflación oficial que lo reemplace en el

c) Suspensión del Registro Nacional de Proveedores del Estado por hasta cinco años.

d) Pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de los que gozare.

e) Clausura del establecimiento por un plazo de hasta treinta días.

Se establece además que las sanciones del art. 57 podrán imponerse en forma indepen-

—  
futura. La actualización se realizará al último día hábil de cada año, entrando en vigencia desde el momento de su publicación por la Autoridad Nacional de la Competencia de dicha Ley en su página web”.

diente o conjunta, según las circunstancias del caso.

Adicionalmente, aquellos que han sufrido daños en virtud de la conducta cometida, tienen derecho a accionar mediante acción civil de daños y perjuicios contra los que la cometieron, probando que se verificaron los presupuestos de la conducta, así como la existencia de los daños pretendidos.

Finalmente, la consecuencia en el plano civil de la comisión de la conducta prohibida por el art. 10 inc. e) es la nulidad de las modificaciones logradas mediante la amenaza de ruptura de la relación comercial.

# Precios predatorios desde la órbita de la regulación de lealtad comercial

---

ARIEL IRIZAR (\*) Y AGUSTINA REDONDO (\*\*)

Con fecha 22 de abril de 2019 se publicó en el Boletín Oficial el decreto de necesidad y urgencia 274/2019 (“DNU 274/2019”), que derogó la ley 22.802 y estableció un nuevo régimen en materia de lealtad comercial.

A su vez, con fecha 23 de mayo de 2019, se publicó también en el Boletín Oficial la res. 248/2019, dictada por la Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Producción y Trabajo, que aclara ciertos artículos del DNU 274/2019 y por ello tendría el rol de reglamentación de este último.

Fueron numerosas las novedades que el DNU 274/2019 ha incorporado. Una de ellas, sin duda, fue la inclusión de ciertos supuestos particulares que son considerados como actos de competencia desleal (1).

Si bien algunos de los supuestos antes referidos ya se encontraban regulados por la Ley

de Lealtad Comercial 22.802, el nuevo régimen incorpora varios supuestos novedosos, entre los cuales se encuentra el de “venta por debajo del costo”. Este es definido como “[l]a venta por debajo del costo de fabricación o costo de adquisición, cuando forme parte de una estrategia encaminada a dificultar la entrada al mercado o eliminar a un competidor del mercado” (2).

Dada la novedad del DNU 274/2019 y su reglamentación, la Autoridad de Aplicación aún no ha tenido oportunidad de resolver sobre este tema específico, es así que no podemos saber qué parámetros tendrá en consideración esta (3) al momento de determinar si la compañía enajena bienes o servicios a precios por debajo de su costo.

No obstante ello, el instituto más cercano a esta nueva figura, se puede encontrar en la ley 27.442 de Defensa de la Competencia (“LDC”) donde se regula la figura de los precios predatorios.

En este sentido, la propia res. 248/2019 establece en sus considerandos: “Que la regulación de la competencia desleal prevista por el Decreto N° 274/19 debe entenderse complemen-

---

(\*) Ingresó en Marval, O’Farrell & Mairal en 1995 y actualmente se desempeña como asociada senior en las áreas de Sociedades y Derecho de la Competencia. Se graduó como abogada en la Universidad de Buenos Aires en 1989, habiendo completado un programa de *Program of Instruction for Lawyers* en la Universidad de Harvard en el año 1998. Da clases de defensa de la competencia en varias universidades argentinas.

(\*\*) Se incorporó a Marval, O’Farrell & Mairal en 2012, y se desempeña en el área de Defensa de la Competencia. Se graduó como abogada en la Universidad Argentina de la Empresa en 2011 y en 2017 obtuvo un *Master of Laws* de Queen Mary University of London. Además, entre septiembre de 2017 y febrero de 2018, fue asociada en las oficinas en Bruselas de Freshfields Bruckhaus Deringer.

(1) Art. 10, DNU 274/2019.

(2) Art. 10, inc. f), DNU 274/2019.

(3) El DNU 274/2019 designa como Autoridad de Aplicación de dicho decreto a la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Producción y Trabajo. Al mismo tiempo, la res. 284/2019 —que reglamenta el decreto— encomienda a la Dirección de Lealtad Comercial el contralor y vigilancia sobre el cumplimiento del DNU 274/2019 y la instrucción de los sumarios correspondientes.

taria a la prevista por la Ley N° 27.442 de Defensa de la Competencia...”

Y en su artículo 3° establece que “el Título 1 del Decreto N° 274/19 será de aplicación siempre que el acto o conducta prevista en el artículo 9° o 10 de dicho Decreto no resulte alcanzado por la Ley N° 27.442 de Defensa de la Competencia. No podrán plantearse procedimientos administrativos simultáneos ante la Autoridad Nacional de la Competencia —o ante la ex Comisión Nacional de Defensa de la Competencia o la Secretaría de Comercio Interior hasta tanto aquella esté constituida y en funcionamiento— y ante la Dirección de Lealtad Comercial por los mismos actos o conductas”.

En virtud de lo expuesto, consideramos que resulta recomendable analizar la jurisprudencia de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (“CNDC”) sobre la figura de los precios predatorios, que como se explicó es la institución más cercana a la venta por debajo del costo, para así tratar de trazar un paralelismo y acondicionar dichos parámetros a los principios perseguidos por el DNU 274/2019.

### I. Análisis de la normativa

Antes de entrar en el análisis jurisprudencial, vale mencionar las diferencias y similitudes en cómo ambos cuerpos legales regulan el supuesto de precios predatorios.

La LDC establece que constituyen prácticas restrictivas de la competencia el “enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios” (4). Dicha conducta se conoce doctrinaria y jurisprudencialmente como precios predatorios.

Es de suma importancia mencionar que el régimen de defensa de la competencia exige dos requisitos fundamentales para verificar la comisión de una práctica restrictiva de la competencia.

(4) Art. 3°, inc. k) de la LDC.

En primer lugar, se debe probar que quien incurre en una conducta supuestamente vedada tiene una clara posición dominante en el mercado en el cual actúa, donde no basta que sea la compañía que tenga mayor participación en este, sino que no existan competidores que puedan ejercer presiones competitivas significantes. En segundo lugar, se requiere comprobar que dicha conducta afecta al interés económico general.

Por el contrario, el DNU 274/2019 se diferencia del régimen de la LDC en que el primero no exige ninguno de estos requisitos para juzgar y sancionar una conducta que entienda de competencia desleal. Es decir que para que la venta a precio predatorio sea una conducta desleal, no resulta necesario que quien la comete tenga posición dominante ni tampoco que la conducta pueda causar perjuicio al interés económico general.

Ello nos lleva a inferir que aquellos casos que previamente no podían ser discutidos o, aún si se los analizaba no eran sancionados por la CNDC, podrán ser ahora analizados y/o sancionados bajo el régimen de lealtad comercial. Lo que amplía enormemente el ámbito de aplicación de la nueva normativa.

A continuación, abordaremos específicamente las diferencias de cada régimen al regular la figura mencionada.

Al regular los precios predatorios, la LDC hace mención específica a los usos y costumbres como supuesto exculpativo de la venta de bienes y servicios por debajo de su costo (5). Dicho supuesto no está contemplado en el DNU 274/2019. Sin embargo, parecería lógico que sean tenidos en cuenta por la Autoridad de Aplicación del DNU 274/2019 al momento de evaluar las conductas para verificar la intención de perjuicio.

En segundo lugar, y con relación al tipo subjetivo, la LDC exige que quien ejecuta la conducta tenga como intención desplazar la competencia

(5) En igual sentido lo sostuvo la CNDC en un reciente caso. Por favor remitirse a la res. SC 2018-1-APN-SEC-C#MPYT del 10/9/2018, en autos “Assist Card Argentina SA de servicios s/infracción ley 25.156” (C.1528) y dictamen CNDC IF-2018-41682591-APN-CNDC#MP.

en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios. Por el lado del DNU 274/2019 se exige que la conducta forme parte de una estrategia intencionada a dificultar la entrada al mercado o eliminar un competidor del mercado.

En este sentido, si bien vale destacar la novedosa mención explícita a dificultar la entrada al mercado de potenciales competidores, esta resultará de difícil prueba y dependerá de las barreras de entrada ya existentes en ese mercado.

Finalmente, en cuanto a la intención de desplazar al competidor, entendemos que subsume el supuesto de daños al competidor sin que se busque el total desplazamiento de este.

En conclusión, si bien ambos tipos presentan similitudes, en tanto ambas conductas están destinadas a sancionar la venta por debajo del costo, también presentan diferentes características que pueden llegar a hacer que las autoridades de aplicación de cada régimen se aparten en su análisis e interpretación.

## II. Análisis jurisprudencial

De la totalidad de las resoluciones emitidas por la CNDC entre 1982 y 2019 y publicadas en su sitio web, *solo en una oportunidad la CNDC emitió una resolución condenatoria*. Este fallo condenatorio resulta atípico ya que se probó que los denunciados intimidaban, hurtaban mercadería de la competencia y además regalaban el producto con el fin de perjudicar a sus competidores. Lo peculiar es que la conducta predatoria consistió en regalar el producto en vez de ofrecerlo a un precio inferior a los costos (6).

En dicha oportunidad y en vistas de la multiplicidad de conductas ilícitas desplegadas por los investigados, la CNDC no realizó un análisis pormenorizado sobre qué requisitos tuvo en consideración para sostener la conducta depredadora de los investigados. Se limitó a sostener que “al ofrecer soda en forma gratuita más allá de lo usual en el mercado, practicar una política

discriminatoria de precios, sustraer y destruir envases de soda pertenecientes a sus rivales y ejecutar actos intimidatorios, restringieron el funcionamiento del mercado de soda en Mar del Plata”, incurriendo así en infracción a la normativa aplicable en materia de defensa de la competencia en dicho momento.

A pesar de que la CNDC no ha impuesto otras sanciones, del análisis de la jurisprudencia sobre precios predatorios de la CNDC se puede observar que esta ha utilizado distintos criterios o *tests*, pero todos coinciden a rasgos generales en los mismos requisitos.

En primer lugar, que los precios ofrecidos sean inferiores a sus costos y tengan tal entidad que permitan debilitar a sus competidores hasta excluirlos y así la predatoria pueda ganar mayor poder de mercado.

En segundo lugar, que la predatoria pueda utilizar ese nuevo poder de mercado para recuperar las ventas a pérdida efectuadas, incrementando los precios; teniendo como presupuesto las barreras de entrada a posibles competidores evitando que restauren la situación previa al inicio de la conducta.

En este sentido, la CNDC ha sostenido que “una empresa que lleva a la práctica una política de precios cuya motivación final es la eliminación de competidores, puede restringir la competencia del mercado con afectación para el interés económico general. Pero si esta es la idea primaria, no cualquier guerra de precios puede considerarse infracción a la norma citada, pues hay que tener en cuenta que la puja por el precio es también una de las formas más evidentes de manifestarse la competencia. De ahí que esta Comisión Nacional ha sostenido antes de ahora que sería por lo menos necesaria una doble condición para que una política de precios pueda considerarse restrictiva en los términos del artículo 1º de la ley 22.262. En primer lugar, que el precio de venta se fije por debajo de los costos de producción; y en segundo lugar que la empresa en cuestión mejore su participación en el mercado como consecuencia de esta política” (7).

(6) Res. SC 126/1986 del 25/9/1986, en autos “Mar del Plata Soda SA y otros s/infracción al artículo 1º de la ley 22.262” (expte. 1019/2166-82).

(7) Res. SC 124 del 28/4/1982, en autos “SOMISA - Sociedad Mixta Siderúrgica Argentina s/infracción a la ley 22.262” (expte. N° 65.522/80).

En consecuencia, para que se verifique la existencia de precios predatorios, la empresa debe fijar precios por debajo de sus costos para desplazar a sus competidores del mercado y así poder cobrar ulteriormente precios superiores a los de un mercado competitivo, recobrando de esa forma la pérdida incurrida en el período anterior, para lo cual debe poder impedir efectivamente la entrada de competidores futuros (8).

Eso significa que la investigación deberá analizar un período prolongado de tiempo: el plazo en que se realiza la conducta predatoria y el plazo posterior en que se cobren precios superiores para recuperar la pérdida.

Uno de los mayores retos a los que se enfrentan todas las autoridades de competencia del mundo es determinar si el presunto depredador vende por debajo del costo. Ello en virtud de que sancionar precios bajos puede resultar un desincentivo a una compañía a competir legítimamente (conocido como errores de Tipo I) (9).

A tal efecto, existen diferentes metodologías, conocidas internacionalmente como *benchmarks*, y usualmente las autoridades de competencia utilizan más de una al analizar la conducta de precios predatorios. Si bien estas no permiten determinar a ciencia cierta si una persona está vendiendo por debajo del costo, sirven para establecer presunciones.

Uno de los puntos más controvertidos en la jurisprudencia internacional ha sido en torno a qué metodología y qué costos es adecuado utilizar para determinar si una compañía vende por encima o no de sus costos. A modo de ejemplo, en un primer caso (10) la Comisión Europea sostuvo que los precios

por encima del costo variable promedio pueden considerarse predatorios si implican un precio por debajo del costo total promedio y existe evidencia de un plan para expulsar a un competidor. Por otro lado, en otro caso analizado (11), la Comisión Europea estableció que una compañía, que produce varios bienes, no será reconocido como un depredador si sus ingresos cubren los costos incrementales de provisión de ciertos servicios.

En el plano local, la Guía para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio establece que “a fin de distinguir entre un precio predatorio y un precio bajo originado en una ventaja de costos asociada con mayor eficiencia, resulta relevante comparar dicho precio con el costo de provisión del bien o servicio en cuestión. Si puede demostrarse que el precio resulta menor que el costo incremental directo generado por la provisión del bien o servicio en cuestión, entonces podrá considerarse que dicho precio puede calificar como predatorio. Si el precio supera el costo medio, entonces no califica como predatorio” (12).

Finalmente, existen ciertos puntos que ha evaluado la CNDC, pero son exclusivos del ámbito de defensa de la competencia, p. ej., la afectación al interés económico general y la posición dominante en un determinado mercado. Se explicó que en el marco del DNU 274/2019 no se exige tal afectación ni posición, por lo que no corresponde en esta oportunidad abordar estos temas con mayor análisis. Sin embargo, vale mencionar que la CNDC ha evaluado las presiones competitivas a las cuales estaba sujeto el actor denunciado, para evaluar la razonabilidad de la estrategia de ofrecer productos por debajo del costo, estando o no en posición dominante (13).

(8) Res. SC 2018-361 del 19/6/2018, en autos “Venado Visión SA s/infracción ley 25.156” (C. 1628) y dictamen CNDC IF-2018-09802070-APN-CNDC#MP del 7/3/2018.

(9) ICN Unilateral Conduct Working, *Predatory pricing analysis pursuant to unilateral conduct laws. Recommended practices*. Disponible en: [https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/07/UCWG\\_RP\\_PredPricing-1.pdf](https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/07/UCWG_RP_PredPricing-1.pdf).

(10) C-62/86 “AKZO Chemie BV v. EU Commission”, 1991.

(11) Deutsche Post AG, Decision of the European Commission of March 20, 2001, OJ L 125/27.

(12) CNDC, Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio publicadas en mayo de 2019, disponibles en [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guias\\_abuso\\_posicion\\_dominante\\_mayo\\_2019.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guias_abuso_posicion_dominante_mayo_2019.pdf).

(13) Res. SC 14/2002 del 5/9/2002, en autos “Supermercados Toledo SA (Ciudades de Olavarría y Balcarce) s/infracción a la ley 25.156” (conducta 627) y dictamen CNDC 392 del 26/7/2002.



A continuación, analizaremos con detenimiento los elementos que la CNDC ha tenido en consideración al analizar si una conducta era predatoria.

### **II.1. Sobre el sujeto denunciado**

La CNDC se enfoca en el análisis del sujeto denunciado como empresa y su desarrollo en el mercado.

Uno de los primeros puntos que ha evaluado la CNDC es si el denunciante perjudicado y el denunciado que lleva a cabo la práctica de precios predatorios actuaban en el mismo mercado. Ello como presupuesto básico para luego evaluar si el accionar del denunciado podía llevar a desplazar al denunciante de dicho mercado (14).

Luego, al confirmarse que ambos sujetos participaban en el mismo mercado, la CNDC analizó al denunciado como sujeto en sí. La CNDC ha adoptado la teoría de la realidad económica al analizar al supuesto infractor (15). Así, no será lo mismo considerar los costos de una empresa cuyo grupo económico controle otras empresas aguas arriba pudiéndole otorgar ventajas competitivas, que ignorar dicha unidad económica y tratarla igual que a una empresa que no está en dicha situación (16).

En ese orden, se ha estudiado si la empresa que incurre en la conducta examinada tiene los recursos financieros que le permitan operar a pérdida por un período mayor que el de sus competidores para poder efectivamente perjudicarlos. Se tuvo en cuenta que las pérdidas aumentarían si los competidores no podían igualar el precio predatorio y por lo tanto la

---

(14) Res. SC 39/2002 del 7/8/2002, en autos "Supercausal SA - Editorial Capayan SA" (conducta 512) y dictamen CNDC 378/202 del 5/7/2002.

(15) También previsto en el DNU 274/2019 en su art. 6º: "Primacía de la realidad: A los efectos de este Título, para determinar la naturaleza del acto de competencia desleal, se atenderá a las situaciones, relaciones y efectos económicos que potencial o efectivamente produzca".

(16) Dictamen CNDC 442/2004 del 20/2/2004, en autos "Impsat SA c. Advance Comunicaciones SA, Telecom Soluciones SA, Startel SA, Telefónica de Argentina SA y Telecom Argentina Stet France Telecom SA por presunta infracción a la ley 22.262".

empresa debería servir a un mayor número de consumidores (17).

### **II.2. Sobre el bien ofrecido**

En cuanto a la oferta misma existen varios puntos que son tomados en cuenta para inferir si la oferta se está realizando por debajo de sus costos con intenciones anticompetitivas.

La CNDC suele evaluar la estrategia comercial aplicada por la empresa al momento de ofrecer el producto a determinado precio. Si lógicamente se pudo esperar que al fijar dicho precio la rentabilidad no se vería afectada ya que se compensaría con el incremento de la demanda y al mismo tiempo el precio cubre de por sí el costo incremental del aumento de producción del bien ofrecido, entonces no se estaría ante un precio predatorio. Si la reducción del precio no estuviera respaldada por una expectativa lógica de conseguir una ganancia, se puede inferir el conocimiento de estar operando voluntariamente a pérdida y, por ende, la intención de perjudicar a los competidores.

Cuando el bien o servicio ofrecido y su precio sean objeto de regulaciones estatales se prestará especial atención al cumplimiento de estas por parte del sujeto denunciado. Así, se analizará si la regulación establecía un precio fijo, permitía descuentos, precios mínimos o precios máximos, etc. La violación de dicha norma infiere el conocimiento de la parte denunciada de operar por debajo de los costos con intención de perjudicar a los competidores (18).

Por último, se ha analizado si la oferta que pesa sobre el bien se encuadra dentro de los usos y costumbres del sector, así como las posibilidades de los demás competidores en replicar dicha oferta (19).

---

(17) Res. SC 141 del 16/11/2012, en autos "Cámara Empresaria de Transporte Interurbano en Nacional de Pasajeros (CELADI) - Aerolíneas Argentinas SA, Austral Líneas Aéreas - Cielos del Sur SA, Southern Winds SA, Líneas Aéreas Privadas Argentinas SA y Dinar Líneas Aéreas SA" (conducta 733) y dictamen CNDC 533/2005 del 6/2/2006.

(18) Ídem.

(19) Res. SC 262/2018, en autos "Assist Card Argentina SA de Servicios s/infracción ley 25.156" y dictamen CNDC 993/2016.

### II.3. Plazo

En cuanto al plazo de la oferta, para que la conducta no sea anticompetitiva, debe ser considerado como breve y reportarles un beneficio a los consumidores dentro de ese término (20). La CNDC ha dictaminado que las ofertas por tiempo limitado, aun cuando se oferte por debajo del costo, no tienen entidad suficiente para constituirse en una conducta excluyente de la competencia (21). Además de considerar el plazo de la oferta, también se estudia su disponibilidad. Por ejemplo, se ha evaluado que si bien ciertas aerolíneas ofrecían pasajes en oferta, la misma estaba sujeta a condiciones típicas del mercado, por ejemplo, la asignación de disponibilidad de la aeronave que varía al acercarse el viaje, por lo tanto la oferta no permanecería invariablemente disponible en el tiempo (22).

Vale destacar que no surgen porcentajes ni plazos determinados a partir del cual dichos precios se consideran perjudiciales para la competencia ya que dependerá de cada mercado relevante en cuestión.

Sin embargo, del análisis jurisprudencial se puede extraer que el plazo válido suele no exceder las cuatro semanas. En cierta jurisprudencia se validó la conducta ya que se extendió por solamente quince días (23). En otros casos se repitió el análisis validándose las ofertas por

darse menor a quince días corridos (24). Para el mercado de transporte aéreo de pasajeros al evaluarse el plazo de la oferta se tomaron parámetros más extensos. En este caso se consideraron ofertas que se mantuvieron presentes por períodos de hasta ocho meses (25). En otro caso la oferta fue de dos meses (26).

Así se deja en claro que el plazo de la oferta se ajustará al mercado en cuestión, pero puede inferirse que la oferta dentro de los quince días y uno o dos meses no provocaría —en principio— perjuicio alguno a la competencia.

### II.4. Acreditación del daño

Si bien en el marco del DNU 274/2019 la efectiva acreditación del daño no es necesaria ya que este puede ser actual o potencial según el art. 8° de la norma (27), la CNDC dictaminó que, para probar el impacto de los precios ofrecidos, además de ser inferiores al costo de producción o adquisición y de haberse perpetuado en el tiempo lo suficiente como para excluir a un competidor, se deberá comprobar el debilitamiento de los competidores sin ser necesaria su efectiva exclusión.

Así se ha evaluado la participación de mercado de la compañía investigada y sus competidores antes y después de la conducta para comprobar un incremento del poder de mercado

(20) Res. SC 35 del 31/3/2004, en autos “EMI Odeón - Libertad SA s/infracción a la ley 25.156” (conducta 620) y dictamen CNDC 438/2003 del 30/10/2003.

(21) Res. SC 154/2005 del 20/11/2005, en autos “Solicitud de Intervención por violación ley 25.156 Defensa de la Competencia-Hurlingham Pcia. de Bs. As.” (conducta 971) y dictamen CNDC 483/2004 del 22/12/2004; res. SC 187 del 6/12/2004, en autos “Cámara Unión de Comercio e Industria c. Minimercado Ahorrá” (conducta 905) y dictamen CNDC 472/2004 del 5/11/2004.

(22) Res. SC 141 de fecha 16/11/2012, en autos “Cámara Empresaria de Transporte Interurbano en Nacional de Pasajeros (CELADI) - Aerolíneas Argentinas SA, Austral Líneas Aéreas - Cielos del Sur SA, Southern Winds SA, Líneas Aéreas Privadas Argentinas SA y Dinar Líneas Aéreas SA” (conducta 733) y dictamen CNDC 533/2005 del 6/2/2006.

(23) Res. SC 810/1997, en autos “Cámara Argentina de Papelerías, Librerías y Afines c. Supermercados Makro” y dictamen CNDC 260/1997.

(24) Res. SC 520/1999, en autos “Cámara Industria del Calzado de Córdoba c. Carrefour” y dictamen CNDC 319/1999; res. SC 14/2002 del 5/9/2002, en autos “Supermercados Toledo SA (Ciudades de Olavarría y Balcarce) s/infracción a la ley 25.156” (conducta 627) y dictamen CNDC 392 del 26/7/2002.

(25) Res. SC 141 del 16/11/2012, en autos “Cámara Empresaria de Transporte Interurbano en Nacional de Pasajeros (CELADI) - Aerolíneas Argentinas SA, Austral Líneas Aéreas - Cielos del Sur SA, Southern Winds SA, Líneas Aéreas Privadas Argentinas SA y Dinar Líneas Aéreas SA” (conducta 733) y dictamen CNDC 533/2005 del 6/2/2006.

(26) Res. SC 45/2018, en autos “Cooperativa de Provisión Servicios Públicos y Vivienda San Guillermo Ltda. s/infracción ley 25.156” y dictamen CNDC 92/2017.

(27) “Art. 8°.— Prohibición. Están prohibidos los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten, el medio a través del cual se realicen y el mercado en el que tengan lugar. No será necesario acreditar la generación de un daño, pudiendo éste ser actual o potencial”.

de la primera y un consecuente debilitamiento de los segundos (28).

### **II.5. Barreras de entrada**

Las barreras de entrada son un presupuesto previsto en el análisis de la conducta de precios predatorios. Por barreras de entrada se entiende a la serie de obstáculos que debe sortear un potencial ingresante al mercado para poder producir o comercializar un producto en dicho mercado. Estas pueden tener origen legal o fáctico. Lógicamente cada mercado particular tendrá sus propias barreras de entrada que deberán ser analizadas en el caso concreto ya que estas pueden ser cambiantes.

La existencia de las barreras de entrada es una condición necesaria para impedir que nuevos competidores ingresen y restauren el escenario competitivo previo a la conducta predatoria. Teniendo en cuenta que el objeto de la conducta predatoria es desplazar a los competidores asumiendo la pérdida durante un período, quien incurre en esta aprovechará las altas barreras de entrada para recuperarse de la pérdida incurrida una vez eliminada la competencia. Difícilmente el ofrecimiento de bienes o servicios, por debajo de su costo, podrá ser considerado predatorio si las barreras de entrada a ese mercado relevante son bajas o inexistentes, ya que tornaría la conducta predatoria en irracional al complicarse su posibilidad de recuperarse o retorno (29).

### **III. Prueba**

Abocándonos al objeto de la prueba, a efectos de que se acredite el tipo especificado en el art. 1º, inc. f) del DNU 274/2019, estos deben ser hechos que den entidad suficiente para demostrar: (1) hubo venta por debajo del costo de fabricación o precio de adquisición y (2) que dicha venta forma parte de una estrategia orientada a: (i) dificultar la entrada al mercado o

(ii) eliminar a un competidor del mercado, para que se pruebe el tipo especificado en el art. 1º, inc. f) del DNU 274/2019.

En cuanto a los medios de prueba la CNDC no suele tener restricciones con estos, demostrando una clara amplitud de medios válidos, desde cuadros de tarifas requeridos a las empresas denunciadas o terceros hasta peritajes ofrecidos por las partes o de oficio. También se ha requerido información de ventas y/o suscriptores. En otro caso se ha pedido informes con certificación contable para comprobar el perjuicio sufrido por el denunciante o el aumento de poder de mercado deducible de un significativo aumento en las ventas. Entendemos lógico que dicha amplitud probatoria se mantenga en el procedimiento previsto en el marco del DNU 274/2019. Máxime por cuanto el DNU 274/2019 incluye amplias facultades para la Autoridad de Aplicación.

Para demostrar que los bienes se ofrecen por debajo de su costo de fabricación o precio de adquisición, es importante que el denunciado no pueda alegar que se asocian a una mayor eficiencia. La carga de la prueba no se altera, es decir, esta se encuentra en cabeza de quien denuncia.

En el caso de la venta por debajo del precio de adquisición, la prueba debería resultar menos engorrosa, ya que ese precio sería fácil de determinar. En cambio, la prueba resultará más difícil en el caso de tener que demostrar la venta por debajo del costo de fabricación.

Vale aclarar que el costo de producción a evaluar es el del sujeto denunciado. Es indistinto si los costos de producción de los competidores son superiores o inferiores a los de los sujetos denunciados. Es decir, se deberá estimar un costo de producción del sujeto denunciado y probar que el precio ofrecido del bien no cubre dicho costo.

La intencionalidad de perjudicar al competidor o excluir nuevos ingresantes al mercado se puede inferir de la extensión temporal y disponibilidad del bien y servicio ofertado a dicho precio. Así, se deberá demostrar que ambos elementos de la oferta tienen la entidad suficiente

(28) Res. SC 105/2017, en autos "CNDC s/Punta Alta Televisión s/ley 25.156" y dictamen CNDC 12/2017.

(29) Res. SC 154/2005 del 20/11/2005, en autos "Solicitud de Intervención por violación ley 25.156 Defensa de la Competencia-Hurlingham Pcia. de Bs. As" (conducta 971) y dictamen CNDC 483/2004 del 22/12/2004.

para menoscabar deslealmente, sea de un modo actual o potencial, a la competencia (30).

#### IV. Conclusión

Resultará interesante analizar el desenvolvimiento jurisprudencial de la figura de precios predatorios que realizará la Autoridad de Aplicación del DNU 274/2019.

Si bien no es posible determinar a ciencia cierta cuáles serán los parámetros que utilizará al analizar esta conducta, no resultaría ilógico que base su análisis, al menos parcialmente, en los lineamientos establecidos por la CNDC para determinar si un precio es predatorio o no.

---

(30) Res. SC 41/2018, en autos “Almirante Brown, Vía Tac y Flecha Bus s/infracción ley 25.156” y dictamen CNDC 104/2017.

Tal como lo hace la CNDC (31), la Autoridad de Competencia del DNU 274/2019 deberá analizar cuidadosamente las condiciones que requerirá para que se configure un acto de competencia desleal, a fin de no sancionar la mera competencia por precios.

Asimismo, será interesante observar cómo se conjugarán los ordenamientos de defensa de la competencia y lealtad comercial frente a un mismo instituto. Ello en virtud de que el art. 7º del DNU 274/2019 y su reglamentación, establecen que, en el supuesto de concurrencia de figuras, prevalecerá la LDC.

---

(31) CNDC, Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio, publicadas en mayo de 2019, disponibles en [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guias\\_abuso\\_posicion\\_dominante\\_mayo\\_2019.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guias_abuso_posicion_dominante_mayo_2019.pdf).

# Aprovechamiento indebido de la reputación ajena

---

JOSÉ SAHIÁN (\*)

## I. Introducción: clasificación de los actos de competencia desleal

Las conductas desleales constituyen una especie del género de las prácticas comerciales ilícitas, denominadas, en nuestro medio, genéricamente como “abusivas” (1).

A su turno, los actos desleales pueden ser clasificados según distintos criterios. Mermillo los catalogaba dualmente: en actos que debilitan o destruyen el posicionamiento del competidor en el mercado, y los que pretenden fortalecer la posición del agente de la conducta mediante confusión, imitación o afirmaciones falsas (2). Ascarelli amplió la sistematización, distinguiendo los actos de confusión, denigración y apropiación o sustracción (3). Roubier la ensanchó aún más, separando los actos de

confusión entre el agente y sus competidores, la denigración del competidor o de su establecimiento o productos, la desorganización del competidor y los medios para desorganizar el mercado (4); postura asumida en la Argentina por Otamendi (5) y Molina Sandoval (6).

Hefermehl agrupa a los actos de competencia desleal en cinco tipos: captación de clientela, obstaculización de los competidores, explotación de esfuerzos ajenos, obtención de ventaja mediante violación de normas y perturbación del mercado (7). Guidini diferencia entre conductas que atentan contra los actos “distintivos” de la empresa, actos contra su “promoción”, contra la situación de la empresa en el mercado y su acceso (función “distributiva”) y actos contra las áreas de investigación y relaciones laborales de la empresa (8). Menéndez distingue entre prácticas que atentan contra la posición del empresario competidor, contra la autonomía del consumidor y la deslealtad del

---

(\*) Doctor en Derecho (Univ. Complutense de Madrid). Post Doctor en Derecho (U. de Zaragoza). Máster en Derecho Privado (UN Rosario). Especialista en Derecho de Daños (UN Litoral). Profesor Adjunto de Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia (UN Tucumán). Relator de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán.

(1) En una muy completa categorización, Barocelli subdivide las prácticas comerciales abusivas en: engañosas, inseguras, agresivas, contrarias a los intereses económicos de los consumidores, desleales e insustentables (BAROCELLI, Sergio S., “Prácticas abusivas en el derecho del consumidor”, número especial XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, IJ Editores, Buenos Aires, ps. 40-41).

(2) MERMILLOD, Luis, *Essai sur la notion de concurrence déloyale en France et aux Etats-Unis*, R. Pichon & R. Durand-Auzia, París, 1954, p. 77.

(3) ASCARELLI, Tulio, *Teoría della concorrenza e dei beni immateriali*, Dott A. Giuffrè, Milán, 1956, p. 203.

---

(4) ROUBIER, Paul, *Le Droit de la Propriété industrielle*, Recueil Sirey, París, 1952, p. 536.

(5) OTAMENDI, Jorge, “La competencia desleal”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, p. 7.

(6) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “La competencia desleal en Latinoamérica”, DCCyE 2014 (agosto), p. 243.

(7) Difundida en Alemania y Suiza (cfr. GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián, *Competencia desleal. Actos de Desorganización del competidor*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, ps. 72 y 74). Según este último autor, Emmerich formula un distingo más simple a partir del interés violentado: sean de los consumidores, otros competidores o el interés común.

(8) GHIDINI, Gustavo, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, CEDAM, Collana: Ist. diritto Fac. ec. comm.-Un. Bologna, 1978, p. 114.

mercado (9). El maestro español Bercovitz confectiona las siguientes categorías: actos desleales para aprovecharse del esfuerzo de otros participantes del mercado, ataques directos a otras empresas y actos que impiden el funcionamiento correcto del mercado (10). Virgós desarrolla la siguiente clasificación de los actos desleales: de captación de clientela, obstaculización de los competidores, explotación de esfuerzos ajenos, creación de ventaja competitiva por infracción del orden jurídico y perturbación del mercado (11). Finalmente, García Menéndez entiende que las conductas de competencia desleal pueden agruparse en los siguientes actos: de desorganización del competidor, contra la competencia del mercado y de violación de las reglas generales del mercado (12).

## II. Aprovechamiento de reputación ajena

### II.1. Regulación legal

El inc. g) del art. 10 del novel dec. 274/2019 enuncia, como una de las prácticas desleales, la explotación indebida de reputación ajena, definida como: “realizar actos que aprovechen indebidamente la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de otro”.

Este tipo de conducta desleal se encuentra contemplada en todas las legislaciones de competencia desleal del derecho comparado.

El art. 12 de la Ley de Competencia desleal española prescribe: “se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En particular, se reputa desleal el

empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como ‘modelos’, ‘sistema’, ‘tipo’, ‘clase’ y similares”.

La fórmula española ha sido reproducida, en términos idénticos, en el art. 15 de la ley 256 del 15 de enero de 1996 de Colombia.

Una regulación semejante a la nuestra es la contenida en el art. 4º inc. a) de la ley 20.169 de Chile, que sanciona: “toda conducta que aproveche indebidamente la reputación ajena, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de un tercero”.

Básicamente, para que medie explotación de reputación ajena, debe verificarse que exista una reputación industrial, comercial o profesional adquirida por un tercero; un aprovechamiento de esa reputación; y que ese aprovechamiento esté calificado como indebido.

El fundamento ético de la reprensión legal fue expuesto en “Zacchini” (13), donde se sostuvo que la conveniencia de la prevención del enriquecimiento injusto por la apropiación no autorizada del prestigio o reputación ajenos, agregando que ningún fin social útil se cumple con permitir que se salga indemne del aprovechamiento no consentido de algún aspecto de la identidad del demandante que posea valor de mercado y por el que normalmente debería pagarse.

### II.2. Delimitación

Preliminarmente, cabe distanciar la hipótesis de explotación de la reputación ajena del caso semejante, mas no análogo, de aprovechamiento del esfuerzo ajeno. Solo en este segundo supuesto nos encontramos frente a actos de naturaleza de desorganización del competidor. Este último es el caso de captación desleal de empleados o de clientela. Berger explica que en el aprovechamiento del prestigio o de los resultados del esfuerzo ajeno se altera el pro-

(9) MENÉNDEZ, Aurelio, *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988, p. 126.

(10) BERCOVITZ, Alberto, *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, Boletín Oficial del Estado: Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, p. 29.

(11) VIRGÓS SORIANO, Miguel, *El comercio internacional en el nuevo derecho español de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1993, p. 22.

(12) GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián, *Competencia desleal...*, cit., ps. 78-80.

(13) Corte EE. UU., “Zacchini v. Scripps-Howard Broad Co.”, 33 U.S. 562 (1977). Vid. NÚÑEZ, Javier F., “Explotación comercial de la propia identidad: el derecho de publicidad”, JA 2015-III-1301.

ceso racional de toma de decisiones por parte de los consumidores(14). García Menéndez precisa que solo en el aprovechamiento de la reputación el destinatario es el consumidor, por lo que constituyen actos contra la competencia en el mercado(15).

Aunque debemos convenir que no siempre será fácil de discernir si media aprovechamiento de reputación o de esfuerzo, cuando pese a perseguir la desorganización del competidor también tiene efectos respecto de los consumidores o del mercado.

En segundo lugar, el dec. 274/2019 decidió acertadamente separar, el aprovechamiento en general de la reputación ajena (regulado en el inc. g) del art. 10, que ahora nos ocupa), de la explotación por imitación del esfuerzo (y reputación) ajeno, reglado en el inc. h)(16), al que luego se hará breve referencia.

En tercer término, si el aprovechamiento deriva de infracciones contractuales, la conducta desleal se subsume en el inc. k) del art. 10 *sub examen* (17).

### II.3. Reputación ajena

No obstante las diferencias de contenido, el denominador común de las reglamentaciones legislativas en la materia es el reproche al provecho que se pretende obtener de una reputación industrial o comercial, del *goodwill*(18) en la expresión inglesa.

(14) BERGER, Federico, “La apariencia distintiva y su protección frente a actos de confusión y de dilución”, LL 2011-A-706.

(15) GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián, *Competencia desleal...*, cit., ps. 172-173.

(16) “Actos de imitación desleal: La imitación de bienes y servicios o iniciativas empresariales será considerada desleal cuando resulte idónea para generar confusión respecto de la procedencia de los bienes o servicios o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno”.

(17) “Inducir a empleados, proveedores, clientes o demás obligados a infringir obligaciones contractuales contraídas con un competidor”.

(18) “El *goodwill* es la buena fama o reputación de que gozan los productos o servicios diferenciados con la marca. Es algo intangible que existe en la mente del consumidor y se traduce en un estado de ánimo que

La reputación(19) debe interpretarse en sentido amplio, puesto que el buen nombre mercantil constituye uno de los activos más importantes de un establecimiento(20).

Explican Del Pino y Peruzzotti que el objeto susceptible de apropiación indebida puede referirse a signos distintivos, logros del otro, como la dilución de la capacidad distintiva o del valor publicitario de la marca y otros medios de identificación, la imitación o copia servil o cuaservil de un producto o de un servicio, los comportamientos parasitarios, entre otros(21). Ciertamente el uso de los signos o marcas ajenos es el principal ejemplo de apropiación indebida.

En este punto conviene trazar un paralelismo con la teoría de las infracciones marcarias. Existen dos formas básicas de dilución(22): la pér-

---

induce a aquellos a comprar un determinado producto o contratar un determinado servicio. El *goodwill* está conformado por tres elementos: la buena calidad de los productos o servicios diferenciados por la marca; la publicidad realizada por el titular de la marca en torno a la misma y la potencia publicitaria o *selling power*” (MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel - SOUCASSE, Gabriela M., “Daños a la reputación de la marca en el proceso de transacción económica. La marca blanca y la venta a pérdida”, LL 2004-C-1254, *Derecho comercial Doctrinas Esenciales*, t. V, p. 1073).

(19) Algunos autores entienden que existen diferencias entre reputación e imagen. “Las más importantes son las siguientes: el carácter estructural y los efectos duraderos de la reputación frente al más coyuntural y efímero efecto de la imagen; la reputación es el resultado del comportamiento corporativo mientras que la imagen lo es más de las diferentes acciones de comunicación y la imagen se construye fuera de la organización mientras que la reputación se genera en el interior de ésta” (TOMELO, Fernando, “La protección de la imagen y la reputación corporativa en la Web 2.0”, LL Actualidad del 2/2/2010, p. 1). De todos modos, la precisión teórica carece de relevancia, habida cuenta que la reglamentación legal contiene ambos conceptos.

(20) BERTONE, Luis - CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho de marcas*, Heliasta, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 170.

(21) DEL PINO, Miguel - PERUZZOTTI, Mariano, “Nuevo Régimen de Lealtad Comercial en Argentina”, LL del 22/5/2019, p. 12.

(22) “La teoría de la dilución implica ir un paso más allá en la protección de marcas (que es casi con exclusividad en interés del consumo). Se protege un signo distintivo contra la existencia de otro similar, pero sin tener en cuenta el principio de especialidad, es decir que

dida de unicidad (*blurring*) y el ataque a la reputación (*tarnishment*). El primero se produce cuando se emplea una marca renombrada en productos distintos de los originarios, de modo tal que, de persistir esa situación, la marca perderá la unicidad, es decir que el consumidor dejará de asociar únicamente a esa marca con los productos originales. Se produce una erosión de la singularidad y exclusividad de la marca en la mente del consumidor. El segundo tipo de dilución acontece cuando se usa una marca reputada en productos de baja calidad. Con esta conducta espuria se daña la reputación de la marca renombrada (23).

Extrapolando lo dicho a la novel regulación de lealtad comercial local, el primer supuesto de dilución constituiría una modalidad de la problemática *sub examen*, mientras que la segunda hipótesis se conecta al inc. i) del art. 10, que regla los denominados “actos de denigración” de la reputación ajena (24).

La teoría de la “dilución” aludida parte de la base de que en las legislaciones marcarias (v.gr., Estados Unidos, Argentina), el principal destinatario es el consumidor. La teoría de la dilución, por el contrario, persigue cambiar el sujeto protegido por la ley marcaria. Ya no es el consumidor el protegido contra la confusión, sino el titular de la marca contra la pérdida de su unicidad. En los Estados Unidos, la teoría de la dilución se originó en el artículo de Frank Shechter de 1927 “The Rational Basis of Trademark Protection”, quien criticaba el fundamento de protección del consumidor como base para la protección marcaria (25). La jurisprudencia norteamericana fue reticente en la aplicación de la doctrina an-

tidilución. Esta tendencia recién se revirtió en 1977 cuando la Corte de Apelaciones de New York en el caso “Allied Maintenance Corp. v. Allied Mechanical Trades Inc” definió la “dilución” como un cáncer que ataca la reputación comercial de una marca comercial bien establecida en el mercado. Aunque, se trata de un remedio extraordinario, que no busca proteger cualquier reputación, sino también aquellas fuertes y únicas (marcas famosas).

### III. Competencia parasitaria

Efectuadas las anteriores delimitaciones, es dable subrayar que el inc. g) del art. 10 del dec. 274/2019 representa un supuesto de “competencia parasitaria”.

El uso de signos renombrados ajenos es un abuso de derecho que genera responsabilidad civil en el infractor. Así, p. ej., en Francia se declaró ilícito el uso de la marca *Pontiac* para heladeras ya que el usuario se beneficiaba del prestigio de dicha marca en materia de automotores. Similar decisión se adoptó respecto de la marca *Mazda* utilizada para distinguir lámparas (26). En el caso *American Express* se entendió que el uso de dicha marca para vestimenta constituía un abuso de derecho sancionado de acuerdo con el art. 1382 del Cód. Civil francés, entendiéndose que el infractor se beneficiaba de la notoriedad de la marca ajena.

En doctrina española, Monteagudo ha señalado que “el propósito perseguido por el competidor parasitario es claro: o bien la similitud entre los signos, aunque no medie similitud entre las prestaciones y sin provocar falsa representación alguna respecto al origen, sirve para establecer una relación intelectual que atrae la atención del público consumidor de forma superior a la que se alcanzaría con el empleo de un signo distinto al renombrado; o bien la semejanza depara la transmisión consciente o inconsciente de la reputación que simboliza el signo pese a la falta de semejanza los productos del competidor con los originarios. En ambos

el titular de una marca, en el caso de dilución, puede impedir el ingreso al registro o el uso en el comercio de un signo similar, independientemente del producto o servicio para el que se pretende utilizar” (MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, “La protección de la marca de alto renombre en la jurisprudencia argentina”, LL 2003-B-763). El comentario entre paréntesis nos pertenece.

(23) MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, “La protección de la marca...”, cit., ps. 763 y ss.

(24) “Actos de denigración: Menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación de otro competidor, a no ser que las aseveraciones sean exactas, pertinentes y verdaderas”.

(25) MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, “La protección de la marca...”, cit., ps. 763 y ss.

(26) El primer caso: Cour d’appel de París, 8 diciembre 1962; el segundo: Cour d’appel de París, 19 de octubre 1970; tomados de MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, “La protección de la marca...”, cit., ps. 763 y ss., quien cita a J. J. Burst.



casos la apropiación aprovecha los esfuerzos publicitarios del legítimo titular o el valioso caudal informativo que el consumidor asocia al signo” (27).

#### IV. Confusión

Existen diversos esquemas normativos de sanción a la explotación de reputación ajena. Por ejemplo, la que condiciona el reproche a la inexorable presencia de confusión, sea intencional o no. En segundo término, la que, por el contrario, ante la presencia de confusión desplaza el tipo legal hacia aquel específico de confusión o engaño, pero no subsume la hipótesis como supuesto de aprovechamiento de reputación ajena. Y el tercero modelo, al que le resulta indiferente si media o no confusión.

El diseño de la norma argentina responde al primer modelo. El legislador decidió incluir explícitamente el extremo de la confusión para la configuración de la conducta sancionable. Entonces, además de la explotación de la reputación ajena, un segundo elemento debe comprobarse para que se conforme la hipótesis de hecho de la norma, esto es, que medie inducción a confusión. Más allá de que el inc. b) del art. 10 de la ley argentina regule el supuesto autónomo de confusión (28).

En las distintas legislaciones comparadas también media, usualmente, superposición de actos genéricos y específicos de confusión (29). Por ejemplo, en la normativa española se verifican diversas hipótesis de actos de confusión en los arts. 20, 25 y 27.5.

Por su parte, en el caso argentino no parecería ser exigible la confusión “efectiva”, sino tan solo el riesgo de confusión, como acontece en el derecho marcario. Habrá riesgo de confusión cuando exista la posibilidad de que el público

consumidor concluya que dos productos proceden del mismo origen empresarial (riesgo de confusión en sentido estricto) o de empresas vinculadas entre sí (riesgo de asociación). Este segundo supuesto no ha sido contemplado explícitamente por la legislación argentina, a diferencia de la expresa mención en el art. 6º de la Ley de Competencia Desleal española, que lo tomó de la doctrina alemana (30).

Ejemplo del segundo sistema es el art. 10, incs. 1º y 2º del dec. 1044 de Perú, que reza: “Consisten en la realización de actos que, no configurando actos de confusión, tienen como efecto, real o potencial, el aprovechamiento indebido de la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro agente económico, incluidos los actos capaces de generar un riesgo de asociación con un tercero. Los actos de explotación indebida de la reputación ajena pueden materializarse mediante la utilización de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual”. En este supuesto, si media confusión, la conducta no permanece impune, sino que deberá examinarse a la luz de los arts. 8º y 9º que regulan los actos de engaño y confusión. En el derogado sistema legislativo peruano, no se excluía la confusión en la configuración de la explotación de reputación ajena (31). Tal superposición dio lugar a controversia doctrinal, puesto que los actos de confusión y los de aprovechamiento de reputación ajena eran tratados como independientes, vinculados mediante “curso ideal de infracciones” (32). La necesidad de deslindar, con mayor claridad, tales ám-

(27) MONTEAGUDO MONEDERO, Montiano, *La protección de la marca renombrada*, Civitas, Madrid, 1995, p. 247.

(28) “Inducir a error respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, los bienes o servicios propios, de manera tal que se considere que éstos poseen un origen distinto al que les corresponde”.

(29) Vid. SAHIÁN, José H., “Novedosa regulación de la competencia desleal en el decreto 274/2019 de Lealtad Comercial”, LL del 22/5/2019, p. 19.

(30) Se podría argüir la innecesariedad de la reglamentación expresa del “riesgo de asociación”, por razonarse que se halla suficientemente contemplada en la figura genérica de confusión. Evidentemente nuestro legislador asumió dicha tesitura.

(31) El art. 14 del derogado dec.-ley 26.122 prescribía: “Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero”.

(32) Vid. STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino, “El engaño, la confusión y la explotación de la reputación ajena como actos de competencia desleal y como infracciones publicitarias”, *Ius et veritas*, nro. 31, ps. 41-58.

bitos de competencia desleal probablemente motivaron la reforma legislativa en este punto. Tal era el conflicto interpretativo que merecía la vinculación entre aprovechamiento y confusión que la entonces autoridad de aplicación llegó a predicar una relación de género a especie entre aprovechamiento y confusión (33).

Finalmente, Otamendi, siguiendo a Ives Saint Gail, sostiene que hay accionar parasitario cuando, aún sin la intención de dañar, el empresario trata de obtener provecho del prestigio de un tercero, aunque no haya riesgo de confusión entre los productos o establecimientos. El autor citado descarta a la confusión como requisito excluyente para la tipificación, en abstracto, de esta conducta desleal (34). Esta sería una muestra del tercer tipo, que condice con el art. 12 de la legislación española, *ut supra* transcrito. El art. 27.6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado del 13 de octubre de 2011 de Ecuador condena la explotación de la reputación ajena sin hacer alusión a la confusión (35).

## V. Imitación desleal

Como anticipamos, el aprovechamiento de reputación ajena se superpone parcialmente con el caso legislado en el inc. h) del art. 10 de la nueva Ley de Competencia Desleal argentina, que contiene una redacción idéntica al

segundo párrafo del art. 11 de la respectiva ley española (36). Aunque en ese caso se ha explicado como regla general “la libre imitabilidad de las prestaciones ajenas” (37).

Bajo la misma lógica, en el art. 27.3.b. de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado del 13 de octubre de 2011 de Ecuador se consideran conductas desleales “la imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando resulte idónea para generar confusión por parte de los consumidores respecto a la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno”.

En similar sentido el art. 4º de la derogada legislación peruana (dec.-ley 26.122) prescribía: “No se considerará como acto de competencia desleal la imitación de prestaciones o iniciativas empresariales ajenas, salvo en lo que en esta Ley se dispone o en lo que lesione o infrinja un derecho de exclusiva reconocido por la ley”. Asimismo, el derogado art. 13 de la legislación peruana contemplaba un régimen de imitación idéntico al contemplado en el tercer inciso de la legislación española. Así disponía: “Se considera desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un tercero cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que,

(33) “Siendo que en los casos de aprovechamiento de la reputación ajena el infractor busca, mediante la realización de diversos actos, establecer una vinculación entre él y otro u otros competidores, induciendo a confusión a los consumidores o a otros agentes dentro de la cadena de comercialización respecto de su producto u origen empresarial, con la finalidad de aprovecharse del prestigio o la reputación que han obtenido sus competidores en el mercado, ‘la explotación de la reputación ajena (...) podría servir de rótulo genérico para todos los supuestos de confusión e imitación, pues en todos ellos se da ese aprovechamiento indebido de la reputación y esfuerzo ajenos’...” (res. 013-2005/CCD-INDECOPI de Perú, emitida en el procedimiento iniciado por denuncia de “Nestlé Perú SA c. Industrias Oro Verde SAC”, tramitado bajo expte. 095-2004/CCD).

(34) OTAMENDI, Jorge, “La competencia desleal”, cit., p. 6.

(35) “Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado”.

(36) “1. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley. 2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica. 3. Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado”.

(37) Ese principio ha sido admitido por el Tribunal Supremo de España. V.gr. sentencia 1629/2017. Id Cendoj: 28079110012017100248, del 26/4/2017, recurso: 2086/2014, resolución: 254/2017, ponente: Rafael Saraza Jimena; Quinto.1. Fundamento jurídico tercero, 2 y 3.

según las características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquel". La nueva legislación de ese país no contiene un diseño normativo semejante.

El descripto diagrama no es un dato baladí, porque deja en claro que la imitación *per se*, sin riesgo de confusión, no es ilícita, salvo que se encuentre amparada por un derecho de exclusiva. Así, producto, diseño, estrategias de marketing, en principio, pueden imitarse. Es que la deslealtad de la imitación no puede basarse en el mero aprovechamiento del esfuerzo ajeno, pues de otro modo se estaría reconociendo un derecho de exclusiva no previsto por el ordenamiento jurídico. De hecho, toda imitación supone un cierto aprovechamiento del esfuerzo ajeno, y el aludido principio de libre imitabilidad excluye que la imitación de la creación material ajena sea, por sí misma, desleal. Por ejemplo, una imitación será desleal en la medida que se eludan costos de inversión, creación y comercialización del producto o servicio con el fin de impedir el proceso de innovación, destruir la posición en el mercado del pionero o impedir la amortización de inversión. La deslealtad se justifica por el modo y la forma en que se llega a estar en condiciones de aprovechar esa prestación ajena objeto de imitación (38). Lo que —según García Menéndez— justifica que la imitación parasitaria sea considerada restrictivamente (39).

Los actos de imitación no están, en consecuencia, prohibidos *a priori*. Cierta imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales que no estén protegidas por un derecho de exclusiva es libre. Estos actos, por tanto, no son actos de competencia desleal, ya que son simples respuestas naturales del mercado. Sin embargo, se establece una excepción a aquella regla, por la que se considera desleal el hecho de imitar de forma idónea para provocar la asociación por parte de los consumidores, o si conlleva un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajenos. Es decir, si las

imitaciones provocan un engaño para los consumidores o daños para un empresario ya consolidado. También es desleal el hecho de que se haga una imitación sistemática de las prestaciones o iniciativas ajenas, si esta conlleva que no se pueda afirmar en el mercado la expulsión del competidor imitado.

Es ilícito si se imita al competidor de forma tal que se induce al consumidor a un error, confundiéndolo acerca de la proveniencia del producto que pretende adquirir o de la empresa con la cual quiere contratar, v.gr., imitar isotipos, marcas comerciales, nombres de productos, forma de su presentación o empaque, o incluso la estética de un establecimiento a fin de confundirse con sus competidores (40).

En la sentencia 675/2014, de 3 de diciembre, el Tribunal Supremo español afirmó que, dado que toda imitación implica beneficiarse del esfuerzo del imitado, se ha impuesto una interpretación de la prohibición de imitación que no deje sin contenido efectivo la regla de libre imitación de las prestaciones ajenas no amparadas por un derecho de exclusiva, pero que, además, respete la función de la Ley de Competencia Desleal como instrumento de protección del mercado y de quienes en él concurren.

Desde luego que esta posibilidad de emancipación tiene fronteras. Uno de los límites al denominado "derecho a imitar" está constituido por el "deber de diferenciación" que se exige a los proveedores que emplean formas que son comunes en el mercado. Este límite se refiere a que, si bien los concurrentes en el mercado tienen derecho a imitar, tienen sin embargo el deber jurídico de evitar, en observancia de la buena fe comercial, que alguna imitación que desarrollen genere confusión respecto del origen empresarial de los productos o servicios que colocan en el mercado o de los establecimientos utilizados para tal fin; y un aprovechamiento indebido de la reputación que corresponde a otro concurrente en el mercado (41).

(38) En esa tesis Tribunal Supremo español, sentencia 357/2017 - ECLI: ES:TS:2017:357 Id Cendoj: 28079110012017100066, 2/2/2017, recurso: 1395/2014, resolución: 64/2017, ponente: Ignacio Sancho Gargallo.

(39) GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián, *Competencia desleal...*, cit., p. 174.

(40) BERTAZZI, Juan C., "Publicidad comparativa en la nueva legislación de defensa de la competencia. Interpretación y juego de normas", LL del 22/5/2019, p. 5.

(41) Resolución 030-2005/CCD-INDECOPI (Perú), emitida en el procedimiento iniciado por denuncia de

Portellano Diez distingue tres subespecies de competencia desleal por imitación, esto es: por aprovechamiento de reputación, por obstaculización y por confusión ajena. La primera y la última se encuentran expresamente receptadas en el inc. h) y, a su vez, la primera también en el inc. g) que ahora nos ocupa, pero no así la segunda hipótesis mencionada por el citado jurista español (por obstaculización)(42), regulada en el art. 11.3 de la Ley de Competencia Desleal española, esto es, cuando una estrategia de imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales se halle directamente encaminada a obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que pueda reputarse una respuesta natural del mercado.

La legislación española contempla la hipótesis de “imitación desleal por aprovechamiento de esfuerzo o reputación ajena” en el inc. 11.3. Con una técnica semejante, la última parte del art. 10, inc. h) de nuestra legislación contempla este supuesto de imitación desleal por aprovechamiento de esfuerzo o reputación ajenos, que no es otra cosa que un supuesto específico de explotación que se consigue mediante “imitación”, mientras que en el inc. g) del art. 10 (semejante al art. 12 español), este aprovechamiento podría obtenerse por otros medios que no sean imitación propiamente dicha (43).

Por cierto que, para que se tipifique la conducta de imitación, no necesariamente debe mediar “reproducción mecánica” (44).

“Bembos SAC c. Renzo’s Pollería Restaurant Snack SRL”, tramitado bajo expediente 104-2004/CCD.

(42) PORTELLANO DIEZ, Pedro, *La imitación en el derecho de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, ps. 50, 201, 261 y ss.

(43) Cfr. OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHANCOURT, Juan J., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 210.

(44) Tribunal Supremo español, sentencias: 888/2010, del 30 de diciembre; 792/2011, del 16 de noviembre; 675/2014, del 3 de diciembre. En la primera de esas sentencias se dijo: “Aun cuando es cierto que el supuesto de reproducción mecánica será el más general o normal de los constitutivos de la conducta ilícita de imitación con aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, no resulta razonable limitar al mismo el ámbito del precepto hasta el punto de excluir imitaciones ‘sin reproducción mecánica’ en las que hay un alto grado de semejanza, de práctica identidad, aunque concurren

En este supuesto específico de explotación de la reputación ajena por imitación, el acto desleal consiste en imitaciones que atenten contra el funcionamiento competitivo del mercado, ya sea porque resulta idónea para hacer que los consumidores asocien la prestación comercial con la de un tercero (confusión) o implique una apropiación indebida de reputación o esfuerzo ajeno (45).

En un caso reciente español (46) se discutió la existencia de un acto de imitación desleal con aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno que consistió básicamente, en que planos de alto contraste visual destinados a permitir su consulta por personas con deficiencias visuales constituirían una novedad ideada y creada por la empresa *Zure Leku*, que otra firma *Nekar* conoció al entrar en la web restringida de aquella y tomar conocimiento de las características de estos planos mediante las claves que le proporcionó un tercero sin permiso de *Zure Leku*. *Nekar* utilizó exactamente los mismos colores, de entre las varias combinaciones posibles y, lo que es más relevante, la misma configuración gráfica al colocar cada color en los mismos lugares en que figuran en el plano elaborado por *Zure Leku*. Por ello, el tribunal de segunda instancia consideró que *Nekar* copió las características del plano ideado por la actora, y lo hizo utilizando un acceso no permitido al sistema informático de *Zure Leku* en fechas inmediatamente anteriores a que *Nekar* publicara los nuevos planos de alto contraste en su página web, sin dar tiempo a su creadora, *Zure Leku*, a publicarlos. Lo expuesto muestra que se cumplieron los requisitos exigidos por la jurisprudencia (47) para que exista imitación,

variaciones inapreciables o que se refieran a elementos accidentales o accesorios, o diferencias de muy escasa trascendencia, siempre que se den los elementos básicos de ahorro o reducción significativa de costes de producción o comercialización más allá de lo que se considera admisible para el correcto funcionamiento del mercado y falta de justificación, pues el aprovechamiento ha de ser ‘indebido’, como exige el precepto legal...”

(45) DEL PINO, Miguel - PERUZZOTTI, Mariano, “Nuevo Régimen de Lealtad Comercial...”, cit., ps. 12 y ss.

(46) Tribunal Supremo español, sentencia 1629/2017-ECL: ES:TS:2017:1629 Id Cendoj: 28079110012017100248, 26/4/2017, recurso: 2086/2014, resolución: 254/2017, ponente: Rafael Saraza Jimena.

(47) Vid. Tribunal Supremo español: sentencias 887/2007, del 17 de julio; 1167/2008, del 15 de diciembre.

esto es, se han copiado elementos esenciales, no accidentales o accesorios, con singularidad competitiva. Como conclusión, *Nekar* obtuvo una posición concurrencial ventajosa basada en el aprovechamiento indebido del esfuerzo desarrollado por *Zure Leku* en la consecución de una configuración gráfica de los planos urbanos que permitiera su utilización por personas con deficiencias visuales.

En otro precedente, la firma *Nike* alegó que patrocinaba distintas selecciones y clubes de fútbol a cambio de distribuir y vender en exclusiva, a nivel mundial, las camisetas y uniformes con los colores, marcas y emblemas de sus equipos, añadiendo que había empresas (entre ellos la demandada *Nosko* Europa, SL) que se aprovechaban de la reputación de *Nike* y de los clubes que la misma “esponsorizaba” y, en particular, de los esfuerzos publicitarios que llevaba a cabo, para poner en el mercado las mismas camisetas, al vender imitaciones sin el signo identificativo de *Nike*, pero con los escudos de los clubes y la publicidad que aparecía en las camisetas, desconociendo sus derechos de exclusiva. El Supremo Tribunal español ratificó la regla según la que la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, con dos excepciones: que estas estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley y que la imitación sea desleal por resultar idónea para generar la asociación por parte de los consumidores con respecto a la prestación o por comportar un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. En el caso, se juzgó que la comercialización por *Nike* de las camisetas oficiales es resultado de su esfuerzo comercial para la obtención contractual del derecho de exclusiva y de su labor de patrocinio en exclusiva de los referidos clubes y selecciones de fútbol y la conducta de la demandada obstaculiza el normal desarrollo de la actividad de *Nike*, por invadir su esfera de exclusiva, impidiendo, por ejemplo, la explotación de su posición concurrencial exclusiva en el mercado, procurándole a la accionada un provecho propio que no deriva de la eficiencia de sus prestaciones, de modo que la venta de las imitaciones de las camisetas oficiales, patrocinadas y distribuidas en exclusiva por *Nike*, no es expresión de una conducta de competencia por méritos o por eficiencia de las

propias prestaciones, sino de una conducta de obstaculización desleal de la actividad de *Nike* en el mercado y, por tanto, sancionable (48).

## VI. Uso de marca notoria

Una problemática actual, vinculada al aprovechamiento de reputación ajena, viene dada por el uso de marca ajena como patrones de exploración en Internet. Las empresas incluyen en sus sitios web *metatags* que están vinculados a los productos o servicios que promocionan. Por ejemplo, un sitio de venta de zapatos incluiría, como *metatags*, los términos: “calzado, zapato, zapatilla” (49). No obstante, tal técnica fue objeto de abusos y las empresas comenzaron a incluir, entre sus *metatags*, marcas de la competencia a fin de atraer clientes e intentar obtener un desvío de clientela a su favor.

Esto dio lugar a conflictos en la jurisprudencia europea y norteamericana, que merece repasarse siquiera someramente.

### VI.1. Jurisprudencia norteamericana

Siguiendo la descripción de Rizzo Jurado (50), uno de los primeros casos de *metatagging* en los Estados Unidos fue el de “Oppedahl & Larson v. Advanced Concepts”, en el año 1997 (51). En este asunto, una prestigiosa oficina de abogados norteamericana *Oppedahl & Larson* demandó a *Advanced Concepts* por haber incluido en las páginas de red de sus clientes (otros estudios jurídicos) repetidas veces en sus *metatags* el nombre de la actora. De esta manera, cada vez que un usuario de Internet introducía, en algún

(48) Tribunal Supremo español, sentencia 5212/2014 - ECLI: ES:TS:2014:5212, Id Cendoj:28079110012014100662, 29/10/2014, recurso: 738/2013, resolución: 570/2014, ponente: José Ramón Ferrandiz Gabriel.

(49) Vid. PALAZZI, Pablo, “La responsabilidad del buscador por el uso de la marca ajena en enlaces patrocinados con fines de publicidad en internet”, *Revista Latinoamericana de Propiedad Intelectual*, 2011, p. 5.

(50) RIZZO JURADO, Marco, “Usos de marcas ajenas en Internet. Publicidad referencial y disparadores de nuevos desafíos”, RDCO 257, p. 66. También puede verse: AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos, “Los Metatags en el Comercio Electrónico. Un Análisis de la Jurisprudencia Norteamericana y la Doctrina Española”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, nro. 2, 2006, ps. 245-257.

(51) Civ. Nro. 97-Z-1592 (D. C. Colorado, 23/7/1997).

buscador, el nombre de la firma, aparecerían junto a ella una larga lista de las páginas de sus competidoras. La Corte de Denver juzgó que el uso no autorizado de estos términos por el demandado constituía una infracción marcaria y un acto de competencia desleal, ordenando a los demandados a cesar en su uso (52).

Otro conocido precedente es “Playboy Enterprises Inc. v. Calvin Designer Label” (53), en donde el demandado utilizaba, repetidamente, las marcas *Playboy* y *Playmate* en sus sitios web (54). La Corte de distrito resolvió que este uso configuraba una infracción a las marcas de la actora bajo los principios de la *Lanham Act*, aun cuando el uso de las marcas fuese invisible para el público, con fundamento en la teoría de la dilución marcaria.

En cambio, la demanda de la misma empresa actora fue desestimada, entendiendo que mediaba utilización legítima en los *metatags* de la marca o de los signos distintivos ajenos, en el caso “Playboy Enterprises v. Welles” (55). Allí la empresa *Playboy Enterprises Inc* accionó contra *Terri Welles* por el uso de las marcas *Playboy* y *Playmate* en los *metatags* de su página. La accionada, que había sido modelo de esas marcas, incluyó estas dentro de sus *metatags*, aclarando en el hipertexto de su página que no estaba auspiciada ni vinculada en forma alguna a la empresa. La demanda fue rechazada por la sentenciadora, argumentándose que la accionada simplemente usaba la referencia como medio

de describirse a sí misma de una manera apropiada en su vida profesional, sin buscar confundir de manera alguna al público con respecto a la procedencia de la misma.

En otros fallos se entendió que el uso de una marca ajena como *metatag* constituía un legítimo uso interno, que no se comunicaba al público (56).

Ahora bien, en “*Brookfield v. West Coast Entertainment Group*” (57) se desarrolló la teoría de la confusión inicial (*initial interest confusion*). El tribunal sostuvo que no resultaba razonable que un usuario creyera que existiera algún vínculo entre *Brookfield* y *West Coast* por la sola circunstancia de aparecer el sitio del demandado como resultado de la búsqueda del término *Moviebuff*. No obstante ello, se juzgó que el caso sí configuraba una infracción marcaria, por cuanto el uso no autorizado de *Moviebuff* como *metatag*, “desviaba inicialmente la atención” de los consumidores que buscaban los productos de *Brookfield* hacia los productos de *West Coast*. De esta forma, el demandado se aprovechaba indebidamente del prestigio y reputación de la marca de la actora, ocasionando el desvío de clientes de *Brookfield*, a su favor. Y ello era así, aun cuando finalmente no se completara ninguna venta como resultado de la confusión. La teoría de la *initial interest confusion* fue acogida en diversos fallos posteriores (58).

## VI.2. Jurisprudencia europea

En un caso español, *Orona S. Coop* interpuso una demanda contra *Citylift SA* en la que solicitó que se declarara que la utilización de la marca *Orona* como *keyword* o palabra clave

(52) El caso era particularmente difícil de argumentar de acuerdo a la legislación estadounidense ya que, en Texas, lugar donde se desarrolló el litigio, los nombres de los estudios jurídicos no tienen consideración de marcas.

(53) Civ. Nro. C-97-3204 (N. D. California, 8/9/1997).

(54) En el antecedente, tales sitios daban la falsa apariencia de ser auspiciados por *Playboy Enterprises Inc*, toda vez que incluían frases que inducían a pensar al usuario que dichos sitios pertenecían o estaban de alguna manera autorizados por tal empresa. Amén de ello, en los *metatags* se encontraban numerosas referencias a *playboy* y *playmate*, lo que ocasionaba que los usuarios que intentasen encontrar el sitio en la red que pertenecía a *Playboy Enterprises Inc*, a través de un buscador, fuesen desviados hacia los sitios pertenecientes a la demandada, en la errónea creencia de haber logrado su objetivo.

(55) N° 98-CV-0413-K JFS (SD CA, 22 de abril, 1998).

(56) Tribunal del Distrito de New York, 12/6/2007, “*FragranceNet.com, Inc. v. FragranceX.com, Inc.*”, caso 2:06-CV-02225.

(57) Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito, 22/4/1999, nro. 98-56918 U.S.

(58) “*Tdata Inc. v. Aircraft Technical Publisher*”, 2006 WL 181991 (S. D. Ohio, 23/1/2006); “*Venture Tape Corp v. McGills Glass Warehouse*”, 540 F. D 56 (Primer Circuito, 2008); “*Ely Lilly & Co. v. Natural Answers Inc.*”, 233 F.3d 456 (Séptimo Circuito, 21/11/2000); “*Finance Express, LLC v. Nowcom Corp.*”, 564 F. Supp. 2d 1160 (C. D. Cal. 2008); “*Cintas Corp. v. Unite Here*”, 2009 WL 604099 (S.D.N.Y., 9/3/2009). Conforme RIZZO JURADO, Marco, “Usos de marcas ajenas...”, cit., ps. 66 y ss.

de búsqueda en el servicio de anuncios patrocinados o *adwords* en un buscador de Internet y en particular en *Google*, por parte de *Citylift*, constituía una infracción de marca, y que el anuncio contratado por *Citylift* con *Google* usando *Orona* como palabra clave en las búsquedas constituía un acto de publicidad ilícita y de competencia desleal. El Juzgado Mercantil de primera instancia consideró que la conducta de *Citylift* no constituía una infracción marcaria. Apelada la sentencia por *Orona*, el tribunal de segunda instancia (Audiencia Provincial) confirmó el pronunciamiento desestimatorio de la acción marcaria, pero revocó el pronunciamiento desestimatorio de la acción de competencia desleal. Este tribunal, entendió la situación encuadrable en el art. 12 de la Ley de Competencia Desleal española, en tanto *Orona* es una entidad líder en el diseño, fabricación, instalación, mantenimiento y modernización de soluciones de movilidad, tales como ascensores, de probada reputación industrial y comercial y *Citilift SA* es su competidora. La conducta suponía el aprovechamiento indebido de la reputación ajena, en indudable beneficio propio, pues precisamente se eligió la palabra *Orona* porque condensaba la fama, el buen nombre y el crédito en el mercado. La elección de la demandada no había sido casual, se limitó a utilizar, pagando por ello, la palabra que los internautas introducían en el motor de búsqueda de *Google*; palabra (coincidente con su denominación social y con varias marcas registradas) que, gracias a la inversión y esfuerzo de la actora, es conocida por la generalidad de los consumidores interesados en servicios de mantenimiento de ascensores y que de este modo, sin esfuerzo alguno, la demandada se colocó en el mercado, gracias al prestigio de la actora.

Deviene atrayente el fallo de segunda instancia, porque demarca las normas de competencia desleal, de las marcarias que, si bien pueden solaparse, no se confunden. Tal aseveración es ratificada por el Tribunal Supremo español, al precisar que “la normativa sobre marcas y la normativa sobre competencia desleal cumplen funciones diferentes. Mientras que la primera protege un derecho subjetivo sobre un bien inmaterial, un derecho de exclusiva generador de un *ius prohibendi* en su titular, la segunda protege el correcto funcionamiento del mercado,

de modo que la competencia se realice por méritos o por eficiencia de las propias prestaciones y no por conductas desleales” (59).

La coexistencia entre la normativa marcaria y la de defensa de competencia fue caracterizada, por el Tribunal Supremo español, con motivo de conflictos de este tipo, como de una “complementariedad relativa” (60). Partiendo de la distinta misión que cumplen las normas de competencia desleal y las de marcas, el criterio de la complementariedad relativa sitúa la solución entre dos puntos: de una parte, la mera infracción de estos derechos marcarios no puede constituir un acto de competencia desleal; y de otra, tampoco cabe guiarse por un principio simplista de especialidad legislativa, que niega la aplicación de la Ley de Competencia Desleal cuando existe un derecho exclusivo reconocido en virtud de los registros marcarios a favor de sus titulares y estos pueden activar los mecanismos de defensa de su exclusiva (61). No obstante ello, entendió el Tribunal Supremo español en el caso *ut supra* relatado, que si consiguen superar el control propio de la Ley de Marcas, no es posible que esos mismos hechos constituyan competencia desleal por las mismas razones relevantes para realizar el enjuiciamiento de la licitud de su conducta con base en la normativa marcaria, por lo que revocó el fallo de segunda instancia que condenaba a la demandada por violación de la legislación de competencia desleal.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea trató la ya aludida cuestión de las *keywords* en varios asuntos en los que se demandó a *Google*, donde las *keywords* eran elegidas para derivar a sitios en los que se comercializan bien imitaciones de productos del titular de la marca (62), o

(59) Tribunal Supremo español, sentencia 541/2017 - ECLI: ES:TS:2017:541 Id Cendoj: 280791 10012017100090, del 15/2/2017 recurso: 1475/2014, resolución: 94/2017. Especialmente fundamento de derecho tercero, consid. 1.

(60) Tribunal Supremo español, sentencia 450/2015, del 2 de septiembre. En igual sentido, sentencia 95/2014, del 11 de marzo.

(61) Tribunal Supremo español, sentencia 586/2012, del 17 de octubre.

(62) TJUE, 23/3/2010, “Google France SARL, Google Inc. y Louis Vuitton Malletier SA” (Asunto C-236/08).

bien productos competidores (63). Se juzgó que *Google* no hacía por sí mismo “uso” de dichos signos, y no cambiaba este resultado el hecho de que *Google* hubiese recibido un pago por el uso de los *keywords*. En cambio, opinó que los clientes hacían uso de los signos, aunque estos luego no aparecieran en su propia publicidad. Sin embargo, para que dicho uso estuviese prohibido debía “menoscabar las funciones de la marca” (64). Consecuentemente la utilización de la *keyword* por sí sola no sería ilegal, según el criterio transcripto. El Tribunal Címero de la Unión Europea confirmó esta tesis en *Interflora* (65), donde se indicó que el uso de la marca en la *keyword* sería ilegal si la publicidad mostrada a partir de la palabra clave no permitía al consumidor “normalmente informado y razonablemente informado” (66) determinar si

los productos o servicios anunciados provienen del titular de la marca o de un tercero.

En el viejo continente ha generado debate el uso publicitario de la marca del medicamento original por parte de los laboratorios de genéricos. Tal práctica ha sido estimada como acto de competencia desleal, por explotación del prestigio ajeno (67). Se razonó que mediaba uso injustificado de la marca del medicamento original para promocionar un medicamento genérico y publicidad adhesiva, destinada exclusivamente a equiparar la oferta propia con la del competidor y aprovecharse así de la reputación y el prestigio que, merced a sus esfuerzos y sus inversiones, el laboratorio innovador ha generado, con lo que media existencia de infracción marcaria y de actos de competencia desleal (68).

(63) TJUE: “Google France y Viaticum SA, Luteciel SARL” (Asunto C-237/08); “Google France SARL y Centre de Recherche en Relations Humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Ravoin, Tiger SARL” (Asunto C-238/08).

(64) A saber, la de “indicación de origen” o “la consistente en garantizar la calidad de ese producto o servicio, o las de comunicación, inversión o publicidad” (Cfr. OTAMENDI, Jorge, “Ley de marcas, metatags y keywords”, LL 2012-B-1178).

(65) TJUE, 24/3/2011, “Interflora Inc., Interflora British Unit c. Marks & Spencer plc Flowers Direct Online Limited”, causa C-323/09.

(66) El Tribunal de la Unión Europea utiliza comúnmente la restrictiva noción de “consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”, para los casos de información y publicidad, consagrada en la sentencia “Gut Springenheide” (sentencia del 16/6/1998, asunto C-210/96, fundamento jurídico 31); tan distante de los parámetros —muchísimo menos exigentes— que afortunadamente se utilizan en nuestro medio local para juzgar la existencia de una publicidad ilícita. Aquel criterio fue receptado por el Tribunal Supremo español (sala Civil, 28/4/2014, Id Cendoj: 28079110012014100319, ponente: Rafael Saraza Jimena). Rechazamos dicha tesis, puesto que —como bien grafica Barocelli— el concepto de consumidor medio parecería ser una versión 2.0 del “buen padre de familia”, por el que se instituye una lógica de vulnerabilidades *in concreto* (BAROCELLI, Sergio S., “Consumidores hipervulnerables. Hacia la acentuación del principio protectorio”, LL del 23/3/2018, ps. 1 y ss.), que contraría la debilidad estructural en abstracto que es de la esencia del consumidor. Algunos sectores del derecho de la Unión Europea darían cuenta de esa controversia entre ambos conceptos, como por ejemplo surgiría del considerando 18 de la propia Directiva 2005/29/

### VI.3. La cuestión en nuestro país

En nuestro país se ha replicado el debate comparado, aunque con mucha menor intensidad. Mientras algunos autores opinan que usar la marca de otro ya sea en el origen o manera oculta en el sitio, solo con el objetivo de provocar que el sitio aparezca cuando la marca es ingresada en una máquina de búsqueda, toma ventaja desleal de la reputación ajena, otros —como Otamendi— entienden que recurrir a un *metatag* o a una *keyword* formados por una marca de un tercero no pueda *per se* provocar confusión, sino que esta podría ser causada por

CE (*vid.* SAHIÁN, José H., “Nuevo desafío de la tutela al consumidor. El derecho de acceso al consumo o mercado”, RDCO 292-201; ídem, SAHIÁN, José H., *Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores: diálogo con los derechos humanos*, La Ley, Buenos Aires, 2017, ps. 104-105).

(67) Pueden verse las sentencias del Juzgado de lo Mercantil Nro. 1 de Madrid, confirmadas por la Audiencia Provincial de Madrid sección 28ª de 9 de enero de 2015 y, sobre todo, la del Juzgado de lo Mercantil Nro. 1 de Alicante, en los casos de la “rivastigmina” y el “montelukast”.

(68) GALLEGO MONTOYA, Alfonso - GONZÁLEZ NAVARRO, Blas A., “El empleo de la marca ajena en la promoción del medicamento genérico y el aprovechamiento de la reputación del innovador”, *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, Instituto de Derecho y Ética Industrial (IDEI), Madrid, nro. 75, enero-abril 2015, p. 106.



el sitio del competidor, pero no por algo que el consumidor no ve (69).

En un reciente asunto, la actora (*Veraz*) y la demandada (*Open Discovery*) resultaban ser competidores en la venta de informes comerciales y ambas ofrecían canales *online* de venta de dichos productos. La actora tenía más de 60 años en el mercado, mientras que la demandada se había constituido recientemente y había comenzado a operar solamente en Internet. Dado que era desconocida en el mercado, la demandada comenzó a usar la marca notoria *Veraz* como palabra clave para poder aparecer en Internet con anuncios frente a consumidores que buscaban a la actora por su marca. En el caso se concluyó que el competidor incurrió en competencia desleal cuando usó la marca de la actora para generar publicidad *online* y efectuar desvío de clientela (70).

El novedoso fallo considera que el uso de la marca ajena como palabra clave constituye una infracción. Según se explica en el precedente, el uso de una marca ajena, por quien no es su titular, puede ser, p. ej., como propia o como ajena. La primera hipótesis está alcanzada por el art. 31 inc. a) de la Ley de Marcas, en tanto afecta la principal función de la marca, cual es, la distintiva. En cambio, no es clara la violación de la marca ajena bajo el reconocimiento de que no se trata de una marca propia, usualmente como un factor de atracción de la marca propia. Dentro del segundo supuesto, no todo uso de una marca ajena es ilícito. Por ejemplo, será lícito el uso por revendedores o distribuidores, el uso para indicar compatibilidad con repuestos o accesorios y el uso relacionado a servicios técnicos o de reparación. Si estos usos no sugieren la existencia de un vínculo o asociación entre el tercero y el titular de la marca, no aprovechan indebidamente el prestigio o el poder de atracción de la marca ajena y no dañan o denigran su reputación o distintividad, esto

(69) OTAMENDI, Jorge, "Ley de marcas, metatags y keywords", cit., ps. 1178 y ss.

(70) CNFed. Civ. y Com., sala III, 4/5/2018, "Organización Veraz SA c. Open Discovery s/cese de uso de marca"; con comentarios favorables en: CABANELLAS, Guillermo - PALAZZI, Pablo A., "Marcas y competencia desleal en Internet", LL del 18/2/2019, p. 4.

es, no se produce interferencia con el ámbito de protección que confiere la marca. La adopción de una marca ajena como palabra clave por parte de un competidor constituye un ilícito marcario y, como tal, un acto de competencia desleal, susceptible de generar el deber de reparar los perjuicios causados, así lo sostiene una fracción de nuestra doctrina (71).

Distinto sería el caso del mercado virtual, que usa la *keyword* para informar de la presencia de ciertos productos en su plataforma *online*. Según Cabanellas y Palazzi, este parecería ser más un uso referencial que competitivo. Si el mercado virtual vende productos legítimos u originales, este tiene derecho a informarlo al público, con mención de los datos que identifican al producto incluyendo la marca. No habría ilicitud, salvo que el mercado virtual deje de tener un rol neutro y use la *keyword* para llevar al consumidor a productos falsificados.

Por otra parte, en ciertos precedentes se juzgó que los demandados eran responsables por infracción de marcas al permitir que los usuarios de sus plataformas electrónicas vendieran productos *Nike* falsificados. Ambos tribunales concluyeron que tanto *De Remate* como *CMD* no eran meros intermediarios neutrales, sino que tuvieron un papel activo (72).

Cabe preguntarse si mediando aprovechamiento indebido de una denominación de origen, esa conducta supone una infracción específica de la protección dispensada a las denominaciones de origen y, al mismo tiempo, integra el ilícito concurrencial tipificado en el art. 10, inc. g) del decreto de Competencia Desleal. García Vidal opina que puede acontecer, pero no porque se constate la infracción de la denominación de origen protegida se deberá concluir inexorablemente la existencia de com-

(71) Según PAPAÑO, Javier A., "Buscadores de Internet, palabras clave y uso de marca ajena", LL del 26/7/2018, p. 6.

(72) CNFed. Civ. y Com., sala I, 5/5/2015, "Nike International Ltd. c. DeRemate.com de Argentina SA s/cese de uso de marcas y daños y perjuicios", causa 2060/2008; CNFed. Civ. y Com., sala III, 21/5/2015, "Nike International Ltd. c. Compañía de Medios Digitales CMD SA s/cese de uso de marcas", causa 3239/2007.

petencia desleal, sin que se verifique una motivación específica (73).

## VII. Publicidad comparativa o adhesiva

i. El aprovechamiento de la reputación ajena se viabiliza, en muchas ocasiones, a través de la publicidad. Hay distintos tipos de publicidad nociva: engañosa, desleal (que a diferencia de la anterior, afecta directamente a los competidores e indirectamente a los consumidores), subliminal, abusiva y la comparativa ilícita (74).

ii. La denominada “publicidad comparativa” se encuentra ahora reglada de modo diferenciado en el art. 15 de la legislación argentina de lealtad comercial, y también como uno de los supuestos de competencia desleal en el art. 10, inc. m). El legislador decidió regularla duplicadamente (75).

Siguiendo estándares internacionales (76) y el lineamiento “legalizante” del art. 1101, inc. b) del Código Civil y Comercial, se concede la publicidad comparativa, con condicionamientos (77). La tendencia se inclina por la licitud,

(73) GARCÍA VIDAL, Ángel, “La protección de las denominaciones de origen contra los supuestos de evocación: los casos ‘Mejillón de Galicia’ y ‘Champim’”, en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, nro. 78, mayo-agosto, 2016), Instituto de Derecho y Ética Industrial, Madrid, 2016, p. 112.

(74) SCHIAVI, María V., “La incidencia de la publicidad en la decisión de consumo”, RCyS 2012-XII-36.

(75) En el sistema comunitario europeo también existe una duplicidad de regulación de la publicidad comparativa, en la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y comparativa y en la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales. Pero ello se entiende, porque en el primer caso, conforme se desprende del art. 5º, parecería que los legitimados activos eran solo los comerciantes y competidores, mientras que de la regulación de la segunda no queda duda que son los consumidores los que pueden accionar frente a la publicidad comparativa. Por tanto, la segunda reglamentación tuvo en miras la ampliación de legitimación activa apuntada.

(76) *Vid.* Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12/12/2006.

(77) HEREDIA QUERRO, Sebastián, “Información en el comercio, publicidad y promociones empresariales en el ‘nuevo’ régimen de competencia desleal”, LL del 22/5/2019, p. 15.

porque favorece la protección del consumidor y la competencia, en tanto incrementa la información (78).

Uno de los subtipos de la publicidad comparativa es aquella “por asimilación”, en la que se pretende insertarse en el mercado asimilándose a su líder en el producto o actividad en particular. Esto implica apropiarse, de forma oblicua, del buen nombre que el competidor ha ganado en el mercado, obteniendo un posicionamiento indebido dentro del mercado relevante en particular (79).

Precisamente uno de los supuestos de publicidad comparativa ilícita se presenta cuando se persigue obtener indebidamente ventaja de la reputación de una marca de algún competidor o de las denominaciones de origen ajenas. Este supuesto ha sido literalmente tomado de la Directiva 2006/114/CE de la Unión Europea, que en su art. 4º, inc. f), dispone que la publicidad comparativa se encuentra aceptada en la medida que “no obtenga indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores”. En semejante tesitura la Directiva europea 97/55, en su art. 3º bis, establecía entre las condiciones de admisibilidad de la publicidad comparativa la “que no saque indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores” (inc. g)).

Y en semejantes términos el art. 15 inc. e) del dec. 274/2019.

Es que uno de los efectos nocivos de la publicidad comparativa es la posibilidad de generar confusión entre el anunciante y un competidor, entre marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos o los bienes y servicios del anun-

(78) CHAMATROPULOS, Demetrio A., “La publicidad prohibida y sus subtipos en el Código Civil y comercial”, RCCyC 2015 (diciembre), p. 229; LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 187.

(79) BERTAZZI, Juan C., “Publicidad comparativa en la nueva legislación...”, cit., p. 5.

ciante y los de algún competidor(80), como bien los explican Del Pino y Peruzzotti(81).

El objetivo es la utilización de marcas de un competidor para obtener una rápida asimilación a su posición en el mercado, por su poder identificatorio claro, tanto de productos como de insignias comerciales(82). De ahí su protección en carácter de propiedad de quien las detenta, otorgando la exclusividad de su uso (art. 4º, ley 22.362).

iii. Por contraposición a la publicidad lícita comparativa existe una expresión de la publicidad que utiliza igualmente bienes o servicios de un competidor, pero no para compararse, distinguirse, diferenciarse, y es esta publicidad “adhesiva” o “parasitaria”, que conduce a la explotación de una reputación no propia sino ajena. Puede inferirse entonces que una de las manifestaciones de la explotación de reputación ajena es la “*publicidad adhesiva o parasitaria*”.

Antes de la regulación, un sector de la doctrina sostenía que la publicidad comparativa constituía un uso indebido de la marca ajena y era necesariamente parasitaria, entendiendo que quien utiliza la marca ajena pretende asociar su imagen a la marca propia y colocarla en

---

(80) Art. 3º bis de la Directiva 84/450 sobre publicidad engañosa y comparativa. La prohibición de riesgo de confusión se repite en la posterior Directiva 2006/114/CE (art. 4º).

(81) DEL PINO, Miguel - PERUZZOTTI, Mariano, “Nuevo Régimen de Lealtad Comercial...”, cit., ps. 12 y ss.

(82) BERTAZZI, Juan C., “Publicidad comparativa en la nueva legislación...”, cit., ps. 5 y ss. Agrega: “La utilización de una marca ajena, en una publicidad propia, es un caso clásico de comparación directa (hoy asimilada en sus efectos a la comparación indirecta; el DNU refiere a alusión explícita o implícita), y en el caso de la publicidad comparativa normalmente tiende a beneficiarse del prestigio ganado por el competidor, representado e individualizado a través de su marca. Es que el supuesto de obtener una ventaja de la ‘reputación de una marca de algún competidor’ está siempre presente en la publicidad comparativa; como se dijo ya en repetidas ocasiones, es casi un caso de laboratorio, de muy improbable verificación, que en la publicidad comparativa se utilice como competidor comparado a ‘uno del montón’. No puede imaginarse un caso en el cual se refiera a una marca sin pretender beneficiarse de su prestigio”.

un nivel a veces superior(83). En la publicidad adhesiva o parasitaria, el anunciante pretende equiparar su oferta a la de uno o varios competidores buscando aprovecharse del prestigio, reputación o renombre que estos tengan en el mercado a partir de su esfuerzo e inversión en la calidad de sus prestaciones, investigación, publicidad y marketing, entre otros.

El profesor español De la Cuesta destaca la concomitancia del aprovechamiento de reputación ajena con la publicidad “relacionada, adhesiva o apoyada”. Es tal aquella que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones(84). Mediante esta modalidad publicitaria, el anunciante busca apropiarse de la reputación ajena en beneficio propio, tratando de atribuir a sus propios productos la buena fe, la lealtad del público con la otra marca, producto o servicio de la competidora(85).

Normalmente, pero no siempre, aparecen implicados productos del mismo rubro. Kemelmajer de Carlucci comenta un fallo de la Corte de Apelaciones de París, decidido el 15/12/1993, en el que se había resuelto la ilicitud de la utilización del signo distintivo *Champagne* para designar un perfume por parte de *Yves Saint Laurent*. En el caso se hizo lugar al reclamo formulado por el *Comité Interprofesional de Vino Champagne* porque la presentación del perfume por parte de la accionada recordaba el corcho característico del champagne y la publicidad estaba armada con la imagen y las sensaciones gustativas de la felicidad y fiesta que esta bebida evoca(86).

Consecuentemente, concluye Ondarcuhu que la publicidad adhesiva constituye un modo pa-

---

(83) Según describe TAJAN DE SAA, Guillermina, “Consideraciones sobre un caso reciente de publicidad comparativa”, RDCO 256-456.

(84) DE LA CUESTA, José M., Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena”, en *La regulación contra la competencia desleal en la ley de 10 de enero de 1991*, Madrid, 1992, p. 47.

(85) ONDARCUHU, José I., “Publicidad de los productos”, SJA del 11/9/2013, p. 3.

(86) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Publicidad y consumidores”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1994, nro. 5, p. 103.

rasitario de publicitar generando confusión en el público y aprovechándose indebidamente del prestigio de la marca competidora; implicando un supuesto de competencia desleal y de alteración de la transparencia del mercado (87).

La doctrina alemana considera desleal el aprovechamiento parasitario del fabricante que vende sus productos como sustitutivos de aquellos de un competidor, o pretende que son tan buenos como los del rival o indica que empleados suyos son altamente calificados por haber trabajado antes para un prestigioso competidor (88).

iv. La *parodia* también puede presentarse como una forma parasitaria de la marca objetivo. Desde luego que las parodias exitosas a las marcas, cuando sean denigratorias o generen confusión respecto a su patrocinio o a su origen, serán reprochables, por estos dos aspectos. Pero ¿qué acontece cuando no se presentan esas características *per se* condenables? Subyace en el pensamiento de Núñez que la asociación con la marca notoria por la marca paródica produce en el consumidor una atracción que se traduce en ventas y, ante ello, el *free riding* (parasitismo) puede ser considerado como un supuesto de hecho de la acción por dilución marcaria (además de los supuestos de difuminación y menoscabo), puesto que la construcción de una marca en torno a otra luce como un caso clásico de parasitismo con el parodista aprovechando el atractivo de la marca parodiada, en la opinión del autor citado (89).

(87) ONDARCUHU, José I., “Publicidad de los productos”, cit., ps. 3 y ss.

(88) RIEMER, Dietrich, *La répression de la concurrence déloyale en Allemagne*, Económica, París, 1978, p. 203.

(89) NÚÑEZ, Javier F., “Criticanco a la marca de otro: la parodia marcaria en el derecho estadounidense”, SJA del 5/11/2014, p. 33. Concluye que “...algunos jueces estadounidenses, en aras de ser considerados guardianes inexpugnables de la libertad de expresión, han permitido sin justificación en derecho el aprovechamiento económico de la marca ajena en estos casos de parodias marcarias, muy especialmente en las marcas paródicas y, en menor medida, en las parodias a las marcas. De esta manera, han privilegiado erróneamente el interés público del *free speech* sobre los derechos de los titulares de marcas en situaciones en las cuales no debería haberse hecho, por cuanto la libertad de expresión no puede permitir la conculcación de derechos a través de

En el caso “Hard Rock Cafe Licensing Corp. v. Pacific Graphics, Inc.”, de 1991, el demandado vendía camisetas con la inscripción *Cafe Hard Rain* en la lluviosa ciudad de Seattle. Tras un análisis sobre la probabilidad de hallazgo de confusión con la marca notoria *Hard Rock Cafe*, el tribunal rechazó la defensa de parodia opuesta por el demandado, concluyendo que el objetivo de la similitud era capitalizar la popularidad de una marca famosa para el uso comercial propio del demandado (90).

### VIII. Conclusión

Como síntesis, dijo el Tribunal Supremo español: “...desde la perspectiva del principio constitucional de ‘libertad de empresa en el marco de la economía de mercado’ como debe orientarse la protección que a la inventiva e innovación industrial (...) tanto para eliminar los obstáculos que indebidamente se opongan o frenen la libre iniciativa empresarial, como también para establecer un claro límite a tal iniciativa con base en las exigencias de la buena fe y de la libre y leal concurrencia, a fin de garantizar, en definitiva, la protección del consumidor evitándole los riesgos de error o confusión entre los productos amparados por las marcas, garantía que se fundamentará en la necesaria exigencia en las mismas de un signo o medio material que señale y distinga perfectamente de los similares los productos por aquéllas amparados, evitándose, también, que con el parecido o semejanza con la denominación de otra marca pueda accederse al crédito o fama obtenida por la marca prioritaria” (91).

Partiendo de tal conclusión, destacamos la relevancia de la regulación y de la consiguiente actuación administrativa y judicial en pos de prevenir, castigar y resarcir los daños que produce el aprovechamiento abusivo de la reputación ajena, como conducta típicamente desleal, que encuentra justificación en los de-

la legitimación de supuestos de *free riding*, esto es, de lisa y llana competencia desleal”.

(90) 776 F. Supp. 1454, 1462 (WD Wash), 1991.

(91) Tribunal Supremo español, sentencia 5783/1990-ECLI:ES:TS:1990:5783 Id Cendoj:28079130011990101763, sala de lo Contencioso, 17/7/1990, Ponente: José María Ruiz-Jarabo Ferrán. En igual sentido: sentencias de 23 de julio y 26 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 6381 y 10058).

rechos de los consumidores, en la conveniencia de una competencia eficiente, pero también en el derecho fundamental a la libertad de empresa, como bien lo expresa el tribunal recién citado. En consecuencia, la importancia de la reglamentación *sub examen* es apreciable desde distintas dimensiones.

Se constituye como una ineludible manera de dar satisfacción al mandato constitucional proveniente del derecho fundamental a la “libertad de empresa” que, si bien no se encuentra explicitado, en esos términos en nuestra Carta Magna, indudablemente se infiere del derecho a ejercer industria lícita del art. 14.

En el marco de la economía de mercado, marca el delicado equilibrio entre la protección de la inventiva e innovación industrial y a la eliminación de los obstáculos que indebidamente se opongan o frenen la libre iniciativa empresarial, de forma tal de dar un eculizado cumplimiento con las exigencias de la buena fe, la necesidad de progreso y, esencialmente, de garantías a la libre y leal competencia, solapándose en este punto normas de protección de la propiedad intelectual, publicidad, competencia desleal y derecho *antitrust*, con tanta intensidad que exigen un vigoroso diálogo de fuentes.

Finalmente, tratándose de un diseño normativo donde se pondera especialmente el objetivo de evitar los riesgos de error o confusión, no puede sino concluirse que el destinatario último de la normativa tendiente a impedir el aprovechamiento de la reputación ajena no puede sino ser el consumidor o usuario. Encontramos aquí, un medio de satisfacción especialmente de los derechos fundamentales a los intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno, lo que también impone un diálogo de fuentes con los arts. 1097 a 1099 del Cód. Civ. y Com., conforme con lo dispuesto en el art. 3º de la Ley de Defensa del Consumidor (92).

---

(92) El art. 28 del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor explicita el diálogo de fuentes como metodología del Derecho del Consumidor (El anteproyecto fue realizado por una Comisión de expertos en la materia: Hernández —coordinador—, Stiglitz, Blanco Muiño, D'Archivio, Japaze, Lepíscopo, Ossola, Picasso, Sozzo, Tambussi, Vázquez Ferreyra, Wajtraub. Elevado el 6/12/2018 ante el Ministerio de Producción y Trabajo y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Ver SANTARELLI, Fulvio G. - CHAMATROPULOS Demetrio A. [dirs.], “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, publicado en Supl. Especial de Thomson Reuters-La Ley, LL Online: AR/DOC/587/2019).



# Las denominaciones de origen en el marco del nuevo Decreto de Necesidad y Urgencia sobre Lealtad Comercial

---

IRIS V. QUADRIO (\*) Y CAROL O'DONNELL (\*\*)

¿Es justo equiparar un champagne con un vino espumante que no sea de origen francés? ¿Qué información recibe el consumidor cuando se realiza esa equiparación? ¿Podría inducir a error una publicidad en la que se los equiparara?

Creemos que el nuevo DNU sobre lealtad comercial (DNU) puede dar respuesta a estas preguntas si tenemos en cuenta que su objetivo principal es mejorar las condiciones de competitividad en la economía, simplificar y dinamizar el comercio e integrar su sistema con la normativa sobre defensa de la competencia(1). Dado que esta finalidad alcanza tam-

bién al derecho de propiedad intelectual en general y a las denominaciones de origen (DOs) en particular, las que serán objeto del análisis de este capítulo, pensamos que la nueva normativa constituye un avance en la protección y reconocimiento de estos derechos de propiedad intelectual.

Para comprender de qué modo se pueden mejorar las condiciones de competitividad en la economía en relación con las DOs, conviene hacer un repaso y análisis de los antecedentes y protección de ese instituto en la Argentina.

Según lo establecido por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (2), tradicionalmente se ha considerado que las indicaciones geográficas (IGs) constituyen materia de propiedad intelectual. Luego veremos que las DOs son IGs —aunque con características adicionales— de manera que al referirnos a IGs estaremos refiriéndonos en sentido amplio a las DOs.

En el mismo sentido, Mitelman afirma que las IGs y las DOs forman parte del derecho industrial, ya que “constituyen signos distintivos adicionales a las marcas, que le añaden al producto identificado un aire de autenticidad y prestigio, pues solo serán reconocidas y protegidas

---

(\*) Abogada, egresada de la Universidad Católica Argentina (UCA), socia de Marval, O'Farrell & Mairal, especializada en Propiedad Intelectual, principalmente en Derecho de Marcas, exmiembro del directorio de la International Trademark Association, miembro de la Asociación Argentina de Agentes de la Propiedad Industrial, del Colegio Público de Abogados y del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

(\*\*) Abogada Asociada Senior Experta en Marval, O'Farrell & Mairal, desde 1993. Especializada en Propiedad Industrial, principalmente en Marcas e Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen. Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Posgrado en Derecho de la Propiedad Intelectual e Industrial en la Universidad de Palermo de Buenos Aires (UP). Agente de la Propiedad Industrial, miembro de la Asociación Argentina de Agentes de la Propiedad Industrial y del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

Las autoras agradecen la colaboración de Mercedes de la Vega.

(1) PERUZZOTTI, Mariano J. - DEL PINO, Miguel, “Nuevo Régimen de Lealtad Comercial en Argentina”, LL Online: AR/DOC/1544/2019.

---

(2) “Las Indicaciones Geográficas: introducción”, publicación preparada por la Sección de Derecho de Diseños y de Indicaciones Geográficas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI); ©2017, publicada en [www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/geographical/952/wipo\\_pub\\_952.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/geographical/952/wipo_pub_952.pdf).

cuando logren imponerse en el mercado, con su particular calidad, diferenciación y distintividad, fruto de las condiciones naturales existentes en determinado lugar en combinación con el trabajo humano” (3).

La Argentina es un país del “nuevo mundo” que no ha tenido la tradición de proteger este tipo de derechos intelectuales que constituyen las DOs, o no al menos de un modo expreso. En línea con ello, términos como champagne, oporto, tequila, gruyere, roquefort, pisco, entre otros, que son DOs extranjeras, han sido utilizados —o incluso algunos se siguen utilizando— como el nombre genérico de determinados alimentos o bebidas, entendiendo por nombre genérico aquel que es la denominación de venta del producto. No tenemos ejemplos de DOs argentinas que hayan pasado a ser el nombre genérico del producto. Sin embargo, y a modo de ejemplo, este es un proceso que sí ocurrió en la Argentina con respecto a algunas marcas. Como dice Jorge Otamendi, hay signos que fueron marcas registradas y que por haber sido usados con tanta intensidad adquirieron una notoriedad tal que el público consumidor terminó creyendo que eran el nombre del producto. Ejemplos de ello son Kerosén, Aspirina, Gomina, Nylon, Teflón (4).

En ampliación a lo dicho anteriormente, debemos considerar también el concepto de las indicaciones de procedencia (IPs), que junto con los de IGs y DOs son términos que pueden ser utilizados como sinónimos, porque si bien poseen algunas diferencias, todos son signos distintivos que refieren a un origen geográfico determinado.

En cuanto a sus definiciones, Londoño Fernández (5) hace referencia a lo dicho por el Comité Permanente sobre el derecho de marcas, dibujos y modelos industriales e indicaciones geográficas de la OMPI, que establece “la terminología aplicada en los tratados administra-

dos por la OMPI pertenecientes al ámbito de las indicaciones geográficas distingue entre “indicaciones de procedencia” y “denominaciones de origen”. No obstante, ni el Convenio de París ni el Arreglo de Madrid sobre las indicaciones de procedencia definen las dos instituciones”. Para el mencionado Comité, una indicación de procedencia podría ser definida como “una indicación referida a un país o a un lugar situado dentro del país en tanto que país o lugar de origen de un producto”. Por su parte, la DO encuentra su definición en el “Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro internacional de 1958”. En el art. 2º del Acta de Ginebra del Arreglo de Lisboa, adoptado el 20/5/2015, DO se define como:

“i) toda denominación protegida en la Parte Contratante de origen que consista en el nombre de una zona geográfica o que contenga dicho nombre, u otra denominación conocida por hacer referencia a dicha zona, que sirva para designar un producto como originario de dicha zona geográfica, cuando la calidad o las características del producto se deban exclusiva o esencialmente al medio geográfico, comprendidos los factores naturales y humanos, y que haya dado al producto su reputación;”

A su vez, las IGs son definidas por el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), que establece en su art. 22.1:

“A los efectos de lo dispuesto en el presente Acuerdo, indicaciones geográficas son las que identifiquen un producto como originario del territorio de un Miembro o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico”.

Si bien el ADPIC no incluye definiciones de IPs y/o DOs, acuña el término de IG que, en cuanto a los requerimientos para su reconocimiento, se encuentra en un punto intermedio entre las IPs y las DOs.

Es interesante el comentario de Niubo al decir que las IGs junto con las DOs “son una he-

(3) MITELMAN, Carlos O., *Marcas y otros signos distintivos*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 620.

(4) OTAMENDI, Jorge, *Los valores intangibles de la empresa*, 1ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 7.

(5) LODOÑO FERNÁNDEZ, José L., “La denominación de origen y el alcance de su protección”, *Revista la Propiedad Inmaterial*, nro. 13, 2009, ps. 41-58.



herramienta del derecho industrial y protegen los distintos productos de usurpaciones por similares de otras zonas. Se trata en sí de relacionar un producto con un territorio. Es un agregado de valor. Una herramienta de diferenciación”, “...la determinación del origen mejora, a nivel regional e internacional la promoción del producto, lo que a su vez fomenta y favorece la organización del sector productivo...” (6).

Todo lo dicho nos lleva también a considerar el concepto de *terroir* tan difundido en la industria vitivinícola. Se ha considerado “que la calidad de un vino depende tanto de los procesos de elaboración y crianza, como también del *terroir*”. Este es “la suma del clima, microclima, suelo, variedad de uva y disposición del viñedo...” (7).

Dado que son varios los conceptos que se manejan, nuestro objetivo es ofrecer un panorama general del modo en que hemos abordado la cuestión de las DOs en la Argentina, para profundizar en la importancia de este instituto que genera tanto debate y que el DNU ha tenido en miras al momento de actualizar la regulación de las prácticas comerciales.

Con tal fin, veremos a continuación cuáles son los antecedentes legislativos que otorgaron y dan protección al derecho de propiedad intelectual constituido por las DOs y/o IGs y/o IPs.

## I. Antecedentes legislativos

En la Argentina, antes de ADPIC ya otorgaban protección a las DOs e IPs las leyes 17.011 y 22.195, al aprobar el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Intelectual; la Ley de Marcas y Designaciones 22.362 (modificada por la ley 27.444 del 18/6/2018), el Código Alimentario argentino (que incluye el marco normativo para alimentos y bebidas, regulado por la ley 18.284) y la derogada ley 22.802.

---

(6) NIUBO, Héctor, “Denominación de origen: nuestro sello”, *La Prensa*, 2012 (<http://www.laprensa.com.ar/391977-Denominacion-de-origen-nuestro-sello.note.aspx>).

(7) ¿Qué son los vinos “*terroir*”? 2017 (<https://www.vinetur.com/2017012626927/que-son-los-vinos-de-terroir.html>).

Analizaremos en detalle esta normativa.

El Convenio de París establece que los países de la Unión se comprometen a prohibir el uso no autorizado en el comercio de los emblemas del Estado de los otros países de la Unión, cuando este uso induzca a error sobre el origen de los productos. Además, el Convenio contempla que la protección de la propiedad industrial tendrá por objeto las IPs y las DOs, así como la represión de la competencia desleal. Y estas obligaciones asumidas por los países signatarios se reflejan en forma más acabada en el nuevo DNU.

En lo que al Código Alimentario argentino se refiere, sus normas sobre rotulado y publicidad de alimentos establecen que las denominaciones geográficas de un país, de una región o de una población, reconocidos como lugares donde se elaboran alimentos con determinadas características, no podrán ser usadas en la rotulación o en la propaganda de alimentos elaborados en otros lugares cuando esto pueda inducir a equívoco o engaño al consumidor.

Por su parte, la ley 22.802 disponía en los arts. 7° y 8°:

“Art. 7°. — No podrá utilizarse una denominación de origen nacional o extranjera para identificar un fruto o un producto cuando este no provenga de la zona respectiva, excepto cuando hubiera sido registrada como marca con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley. A tal efecto, se entiende por denominación de origen a la denominación geográfica de un país, de una región o de un lugar determinado, que sirve para designar un producto originario de ellos y cuyas cualidades características se deban exclusiva o esencialmente al medio geográfico”.

“Art. 8°. — Se considerarán denominaciones de origen de uso generalizado, y serán de utilización libre aquellas que por su uso han pasado a ser el nombre o tipo del producto”.

Cabe aclarar que los arts. 7° y 8° mencionados fueron derogados por la ley 25.380 de Productos Agrícolas y Alimentarios, pero esa derogación quedó sin efecto mediante la ley 25.966 de Productos de Origen Agrícola y Alimentarios, leyes sobre las que volveremos más adelante. En síntesis, la derogada ley 22.802 incluía la prohibi-

ción de uso de una DO para identificar un fruto o producto, salvo que hubiere sido registrada como marca antes de la vigencia de esa ley o que hubiera pasado a ser el nombre genérico del producto.

En la nota a la edición de la Ley de Lealtad Comercial de la editorial La Ley, la Dra. Nora C. Luzi advertía “una clara protección no solo al potencial consumidor que entiende adquirir un producto de una cierta región geográfica, sino también al productor local que, en definitiva es quien con su inversión ha contribuido a obtener el prestigio de la producción de la zona” (8). Cita como ejemplos de DOs a “Balcarce” para papas, “Valle del Río Negro” para frutas y “Chilecito” para vinos. Entendemos que estos ejemplos aludían más bien a un reconocimiento regional de esos nombres asociados a la reputación de tales productos ya que no existen registros nacionales de IGs correspondientes a ellos. El vínculo del producto con el territorio, además de otros factores, es lo que va a generar una auténtica DO.

En lo que respecta a la publicidad, la ley 22.802 ya establecía la prohibición de toda presentación, publicidad o propaganda que contuviera inexactitudes que pudieran generar error, confusión o engaño en los consumidores sobre las características, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios.

Por lo tanto, al exigir que la publicidad de productos o servicios fuera clara respecto de su origen, descartaba cualquier uso de una DO cuando el producto no proviniera efectivamente de ese lugar.

Asimismo, la ley 22.802 privaba de protección a las DOs que, por su uso, hubieran pasado a ser el nombre del producto o que antes de su vigencia hubiesen sido registradas como marcas.

Con relación a las DOs devenidas de nombres genéricos, y por tanto de uso libre, Otamendi aclara que “En Argentina, debe señalarse,

algunas denominaciones de origen extranjeras, de vinos o quesos, por su intenso uso han pasado a designar un tipo de producto cualquiera sea el lugar de su elaboración. Ello ha sucedido con ‘Roquefort’, ‘Camembert’, ‘Champagne’, ‘Cognac’, ‘Oporto’ y ‘Jerez’” (9).

Es importante destacar que la ley 22.802 tuvo como antecedentes a la ley 11.275 de 1923, reemplazada por la 13.526 de 1949, a su vez modificada en 1972 por la ley 19.982. Estos antecedentes no regulaban expresamente a las Dos, aunque sí hacían referencia a la inclusión de la expresión “Industria Argentina” (o “Producción Argentina”) en cuanto al origen de los productos, salvo que se tratara de productos importados, los que mantenían el nombre del país de origen.

Más adelante veremos que estas normas sobre el origen fueron la referencia que tuvieron en cuenta nuestros tribunales al resolver cuestiones marcarias en las que estuvieron involucradas DOs extranjeras.

En cuanto a la protección de las DOs prevista en la Ley de Marcas 22.362, su art. 3° inc. c), que sigue vigente, dispone que no pueden registrarse como marcas las DOs nacionales o extranjeras. Las define así:

“Se entiende por denominación de origen el nombre de un país de una región, de un lugar o área geográfica determinado que sirve para designar un producto originario de ellos y cuyas cualidades y características se deben exclusivamente al medio geográfico. También se considera denominación de origen la que se refiere a un área geográfica determinada para los fines de ciertos productos”.

La ley 22.362 fue modificada por la ley 27.444, cuyo decreto reglamentario viene a reforzar tal protección al establecer:

“Art. 3°.— Las denominaciones de origen nacional o extranjeras a las que se refiere el inc. c) del artículo 3° de la Ley 22.362 y sus modificaciones, comprenden las indicaciones geográficas reconocidas expresamente por la República Argentina”.

(8) LUZI, Nora C., *Ley de Lealtad Comercial. Texto actualizado de la ley 22.802 al 1 de marzo de 2000*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 17.

(9) OTAMENDI, Jorge, *Derecho de marcas*, 6ª ed., Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2006, p. 81.

A su vez y en consonancia con todo lo dicho, la Constitución Nacional, según el texto del año 1994, establece en su art. 42 los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios. Entre estos, se encuentran los derechos "...a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección..." El uso y protección de las DOs resultan fundamentales en este aspecto para que el consumidor tenga la certeza de que el producto que está adquiriendo proviene del lugar indicado y que cuenta con las características esperadas. Ello se garantiza con una información adecuada y veraz para elegir el producto libremente.

Si bien con las excepciones apuntadas, las normas analizadas ya otorgaban protección a las DOs en nuestro país antes de ADPIC.

## II. ADPIC y legislación *sui generis*

Con fecha 1/1/1995 entra en vigencia la ley 24.425, mediante la que la Argentina aprobó el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). El ADPIC incluye una sección dedicada al derecho de Propiedad Intelectual constituido por las indicaciones geográficas (IGs) y establece en su art. 22 que una IG es la que identifica un producto como originario del territorio de un miembro o de una región o de una localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación, u otra característica del producto es imputable fundamentalmente a su origen geográfico.

Sin embargo, el propio ADPIC también establece ciertas excepciones en cuanto a la protección de las IGs. En especial, el inc. 5º del art. 24 establece que las disposiciones sobre IGs no prejuzgarán la posibilidad de registro ni la validez del registro de una marca de fábrica o de comercio, ni el derecho a hacer uso de esa marca, por ser esta idéntica o similar a una IG, siempre y cuando haya sido solicitada o registrada de buena fe, o los derechos a una marca de fábrica o de comercio se hayan adquirido mediante su uso de buena fe antes de la fecha de aplicación de las disposiciones del Acuerdo ADPIC en el país o antes de que la IG estuviera protegida en su país de origen.

A su vez, el inc. 6º del mismo art. 24 exceptúa de la protección a los nombres genéricos, es

decir la IG que sea idéntica al término habitual en el lenguaje corriente de un bien o servicio en otro país.

A fin de dar cumplimiento a las obligaciones establecidas por el Acuerdo ADPIC, la Argentina adoptó un sistema de protección *sui generis* y promulgó dos leyes especiales para la protección de las IGs:

- Ley 25.163, del 10/12/1999, reglamentada por el dec. 57/2004, que establece la protección de las IPs, IGs y DOs de vinos y bebidas espirituosas de origen vánico, y cuya Autoridad de Aplicación es el Instituto Nacional de Vitivinicultura (INV), y

- Ley 25.380, del 21/12/2004, modificada por la ley 25.966 y reglamentada por el dec. 556/2009, que proporciona la base legal para la protección de las IGs y DOs de productos agrícolas y alimenticios. Su Autoridad de Aplicación es la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación (actualmente Secretaría de Alimentos y Bioeconomía).

Ambas leyes definen a las IGs de forma similar, como un nombre que identifica un producto que tiene ciertas cualidades y características atribuibles principalmente a su origen geográfico. En cuanto al instituto de la DO, las dos leyes la definen como el nombre de una región, provincia, departamento, distrito, localidad o de un área del territorio nacional debidamente registrada que sirve para designar un producto originario de ellos y cuyas cualidades o características se deban exclusiva o esencialmente al medio geográfico, comprendidos los factores naturales y los factores humanos. La ley 25.163, la define como denominación de origen controlada (DOC) y queda reservada para vinos y bebidas espirituosas de origen vánico de calidad superior.

En los dos sistemas se establece la obligación de que exista un Consejo de Promoción de la DO, constituido por representantes de los productores correspondientes, que desarrollen sus actividades dentro del área de producción de la DO y que se organizarán jurídicamente bajo la forma de asociaciones civiles sin fines de lucro.

A fin de aclarar en mayor medida los institutos mencionados, Schiavone dice:

Para la DO, “el producto deber ser: producido y procesado y preparado en el área geográfica (...) Calidad o características se derivan *esencialmente* del origen geográfico”.

Para la IG, “el producto debe ser: producido o procesado o preparado en el área geográfica (...) Calidad, reputación, características o tipicidad *atribuibles* al área geográfica” (10).

De lo dicho surge que una DO es una IG con mayores exigencias porque todo el proceso de elaboración del producto se llevará a cabo en el mismo lugar geográfico incluidos los factores naturales (suelo, clima) y los humanos (la tradición del saber hacer). Si bien la ley 25.380 no incluye el instituto de la IP, sí lo hace la ley 25.163, que contempla para su reconocimiento exigencias menores que para las IGs y DOs, y las reserva para los vinos de mesa. La ley no contiene una definición, pero el reglamento en su art. 3º establece que la IP es el nombre que identifica la procedencia de un producto originario de un área geográfica menor que el territorio nacional, expresamente definida y reconocida por el Instituto Nacional de Vitivinicultura.

Las dos leyes establecen cuáles son los términos o nombres que no pueden ser reconocidos como IP, IG y/o DO:

Según la ley 25.163:

- Los nombres que constituyan el nombre genérico o común del producto en el país de origen.
- El nombre de una variedad de uva.
- Las marcas registradas que identifiquen productos de origen vitivinícola.

Según la ley 25.380:

- Los nombres que por su uso pasaron a ser el nombre genérico o común del producto.

- Las marcas registradas de buena fe vigentes o cuando los derechos se hayan adquirido mediante su uso de buena fe: 1) antes del 1/1/2000; 2) antes de que la IG y/o DO estuviera protegida en el país de origen.

- Los nombres que sean similares a DO inscriptas previamente.

- Los nombres o indicaciones que puedan inducir a error respecto a las cualidades o características del producto, o al verdadero lugar de origen del producto.

En consonancia con ello, el INV y la Secretaría de Alimentos y Bioeconomía actuarán en forma conjunta con el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI), quien procesará la información que esas autoridades le proporcionen, con relación a las solicitudes de marcas presentadas ante el INPI, que contengan nombres geográficos y que quieran registrarse en las categorías de alimentos y bebidas, a saber, en las clases internacionales 29, 30, 31, 32 y 33.

Por tanto, a fin de armonizar las leyes de IGs con la Ley de Marcas, a partir de la sanción de estas leyes especiales, los nombres geográficos que constituyan IPs, IGs o DOs reconocidas no se pueden registrar como marcas en las clases arriba mencionadas. En tanto no se afecten derechos marcarios previos, esta restricción es importante para evitar el monopolio marcario sobre nombres geográficos que constituyan una IG.

En cuanto al alcance legal de la protección, la ley 25.163 establece que los vinos y bebidas espirituosas de origen vínico gozarán de un derecho de exclusividad y protección legal en el uso de la IP, IG o DOC debidamente registradas, en tanto que la ley 25.380 estipula que el Estado nacional, por medio de la autoridad de aplicación correspondiente, conferirá un derecho al uso de la IG o DO. Ambas leyes otorgan un derecho de uso exclusivo sobre las siglas, logotipos, marbetes y etiquetas que hayan sido autorizados por la Autoridad de Aplicación, como así también la certificación de genuinidad y garantía de calidad.

Estas leyes especiales también incluyen prohibiciones que reprimen la competencia desleal:

(10) SCHIAVONE, Elena, “Indicaciones geográficas y denominaciones de origen en la República Argentina”, presentación Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, 2010. Véase [http://www.alimentosargentinos.gob.ar/HomeAlimentos/IGeo/Material%20de%20consulta/Elena\\_Schiavone.pdf](http://www.alimentosargentinos.gob.ar/HomeAlimentos/IGeo/Material%20de%20consulta/Elena_Schiavone.pdf).

Ley 25.163. "Art. 34º. — (...) queda prohibido el uso de las IP, IG y DOC registradas:

"a) Para la designación de vinos y bebidas espirituosas de origen vínico que no sean originarios del lugar evocado por las mismas, o no se ajusten a las condiciones bajo las cuales fueron registradas.

"b) Para aprovechar la notoriedad ya adquirida por los vinos protegidos y causar en consecuencia su debilitamiento o deterioro.

"c) Cuando exista usurpación, imitación o evocación, aunque se indique el origen verdadero, acompañado de calificaciones tales como 'clase', 'a la manera de', 'tipo', 'estilo', u otras análogos o su traducción.

"d) Para cualquier otro tipo de indicación que resulte falsa o engañosa, en cuanto a la procedencia, el origen, la naturaleza o las características esenciales de los productos vínicos.

"e) Para cualquier otra práctica que pueda inducir a error a los consumidores sobre el auténtico origen del producto o que implique competencia desleal.

"Las prohibiciones contempladas precedentemente se aplicarán para la designación de los productos considerados, en el envase, en el etiquetado, en el embalaje, en los registros y documentos, sean oficiales o comerciales y en la publicidad".

Ley 25.380. "Art. 27: Queda prohibido el uso de la IG y/o DO:

"a) Para productos agrícolas o alimentarios que no provengan de las áreas geográficas determinadas en su correspondiente registro, y que sean del mismo género.

"b) Como designación comercial de productos similares a los registrados como IG o DO, con el fin de aprovechar la reputación de los mismos.

"c) Cuando implique una indicación falsa o falaz, ardid o engaño, relativo a la procedencia, el origen, la naturaleza o características esenciales de productos que no sean los originarios y protegidos.

"d) Cualquier otra práctica que pueda inducir a error a los consumidores sobre el verdadero origen y/o cualidades diferenciadoras del producto, que implique competencia desleal.

"Las prohibiciones anteriores se aplicarán a las IG o DO utilizadas en el envase, en las etiquetas o en el embalaje, en la publicidad o en los documentos relativos al producto de que se trate".

Específicamente, la ley 25.163 establece que la ley 22.802 se aplicará supletoriamente y ambas estipulan infracciones y sanciones para quienes incumplan con todo lo dicho. Considerando que la ley 22.802 fue derogada, entendemos que el nuevo DNU se aplicaría supletoriamente en lo que corresponda.

Por tanto, podemos concluir que las leyes especiales otorgan un marco de protección adecuado para quienes cuenten con el derecho al uso de una IG, que funciona en algunos casos tanto a instancia de parte como de oficio.

Para dar algunos ejemplos sobre los efectivos reconocimientos de IGs realizados por las autoridades de aplicación de las leyes 25.163 y 25.380, el INV ha reconocido las IGs "Tupungato", "Valle de Uco", "Valle de Cafayate", "Mendoza", entre muchas otras, y dos DOs, correspondientes a Luján de Cuyo y San Rafael.

Por su parte, la Secretaría de Alimentos y Bioeconomía reconoció las IGs Melón de Media Agua, Yerba Mate, Alcauciles Platenses, Salame Típico de Colonia Caroya y Cordero Patagónico y las DOs Chivito criollo del Norte Neuquino, Dulce de Membrillo Rubio de San Juan y Salame de Tandil.

Si bien ambos cuerpos normativos establecen la posibilidad de reconocimiento de IGs extranjeras, siempre que estén protegidas en su país de origen, hasta el momento no existen IGs o DOs extranjeras protegidas en la Argentina.

### III. Ley de marcas colectivas

Mención especial requiere la ley 26.355 que es la ley sobre marcas colectivas del 25/3/2008. De acuerdo con esta ley, una marca colectiva "es todo signo que distingue los productos y/o servicios elaborados o prestados por las formas asociativas destinadas al desarrollo de la

economía social”. Y con relación a los signos que pueden ser registrados como marcas colectivas se aplican las disposiciones de la ley 22.362, por lo que no puede ser registrada como marca colectiva una DO, sea esta nacional o extranjera.

#### IV. Nuevo DNU

Veamos entonces de qué manera el DNU viene a ampliar, en su caso, la protección de las IGs en la Argentina y a reprimir la competencia por su uso desleal.

Al referirse a las DOs, el capítulo II del título III del DNU establece:

“Art. 23: Prohibición de uso. Sin perjuicio de lo establecido por las Leyes Nos. 22.362 y sus modificatorias, 24.425, 25.163, 25.380 y su modificatoria, y 26.355, no podrá utilizarse una denominación de origen nacional o extranjera para identificar un bien o servicio cuando este no provenga de la zona respectiva. A tal efecto, se entiende por denominación de origen a la denominación geográfica de un país, de una región o de un lugar determinado, que sirve para designar un producto o servicio originario de ellos y cuyas cualidades o características particulares se deban exclusiva o esencialmente al medio geográfico y que incluye los factores naturales como humanos”.

“Artículo 24: Denominación de uso generalizado. Se considerarán denominaciones de origen de uso generalizado, y serán de utilización libre, aquellas que por su uso han pasado a ser el nombre o tipo del bien”.

Haciendo una comparación entre lo establecido por las leyes especiales sobre IGs y el nuevo DNU, vemos que el DNU deja en claro que le otorga protección a las DOs —y consecuentemente a las IGs e IPs— aunque también excluye de la protección aquellas que pasaron a ser el término habitual del producto por su uso, que serán de utilización libre. Y sin perjuicio de que las leyes especiales establecen las funciones de sus autoridades de aplicación, entre las que se encuentran la de fiscalizar el cumplimiento de la condiciones de producción y elaboración establecidas en los reglamentos de uso de la DO; recibir denuncias por infracciones, tramitar sumarios, entre otras, el DNU

define en su art. 9º, qué se entiende por competencia desleal, a saber: “Constituye un acto de competencia desleal toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo”.

Además, el DNU enumera de manera taxativa —a los fines de imponer sanciones— los actos de competencia desleal en su art. 10, y en especial en el inc. g) que se refiere a la “Explotación indebida de la reputación ajena”, entendiéndose por tal a la realización de actos que aprovechen indebidamente la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de otro.

Si bien las leyes especiales ya contienen normas que reprimen las prácticas que puedan inducir a error en cuanto al auténtico origen de los productos, creemos que la norma del inciso g) podría también aplicarse para un caso de explotación indebida de una IG o DO.

Por otro lado, las disposiciones del DNU sobre Publicidad y Promociones, en el título II, art. 11 referido a publicidad engañosa, expresamente establece que “Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”.

Y dentro del mismo título, el art. 15 define a la publicidad comparativa como aquella que aluda explícita o implícitamente a un competidor, o a su marca, o a los productos o servicios ofrecidos por él y estará permitida bajo ciertas condiciones. Sin embargo, el inc. e) estipula que estará prohibida si se obtuviese indebidamente ventaja de la reputación de una marca de algún competidor o de las denominaciones de origen de bienes de algún competidor. Agrega el inc. g) del mismo artículo que “en el supuesto de bienes amparados por una denominación de ori-

gen, indicación geográfica o denominación específica, la comparación solo podrá efectuarse con otros bienes de la misma denominación”.

Para entenderlo, tomemos como ejemplo a la IG “Valle de Uco” que se encuentra reconocida como tal por el INV. La publicidad comparativa será válida si se comparan vinos identificados con esa IG porque se estarán comparando productos en igualdad de condiciones, que tendrían características o cualidades similares determinadas por su origen geográfico. Por el contrario, caería dentro de la prohibición la comparación entre un vino identificado con la DO Luján de Cuyo y otro con la IP Mendoza. Las exigencias para la elaboración vinculados con el origen son mucho menores para la IP que para la DO. Recordemos que la DO es un instituto que está reservado para un vino de cualidades especiales y, por tanto, debería compararse con un vino de iguales características. Por tanto, sería desleal equiparar un vino que haya cumplido con las exigencias para usar una IP con uno que haya atravesado por todos los requisitos para contar con el uso de una DO. Y esta comparación no tiene que ver con las bondades del producto. Vinos del mismo lugar geográfico y a iguales condiciones pueden resultar buenos para unos y malos para otros, pero se trata de comparar los mismos productos.

En este sentido, consideramos que el DNU avanza sobre las leyes especiales en tanto expresamente prohíbe realizar una publicidad comparativa que involucre una IG, DO o IP y estipula expresamente cuáles son los requisitos para que tal publicidad sea legítima.

Más allá de la protección especial que el DNU contempla para las DOs, existe una remisión al origen no solo para referirse a ellas sino también por la obligación de indicar “Industria Argentina” o “Producción Argentina” en los productos fabricados en el país. Considerando la definición de la OMPI sobre IP, es obligatorio el uso de este indicador de origen y ello no genera mayores dudas.

Con respecto a los productos de origen extranjero, el DNU establece en su art. 19 que los que “sufran en el país un proceso de fraccionado, armado, terminado u otro análogo que no implique una modificación en su naturaleza, deberán llevar una leyenda que indique

dicho proceso y serán considerados como de industria extranjera. En caso de un producto integrado con elementos fabricados en diferentes países, será considerado originario de aquel donde hubiera adquirido su naturaleza”.

A modo de conclusión, el nuevo DNU contiene una mayor especificidad de actos punibles y también otorga la posibilidad de realizar denuncias administrativas para que las empresas planteen sus reclamos. La legitimación activa y pasiva es más amplia. En tanto se cumpla con los objetivos del DNU, constituirá una herramienta efectiva para que se mejoren las condiciones de competencia en el mercado (11).

## V. Evolución de la jurisprudencia

Si bien la Argentina ha brindado protección legal a las DOs desde antigua data, las leyes especiales recién fueron promulgadas después de ADPIC en 1999 (y reglamentada en 2004) y 2001-4 (y reglamentada en 2009), respectivamente.

La jurisprudencia que a lo largo del tiempo se desarrolló en la materia, involucra a las DOs en su interrelación con el derecho de marcas.

No obstante, la protección legal previa al ADPIC ya apuntada, y las leyes especiales posteriores al tratado, el instituto de las IGs ha gozado de un reconocimiento jurisprudencial, incluso varios años después de la adopción de dicho tratado.

Veamos entonces algunos casos resueltos antes y después del ADPIC.

En 1960, en un caso en que se discutió la validez de la marca “Mont Reims” para bebidas alcohólicas, la Corte Suprema de la Nación resolvió que “Mont Reims” no era un término que hubiera pasado al uso general y que pudiera inducir a engaño en cuanto al verdadero origen de los productos. En particular, la Corte sostuvo que la inclusión de los términos

---

(11) GIAY, Gustavo, “Comentario en Lealtad Comercial: se vienen más juicios entre empresas”, *El Cronista*, Buenos Aires, 2019 (<https://www.cronista.com/economia politica/Lealtad-comercial-se-vienen-mas-juicios-entre-empresas-20190624-0043.html>).

“Industria Argentina” disipaba cualquier tipo de confusión (12).

Diez años después, se desestimó la demanda tendiente a que se declare la nulidad de la marca “Torino” para automóviles. La sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal sostuvo que no había una “coincidencia caracterizante” entre los automóviles y la localidad Torino de Italia. Asimismo sostuvo también que el término “Torino” no había pasado al uso general (13).

En 1986, se admitió el registro de la marca “Kiedrich” para vinos por considerar que la inclusión de “Industria Argentina” desestimaba cualquier confusión sobre el origen del producto (14).

Luego de la adopción del ADPIC, en el año 2000 la sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal rechazó el pedido de nulidad de la marca “Dumbarton”, para bebidas alcohólicas, al considerar que no surgió de la prueba que el nombre del condado escocés Dumbarton fuera conocido en la Argentina y, por tanto, sostuvo que se trataba de un nombre de fantasía registrable como marca en nuestro país (15).

Sin embargo, esta tendencia jurisprudencial que considera registrables a los nombres geográficos mencionados se revierte en 2010 en tanto nuestros jueces, en un juicio por cese de oposición indebida, consideraron fundada la oposición formulada por el Institut National des Appellations d’Origine (INAO) de Francia contra el registro de la marca “Martinique” para bebidas alcohólicas, por constituir Martinique una DO extranjera. No se probó en el juicio que “Martinique” haya sido usada de buena fe conforme con las excepciones que establece ADPIC en su art. 24, inc. 5º, por lo que su registro como marca fue desestimado.

(12) CS, 14/11/1960, “Société Pommery Greno y otros c. SA Vitivinícola y Comercial Gutiérrez y de la Fuente”, LL Online: 70025858

(13) CNFed. Civ. y Com., sala II, 4/12/1970, “Cycles Motor c. IKA”.

(14) CS, 10/4/1986, “Stabilisierungsfond Für Wein c. Bodegas Esmeralda SA”, LL Online: AR/JUR/2101/1986.

(15) CNFed. Civ. y Com., sala II, 15/2/2000, “The Scotch Whisky Association y otro c. García, José P.”, LL Online: 20004018.

Otro caso relevante que involucró una DO extranjera, aunque en contra de esta, es el que desestimó la demanda del Consejo Regulador Denominación de Origen Calificada Rioja de España tendiente a que se anule el registro de la IG argentina “La Rioja Argentina”. El caso llegó a la Corte Suprema pero no fue tratado por el Alto Tribunal, por lo que quedó firme la decisión que establece que La Rioja Argentina y Rioja de España no se confunden y pueden coexistir (16).

Más recientemente, la sala I de la Cámara Civil y Comercial Federal decidió el caso “Tunuyán”, con una perspectiva un tanto más favorable a las IGs (17). La Cámara decidió que la actualización del logo de una marca registrada antes de la vigencia de la ley 25.163, que incluía una IG (Tunuyán), no merecía protección marcaría por cuanto su titular no podía extender su derecho más allá del registro obtenido antes de la sanción de la ley. Por su parte, el INV había reconocido a “Tunuyán” como IG luego de la sanción de la ley especial, por lo cual dicho término no podía registrarse posteriormente como marca. Lo que el tribunal pierde de vista es que la IG no debió haberse registrado ya que la propia ley establecía que no podían registrarse como IG aquellos nombres registrados previamente como marcas.

Sin perjuicio de ello, el caso es relevante porque sienta un precedente que resuelve una cuestión respecto del alcance del derecho sobre marcas que han sido registradas antes de la entrada en vigor de la ley especial sobre IGs.

No tenemos conocimiento de casos publicados que involucren cuestiones de competencia desleal por el uso de IGs nacionales o extranjeras. Sin embargo, es interesante mencionar un caso decidido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 19/4/2007 (18), en el que se cuestionó la publicidad de la cerveza Malheur

(16) JNac. 1ª Instancia Cont. Adm. Fed. Nro. 4, 24/2/2011, “Consejo Regulador Denominación de Origen Calificada Rioja de España c. EN- Instituto de Vinicultura – Resol. C32/02 y otro”, ED 242-401.

(17) CNFed. Civ. y Com., sala I, 5/4/2016, “Ovinto SA c. Instituto Nacional de Propiedad Industrial y otro”.

(18) TJEuropeo, sala Primera, 19/4/2007, “De Landtsheer Emmanuel SA c. Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne y Veuve Clicquot Ponsardin SA”.



Brut Reserve y se discutió la interpretación de la directiva del Parlamento Europeo sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Entre otros términos, la cerveza se publicitaba con las menciones “Brut Reserve”, “La première bière Brut au monde”, “Bière blonde à la méthode traditionnelle” y “Reims-France”, así como con una referencia a los viticultores de Reims y de Épernay. Se había utilizado también la expresión “Champagnebier” para destacar que se trataba de una cerveza elaborada conforme al método champañés.

En la demanda se argumentó que el uso de esas expresiones era engañoso y que constituía publicidad comparativa ilícita. Mediante sentencia de 26 de julio de 2002, el tribunal condenó a De Landtsheer, en particular, al cese de toda utilización de la mención “Méthode traditionnelle”, de la denominación de origen “Champagne”, de la indicación de procedencia geográfica “Reims-France”, así como de las referencias a los viticultores de Reims y de Épernay y al método de elaboración del champán.

La actora renunció al uso de la denominación de origen “Champagne” en la expresión “Champagnebier” e interpuso recurso de apelación contra la sentencia en cuanto a los demás aspectos del litigio. Respecto de la publicidad comparativa se dijo: “...la publicidad comparativa estará permitida cuando no saque indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores”. Además, “...debe interpretarse en el sentido de que no es ilícita toda comparación que, respecto de productos que carezcan de denominación de origen, se refiera a productos que tengan una denominación de origen”. Por tanto, y más allá de las particularidades del caso en virtud de las que la actora optó por renunciar al uso de la DO Champagne, se decidió que era lícito comparar un producto con DO con otro sin DO.

Llegado a este punto creemos que es relevante tener en cuenta el reciente acuerdo entre el Mercosur y la Unión Europea, que tiene por objeto facilitar el comercio entre ambas regiones (19).

(19) ELIZONDO, Marcelo, “Qué oportunidades de trabajo abre el acuerdo con la UE”, *La Nación*, 2019.

## VI. Tratado de Libre Comercio UE-Mercosur

En el marco de las negociaciones que se llevaron a cabo antes de la firma del Acuerdo de Asociación UE-Mercosur del 28/6/2019, el Ministerio de Agroindustria de la Nación dictó la res. 319-E/2017 del 1/11/2017, por la que se reguló el procedimiento para el registro de las IGs y DOs de la Unión Europea. En ampliación a esa resolución, el 2/11/2017 se publicó la lista con las IGs y DOs de la UE para que los interesados pudieran formular una oposición contra su reconocimiento en la Argentina. La oposición podía basarse en que la IG o DO solicitada se trataba de:

- Un nombre genérico del producto (o nombre común del producto con el que lo identifica el público en la Argentina).
- Una marca registrada de buena fe y vigente, o de una marca cuyos derechos se habían adquirido mediante su uso de buena fe antes de la publicación de las IGs y/o DOs cuya protección se solicitaba.
- Un nombre idéntico o similar a otro ya inscripto como DO.
- Un nombre que pudiese inducir a error con respecto a las cualidades o características del producto.
- Una designación o presentación del producto que pudiese indicar o sugerir un origen geográfico distinto al verdadero.
- Un nombre de una variedad vegetal o de una raza animal que pudiese inducir a error en cuanto al verdadero origen geográfico del producto.

El acuerdo firmado el 28/6/2019 abre una nueva etapa que importará el reconocimiento de 355 IGs de la UE. Más allá de los períodos de transición y excepciones que se estipulen, teniendo en cuenta las oposiciones que pudieron plantearse sobre la base de lo dicho en su momento, las normas del DNU pasarán a ser fundamentales para garantizar la coexistencia y sana competencia de los institutos en cuestión en nuestro mercado (20).

(20) Gobierno argentino, Nuevo acuerdo comercial UE-Mercosur: El principio de acuerdo (archivo pdf), 2019; Recuperado de lista de correos de Agencia FOIA.

## VII. Conclusiones

La normativa del DNU debe entenderse complementaria de la prevista por la Ley de Defensa de la Competencia y de las que otorgan protección a los derechos de propiedad industrial. Además, tal como se menciona entre los considerados del nuevo DNU, la regulación de la competencia desleal era de escaso alcance y carente de una adecuada sistematización y normativa general que unificara las conductas desleales. Por tanto, en este aspecto el DNU viene a llenar un vacío legislativo considerable.

También contribuye a simplificar las normas sobre publicidad comercial e identificación de mercaderías para contar con mecanismos que faciliten al comerciante cumplir con esas normas y al consumidor con el acceso a la información.

El DNU tiene en miras considerar los derechos constitucionales vinculados con la protección de la salud, seguridad e intereses económicos de consumidores y usuarios, como así también el acceso a una información adecuada y veraz, la libertad de elección y condiciones de trato equitativo y digno.

En el contexto de una nueva etapa que se inicia a partir del Acuerdo UE-Mercosur que exigirá reformas para estar a la altura de las exigencias que se demanden, el nuevo DNU viene a aportar claridad sobre las conductas punibles en relación con la competencia desleal y publicidad comparativa de las DOs.

Si bien en la Argentina la tradición de proteger las DOs e IGs es relativamente nueva, en cuanto a la normativa y jurisprudencia mencionadas hemos recorrido un largo camino tratando de armonizar la coexistencia pacífica entre marcas y DOs en tanto constituyen signos

de identificación. Todavía quedan algunos aspectos que se deben uniformar para evitar que se vulneren derechos propios como puede ser el de una marca registrada antes del dictado de las leyes especiales de las IGs comentadas.

El desafío de un mercado que incluya al menos 300 IGs de la Unión Europea requerirá un compromiso y cumplimiento estricto de obligaciones que aseguren una sana competencia y que no se vulneren los derechos constitucionales de los consumidores.

Retomando la pregunta con la que iniciamos este capítulo, podemos afirmar que el nuevo DNU proporciona herramientas eficaces para evitar la comparación de un champagne con un vino espumante que no sea de origen francés simplemente porque no se estarían comparando productos iguales y por tanto se estaría dando una información engañosa al consumidor.

La armonización de toda la normativa que involucra a los derechos de propiedad intelectual constituido por las IGs es crucial para proteger el trabajo de empresarios, economías regionales, productores, que requieren que esos activos intangibles sean reconocidos por su reputación y protegidos por su agregado de valor.

Con el nuevo DNU se incorpora normativa fundamental para completar la legislación vigente y para regular y ordenar esta nueva realidad que se nos impone como consecuencia de la globalización y de los tratados de libre comercio. El objeto, además de proteger al público consumidor y las sanas prácticas comerciales, será evitar el aprovechamiento indebido de los derechos sobre las IGs por parte de quienes no han colaborado en su producción y defender los esfuerzos de quienes hayan conseguido determinada reputación.

# La imitación como supuesto de competencia desleal

---

MARIANO PERUZZOTTI (\*) Y MARÍA MILAGROS ASTESIANO (\*\*)

## I. Introducción

Con frecuencia, cuando pensamos en el sentido de la palabra imitación, solemos atribuirle una connotación negativa casi de forma inevitable. Sin embargo, ¿qué significa precisamente el acto de imitar?

El diccionario de la Real Academia Española define el término “imitar” en su primera acepción como “ejecutar algo a ejemplo o semejanza de otra cosa”, y en su tercera acepción como “hacer o esforzarse por hacer algo lo mismo que otro o según el estilo de otro”. De dichas definiciones advertimos que la imitación presupone la necesaria presencia de un primer objeto o persona que actúa como modelo en el que se inspira el segundo objeto o persona.

Si nos detuviéramos a reflexionar, aunque sea unos minutos, en ello advertiríamos que la imitación es una práctica que acontece en la mayoría de los ámbitos de nuestras vidas. Tal es así, que la imitación en muchos casos es

producto de cierta espontaneidad, e incluso, involuntariedad propia de nuestro inconsciente. Imitamos a aquellas personas que consideramos ejemplos dignos de referencia, tanto en lo personal como en lo profesional. Imitamos como sociedad a aquellas comunidades precepciones o culturas de otros países en las que advertimos conductas merecedoras de repetición. Imitaciones todas ellas en distintos entornos de nuestra cotidianeidad que, sin embargo, reflejan un patrón común: imitar una práctica ajena necesariamente implica que advertimos en ella cierta admiración, ya que de lo contrario no la utilizaríamos como parámetro de referencia.

La actividad económica no escapa a esta regla. Indudablemente la imitación como tal tiene un origen contemporáneo al de cualquier comunidad de personas, por lo que ocupa un rol en las distintas dimensiones de la vida. Es así que también los competidores se imitan entre sí (1). La homogeneidad de las prestaciones del mercado fruto de dicha imitación conlleva a los competidores a superar día a día los altos estándares impuestos por el dinamismo económico.

Por ello, “[l]a identidad o semejanza entre las prestaciones, lejos de constituir una patología, es un fenómeno deseable, ya que incrementa la competencia entre los oferentes” (2). En otras palabras, la homogeneidad de las prestaciones intensifica la competencia entre los que actúan en el mercado. De forma tal, que se podría afirmar que la imitación muchas veces acarrea

---

(\*) Abogado, egresado con diploma de honor de la Universidad de Buenos Aires. Ha cursado la maestría en derecho empresarial de la Universidad de San Andrés y desde el 2004 es asociado senior del departamento de propiedad industrial de Marval O’Farrell & Mairal. También se desempeñó laboralmente en el año 2017 en el Estudio Freshfields Bruckhaus Deringer en Alemania. Es autor de un gran número de artículos de su especialidad.

(\*\*) Abogada, egresada con diploma de honor de la Universidad Católica Argentina. En el año 2017 obtuvo el premio “Distinción a la Excelencia” otorgado por el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Es asociada del Estudio Marval, O’Farrell & Mairal y en el año 2019 se desempeñó laboralmente en el Estudio Duane Morris LLP en Estados Unidos.

---

(1) SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Confusión de marcas*, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 581.

(2) *Ibíd.*, p. 583.

beneficios no solo para el propio imitador sino también para el imitado, dado que ambos se ven forzados a progresar a fin de cumplir con los requerimientos propios del mercado.

Ahora bien, ¿es toda imitación una práctica lícita? He aquí un gran interrogante que plantea la necesidad de delinear una frontera entre la licitud e ilicitud de dicha conducta.

Un primer acercamiento a nuestro objeto de estudio nos impone la necesidad de trazar una línea divisoria en el campo de los actos de imitación. Indudablemente, el acto de imitar es *per se* ilícito cuando lo imitado se encuentra tutelado por un derecho de propiedad intelectual o industrial. En este caso se aplicarían, en principio, las reglas propias del derecho intelectual o industrial conculcado y, de forma complementaria, las que regulan la lealtad comercial. Resulta indiferente aquí el medio empleado por el imitador para lograr la copia, dado que la infracción se produce por el mero hecho de reproducir la creación protegida.

Ahora bien, distinto es el escenario abarcado por aquellas creaciones que no se encuentran protegidas por derechos de tal naturaleza. En estos casos, la imitación será desleal si concurren especiales circunstancias, como sería el aprovechamiento del esfuerzo o la reputación ajenos, consideradas en la norma para determinar que el comportamiento analizado pueda ser calificado como prohibido.

La posición que se adoptó a través del decreto de necesidad y urgencia 274/2019 (en adelante, el “decreto”) fue pretender conciliar dos presupuestos de la competencia económica, como son, por una parte, la evidente y decisiva contribución al progreso técnico y comercial y a la dinamización del mismo mercado que representa la imitación como patrón de eficiencia y mejora continua y, por otra parte, la exigencia de una competencia lícita y leal en la cual se reconozca el mérito de los propios desarrollos y prestaciones. Sobre la base de ello restringir la práctica en ciertos supuestos opera como limitación a la libertad de la imitación misma, pero es necesaria para premiar los resultados de las propias creaciones, la inversión, la invención y mejora permanente en el avance productivo y con ello el crecimiento económico.

Se ha correctamente afirmado que, al “[p]ermitir o prohibir la imitación de prestaciones o productos no solo está en juego la tutela de los intereses de los competidores, sino también la protección de intereses económicos más generales” (3). Y ello porque, la actividad económica inevitablemente repercute de una u otra forma en el entorno que la rodea.

Esta referida realidad compleja se veía a su vez reflejada en su enmarañado marco normativo que por fortuna ha venido a zanjar el decreto en cuestión. Hasta el momento, el operador jurídico debía echar mano de normas aisladas que le permitían de alguna manera combatir la competencia desleal en un notable esfuerzo de integración normativa, como podría ser el Convenio de París (aprobado por ley 17.011), el art. 953 del anterior Cód. Civil, el art. 279 del actual Cód. Civ. y Com., entre otros preceptos.

## II. La imitación reprochable

La regla, entonces, es la libertad de imitación en el régimen de la lealtad comercial. Sin embargo, como todo principio general, la libre imitabilidad también tiene restricciones. La imitación se encuentra prohibida cuando es desleal, es decir, cuando el acto imitativo es capaz de generar confusión en el público consumidor o en los casos en los que constituye un aprovechamiento indebido de la reputación o esfuerzo ajeno.

El nuevo régimen de lealtad comercial que trae el decreto viene a fortalecer la protección del mercado y de quienes concurren en él, mediante el refuerzo de las herramientas de defensa frente a aquellas conductas de los agentes económicos objetivamente contrarias a las exigencias de buena fe. Indudablemente el aporte novedoso del nuevo decreto está dado por la regulación legislativa que acrecienta los recursos de protección de las sanas prácticas comerciales en el contexto del mercado.

De acuerdo con el decreto la competencia desleal es “toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso

(3) *Ibidem*, p. 584.

competitivo” (4). Es así que el nuevo decreto comienza brindando una definición genérica del alcance ilícito de la competencia desleal, y seguidamente, enumera un listado de actos específicos que importarían competencia desleal.

Uno de ellos, y en lo que aquí nos concierne, es la imitación desleal. El decreto describe dicha conducta como “la imitación de bienes y servicios o iniciativas empresariales (...) cuando resulte idónea para generar confusión respecto de la procedencia de los bienes o servicios o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno” (5).

De esta manera, el decreto tipifica tres especies dentro del género de imitación desleal: (i) la imitación desleal por riesgo de confusión; (ii) la imitación desleal por aprovechamiento indebido de la reputación ajena; y (iii) la imitación desleal por aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.

De forma preliminar, advertimos que, sin perjuicio de la particularidad propia de cada uno de los tipos de imitación desleal mencionados, en todos ellos encontramos presente un patrón común: la producción y comercialización de una prestación o iniciativa empresarial efectuada a partir de una prestación o iniciativa empresarial ajena original (6). Si bien la imitación es condición necesaria ella no es suficiente para sea calificada de desleal. El hecho de que la regla general sea la libre imitabilidad torna imperiosa la presencia de circunstancias adicionales que tiñan a esta de ilícita.

En primer lugar, la imitación califica como desleal cuando la prestación imitada posee mérito competitivo, es decir, singularidad competitiva y asentamiento en el tráfico. Posee singularidad competitiva aquella prestación que ostenta características aptas para diferenciarla respecto de las demás prestaciones del mismo género que se ofrecen en el mercado. Posee asentamiento en el tráfico aquella prestación que ha logrado cierta penetración en el

mercado, permitiendo al público consumidor su fácil identificación (7). En otras palabras, el mérito competitivo se encuentra presente en aquella prestación que tiene una aptitud distintiva y reconocimiento superior al medio en el mercado.

Es pacífica la doctrina y jurisprudencia en cuanto a que, a fin de que se configure esta conducta ilícita, es suficiente con que la prestación o iniciativa ajena sea copiada en sus elementos esenciales sin que sea necesario una reproducción idéntica. Lo decisivo es que el producto del imitador alcance cierto grado de semejanza con el imitado, copiando los elementos que individualizan al competidor o condensan su esfuerzo (8).

Asimismo, tal como lo entiende nuestra doctrina, en línea con la jurisprudencia comparada, tampoco resulta necesario exigir que se trate de una mera reproducción mecánica. Por el contrario, dicha conducta parasitaria se configura aun cuando concurren variaciones indiferentes o referidas a elementos accesorios o intrascendentales.

Resulta interesante destacar, que a fin de que la imitación sea desleal, es necesario que se acredite la previa existencia del objeto pionero cuya imitación está siendo alegada. En tal sentido, se ha rechazado una demanda por imitación desleal en un caso en el cual se comprobó que las supuestas imitaciones eran fabricadas y comercializadas por el demandado con anterioridad a la creación de los productos del actor (9).

Sin perjuicio de ello, va de suyo que hay ciertas imitaciones que son inevitables porque, de lo contrario, la prestación no podría cumplir su función específica, ya que la ausencia de ella provocaría la necesaria reducción de la calidad de la prestación o incluso causaría el incremento del precio.

Tal es el caso de aquellas imitaciones que se refieren a productos que por sus característi-

(4) Decreto de necesidad y urgencia 274/2019, art. 9°.

(5) Decreto de necesidad y urgencia 274/2019, art. 10.

(6) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *et al.*, *Derecho de la competencia desleal*, Heliasta, Buenos Aires, 2014, p. 300.

(7) *Ibidem*, p. 312.

(8) *Ibidem*, p. 301.

(9) SAP Girona, 20 de mayo de 2002 (JUR 2002, 189769).

cas inherentes exigen ciertas formas y medidas de serie que no permiten alteraciones muy osadas si se pretende una introducción en el mercado aceptable, por lo que no sería lógico reputar como desleal esa supuesta e inexistente imitación (10).

En este sentido, la doctrina habla del denominado concepto de inevitabilidad técnica. Su presencia justifica la licitud de la imitación cuando se trata de productos que únicamente pueden cumplir su función adoptando una forma imitada. La cuestión se centra en el margen de variabilidad en la forma que puede emplear el imitador la prestación objeto de imitación, a fin de alterar la forma del producto sin afectar su funcionalidad (11). En otras palabras, cuando la asociación a la prestación ajena es inevitable la imitación no es desleal.

### III. La confusión en los supuestos de imitación

Hemos visto que la primera especie de imitación desleal tipificada por el decreto alude al acto de imitación que resulta idóneo para lograr que el público consumidor se confunda o asocie la prestación del imitador con la pionera. Es decir, cuando el imitador toma elementos que remiten al origen empresarial de la prestación original (12).

Vemos que en este caso se reitera un término presente en otro supuesto de competencia desleal tipificado en el inc. b) del art. 10 del decreto: la confusión. En tal sentido, dicho inciso prohíbe los actos de confusión a los que define como el hecho de inducir a error respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, los bienes o servicios propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen distinto al que les corresponde. Si bien parecería existir una superposición en la descripción de conductas, lo cierto es que se registran diferencias entre uno y el otro. Mientras que la acción relevante en los actos de confusión comprende tanto en sentido estricto, sea

confusión inmediata o mediata, como la confusión en sentido amplio, la confusión en materia de imitación tiene un alcance más restringido. En efecto, los actos de confusión desleal resultan de las falsas representaciones de procedencia empresarial. Sin embargo, en el ámbito de la imitación desleal, lo imitado no es un signo distintivo escindible de la prestación, sino la prestación misma y, en particular, aquella prestación apta para evocar una concreta procedencia empresarial (13). La imitación, en función de la mayor o menor proximidad a la prestación ajena mediante la reproducción de algunos signos o elementos característicos e individualizadores conducirá al consumidor a creer el origen común de los bienes o servicios en cuestión, aun cuando dicha asociación o la misma procedencia no sea tal. De esa confusión es la que el imitador pretende hacer uso para mejorar su posición en el mercado.

En resumidas cuentas, la confusión aquí tiene lugar porque el consumidor cree equivocadamente que dos prestaciones distintas provienen de la misma empresa (14). Es decir, el consumidor tiene razones para creer que existe una vinculación entre las empresas cuyas prestaciones son semejantes. Por lo tanto, la confusión es razón suficiente para prohibir la imitación en estos casos dado que la clientela ve afectada su capacidad de libre elección en tanto adquiere prestaciones creyendo erróneamente que pertenecen a un determinado agente competitivo cuando ello no es así.

Coincidimos con la doctrina que entiende que a fin de que se configure este supuesto de competencia desleal basta con que exista riesgo de confusión, es decir, confundibilidad, no siendo necesario que la confusión acontezca efectivamente.

Indudablemente la imitación adquiere un matiz desleal en tanto la confusión no solo perjudica al público consumidor de la prestación imitada sino también al oferente original. Al respecto, merece nuestra observación el precedente “Design Suites SA c. G. E., H.” en el que la

(10) SAP Coruña, 19 de febrero de 2003 (JUR 2007, 119606).

(11) SAP Valencia, 5 de octubre de 2002 (JUR 2003, 28578).

(12) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo *et al.*, *Derecho de la competencia desleal*, cit., p. 304.

(13) MASSAGUER, José, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, ps. 345 y ss.

(14) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo *et al.*, *Derecho de la competencia desleal*, cit., p. 305.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial determinó la antijuridicidad de la conducta del demandado sobre la base de la confusión generada en el público consumidor a raíz de la semejanza de las prestaciones objeto de la disputa (15). En el caso un arquitecto que había diseñado un edificio colaboró luego en la construcción de otro inmueble de similar fachada destinado a la misma actividad (servicios de hotelería) y en la misma área geográfica.

Para arribar a tal conclusión, el tribunal consideró que la similitud de las fachadas de los inmuebles, la semejanza de sus nombres y la idéntica actividad a la que se destinaron contribuyeron a provocar una situación “[s]usceptible de generar confusión en el público en general, que se traduce, en una afectación concreta de la identidad propia del primer hotel que se construyó” (16). Por ende, el tribunal argumentó que la situación de confusión derivó en la pérdida de identidad comercial del establecimiento hotelero Design Suites.

El presente caso resulta esclarecedor en cuanto refleja que la imitación por riesgo de confusión afecta tanto al público en general como al agente competitivo en particular, el cual ve su imagen y renombre íntimamente dañados. Por ello, “si bien la regla es la libertad de imitar, el imitador tiene el deber de diferenciarse del competidor imitado” (17).

La norma no persigue para la incriminación la reproducción del producto de manera exacta, sino que tan solo alcanza con la imitación fraudulenta, que se traduce en el uso de elementos parecidos de la marca auténtica, disponiendo de ellos para obtener un producto similar al verdadero. Existen situaciones en las que mediante la simple verificación de la mercadería puede advertirse que se trata de artículos o de una prestación no original; es decir, que se pretende hacer pasar por lo que no es, mediante el uso de marcas afamadas de terceros, tal vez también con imitación de *packagings* y otros recursos

similares para obtener un beneficio mediante el engaño al público en general.

En tal sentido, es público y notorio el recurso de varios comerciantes de pretender asemejarse a productos reconocidos local o internacionalmente. A modo de ejemplo, desde hace varios años comenzaron a comercializarse artículos de perfumería y cosmética que imitan o evocan artículos de fama mundial. La intención de imitar surge clara e indudable de la comparación de los distintos elementos que configuran los envases y envoltorios de los productos. De esta forma, el público puede creer estar consumiendo un producto que proviene de un fabricante que en rigor no es tal y el competidor se beneficia de tal situación logrando posicionar su producto en el mercado que, sin dicha evocación, le sería muy difícil lograr.

#### **IV. El aprovechamiento indebido de la reputación**

Nuestro análisis ha de centrarse ahora en la conducta desleal del agente competidor que imita una prestación de un tercero mediante el aprovechamiento indebido de la reputación ajena. Para ello hemos de valernos, en ciertos casos, del criterio empleado por los tribunales de España en virtud del rol iluminador que su ley 3/1991 de Competencia Desleal de España (modificada por la ley 29/2009) ha tenido en nuestro decreto.

El régimen argentino actual al igual que el existente en España prohíbe aquellos comportamientos que implican por parte del imitador un abuso del prestigio y fama obtenido por otro agente económico fruto de una larga trayectoria que le ha permitido cierta inserción en el mercado. Tal como lo ha dispuesto el Tribunal Supremo de Madrid, este fenómeno ocurre cuando se realizan “(...) conductas parasitarias en las que el imitador aprovecha para sí el prestigio alcanzado por el producto original pero no necesariamente para invadir el mercado propio de este último, sino para penetrar en un segmento del mercado distinto creando una demanda específica que reconoce que la imitación no es la prestación original, pero que, sin embargo conoce su prestigio y fama, consiguiendo merced a ello colocar en el mercado

(15) CNCom., sala A, 3/2/2012, “Design Suites SA c. G. E. H. s/ordinario”.

(16) Ídem.

(17) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo *et al.*, *Derecho de la competencia desleal*, cit., p. 309.

producto de imitación (...)” (18). En particular el supuesto de competencia desleal en cuestión lo constituye “(...) el imitar o reproducir deslealmente (básicamente, cuando dicha imitación o reproducción es evitable) las prestaciones ajenas, identificándose el producto propio con la reputación del competidor” (19).

Para que la imitación pueda originar un aprovechamiento de la reputación ajena será preciso, en primer término, que la prestación original posea singularidad competitiva y goce de reconocimiento en el mercado. Además, la prestación original deberá poseer una calidad superior a la media del sector o industria, de modo que entre los destinatarios naturales de la imitación tenga el bien original efectiva y generalizadamente una imagen de calidad y buen nombre (20).

Ciertamente, la reputación es un activo al que todo comerciante aspira lograr. Una vez obtenido, el renombre constituye una parte vital del patrimonio del comerciante y de ello se deriva el lógico derecho que aquel tiene a que no sea explotado indebidamente por terceros. En cuestiones marcarias se ha señalado, entre los casos de competencia desleal susceptible de incidir o referirse a los signos distintivos, al aprovechamiento indebido de los logros de otro y a la explotación de la reputación ajena. Sin embargo, no solo existe un interés del titular en la protección del prestigio empresario, sino que, a su vez, hay un interés general en su adecuada tutela (21).

La reputación alcanzada por todo competidor constituye una garantía para el público consumidor acerca de la calidad de los bienes y/o servicios ofrecidos. De forma tal que la explotación indebida del crédito ajeno no solo perjudica en forma directa al titular por cuanto alguien está valiéndose de su fama sin incurrir en los mismos costos para ofrecer sus bienes y/o servicios, sino que, a su vez, la conducta

parasitaria del tercero puede, en muchos casos, afectar la garantía brindada por el titular y conculcar derechos de terceros como ser el público consumidor.

Veamos un ejemplo que nos permita ilustrar esta hipótesis. Un competidor que ofrece bienes de lujo a lo largo de varios años logra finalmente adquirir mérito competitivo fruto de su inversión de tiempo, esfuerzo y recursos, asegurándose una clientela estable que confía en sus bienes porque sabe que la calidad de estos no admite fallas. Sin embargo, un tercero realiza una copia exacta del bien, pero de forma previa a lanzarlo al mercado le inserta su signo distintivo y lo ofrece a un precio inferior.

El uso de diferentes signos distintivos por ambos competidores excluye la posibilidad de riesgo de confusión. Sin embargo, la calificación de desleal resulta indiscutible por el aprovechamiento indebido de la reputación del competidor originario que le permite al imitador posicionarse en el mercado ahorrándose una significativa cantidad de costos de ingreso. Ello amén del posible riesgo de que decrezca la demanda de productos del pionero como consecuencia del hecho de que varios consumidores preferirán adquirir la prestación del infractor a un menor precio en el entendimiento de creer que existe una asociación o vinculación con el comerciante originario, el cual, fruto de su buen nombre, goza de la confianza depositada por el público.

Si bien en la mayoría de los casos el aprovechamiento indebido conlleva, a su vez, riesgo de confusión, no necesariamente ha de ocurrir en todos los supuestos (22). A todo evento, en aquellos casos en que la imitación fuera idónea para producir confusión, más allá del evidente perjuicio causado al consumidor, el oferente originario se vería indudablemente afectado, dado que el consumidor insatisfecho por la copia puede creer que se trata del producto original, con el consiguiente daño para el renombre del comerciante pionero afectado por la conducta parasitaria.

El aprovechamiento de la reputación ajena que permite la imitación de las prestaciones de

(18) SAP Madrid, 3 de noviembre de 2006 (ac 2006, 2019).

(19) GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián, *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

(20) MASSAGUER, José, *Comentario...*, cit., p. 356.

(21) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *et al.*, *Derecho de la competencia desleal*, cit., p. 321.

(22) *Ibidem*, p. 323.



un tercero no es desleal sino en la medida en que el recurso es indebido y evitable, es decir, si el imitador pudo adoptar todas las medidas para evitar el aprovechamiento del buen nombre ajeno y le era exigible dicha adopción (23).

En el ámbito de la propiedad intelectual, la explotación indebida de la reputación ajena se configura en todos los casos en los que se generan obras derivadas de una obra original exitosa para aprovechar tal logro, como puede ser la utilización del *merchandising* o *packaging* no autorizado que reproduce personajes de una obra o que representan adaptaciones y/o ediciones no autorizadas en otros formatos —obras audiovisuales, interactivas, teatrales, musicales, entre otras—.

## V. El aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno

El tercero de los supuestos tipificado por el decreto en el artículo bajo análisis es la imitación desleal en cuanto aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno. Compartimos la posición doctrinaria que entiende que en este caso lo desleal es el medio empleado para imitar, dado que le permite al imitador ahorrar costos aprovechándose indebidamente del esfuerzo ajeno. Es decir, el aprovechamiento es indebido porque la imitación se realiza casi sin empeño de parte del imitador.

En este sentido, parte de la doctrina considera que un claro ejemplo de este supuesto es el de la imitación por reproducción, es decir, aquella que se efectúa a través de la multiplicación del original por medio de procedimientos que ahorran al imitador los costos del proceso de producción. En consecuencia, la imitación lograda afecta al pionero en tanto le dificulta competir si se considera que le resulta inconcebible ofrecer la prestación a un precio similar por los costos que le genera la invención (24).

Obviamente, nada tiene de ilícito la reducción de costos aplicada por el competidor cuando ello es fruto de su eficiencia. La cuestión central de la deslealtad está dada por la imitación del

competidor que es realizada sin esfuerzo intermedio. En otras palabras, cuando el imitador replica la prestación original sin que ello provenga de una mayor eficiencia en la asignación de los recursos para la producción comete un acto de competencia parasitaria que “implica el aprovechamiento del esfuerzo ajeno no justificado por los usos y costumbres mercantiles, recibiendo el aprovechador una ventaja no obtenida como consecuencia del desarrollo de su propia iniciativa”.

Un ejemplo idóneo para ilustrar este supuesto de imitación desleal resulta un caso de copia de una base de datos. Su análisis requiere hacer ciertas precisiones de forma previa. Considerando que las bases de datos recaen dentro del concepto de obra protegible por el derecho de propiedad intelectual, en aquellos casos en que la base de datos en cuestión sea original y reúna los demás requisitos exigidos por la normativa aplicable, el titular tendrá la tutela otorgada por el régimen del derecho de autor. Al respecto, cabe recordar que el plagio es entendido por la jurisprudencia argentina como “la imitación de cierta magnitud respecto de la obra plagiada, no de la idea, cuando pese a diferencias triviales, variaciones, agregados o resoluciones, la obra presenta en comparación con la anterior una semejanza tal que permite reconocer que se trata en el fondo, de una misma representación individual” (25).

Por el contrario, cuando la base de datos no resulte original, y siempre que concurren circunstancias especiales para ello, podría eventualmente resultar amparada por el régimen de lealtad comercial. Tal sería el criterio que el propio régimen de lealtad comercial consagra. En tal sentido, en uno de los considerandos de la res. 248/2019 de la Secretaría de Comercio Interior se puntualiza que la regulación de la competencia desleal prevista por el decreto debe entenderse complementaria a la prevista por la protección que otorgan los derechos de propiedad industrial, como las patentes y marcas, en los casos que una invención o signos no se encuentra protegido por tales derechos. Si bien la resolución hace referencias a las marcas y patentes, creemos que el fin perseguido

(23) MASSAGUER, José, *Comentario...*, cit., p. 356.

(24) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo *et al.*, *Derecho de la competencia desleal*, cit., p. 326.

(25) CNCiv., sala E, 28/7/1983, ED 114-684; y CNCiv., sala H, 18/10/2002, ED 200-261, entre otros.

por el regulador fue extender tal interpretación a los demás derechos de propiedad industrial e intelectual.

De esta forma, una base de datos que posea elementos del dominio público, como ser, un compendio normativo y jurisprudencial que eventualmente carezca de originalidad, pero haya sido fruto del esfuerzo y trabajo del compilador, al ser reproducido sin autorización por un competidor podría dar lugar a un supuesto de competencia desleal. Asumiendo que el fin perseguido con la copia o imitación es su comercialización, será de todos modos necesario que el imitador de la base de datos realice dicha copia con un ahorro relevante en sus costos, de forma tal que importe casi una ausencia de esfuerzo de su parte, en contraposición de los costos de producción del original, los cuales por cierto deben tener una cierta entidad. Y como consecuencia de dicha imitación, el competidor pionero debe ver afectada o impedida la amortización en su inversión (26).

Al respecto, resulta interesante destacar un caso resuelto por la jurisprudencia española, en el que se condenó a la demandada por imitación desleal por apropiación del esfuerzo ajeno, dado que la demandada tomó gran parte de la información contenida en la base de datos de la actora para luego incluirla en la propia (27).

Asimismo, merece también nuestro análisis la decisión esbozada por el Tribunal Supremo de la sala Civil de Madrid en un caso en el que condenó a la demandada por haber copiado los planos de alto contraste visual destinados a facilitar su consulta por personas con deficiencia visual ideados por un comerciante. En particular, la singularidad de la conducta competitiva empleada por el infractor residió en que el mismo tomó conocimiento de dicha creación mediante un acceso no autorizado al sistema informático de la parte afectada y se atribuyó la novedad al revelarla al público antes que ella. Por lo que, el tribunal concluyó que la imitación de la prestación ajena le supuso “[u]n ahorro de costes más de lo que se considera ad-

misible para el correcto funcionamiento del mercado” (28).

Para así decidir, el tribunal consideró que dado que al ser la libre imitabilidad el punto de partida, excluye que la imitación de la creación material ajena sea *per se* desleal. Por el contrario, la conducta resultaba teñida de ilicitud por las circunstancias en que se realiza dicha imitación. En tal sentido, el tribunal indicó que, dado que toda imitación importa un cierto aprovechamiento, para que la conducta sea desleal dicho provecho debe ser indebido. Consideró entonces, que “la deslealtad se justifica por el modo y la forma en que se llega a estar en condiciones de aprovechar esa prestación ajena objeto de imitación” (29).

Otra cuestión que merece especial atención es la necesidad del reclamante de acreditar un desequilibrio de los costes de producción y comercialización fruto de la conducta del competidor desleal que le ha permitido a este afrontar costos insignificantes en contraposición de los del afectado. Así lo ha decidido el Tribunal Supremo de Madrid en un caso en que negó la existencia de imitación desleal por la falta de prueba aportada por la actora tendiente a demostrar el aprovechamiento indebido por parte de la demandada (30).

En el caso en concreto, la actora alegaba la imitación desleal por parte de la demandada de su modelo de utilidad consistente en pies de apoyo para semirremolques. Sin embargo, el tribunal entendió que, a pesar de haber imitación, correspondía desestimar la demanda ante la ausencia de prueba por parte de la actora dirigida a demostrar el ahorro o reducción significativa de costes más allá de lo admisible. En otras palabras, la falta de prueba por parte de la actora de la deslealtad de la demandada provocó la falta de prosperidad de la demanda.

En suma, la existencia del aprovechamiento indebido ha de implicar una efectiva apropiación de lo realizado por otro sin sacrificio alguno por parte del imitador, de suerte que lo coloque en paridad de condiciones en el mer-

(26) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo *et al.*, *Derecho de la competencia desleal*, cit.

(27) STS (RJ 2005/1385).

(28) TS Madrid, sala Civil (STS 1629/2017).

(29) Ídem.

(30) TS Madrid, sala Civil (STS 7656/2012).

cado, neutralizando por esta vía fraudulenta la ventaja honestamente adquirida por el pionero a través de su esfuerzo en la concepción y desarrollo de la prestación.

En tal sentido, vemos como el nuevo decreto propugna brindar protección al competidor que con su esfuerzo se ha afirmado en el mercado o pretende afirmarse en él. Es decir, se protege a quien invirtió tiempo y recursos en una creación frente a quien pretende apropiarse de ella.

## VI. Reflexiones finales

En síntesis, el decreto sistematiza conductas reprobables que ya se encontraban penalizadas en nuestro derecho positivo, pero mediante la combinación de distintas normas aisladas.

En efecto, antes de la entrada en vigencia del presente decreto, tanto la jurisprudencia como la doctrina se valía de aquellas normas destinadas a establecer pautas moralizadoras de conducta para combatir la deslealtad comercial. Principios tales como, la buena fe, la moral, las buenas costumbres, el abuso del derecho y el enriquecimiento sin causa, son solo algunas de las directrices que guiaban a nuestros prestigiosos académicos y jueces a la hora de establecer pautas imperantes en la materia.

Como explicáramos, si bien el punto de partida es la libre imitación, el legislador ha tipifi-

cado ciertas restricciones a esta regla general, instaurando así un adecuado equilibrio entre la imitación y la innovación.

Evidentemente, la fuente de la tipificación de estas conductas se encuentra en el aliento a favor de la actividad competitiva. De lo contrario, la ausencia de prohibición alguna de estos actos provocaría la falta de incentivo de parte de los agentes competidores a operar en el mercado. Lógicamente, no habría interés alguno de parte de los oferentes en operar en un mercado que no los protege ante la competencia desleal. Es entonces que la ausencia de incentivo por innovar como consecuencia de la imitación constituye razón suficiente para prohibirla.

Creemos que el decreto podría haber puntualizado y clarificado las condiciones requeridas para la configuración de los casos que el propio inciso referencia como supuestos de imitación desleal. Establecer lineamientos generales de aplicación hubiese simplificado la exégesis de la norma en una temática que por sus bemoles puede dar lugar a criterios e interpretaciones dispares. Sin perjuicio de ello, resulta bienvenida la incorporación de la imitación como supuesto de competencia desleal, la cual acentúa la protección de los competidores, e indirectamente de los consumidores, condenando la conducta parasitaria.



# La denigración como supuesto de competencia desleal

---

ALEJANDRA N. TÉVEZ (\*)

## I. Introducción

Como es sabido, el reciente decreto de necesidad y urgencia 274/2019 (1) ha venido a derogar la ley 22.802 de Lealtad Comercial.

La nueva reglamentación se hace cargo de que, hasta su aparición, no existía ninguna norma general unificadora de las conductas desleales. Caracterizada la anterior regulación de la competencia desleal por su “falta de sistematización y escaso alcance”, el Poder Ejecutivo nacional ha reputado “necesario controlar conductas en el mercado que complementen lo dispuesto por la ley 27.442, y definir una regulación integral y sistematizada de la competencia desleal” (2).

El objetivo del nuevo régimen es mejorar las condiciones de competitividad de la economía, simplificar y dinamizar el comercio y complementar las disposiciones de la ley 27.442 de Defensa de la Competencia. En función de esto último, el decreto incorpora un capítulo sobre competencia desleal (3) a la que define como

“toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo” (4). Tras esta cláusula general, contempla luego —a diferencia del régimen antes vigente— distintos supuestos particulares que se consideran actos de competencia desleal (5). Nos detendremos específicamente en uno de ellos: la denigración del competidor.

## II. ¿Qué son los actos denigratorios?

Según el *Diccionario* de la Real Academia Española, “denigrar” (del latín, *denigrare*: poner negro, manchar) significa “deslustrar, ofender la opinión o fama de alguien” (6).

La denigración produce agravio, es decir, ofensa sobre la “honra o fama con algún dicho o hecho”.

“Hay quienes —dice Otamendi—, para vender sus productos o servicios recurren a la denigración del competidor o de sus productos o servicios. Todo aquello que contribuya a desacreditar de cualquier manera al competidor o lo que éste hace, o sus productos o servicios, constituye un acto denigratorio y por tanto, de competencia desleal. Se trata de juicios basados en hechos o en opiniones emitidos sobre el competidor, sus productos o servicios que serán interpretados por la mayoría de los consumidores”.

---

(\*) Abogada. Doctora en Derecho (UBA). Especialista en Administración de Justicia (Fac. de Derecho, UBA) y Posgrado en Derecho de Daños (Fac. de Derecho, UBA). Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Subdirectora de la Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios en la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora de posgrado en distintas universidades en el área de derecho mercantil.

(1) Vigente desde el 30 de abril del corriente año.

(2) Cfr. considerandos del decreto 274/2019 de lealtad comercial.

(3) Capítulo II.

(4) Cfr. art. 9°.

(5) Cfr. art. 10.

(6) Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, [www.rae.es](http://www.rae.es) (21/7/2019).

res como una descalificación, como una ‘mala nota...’ (7).

Como se advierte, la denigración se produce por un acto de comunicación realizado por otro concurrente en el mercado. En consecuencia, la afectación del competidor debe exteriorizarse o hacerse pública de alguna forma: mediante el descrédito de su establecimiento, de los signos que lo diferencian en el mercado o de la calidad de los bienes que comercializa, entre muchos otros supuestos posibles.

A modo de apretada síntesis, puede decirse que los de denigración son actos de competencia desleal que consisten en realizar manifestaciones inexactas, impertinentes y falsas, relativas a un competidor con el objetivo de perjudicarlo.

Se trata, bien se ve, de poner trabas al libre ejercicio de la actividad comercial de otra persona, cuestionando su reputación y menoscabando con ello su ventaja competitiva.

Sin embargo, la denigración es un acto desleal no solo frente al competidor, sino también frente a los consumidores. En efecto, las manifestaciones o actos tendientes a socavar directa o indirectamente el prestigio de un competidor afectan al mercado y a todos sus participantes, incluidos los consumidores, quienes se ven impedidos de adoptar decisiones libres e informadas. Como señala Otamendi, cuando se denigra “...el objetivo es atacar y destruir al competidor (...) no es la destrucción resultado de una sana competencia, es la destrucción como consecuencia de las afirmaciones hechas en su contra, y no de la libre elección del consumidor...” (8).

Cabe subrayar que, si las manifestaciones del competidor son exactas, pertinentes y verdaderas, aun cuando sean aptas para menoscabar el crédito o prestigio de un competidor, no son merecedoras de un juicio de reproche. Es la *exceptio veritatis*, presente en otras legislacio-

(7) OTAMENDI, Jorge, “La competencia desleal”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 3, nro. 2, octubre de 1998, p. 16.

(8) *Ibíd.*, p. 17.

nes y ahora también vigente en nuestro país con el decreto 274/2019 —como se verá—.

En efecto, no existe denigración en tal caso porque, en resguardo del derecho de libertad de expresión, no cabe inhibir la circulación de información relativa a un competidor que resulta útil para la toma de decisiones dentro del mercado. Puede decirse así, como apunta Otamendi, que “cuando hay verdad no hay denigración” (9).

No resulta sencillo a veces, y sobre todo en materia de publicidad comparativa, determinar cuándo existe denigración de un competidor. En un caso en el que se cuestionaba la publicidad de una marca de cigarrillos (“Le Mans”) por reputar la actora que su adversaria ridiculizaba y se burlaba de su producto, fue decidido que resultaba, en principio, veraz el contenido de la publicidad y que el tono humorístico utilizado para parodiar ciertas expresiones en inglés no constituía denigración de la marca ajena (10).

En otro supuesto, también de publicidad comparativa, fue juzgado a fin de confirmar la medida cautelar decretada en primera instancia (que ordenaba a la demandada cesar en la difusión de un aviso gráfico) que no es admisible que la publicidad intente denigrar o desacreditar la marca de un competidor. En la publicación se representaba una cinchada entre conejos de fantasía y una pila personificada que ganaba la competencia, bajo una leyenda que sugería que el producto de la demandada era superior. El tribunal entendió que el aviso objetado podía lesionar los derechos de la actora, pues no se comparaban productos homogéneos, sino diferentes (pilas de litio y alcalinas) (11).

Las manifestaciones que son por sí mismas injuriosas, vejatorias o humillantes, no pueden ampararse en la libertad de expresión, independientemente de que puedan considerarse me-

(9) *Ibíd.*, p. 17.

(10) CNFed. Civ. y Com., sala I, “Japan Tobacco Inc. y otro c. Massalin Particulares SA”, LL Online: AR/JUR/1233/2001.

(11) CNFed. Civ. y Com., sala I, “The Gillette Company c. Energizer Argentina SA s/inc. de apelación de medida cautelar”.

ras opiniones. En un caso judicial sentenciado en un tribunal de Lugano, la empresa aérea Ryanair fue condenada por denigrar a las agencias de viajes *online* en la venta de pasajes de avión. Se consideró probado que, para referirse a algunas de ellas (Last Minute, entre otras), la aerolínea había difundido públicamente expresiones como “timan a sus clientes”, son “unos bastardos que dañan a Ryanair y venden más caro”, son “parásitos del sector” o “venden ilegalmente billetes de avión” (12).

### III. La protección contra la denigración en el derecho comparado

Las conductas encaminadas a socavar de manera directa o indirecta el prestigio de un competidor en el mercado han sido consideradas históricamente como desleales por la legislación universal.

En efecto, la protección contra los actos denigratorios no es ajena al derecho comparado, que los considera desde antiguo una práctica ilícita (13).

A modo de ejemplo, puede verse que la legislación de Alemania, España, Perú, Colombia y Ecuador los contempla concretamente como supuestos particulares de competencia desleal.

Inclusive en la normativa comunitaria europea existen dos directivas fundamentales que han influido decisivamente en los regímenes legales de los estados miembros. Si nos atenemos a las previsiones de la Directiva 2005/29/CE (14) encontramos que la denigración es una práctica agresiva que encuadra en el ámbito de la normativa (15); y si observamos el texto de la Di-

(12) <https://confi legal.com/20190510-lastminute-podra-seguir-comparando-precios-de-ryanair-que-tendra-que-indemnizarle>.

(13) LARA GONZÁLEZ, Rafael, *La denigración en el derecho de la competencia desleal*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, ps. 56 y ss.

(14) Relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

(15) La Directiva 2005/29/CE señala (art. 5º) que una práctica comercial será desleal si: “a) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional, y b) distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico

rectiva 2006/114/CE (16) arribamos a idéntica conclusión, pues la publicidad comparativa está permitida siempre y cuando —entre otros recaudos— “no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor” (17).

En Alemania la Ley de Competencia Desleal (UWG) (18) fue modificada en distintas oportunidades desde su entrada en vigencia. De acuerdo con la enmienda del 30 de diciembre de 2008 a su art. 4º (que proporciona ejemplos de actos comerciales desleales, prohibidos según su art. 3º), “...Se comporta de forma desleal quien (...) 7. desacredita o denigra los signos distintivos, los productos, los servicios, las actividades o las circunstancias personales o comerciales de un competidor (...) 8. afirma o difunde hechos sobre los productos o servicios o sobre la empresa de un competidor o sobre el empresario o un miembro de la dirección de la empresa, que puedan perjudicar el funcionamiento de la empresa o la reputación del empresario, si no se puede probar que los hechos son ciertos; cuando se trate de comunicaciones confidenciales y quien la comunique o el destinatario de la comunicación tenga un interés justificado en ella, el acto solo será desleal cuando los hechos fuesen afirmados o difundidos faltando a la verdad...” (19).

En España el art. 9º de la Ley de Competencia Desleal (ley 3/1991, del 10 de enero) dice textualmente: “Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las

del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”. La Directiva se refiere además a prácticas específicas o particulares que se consideran desleales, que son aquellas que “sean engañosas según lo establecido en los artículos 6º y 7º, o sean agresivas según lo establecido en los artículos 8º y 9º”.

(16) Sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

(17) Cfr. art. 4º, apart. d).

(18) Del 3/7/2004.

(19) GARCÍA PÉREZ, Rafael, “Nuevo texto de la ley de competencia desleal alemana (UWG)”, [www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3114702](http://www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3114702).

relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. En particular, no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado”.

El art. 11 de la ley peruana reza: “Actos de denigración: 11.1. Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos. 11.2. Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, estos actos se reputan lícitos siempre que: a) Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad; b) Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta; c) Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y d) Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia”.

En la ley de competencia desleal de Colombia el “descrédito” aparece equiparado a la denigración. Su art. 12 dice textualmente: “En concordancia con lo establecido por el punto 2 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes”.

En Ecuador la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (20) contiene una enumeración del elenco —muy común en legislaciones latinoamericanas (21)— de supuestos de competencia desleal, que incluye los actos de denigración. Así, el art. 27 apart. 4 de esta normativa establece que “Se considera desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Constituyen actos de denigración, entre otros: a) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones incorrectas o falsas u omitir las verdaderas, con el objeto o que tengan por efecto, real o potencial, menoscabar el crédito en el mercado del afectado. b) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que refieran a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado. c) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que, debido al tono de desprecio o ridículo, sean susceptibles de menoscabar el crédito del afectado en el mercado. Las conductas descritas en los literales b) y c) del presente artículo se presumen impertinentes, sin admitir prueba en contrario”.

#### IV. La previsión vigente en el dec. 274/2019

Como señalamos, el dec. 274/2019 incluye a la denigración dentro de una serie de actos que se consideran de competencia desleal.

El art. 10 dice textualmente: “Se consideran actos de competencia desleal, los siguientes: (...) i) Actos de denigración: Menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación de otro competidor, a no ser que las aseveraciones sean exactas, pertinentes y verdaderas...”

(20) Del 13/10/2011.

(21) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “La competencia desleal en Latinoamérica”, en *Revista del Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, año V, nro. 4, agosto 2014, p. 245.



La norma considera denigratorias las aseveraciones de un competidor que lesionen la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación de otro, en la medida en que aquellas sean inexactas, falsas e impertinentes.

No es posible ocultar que la previsión sigue los lineamientos del art. 10 bis del Convenio de París (que dispone que deben prohibirse “las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor”) y se asemeja bastante al art. 9º de la ley española —aun cuando no recoge íntegramente su texto—.

Parece claro que las afirmaciones merecedoras de un juicio de reproche pueden abarcar un amplio abanico de posibilidades. En este sentido, podría agravarse al competidor intentando desprestigiarlo en lo que respecta a: a) su actividad (p. ej., si se sostiene que se desempeña ineficientemente o atiende mal a sus clientes); b) su establecimiento (p. ej., si se afirma que su local es inseguro o sucio); c) sus relaciones comerciales (p. ej., si se asegura que no paga sus deudas); d) su personal (p. ej., si se aduce que sus directivos son corruptos o carecen de profesionalismo); y e) los productos o servicios que fabrica o comercializa (p. ej., si se sostiene que son de mala calidad u obsoletos), entre muchos otros supuestos posibles.

En línea con el criterio presente en otros ordenamientos, el decreto también prevé la *exceptio veritatis*: si las manifestaciones del competidor son exactas, verdaderas y pertinentes, no constituyen un acto denigratorio.

De allí que no cualquier tipo de aseveración que pueda llegar a menoscabar el crédito de un competidor en el mercado encuadre en este supuesto de competencia desleal. Así, si lo que se difunde es una opinión o un juicio de valor sobre los productos o servicios de otra empresa o si se vierte una manifestación que perjudica su reputación, pero versa sobre hechos reales o veraces, no puede hablarse de denigración.

Resulta frecuente que un comercio o un particular se sienta agredido por un competidor y lo acuse de cometer un acto denigratorio. Esta situación generalmente se produce en el ámbito en el que alguien pretende enaltecer

su producto o servicio mediante una campaña publicitaria, en la que difunde manifestaciones sobre las prestaciones de otra persona dedicada al mismo rubro o actividad comercial. Sin embargo, para que pueda calificarse como acto denigratorio debe encuadrar en la previsión legal: menoscabo de la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación de otro competidor y falsedad, impertinencia e inexactitud de las aseveraciones.

La *exceptio veritatis* requiere, pues, para enervar la acción respecto de los actos de competencia desleal denigratoria, que las manifestaciones cumplan con aquellos tres requisitos: a) que sean exactas (es decir, que se correspondan con la realidad de las cosas); b) que sean verdaderas (esto es, que provoquen en sus destinatarios una fiel representación del hecho difundido, o que resulten verosímiles); y c) que sean pertinentes (es decir, que se refieran a extremos relevantes para la toma de decisiones en el mercado, estén justificadas o no resulten desproporcionadas).

Como se vio, algunas legislaciones (22) reputan, con carácter general, que son impertinentes las manifestaciones sobre la vida privada, raza, religión, nacionalidad, orientación sexual, etc. El art. 10 inc. i) del decreto no contiene ninguna precisión sobre este aspecto. Sin embargo, es evidente que no solo las afirmaciones de índole profesional respecto de un competidor pueden constituir una denigración, sino también los ataques de índole personal. Por ello, desde que la norma no hace ninguna distinción, cabe concluir que en nuestro derecho la deslealtad comprende cualquier tipo de manifestación, tanto en lo profesional como en lo personal, siempre y cuando, claro está, tenga finalidad concurrencial (23).

## V. Comentarios finales

La deslealtad dentro de la competencia es inherente a la economía de mercado y a la libertad de iniciativa económica. De allí que resulte

(22) Por ejemplo, la española y la ecuatoriana.

(23) En este sentido: ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo, “Actos de denigración”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Alberto, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

de trascendental importancia contar con normas que tutelen adecuadamente, tanto a los consumidores como a los competidores, de posibles acciones de competencia desleal.

La denigración, como supuesto particular, se configura a través de un acto de comunicación realizado por un competidor respecto de otro que también interviene en el mercado. Esta actuación es susceptible de afectar la estrategia comercial ajena, en la medida en que un participante es lesionado o desacreditado en su imagen, crédito, fama o prestigio; y también es pasible de perjudicar a los consumidores, al impedirles adoptar decisiones con libertad.

Para que pueda calificarse a un acto como denigratorio será menester tener en cuenta, entre otras cosas, la aptitud o capacidad real de las

manifestaciones para producir un daño al competidor, el contexto en que han sido vertidas, la opinión previsible de los destinatarios y el contexto en el que se desenvuelven, así como la verosimilitud de esas aseveraciones en el sentido de los usos y costumbres habituales.

Si se examina la norma prevista en el decreto 274/2019 a la luz de sus considerandos, que aluden tanto a prácticas prohibidas relacionadas con la producción e intercambio de bienes o servicios como a los derechos de los consumidores y usuarios, es claro que al tipificar las conductas desleales y, como supuesto específico, los actos denigratorios, se persiguen dos objetivos: a) que los competidores que participan en el mercado ejerzan su actividad sin cortapisas; y b) que los consumidores puedan formarse un criterio y tomar decisiones libres e informadas.

# La violación de secretos como supuesto de competencia desleal

---

GUSTAVO P. GIAY (\*)

## I. Introducción

El pasado 22 de abril de 2019, el Poder Ejecutivo nacional reglamentó, a través del decreto de necesidad y urgencia 274/2019 (en adelante, el “decreto”)(1), una reforma integral del régimen de lealtad comercial instaurado por la ley 22.802(2) y sus modificatorias. En efecto, el decreto derogó esta antigua norma e incorporó, por primera vez en la historia de nuestro derecho, una regulación moderna y ágil contra la competencia desleal, en sintonía con las tendencias del derecho comparado.

En particular, y aquí lo novedoso, el decreto proporciona, en su art. 10, un listado de actos concretos considerados de competencia desleal(3). Entre ellos se encuentra, según se advierte de la lectura del inc. j), la violación de secretos, a saber:

“Divulgar o explotar, sin autorización de su titular, secretos empresariales ajenos a los que se haya tenido acceso, legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente. A estos fines, será considerada desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan”.

Esta inclusión no tiene precedentes en el derecho argentino de fuente interna. De hecho, con anterioridad al decreto, la única sanción de la violación de secretos como acto de competencia desleal se desprendía de modo implícito del art. 159 del Cód. Penal de la Nación (de aquí en más, el “Código Penal”), norma que actualmente impone al declarado culpable, después de un extenso proceso judicial, una pena irrisoria que oscila entre los 2.500 y los 30.000 pesos argentinos(4). En este sentido, el decreto implica un cambio de paradigma; propone un sistema completamente diferente al que inspiró la redacción de la aludida normal penal.

Este nuevo sistema, al estilo “germánico”(5), protege directamente a los secretos, tanto co-

---

(\*) Abogado y socio del Estudio Marval, O’Farrell & Mairal desde el año 2003. Actualmente dirige el departamento Contencioso Propiedad Industrial del Estudio, asesorando a empresas y particulares en asuntos de propiedad intelectual y nuevas tecnologías.

(1) Texto completo disponible en <https://www.boletino-ficial.gob.ar/detalleAviso/primera/205888/20190422> (25/6/2019).

(2) Texto completo disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/19946/texact.htm> (25/6/2019).

(3) Ello sin perjuicio de contemplar una definición general del concepto “acto de competencia desleal” (art. 9º) y una prohibición expresa de incurrir en esta clase de actos (art. 8º).

---

(4) El artículo dispone: “Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil el que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial” (texto según ley 24.286, publicada en el Boletín Oficial el 29/12/1993).

(5) Este término, expone Gómez Segade, encuentra su explicación en que Alemania tuvo el mérito de ser el primer país en promulgar una ley especial sobre competencia desleal e incluir, dentro de esta ley, a la violación

merciales como industriales (6), condenando su utilización y/o divulgación indebida como un supuesto específico de competencia desleal y otorgándole al titular de la información secreta que ha sido utilizada y/o divulgada sin su autorización o consentimiento la vía administrativa para reclamar (arts. 30 y subsiguientes). Este procedimiento administrativo, en el que el denunciante es parte (art. 30), es ciertamente más expedito y más económico que el judicial, aplica sanciones cuyo monto es adecuado a las realidades negociales vigentes y, según el art. 66, su resolución por parte de la Autoridad de Aplicación hace cosa juzgada y habilita la vía sumarísima para las acciones de reparación de los daños y perjuicios.

En este orden de ideas, el decreto no solo ha fortalecido la protección jurídica de la información calificable como secreta de conformidad con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en lo siguiente, Acuerdo "ADPIC") (7) y con nuestra Ley de Confidencialidad 24.766 (en adelante, la "ley 24.766") (8), sino que también ha dado un cumplimiento más acabado a la letra del art. 39 del Acuerdo ADPIC; artículo que somete expresamente el trato legal de la "información no divulgada" a la disciplina

de secretos como supuesto específico de conducta desleal. Es más, de acuerdo con el mencionado autor, fue la resistencia del Parlamento alemán a tipificar la violación de secretos como un delito penal la que condujo, en última instancia, a la aprobación de la Ley de Lucha contra la Competencia Desleal el 27 de mayo de 1896.

Véase GÓMEZ SEGADÉ, José A., *El secreto industrial (know-how). Concepto y protección*, Tecnos, Madrid, 1974.

(6) Otamendi entiende que los secretos industriales comprenden, básicamente, las invenciones patentables, pero no patentadas, innovaciones y perfeccionamientos no patentables, los métodos de fabricación y las fórmulas químicas, aunque podría pensarse en otros ejemplos. Los secretos comerciales, por su parte son, según el autor, los sistemas de venta las listas de clientes y toda la información relativa a estos clientes, las formas de organización interna de la empresa, etc. Véase OTAMENDI, Jorge, "La competencia desleal", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 3, nro. 2, 1998, ps. 1-44.

(7) Texto completo disponible en [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/27-trips.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf) (25/6/2019).

(8) Texto completo disponible en <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/41094/norma.htm> (25/6/2019).

de la competencia desleal según lo establecido en el art. 10 bis del Convenio de París (9)-(10) Además, la reforma ha escuchado las voces de la doctrina argentina, que ya había caracterizado a la violación de secretos como un "típico acto de aprovechamiento del esfuerzo ajeno (...) condenable bajo los principios generales relativos a la competencia desleal" (11).

A lo largo de este capítulo nos detendremos, primero, en el objeto de nuestro estudio, la violación de secretos, y la diferenciaremos de la revelación de información que, si bien es confidencial, no reúne los requisitos legales del secreto. Segundo, abordaremos la protección jurídica que han recibido los secretos a partir del decreto. Señalaremos cuáles son las fuentes de la reforma y cuál es el panorama en el derecho comparado (particularmente en los países de la región sudamericana), y explicaremos el fundamento detrás de la regulación de la violación de secretos como acto de competencia desleal. Por último, trataremos la violación de secretos en el ámbito de las relaciones laborales. En particular, profundizaremos sobre cuáles son las obligaciones de los empleados y los ex empleados con relación a la información secreta y sobre cuáles son los medios con los que cuenta el empleador para asegurarse que, una vez finalizado el vínculo laboral, el empleado no haga uso o divulgue dicha información.

## II. La violación de secretos. La diferencia entre violar un secreto y revelar información confidencial no secreta

Antes de abordar la relación entre la violación de secretos y la competencia desleal es preciso

(9) Véase CORREA, C., "Protección de la información confidencial y competencia desleal", LL 1996-D-1236; LL Online: AR/DOC/8139/2001.

(10) Texto completo disponible en <https://wipo.int/es/text/287557> (25/6/2019).

(11) Véase CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo *et al.*, "Conductas relativas a secretos e información confidencial", en *Derecho de la competencia desleal*, Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2014, ps. 519-547, esp. p. 520.

Los mismos autores señalan, en otra obra, que en el derecho argentino "es generalizada la inclusión de la apropiación indebida de [los conocimientos técnicos secretos] en el marco de las conductas configurativas de competencia desleal" (CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo *et al.*, "Conductas relativas a secretos..." cit., p. 153).

que delimitemos nuestro objeto de estudio —a saber, la violación de secretos—. En este sentido, veremos que para encontrarnos ante un supuesto de violación de secretos: 1) la información debe ser secreta; y 2) la información debe ser indebidamente utilizada y/o divulgada por una persona distinta de su titular.

### II.1. La información debe ser secreta

El primero y más esencial requisito para que nos encontremos ante un supuesto de violación de secretos es, justamente, que la información utilizada y/o divulgada sea secreta en los términos del art. 39, inc. 2º, del Acuerdo ADPIC y del art. 1º de nuestra ley 24.766 (12).

En efecto, la mencionada norma dispone que las personas físicas o jurídicas “tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control (13) se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos” en tanto dicha información satisfaga tres condiciones: 1) primero, debe ser secreta, es decir, no debe ser generalmente conocida ni fácilmente accesible; 2) segundo, debe tener valor comercial por ser secreta; 3) tercero, debe haber sido objeto de medidas de protección. Además, y este es un requerimiento especial de nuestro derecho y 4) la información debe constar en alguno de los soportes mencionados por la ley 24.766.

A continuación, brindaremos una breve explicación de cada una de las condiciones a las que hemos hecho referencia.

(12) Como bien dice García Menéndez: “la seguridad jurídica del tráfico requiere que se proporcionen pautas claras de cuándo nos encontramos y, más aún, de cuándo no nos encontramos ante un secreto (...), a los efectos de dejar fuera del ilícito competencial toda información que no revista el carácter de ‘secreta’ y que puede ser utilizada e intercambiada libremente para el fomento del desarrollo mercantil”. Véase GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 82.

(13) De acuerdo con Otamendi, al decir “legítimamente”, la norma exige que la información no haya sido adquirida por de modo indebido por su titular. En palabras del jurista, “[e]sto significa que quien reclame la protección legal deberá probar que la información ha sido por él desarrollada o legalmente obtenida de un tercero” (1998, p. 31).

#### II.1.1. El carácter secreto de la información

La información debe ser secreta. Esto significa, en línea con lo dispuesto por el art. 39, inc. 2º, del Acuerdo ADPIC y por el art. 1º de la ley 24.766 —que replica el texto del tratado internacional—, que es necesario que la información “no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión” (énfasis añadido).

Como comenta Mitelman, la información secreta es aquella que, desde un enfoque cuantitativo (u objetivo), es conocida por un círculo limitado de personas. Según el referido autor, ello no implica que solamente el titular deba tener acceso a los conocimientos secretos pues (14), de lo contrario, dicha circunstancia imposibilitaría el provecho económico inherente a esos conocimientos:

“El empleo económicamente útil de la tecnología requiere generalmente su conocimiento (en distintos niveles) por un conjunto de individuos (v.gr., personal en relación de dependencia; gerentes; socios) que actuando en el ámbito de una estructura empresaria, tienen acceso a la información que la compañía titular decide mantener en secreto” (15).

En este sentido, se admite pacíficamente que la información pueda estar a disposición de más de una persona, sin perder, por esta razón, su carácter secreto. Sin embargo, y aquí la clave, la información “no debe ser de conocimiento general entre los expertos o competidores en el área pertinente” (16).

(14) En este aspecto coincide el autor español Gómez Segade, quien señala que “[p]ara que exista secreto no es preciso que se trate de algo absolutamente secreto; es decir, de algo que sólo es conocido por el empresario titular del secreto y, si acaso, por alguno de sus empleados”. GÓMEZ SEGADÉ, José A., *El secreto industrial...*, cit., p. 191.

(15) Véase MITELMAN, Carlos O., “Información confidencial”, en ZUCCHERINO Daniel R. - MITELMAN, Carlos O. (eds.), *Derecho económico empresarial*, Errepar, Buenos Aires, 2000, ps. 241-287, esp. p. 244.

(16) Ídem.

A su vez, en un informe de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante, la “OMPI”) sobre

Ahora bien, tal y como advierte Correa (17), el grado de divulgación que socava o destruye el carácter secreto de la información no debe ser analizado desde una perspectiva netamente cuantitativa. Por el contrario, es menester tener en consideración, además, el sector o la actividad con la que se relaciona la información (18). Así pues, por ejemplo, son secretos y merecedores de la más estricta protección, de conformidad con el art. 39, inc. 3º, del Acuerdo ADPIC, los estudios preclínicos y clínicos que las compañías farmacéuticas deben presentar ante la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (en adelante, la “ANMAT”) a efectos de obtener una autorización para comercializar nuevas entidades químicas. (19) Tal como observa Gómez Segade,

“[e]n un sector altamente desarrollado y competitivo, en el que las empresas participantes disponen por lo general de departamentos de investigación y siguen atentamente la marcha de sus competidores (...) puede admitirse la

la Protección contra la Competencia Desleal (1994) (de aquí en más, el “Informe OMPI (1994)”), el organismo internacional destaca que “[d]esde un punto de vista objetivo, para calificar la información como secreto empresarial, ésta debe ser conocida únicamente por un número limitado de personas, es decir, no debe ser de conocimiento general de los expertos o competidores en el campo” (p. 56).

En igual sentido CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo *et al.*, “Protección jurídica de los conocimientos técnicos”, en *Régimen jurídicos de los conocimientos técnicos*, Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2013, ps. 85-320.

Véase también CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo *et al.*, “Conductas relativas a secretos...”, cit. En rigor, en esta obra los autores señalan que “[l]a información calificable como secreta es aquella que (...) está objetivamente fuera del alcance del común de los técnicos correspondientes al ámbito en que esa información tenga aplicación. En otras palabras, si la información puede obtenerse simplemente contratando a un técnico ducho en la materia a la que corresponde tal información, no es un secreto (...). (p. 522; citas internas omitidas).

(17) Véase CORREA, C., “Protección de la información confidencial...”, cit.

(18) Véase también GÓMEZ SEGADÉ, José A., *El secreto industrial...*, cit.; MITELMAN, Carlos O., “Información confidencial”, cit.

(19) SÁNCHEZ ECHAGUE, Ignacio, “Protección de los datos de prueba para el registro de productos farmacéuticos”, *Revista de Derechos Intelectuales ASIPI*, nro. 13, 2007, ps. 169-194.

presunción de que si un dato, un procedimiento o un aparato [no] es conocido por los competidores —y este es el caso de las presentaciones ante la ANMAT—, de ordinario (...) existirá secreto” (20).

Ejemplos similares existen prácticamente en todas las industrias y sectores de la actividad comercial. Para muchas empresas, los secretos comerciales no son sino conocimientos y habilidades desarrolladas a lo largo del tiempo, y que testeadas en el mercado, constituyen una ventaja comparativa respecto de otros competidores. Así, una forma especial de fabricar un producto a través de la mezcla de determinada combinación de ingredientes únicos, una determinada fórmula química que aplicada a un espacio de agua abierta permite mantenerla cristalina por más tiempo, entre otros ejemplos, son todas demostraciones de conocimientos que se eligen mantener en secreto para mantener las ventajas competitivas por el mayor tiempo posible en el mercado, ya que mientras se mantengan en secreto continuarán otorgando beneficios a su titular.

Evidentemente existe un límite, pasado el cual la información dejará de ser secreta. Este límite, lejos de ser abstracto, dependerá en gran medida de las particularidades del caso. Será la jurisprudencia la que, paulatinamente, sentará pautas orientativas con respecto a las distintas ramas de la industria.

Al margen de esto último, en nuestro derecho hallamos también una delimitación normativa al carácter secreto de la información. En rigor, el art. 9º de la ley 24.766 dispone que “*no estará protegida la información que hubiera caído en el dominio público en cualquier país* (21), por la

(20) Véase GÓMEZ SEGADÉ, José A., *El secreto industrial...*, cit., ps. 193-194.

La cita fue utilizada *a contrario sensu*. La cita original es la siguiente: “[P]uede admitirse la presunción de que si un dato, un procedimiento o un aparato es conocido por los competidores, de ordinario existirá secreto”.

(21) Otamendi (1998) critica fuertemente este precepto porque entiende que es violatorio del art. 39 del Acuerdo ADPIC. El autor arguye que la redacción del art. 39, inc. 2º, apart. a), del Acuerdo ADPIC, al hablar de información que no es “generalmente conocida” ni “fácilmente accesible”, adopta la *novedad relativa* para calificar al secreto. En esta tesitura, podrá ser secreta,

publicación de cualquiera de los datos protegidos, la presentación de todos o partes de los mismos en medios científicos o académicos, o por cualquier otro medio de divulgación” (énfasis añadido).

### II.1.2. El valor comercial de la información

La información debe ser secreta y, a su vez, tener valor comercial por ser secreta.

Explica acertadamente Otamendi (1998) que los secretos se protegen, fundamentalmente, porque tienen valor comercial. Generalmente, los secretos son manuales, fórmulas, procesos fabriles o técnicas y/o métodos de trabajo, etc., que le otorgan al titular de la información una ventaja competitiva sobre sus rivales en la industria (Giay y Fernández, 2013) (22). Siguiendo a Mitelman,

“[t]odo empresario reputado procura mantener secretas estas prácticas, las cuales son asimismo un elemento de individualidad de su establecimiento y no se desarrollan de manera igual en otras fábricas (caso contrario, cesarían de ser secretos) y concurren a una mejor producción, al aumento de clientela y de venta de los productos o servicios” (23).

de conformidad con el aludido autor, la información conocida en otras partes del mundo pero no en Argentina. Como señala, también, García Menéndez: Teniendo en cuenta las circunstancias concretas, puede alegarse que un conocimiento es secreto pese a que el mismo se encuentre difundido en otro país, si el que dispone de dicho conocimiento puede probar que el mismo no se encuentra difundido en su propio ámbito territorial. (GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal...*, cit., p. 87).

Pero esta no es la postura por la que se ha inclinado el art. 9º de la ley 24.766; la norma local requiere la novedad absoluta (o mundial) de la información para que esta pueda ser reputada secreta. Es por esta razón que Otamendi manifiesta que la norma local se contrapone con la norma internacional, de jerarquía superior según el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional: “Si el TRIPS —o ADPIC— hubiese querido establecer la novedad absoluta como requisito de la protección, lo hubiera establecido” (OTAMENDI, Jorge, “La competencia desleal”, cit., p. 31).

(22) Véase GIAY, Gustavo - FERNÁNDEZ, Diego, “Protección de los secretos comerciales. Doctrina de la revelación inevitable”, LL 20/8/2013, ps. 1-4; LL 2013-D-153.

(23) Véase MITELMAN, Carlos O., “Información confidencial”, cit., p. 247.

Tanto las normas internacionales como las nacionales sobre protección de la información secreta resguardan, de acuerdo con García Menéndez (24), solamente a aquella información que, desde una perspectiva objetiva —aunque también atendiendo a las circunstancias de cada caso—, le aporte al titular una ventaja o utilidad (que puede ser actual o potencial) sobre sus competidores que, lógicamente, no disponen de la información (25).

Por otra parte, el valor comercial de la información secreta se deduce de las medidas de protección que un titular suele desplegar para tutelarla (las que serán objeto de tratamiento en la § II.A.3). Estas medidas son, como veremos, costosas y resultaría inconcebible pensar que un titular incurriría en gastos si la información no tuviese ningún tipo de valor. En esta línea, es también indicativo del valor comercial de los secretos la cantidad de acuerdos de confidencialidad (*non disclosure agreements* o “NDA”, por sus siglas en inglés) que las empresas celebran con sus empleados o exemplados y/o que las empresas incluyen en el marco de sus diferentes transacciones (26).

Las listas de clientes y proveedores (actualmente, las bases de datos con clientes y proveedores), por ejemplo, ilustran perfectamente el requisito que desarrollamos en esta sección. Como observa Pablo Palazzi —con cita a la pro-

(24) Véase GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal...*, cit.

(25) García Menéndez prefiere hablar de “valor competitivo”. Por un lado, porque el término “valor comercial” puede dar a entender que la información secreta es únicamente aquella que tiene efectiva aplicación comercial, lo que, según el jurista, no es correcto (este es, por ejemplo, el caso del conocimiento que determinada técnica, fórmula, etc., no es por cualquier razón, aplicable al proceso productivo, con los ahorros en investigación y desarrollo que ello conlleva para quien lo sabe). Por otro lado, “valor competitivo” se adecua al propósito de la información, a saber, ser utilizada para “mejorar la eficiencia del sujeto que [la] detenta, poniéndolo en una situación de ventaja competitiva frente al resto de sus competidores” (GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal...*, cit., p. 89).

(26) Véase MITELMAN, Carlos O., “Información confidencial”, cit.

fesora española Suñol Lucea— (27), estas listas “por sí mismas, proporcionan una clara ventaja competitiva a quien las posee frente a terceros que no disponen de ella” (28). Un competidor en posesión de esta información podría, continúa Palazzi, contactar a los clientes y ofrecerles un producto o servicio similar a un inferior precio. En tanto ello derivaría en un perjuicio económico para las empresas a las que pertenecen las listas (29), estas las mantienen en secreto y las protegen con múltiples medidas (que incluyen accesos por clave, acuerdos de confidencialidad, etcétera).

### II.1.3. Las medidas de protección

Como adelantamos en la sección anterior, la información debe haber sido “objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla” (art. 39, inc. 2º, apart. c], del Acuerdo ADPIC; art. 1º, apart. c], de la ley 24.766).

Este requisito es, de acuerdo con Mitelman, primordialmente subjetivo (30). El titular de la información debe haber tenido “el deseo o intención (...) de conservar en forma exclusiva ese conocimiento frente a otras personas, sin revelarlo” (p. 247) (31). Pero las normas no solo exigen voluntad sino, a su vez, que esta se exteriorice en actos concretos, es decir, en restricciones u obstáculos al acceso a la información que se busca amparar, de modo tal que un inte-

resado acceda a la información solo porque así lo desea su titular (o porque logró conocerla a través de maniobras ilícitas) (32). Remarca García Menéndez:

“Sin duda, es la voluntad de mantener oculto el secreto lo que determina si se configura este requisito. Sin embargo, dicho aspecto subjetivo debe ser analizado atendiendo a las circunstancias objetivas que determinen el grado de protección; de otra manera, con la simple expresión de la voluntad de preservar un secreto, quedarían incluidos bajo esta denominación los conocimientos o las informaciones

---

(32) Mitelman (2000) clasifica las medidas en protección en dos categorías: (1) Las medidas *fácticas* u obstáculos de hecho, como, por ejemplo: (a) la custodia de la información en lugares seguros; (b) el almacenamiento de la información secreta en un sistema de seguridad adecuado, que permita trazar quién tuvo acceso a la información y cuándo; (c) la implementación de medidas técnicas de seguridad, como la encriptación de archivos, *firewalls*, permisos de acceso, contraseñas, etc.; y (d) la puesta en funcionamiento de políticas ventajosas relacionadas con el acceso y el manejo de la información confidencial. (2) Las medidas *jurídicas*, como, por ejemplo, los denominados *non disclosure agreements* o acuerdos de confidencialidad.

Pese a que no ahondaremos aquí sobre la naturaleza y el funcionamiento de los acuerdos de confidencialidad, consideramos propicio señalar algunas de las ventajas propias de estas herramientas. La primera ventaja es que la protección contractual de la confidencialidad delimita con claridad las obligaciones y los derechos del receptor de la información. En otras palabras, las estipulaciones contractuales le indican cómo debe comportarse respecto a la información. La segunda ventaja es probatoria: el acuerdo de confidencialidad constituye una prueba prácticamente indiscutida de la obligación de guardar reserva, bajo los términos que fije el acuerdo, por supuesto. Por último, y aunque esta ventaja no es propia de los *non disclosure agreements*, los acuerdos, en tanto contratos, pueden contener una cláusula penal que pre-cuantifique los daños de un eventual incumplimiento, lo que no solo incentiva al receptor a mantenerse fiel al compromiso asumido, sino le otorga certeza al titular de la información.

Es importante señalar que estos acuerdos, que prohíben al receptor de la información utilizarla o de cualquier manera divulgarla a terceros, “no convierten a dicha información en secreta, pues (...) ello depende de condiciones objetivas —que hemos explicado en esta sección— que no pueden ser ignoradas convencionalmente” (MITELMAN, Carlos O., “Información confidencial”, cit., p. 257).

---

(27) Véase SUÑOL LUCEA, A., *El secreto empresarial: un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 2009.

(28) Véase Palazzi, P. (2014). Sustracción de una base de datos por un empleado infiel: violación de secretos comerciales, competencia desleal e infracción a la propiedad intelectual. (ED 259-46, p. 9).

(29) Véase CORREA, C., “Protección de la información confidencial...”, cit.

(30) Véase MITELMAN, Carlos O., “Información confidencial”, cit.

(31) De acuerdo con el Informe OMPI (1994), “[d]esde un punto de vista subjetivo, el comerciante involucrado debe tener un interés considerable en conservar cierta información como secreto empresarial. (...) el comerciante debe haber mostrado la intención de que la información fuera tratada como secreta” (p. 56). Véase también OTAMENDI, Jorge, “La competencia desleal”, cit.



sobre los cuales no se instrumentó la debida protección” (33).

Estas restricciones y obstáculos no deben ser absolutamente eficaces(34). Basta que sean razonables, considerando las particularidades del caso, para mantener a la información fuera del alcance de los terceros(35). Esta cuestión fue abordada por la jurisprudencia de los Estados Unidos (en adelante, “EE.UU.”), particularmente en “E. I. du Pont de Nemours & Company v. Christopher *et al.* (1970)”, un caso que involucró la toma no autorizada de fotografías aéreas de una planta de producción de metanol —secreta— que se encontraba, en ese momento, en construcción. La Corte de Apelaciones del Quinto Circuito consideró que la compañía actora había implementado medidas razonables para resguardar su planta secreta y que los demandados habían obtenido las fotografías por medios impropios:

“Aunque después de la construcción, la planta terminada habría protegido gran parte del proceso de producción de metanol de la vista de terceros, durante el período de construcción el secreto comercial estuvo expuesto a la vista desde el aire. Requerir que DuPont ponga un techo sobre la planta sin terminar para guardar su secreto impondría un gasto enorme para evitar nada más que el truco de un niño. (...) No debemos exigirle a una persona o a una corporación que tome precauciones irrazonables para evitar que otra persona haga lo que no debería hacer en primer lugar. Podemos requerirles precauciones razonables contra los ojos depredadores,

(33) Véase GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal...*, cit., p. 90. Como aseveramos en un anterior trabajo, “[l]o importante es que cualquier medida que se adopte demuestre una intención clara y concreta de proteger la información confidencial de su acceso no autorizado” (GIAY, Gustavo - FERNÁNDEZ, Diego, “Protección de los secretos comerciales...”, cit., p. 3).

(34) Véase CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo *et al.*, “Protección jurídica...”, cit.

(35) No existe ningún criterio predeterminado para evaluar la razonabilidad de las medidas de protección. Mitelman (2000), sugiere ponderar el valor del secreto y el costo de las precauciones dirigidas a mantener la información oculta de terceros. También recomienda tener en cuenta las costumbres del sector económico, científico o profesional pertinente. MITELMAN, Carlos O., “Información confidencial”, cit.

pero la construcción de una fortaleza impenetrable es un requisito irrazonable, y no estamos dispuestos a cargar a los inventores industriales con tal deber para proteger los frutos de sus esfuerzos” (citas internas omitidas; traducción propia).

En definitiva, como dice Otamendi, “[n]o hay una receta fija para mantenerla secreta. La ley al hablar de ‘circunstancias’ admite medidas de protección diferentes para cada caso” (36).

#### *II.1.4. La información debe constar en alguno de los soportes mencionados por la ley 24.766*

La última de las condiciones para que la información pueda ser protegida como secreta bajo nuestra ley 24.766 es que “conste en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros elementos similares” (art. 2º)(37).

En conclusión, para encontrarnos ante un supuesto de violación de secretos, la información en cuestión debe ser secreta, es decir, no debe ser generalmente conocida ni fácilmente accesible (§ II.1.1); debe tener valor comercial por ser secreta (§ II.1.2); debe haber sido objeto de medidas de protección (§ II.1.3); y debe constar en alguno de los soportes mencionados por la ley 24.766 (§ II.1.4).

#### *II.2. La utilización y/o divulgación indebida de la información secreta*

El segundo requisito para que nos encontremos ante un supuesto de violación de secretos es que la información que cumple con las cuatro condiciones que hemos desarrollado precedentemente sea utilizada y/o divulgada indebidamente, es decir, de manera contraria a los criterios de lealtad, de moralidad y de buena fe comercial, por una persona distinta de su titular y sin su consentimiento (lo que comprende una eventual autorización).

Según los arts. 39, inc. 2º, del Acuerdo ADPIC y 1º de la ley 24.766, es preciso que la informa-

(36) Véase OTAMENDI, Jorge, “La competencia desleal”, cit., p. 32.

(37) Esta condición no figura en el artículo 39 del Acuerdo ADPIC.

ción “se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento *de manera contraria a los usos comerciales honestos*” (énfasis añadido) ¿Qué debe entenderse por “contrario a los usos comerciales honestos”? Nuestra ley 24.766 contiene, en el mismo art. 1º, una enumeración de algunos supuestos:

“Se considerará que es contrario a los usos comerciales honestos el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción y adquisición de información no divulgada por terceros que supieran o no, por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas” (38).

Esta enumeración, en línea con Otamendi, debe leerse como meramente enunciativa y no, como parece sugerir la norma, taxativa (39) De lo contrario, dejaría afuera, por ejemplo, a los casos de espionaje industrial (40).

Más allá de esta enumeración, con la que coincidimos, es importante destacar que la expresión “de manera contraria a los usos comerciales honestos” constituye un principio moral rector que abarca a todo tipo de conducta que conduzca al aprovechamiento indebido del esfuerzo y la propiedad ajena sin una adecuada autorización o contraprestación.

Aunque en esta materia el principio es “sin autorización no puede haber divulgación, ni uso” (41) —tal como lo expusimos al comienzo de esta sección—, la ley 24.766, en su art. 3º, admite una excepción a este principio. En

efecto, la norma nacional les concede a aquellas personas que acceden a la información secreta “con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios” un permiso especial para usar o revelar la información cuando mediare “causa justificada”. Ahora bien, qué debemos entender por “causa justificada” es incierto puesto que el art. 3º no lo esclarece. De todos modos, entendemos, adscribiendo a la postura de Jorge Otamendi, que este término debe ser interpretado restrictivamente (42). Y ello es así porque, confrontados ante la posibilidad de aceptar la divulgación a través de una causa de dudosa justificación, por un lado, y la posibilidad de que esa información siga siendo mantenida en secreto por su legítimo titular que ha elegido este camino como una forma de protección, debe darse preeminencia a este último.

En síntesis, para configurarse la violación de secretos es preciso que la información secreta sea utilizada y/o divulgada indebidamente, en contra de los usos comerciales honestos. Corresponderá a los jueces aplicar este principio de forma tal que se fomenten reglas de sana competencia en el mercado y se penalicen todas aquellas conductas que, a través de conductas parasitarias o moralmente reprochables, pongan a un competidor en una situación de ventaja respecto del titular de la información secreta cuya divulgación y uso por parte de terceros ha querido evitar.

Resumiendo, en esta parte II hemos visto que la violación de secretos se configura, por un lado, cuando la información que es objeto del uso y/o divulgación sea secreta de conformidad con lo dispuesto por el Acuerdo ADPIC y por la ley 24.766 (§ II.1); y, por otro lado, cuando la información es utilizada y/o divulgada por terceros, sin el consentimiento de su titular, en contra de los usos comerciales honestos (§ II.2). En este orden de ideas, en todos aquellos casos en los que no se cumpla alguno de estos requisitos, no nos encontraremos ante una violación de secretos sino, más bien, ante una revelación de información confidencial que no reúne los caracteres distintivos del secreto.

(38) Así, no habrá revelación indebida de secretos cuando, por ejemplo, la revelación le sea impuesta al receptor de la información por parte de una autoridad judicial.

(39) Véase OTAMENDI, Jorge, “La competencia desleal”, cit.

(40) García Menéndez (2004) enseña que dentro de la utilización y/o divulgación indebida encontramos aquella realizada por empleados y exempleados y aquella realizada por terceros que, sin ser empleados o exempleados, adquieren la información mediante el espionaje, sustracción indebida o procedimiento análogo, o mediante la obtención del secreto producto de la inducción ejercida sobre el que tiene el deber de reserva o secreto.

(41) Véase OTAMENDI, Jorge, “La competencia desleal”, cit., p. 33.

(42) Véase OTAMENDI, Jorge, “La competencia desleal”, cit.

Esto último sucede, por ejemplo, con la habilidad, conocimientos y experiencias personales del empleado que, de acuerdo con Gómez Segade, “no pueden ni deben confundirse con los secretos industriales” (43). Los primeros son, prosigue el autor, los conocimientos *generales* de la rama industrial de la que se trate, es decir, aquellos que el empleado hubiese adquirido si se hubiese desempeñado en cualquiera de las empresas pertenecientes a dicha rama industrial. En este aspecto se diferencian de los conocimientos *particulares* o *especiales*, que son los que el empleado adquiere por haber trabajado en una empresa determinada (44).

Esta posición es ampliamente compartida en la doctrina argentina. Así, por ejemplo, autores como Cabanellas *et al.* manifiestan que solo es secreta la información que, “además de cumplir con los requisitos propios de la información confidencial, está objetivamente fuera del alcance de los técnicos correspondientes al ámbito en que esa información [tiene] aplicación” (45).

La distinción entre estos dos conceptos, especialmente en su aplicación en el ámbito de las relaciones laborales, es importante pues conlleva efectos prácticos. De hecho, los derechos sobre la información confidencial son marcadamente más amplios cuando esta reúne las condiciones propias del secreto que cuando esta es meramente confidencial (y, por ende, no secreta). En lo que aquí nos interesa, en los supuestos de violación de información secreta el titular perjudicado podrá accionar no solo por la vía judicial penal que prevé el art. 156 del Cód. Penal (46) o por las vías judiciales civiles

que contempla el art. 11 de la ley 24.766 (47), sino también por la nueva vía administrativa prevista en el decreto.

### III. La protección jurídica de los secretos en la reforma de la Ley de Competencia Desleal

Desde la sanción de la Ley de Lucha contra la Competencia Desleal alemana, el 27 de mayo de 1896, distintos ordenamientos jurídicos han regulado a la violación de secretos como uno de los actos más característicos de competencia desleal (48). Pese a ello, y pese a que, como adelantamos en la Introducción, la doctrina argentina ha coincidido con este método de regulación, recién este año, 2019, la Argentina decidió dar un paso en el sentido correcto e introdujo, a partir del decreto, un régimen integral de Lealtad Comercial que encuadra a la violación de secretos dentro del ámbito de la competencia desleal.

En esta parte III expondremos: 1) las fuentes de la reforma y el panorama en el Derecho de los países sudamericanos; 2) explicaremos cuándo la violación de secretos es un acto de competencia desleal; y 3) ahondaremos en el fundamento detrás de la inclusión de la violación de secretos en el art. 10 del decreto.

el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.

(47) Artículo que en lo pertinente dispone: El acceso por terceros a la información de manera contraria a los usos comerciales honestos, dará derecho a quien la posea a ejercer las siguientes acciones: a) Solicitar medidas cautelares destinadas a hacer cesar las conductas ilícitas. b) Ejercer acciones civiles destinadas a prohibir el uso de la información no divulgada y obtener la reparación económica del perjuicio sufrido.

(48) Así, por ejemplo, en Suiza, el art. 6° de la “Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 establece que ‘Agit de façon déloyale celui qui, notamment, exploite ou divulgue des secrets de fabrication ou d'affaires qu'il a surpris ou dont il a eu indûment connaissance d'une autre manière’. Texto completo disponible en: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19860391/index.html> [3/7/2019]. Véase también, en Alemania, el art. 17 de la *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (texto completo disponible en [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_uwg/englisch\\_uwg.html#p0030](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_uwg/englisch_uwg.html#p0030) [3/7/2019]); o en España, art. 13 de la ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (texto completo disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628> [3/7/2019]).

(43) Véase GÓMEZ SEGADÉ, José A., *El secreto industrial...*, cit., p. 86. El autor cita en respaldo a sus argumentos a TURNER, Amédée, *The law of trade secrets*, Sweet & Maxwell, Londres, Inglaterra, 1962.

(44) Véase GÓMEZ SEGADÉ, José A., *El secreto industrial...*, cit.

(45) Véase CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo *et al.*, “Conductas relativas a secretos...” cit., p. 522. En este punto coinciden, también, OTAMENDI, Jorge, “La competencia desleal”, cit.; MITELMAN, Carlos O., “Información confidencial”, cit.; CORREA, C., “Protección de la información confidencial...”, cit.

(46) Artículo que dispone: Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años,

### III.1. Fuentes de la reforma y el panorama en el derecho comparado

La reforma del régimen de competencia desleal, en general, y la incorporación de la violación de secretos como un supuesto específico

de competencia desleal, en particular, que se han inspirado en otras legislaciones —sobre todo en la española—, han modernizado a la legislación argentina en sintonía con las regulaciones predominantes en la materia en el derecho comparado.

*Art. 10. Supuestos particulares.* Se considerarán actos de competencia desleal, los siguientes: (...)

j) Violación de secretos: Divulgar o explotar, sin autorización de su titular, secretos empresariales ajenos a los que se haya tenido acceso, legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente. A estos fines, será considerada desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

Será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto.

*Art. 13. Violación de secretos.*

1. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el artículo 14.

2. Tendrán asimismo la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo.

3. La persecución de las violaciones de secretos contempladas en los apartados anteriores no precisa de la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 2. No obstante, será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto.

Según Sahián (49), el art. 10 del decreto encuentra su principal fuente en la versión original del art. 13 de la ley 3/1991 sobre Competencia Desleal del Reino de España (50); la simple comparación entre ambos artículos del cuadro precedente revela su semejanza.

Aunque no dudamos de que la norma española haya sido la fuente que inspiró la redacción de nuestra norma, lo cierto es que la incorporación de la violación de secretos dentro del catálogo de actos contrarios a la competencia desleal era prácticamente impostergable habida cuenta del panorama internacional. “Ciertamente, el vacío legal sobre la competencia desleal carecía de parangón en el Derecho Comparado” (51).

En efecto, las legislaciones de distintos países de Sudamérica ya protegían a los secretos con disposiciones relativas a la competencia desleal. Así lo hicieron, entre otros, Bolivia, por medio del art. 69 de su Cód. Com. del año

(49) Véase SAHIÁN, J., “Novedosa regulación de la competencia desleal en el Decreto 274/2019 de Lealtad Comercial”, LL del 22/5/2019; LL Online: AR/DOC/1599/2019.

(50) El art. 13 de esta ley fue reformado recientemente, por la flamante ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (texto completo disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2019-2364#df-2>; [3/7/2019]). El nuevo art. 13 dispone lo siguiente: “Artículo 13.— Violación de secretos. Se considera desleal la violación de secretos empresariales, que se regirá por lo dispuesto en la legislación de secretos empresariales”.

(51) Véase SAHIÁN, J., “Novedosa regulación de la competencia desleal...”, cit., p. 1.

1977 (52); Venezuela, por medio del art. 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia del año 1992 (53); Colombia, por medio del art. 16, ley 256 del año 1996 (54); Chile, por medio del art. 2º, inc. c), de la ley 20.169 del año 2007 (55); Perú, por medio del art. 13 del decreto legislativo 1044 del año 2008 (56); y Ecuador, por medio del art. 27, inc. 7º, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado del año 2011 (57).

En este contexto, la promulgación del decreto se adecua a la tendencia internacional en la materia y refuerza el compromiso de la Argentina en sancionar los actos de competencia desleal a través de los medios más eficaces.

### III.2. ¿Cuándo es la violación de secretos un acto de competencia desleal?

La violación de secretos no es, *per se*, un acto de competencia desleal. En ocasiones —no muy frecuentes, por cierto—, nos encontramos con violaciones de secretos que no repercuten en la esfera de la competencia entre dos o más empresas (58).

El presupuesto principal que subyace a la calificación de la violación de secretos como acto de competencia desleal es la existencia de una relación de competencia:

“Para que haya ilícito de competencia desleal deberá haber, detrás del acto, un competidor o una relación de competencia, directa o indi-

recta, con otros competidores que se benefician directa o indirectamente. La violación del secreto puede ser llevada a cabo por alguien que no sea competidor pero, para que se trate de un acto de competencia desleal, la conducta del infractor no competidor debe siempre redundar en beneficio de un competidor concreto o en el del resto de la cadena de competencia del agredido” (59).

Asimismo, el decreto exige un elemento o *animus* subjetivo. En rigor, de conformidad con el art. 10 del citado cuerpo legal, para configurar un acto de competencia desleal es “preciso que la violación [de secretos] haya sido efectuada *con ánimo de obtener provecho*, propio o de un tercero, o *de perjudicar al titular del secreto*” (énfasis añadido). Esta aclaración es, en definitiva, coincidente con el espíritu de la cláusula general del art. 9º del decreto, que establece que “acto de competencia desleal [es] toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo” (60).

Así lo ha entendido, también, Octavio Mitelman, quien al caratular a la apropiación o sustracción no autorizada de secretos comerciales e industriales como acto de competencia desleal, asevera que estas acciones deben “efectuarse con el ánimo de obtener provecho propio o a favor de otro tercero, o con la intención de perjudicar al poseedor del secreto [es decir] (...) para dañar al competidor” (61).

(52) Texto completo disponible en <https://www.derechoteca.com/gacetabolivia/codigo-de-comercio-boliviano-vigente-y-actualizado/> (3/7/2019).

(53) Texto completo disponible en <http://www.sice.oas.org/compol/natleg/Venezuela/34880.asp> (3/7/2019).

(54) Texto completo disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0256\\_1996.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0256_1996.html) (3/7/2019).

(55) Texto completo disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=258377> (3/7/2019).

(56) Texto completo disponible en <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/leyrepresion-competenciadesleal.pdf> (3/7/2019).

(57) Texto completo disponible en <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/10/Ley-Organica.pdf> (3/7/2019).

(58) Véase GÓMEZ SEGADE, José A., *El secreto industrial...*, cit.

(59) Véase GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal...*, cit., p. 100.

(60) García Menéndez por su parte, entiende que esta última exigencia, que la norma argentina extrajo de la Ley 3/1991 del Reino de España (véase p. 14 de este trabajo), no se corresponde con la naturaleza de la violación de secretos. En concordancia con el autor, la violación de secretos es un ilícito objetivo: Si esto no es entendido así, el competidor desposeído de un secreto puede sufrir un daño irreparable (...) por el mero hecho de que el sujeto que lo divulgó, adquirió o esté por usar no sea consciente de que está ante un secreto económico. Lo relevante es la naturaleza de la conducta del infractor y no la intención del mismo. (GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal...*, cit., p. 99).

(61) Véase MITELMAN, Carlos O., “Régimen de la competencia desleal”, en *Marcas y otros signos distintivos*, 2014, La Ley, Buenos Aires, ps. 687-757, esp. p. 726.

Es importante resaltar, una vez más, que para que el acto sea considerado desleal, el provecho del uso de la información obtenida ilícitamente puede ser propio o de un tercero. Este es un acierto de la norma, ya que no es inusual que, en la práctica, existan dos partes involucradas en la violación del secreto y en su utilización comercial: aquella que lo obtiene indebidamente, y aquel que se beneficia comercialmente con esa obtención indebida. La norma claramente alcanza a aquel que se apropia de un secreto comercial aun cuando el provecho de su utilización sea de un tercero.

Entonces, la violación de secretos se erige como un acto de competencia desleal cuando constituye un medio al que recurre una persona (que puede o no ser un competidor) para competir deshonestamente (62), es decir, para competir “apoyándose” —en palabras de Otamendi— (63) en los esfuerzos de la persona, física o jurídica, competidora (64). Es esta la violación de secretos que condena el decreto, la violación que, en su esencia, se aprovecha del esfuerzo ajeno para competir (65).

### III.3. El fundamento detrás de su inclusión en el art. 10 del decreto

Más allá de que, indudablemente, fue intención del legislador alentar comportamientos entre competidores ajustados a la moral, a la

(62) Recuerda Molina Sandoval que la competencia desleal es, según lo dispone el art. 10 bis del Convenio de París, un “acto de competencia *contrario a los usos honestos* en materia industrial o comercial” (énfasis añadido). Véase MOLINA SANDOVAL, Carlos, “La competencia desleal en Latinoamérica”, LL Online: AR/DOC/1707/2014, p. 1.

(63) Véase OTAMENDI, Jorge, “La competencia desleal”, cit.

(64) Otamendi (1998) contrapone estos “medios desleales” con los “medios leales”, que son aquellos en los que el competidor se vale de sus propios medios y de su propio esfuerzo para vencer a sus pares en la industria. Ejemplos de estos medios leales son las campañas publicitarias o promocionales legítimas, la oferta a menor precio (sin llegar al *dumping*), la distribución masiva del producto, etcétera.

(65) Véase CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo *et al.*, “Conductas relativas a secretos...”, cit., 2014. Véase también, DEL PINO, Miguel - PERUZZOTTI, Mariano, “Nuevo régimen de Lealtad Comercial en Argentina”, LL Online: AR/DOC/1544/2019.

buena fe y a las buenas costumbres comerciales, entendemos que, además de este fin axiológico de la norma, su motivo último es principalmente económico. Nos explicamos.

Los secretos comerciales e industriales son, actualmente, uno de los activos más importantes para las empresas, especialmente para aquellas cuyas actividades se relacionan con la tecnología de la información (las comúnmente denominadas empresas “IT”). Normalmente, estos secretos les confieren a las empresas ventajas comerciales y/o industriales sobre sus competidoras en la industria (de allí que sus titulares los mantengan ocultos) (66).

Pero al igual que lo que sucede con la gran mayoría de los activos, detrás de todo secreto hay una inversión, un gasto, más o menos importante, en el que una empresa incurre para adquirir el secreto de un tercero o para desarrollar el secreto con sus propios medios y recursos tecnológicos. Pensemos, por ejemplo, en el desarrollo de los poderosos algoritmos de búsqueda que utilizan actualmente los proveedores de servicios de Internet, y en las millonarias inversiones que incurrieron estas empresas para crearlos, testarlos, y ponerlos en el mercado.

En cualquier caso, es evidente que inversiones como las descritas anteriormente ocurrirán solo en la medida en que los beneficios que las empresas deriven de sus resultados —esto es, de conservar la información con carácter secreto— excedan los costos que estas inversiones les representen (67). Para ello, es imprescindible que las empresas retengan exclusivamente para sí mismas los beneficios que las mencionadas informaciones secretas les reportan. Esto es, justamente, el objetivo detrás de la regulación sobre violación de secretos.

Como enseñan Cabanellas de las Cuevas *et al.*, “[s]i las firmas competidoras de la que logra la tecnología pueden apropiarse libremente de ésta, gozarán de las ventajas de disfrutar los conocimientos aprehendidos sin tener que incurrir en los gastos necesarios para el desarro-

(66) Véase GIAY, Gustavo - FERNÁNDEZ, Diego, “Protección de los secretos comerciales...”, cit.

(67) Véase CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo *et al.*, “Conductas relativas a secretos...”, cit.

llo de éstos” (p. 154) (68). En este escenario, en el que una empresa carga con los costos y sus competidoras con los beneficios, la ecuación respecto de la inversión en la adquisición y/o el desarrollo de secretos deja de ser atractiva. Así pues, y como es posible deducir, la violación de secretos tendrá el inevitable efecto de “desalentar toda inversión en tecnología, por la desventaja en que esos gastos colocarían a las empresas que los efectuaran” (69).

“La necesidad de la protección del secreto radica en el interés de la sociedad de que se fomenten la innovación y los avances científicos, industriales y comerciales, con el propósito de que redunden en un mayor bienestar y progreso comunitarios. Por tal motivo se justifica la creación de un marco normativo que proteja a aquellos que invierten recursos en investigación y desarrollo, y que apuestan su tiempo y su capacidad creadora para recoger los frutos de dichos esfuerzos” (70).

En este sentido, la protección jurídica que el decreto —y que otras normas similares— le proporcionan a la información secreta tiende a mantener incólumes los incentivos de las empresas para invertir en este rubro. Ello favorece el desarrollo de un mercado competitivo transparente que, en definitiva, debería servir para generar mejores condiciones de inversión y desarrollo.

Resumiendo, en esta parte III hemos visto que la inclusión de la violación de secretos como acto de competencia desleal se inspiró, fundamentalmente, en la ley española y que equiparó a nuestro derecho con las regulaciones en la materia que prevalecen en el derecho comparado (§ III.1); que la violación de secretos se convierte en un acto de competencia desleal cuando se utiliza como un medio para competir deshonestamente (§ III.2); y que la protección de los secretos a través del régimen de competencia desleal apunta a mantener los incentivos

(68) *Ibidem*, p. 154. Véase también, Informe OMPI (1994); y DEL PINO, Miguel - PERUZZOTTI, Mariano, “Nuevo régimen...”, cit., p. 5.

(69) Véase CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo *et al.*, “Conductas relativas a secretos...”, cit., p. 154.

(70) Véase GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal...*, cit., p. 81.

de las empresas para invertir en investigación y desarrollo (§ III.3).

#### **IV. La violación de secretos en el ámbito de las relaciones laborales**

Existen distintas maneras en las que la información que reúne las características de un secreto puede ser revelada a los competidores. Analizaremos aquí una de ellas: la revelación por parte de empleados y exempleados de una empresa (71).

En esta parte IV veremos: 1) cuándo se configura la competencia desleal en el ámbito laboral; y, también, 2) qué doctrina de la revelación inevitable constituye un medio para proteger los secretos una vez finalizada la relación laboral.

##### ***IV.1. ¿Cuándo se configura la competencia desleal en el ámbito laboral? El régimen de reserva durante y concluida la relación de empleo***

En esta sección veremos: 1) las obligaciones del empleado durante la relación de empleo; y 2) las obligaciones del empleado concluida la relación de empleo, y las analizaremos en relación con la comisión de actos de competencia desleal.

###### ***IV.1.1. Las obligaciones del empleado durante la relación de empleo***

Durante el transcurso de la relación de empleo, el régimen de reserva al que pueden estar sometidos los trabajadores de una empresa suele ser estricto.

(71) Esta constituye una de las modalidades de revelación que destaca Otamendi (1998). García Menéndez (2004), por su parte, encuadra la revelación por parte de empleados y exempleados dentro de una categoría más amplia, que denomina “revelación de secretos por acceso legítimo” (GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal...*, cit., p. 101). En definitiva, apunta el autor, los empleados y exempleados son sujetos que acceden a la información secreta de manera legítima (a saber, porque el manejo de esa información es necesario para el correcto desempeño de sus tareas), pero con el correlativo deber de guardar reserva.

Quedan fuera de este análisis los supuestos de acceso ilegítimo a la información por parte de terceros (por ejemplo, los casos de espionaje industrial o de procedimientos análogos, como también los casos de inducción a la revelación).

1) En primer lugar, resulta incontrovertible que los trabajadores deben guardar reserva y no utilizar, por cuenta propia o ajena, la información que revista carácter secreto según el Acuerdo ADPIC y la ley 24.766.

Esta obligación surge, primero, del art. 3º de la ley 24.766, que estipula:

“Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a una información que reúna las condiciones enumeradas en el artículo 1º y sobre cuya confidencialidad se los haya prevenido, *deberá abstenerse de usarla y de revelarla sin causa justificada* (72) *o sin consentimiento de la persona que guarda dicha información o de su usuario autorizado*.” (Énfasis añadido).

Y, segundo, de los arts. 85 y 88 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (en adelante, la “ley 20.744”) (73). En efecto, el art. 85, que recepta el deber de fidelidad, dispone: “El trabajador debe observar todos aquellos deberes de fidelidad que deriven de la índole de las tareas que tenga asignadas, *guardando reserva o secreto de las informaciones a que tenga acceso y que exijan tal comportamiento de su parte*” (énfasis añadido). Por su parte, el art. 88, que recoge el deber de no concurrencia, establece: “El trabajador debe abstenerse de ejecutar negociaciones por cuenta propia o ajena, que pudieran afectar los intereses del empleador, salvo autorización de éste” (74).

Respecto de esta información, el empleador deberá comunicar al empleado el carácter secreto de la información que le transmite. Esta comunicación, no obstante, no debe ser nece-

sariamente expresa: “La obligación de mantener en secreto la información que los empleados obtienen (...) y que no es del conocimiento de sus competidores, surge aun en ausencia de acuerdo expreso entre las partes o de órdenes explícitas derivadas del empleador” (75). Entendemos, siguiendo a García Menéndez (76), que puede proceder por vía tácita, cuando el carácter secreto se desprenda ineludiblemente del comportamiento o las actitudes del titular para con la información en cuestión (77).

En consecuencia, cualquier utilización y/o divulgación de información secreta, siempre que concurran los elementos que hemos abordado en la § II (a saber, la existencia de una relación de competencia y el *animus* subjetivo), podrá constituir competencia desleal según lo previsto en el art. 10, inc. j), del decreto.

2) Por otra parte, los empleados también deben guardar reserva y no utilizar, por cuenta propia o ajena, las informaciones que, aun cuando no son estrictamente “secretas” en el sentido legal del término (por no cumplir con alguna de las condiciones enumeradas por el Acuerdo ADPIC y por la ley 24.766), gozan de carácter confidencial por voluntad del empleador. Se trata de información que, como adelantamos en la § II.2, es fácilmente accesible para cualquier técnico con formación media en la materia en cuestión y que una vez que el trabajador accede a ella “pasa a formar parte de sus propias habilidades” (78).

En este caso, la utilización y/o revelación que haga el trabajador de esta clase de información no será repudiable bajo el régimen del de-

(72) El supuesto de la causa justificada ya ha sido objeto de tratamiento en la ps. 11 y 12 de este trabajo.

(73) Texto completo disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/textact.htm> (5/7/2019).

(74) Coincidimos con García Menéndez en que el deber de secreto es más exigible cuanto mayor es la jerarquía del empleado y más delicadas son sus funciones. En la mayoría de los casos el empleado jerárquico accede a la información sabiendo que esta es secreta, sabiendo el grado de incidencia que esta tiene en las operaciones de la compañía y conociendo su valor competitivo frente al resto de los competidores. (GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal...*, cit., p. 106).

(75) Véase CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo *et al.*, “Protección jurídica...”, cit., p. 190.

(76) Véase GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal...*, cit.

(77) Por ejemplo, entendemos que podrá advertirse que determinada información es secreta si su titular es cuidadoso y adopta ciertas precauciones para transmitirla, por ejemplo, identificando la información como *secreta* en los documentos de trabajo internos de la empresa e incluyendo leyendas que prohíben su circulación más allá de cierto número de empleados o por fuera de la empresa.

(78) Véase GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal...*, cit., p. 103.



creto (79). Sí será, en cambio, sancionable bajo el régimen de la ley 20.744, como un incumplimiento del deber de fidelidad (art. 85) y/o del deber de no concurrencia (art. 88), dependiendo de las circunstancias del caso. No está de más subrayar que “[l]a violación del deber de fidelidad —y, creemos, del deber de no concurrencia también— (...) puede configurar una injuria grave justificatoria de despido” (80)-(81).

3) En contraste, no se encuentran comprendidos por la exigencia legal de guardar reserva, por un lado, aquellos conocimientos que no son mantenidos en confidencialidad por el empleador y, por el otro, aquellos conocimientos triviales o a los que el empleado pueda acceder fácilmente consultando fuentes públicas (82). Por ello, el empleado podrá utilizar y/o revelar estos conocimientos libremente, incluso a las empresas competidoras, sin que ello configure un supuesto de competencia desleal. Como señalan Cabanellas de las Cuevas *et al.*, “el empleador carecerá de derecho a impedir la circulación de conocimientos calificables como de dominio público” (83).

Sin embargo, Mitelman reconoce que el empleador cuenta con la facultad de solicitarle al empleado que no comunique esta clase de conocimientos:

“La indicación del empleador dirigida al trabajador para que mantenga la información que reciba en estado de confidencialidad es suficiente para que surja la obligación de no comunicación a terceros, durante el período en que el empleado se encuentre bajo las ór-

denes de la empresa de la cual obtiene los conocimientos” (84).

En definitiva, durante la relación de empleo solo podrá configurarse un acto de competencia desleal en la medida en que el empleado utilice y/o divulgue información secreta.

#### *IV.1.2. Las obligaciones del empleado concluida la relación de empleo*

Ahora bien, finalizado el vínculo laboral, los exempleados se encuentran sujetos a un régimen de reserva diferente.

1) En lo que respecta a la información secreta, los exempleados continúan obligados a mantener su reserva hasta que dicha información pierda tal carácter o hasta que el empleador libere al exempleado de su obligación (85).

Esto fue ratificado por la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial (en adelante, la “CNCom.”) en el marco de una controversia entre “Mayéutica SRL” y “Entrepreneur SA” (86). En el caso, Mayéutica SRL prestaba servicios de *trade marketing* (o, en otras palabras, brindaba asesoramiento sobre estrategias tendientes a incrementar la demanda de un producto o servicio) a distintos clientes, entre los que se encontraban Seven Up Concesiones SA y Baesa SA (más tarde fusionadas bajo Baesa SA). Para poder prestarle sus servicios a Baesa SA, Mayéutica SRL capacitó a un conjunto de empleados. El Sr. Horacio Ricardo Ruda, empleado jerarquizado con acceso a secretos comerciales de Mayéutica SRL, tenía la dirección del equipo de trabajo.

(79) Cabanellas de las Cuevas *et al.*, entienden que la utilización y/o divulgación de la información confidencial no secreta puede configurar competencia desleal. Véase CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo *et al.*, “Conductas relativas a secretos...”, cit., ps. 534-535.

(80) Véase MITELMAN, Carlos O., “Información confidencial”, cit., p. 268.

(81) Véase, por ejemplo, CNTrab., sala I, 2004, “Prato, Carolina c. Hoyts General Cinema de Argentina SA s/ despido”.

(82) Véase GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal...*, cit.

(83) Véase CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo *et al.*, “Protección jurídica...”, cit., p. 177.

(84) Véase MITELMAN, Carlos O., “Información confidencial”, cit., p. 269. En igual sentido se expide CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo *et al.*, “Protección jurídica...”, cit., p. 180. Correa, en cambio, es partidario de un criterio distinto. Según este autor, ninguna cláusula contractual podrá impedirle al empleado hacer uso de estos conocimientos, tanto durante como después de la relación laboral: “[E]l empleado, cualesquiera sean los términos de los compromisos que hubiere suscripto, no está obligado a mantener confidencialidad”, CORREA, C., “Protección de la información confidencial...”, p. 6.

(85) Véase GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal...*, cit.

(86) CNCom., sala A, 2000, “Mayéutica SRL c. Entrepreneur SA y otros s/sumario”.

Hacia junio de 1990, mientras todavía se desempeñaba bajo la órbita de Mayéutica SRL, el Sr. Ruda constituyó la sociedad demandada Entrepreneur SA, junto con su cónyuge. Desde ese entonces, el Sr. Ruda mantuvo múltiples conversaciones con Baesa SA, algunas en calidad de representante de Mayéutica y otras en calidad de socio y representante de Entrepreneur SA. Poco tiempo después, el Sr. Ruda renunció a su trabajo y presionó a sus dependientes a hacer lo mismo, para luego incorporarse a Entrepreneur SA. Así lo hicieron y Entrepreneur SA comenzó a prestarle a Baesa SA los mismos servicios de *trade marketing* que antes le prestaba Mayéutica SRL.

Frente a estos hechos, la CNCom. consideró que como parte del deber de fidelidad receptado por el art. 85 de la ley 20.744 es menester que el trabajador guarde reserva de la información secreta que le fue suministrada durante el curso de la relación laboral. En efecto, según la CNCom., el deber de fidelidad es

“un imperativo de conducta derivado de la buena fe contractual (...). Produce consecuencias jurídicas relevantes, es más exigible cuanto mayor es la jerarquía del empleado y más delicadas son sus funciones, la responsabilidad asignada y la confianza en él depositada. *Se concreta en ciertos aspectos de la relación laboral, tales como: (...) b) el deber de guardar reserva o secreto de las informaciones confidenciales a que tenga acceso (...).* (Énfasis añadido).

Y no solo eso, sino que los magistrados aprovecharon la oportunidad para aclarar que dicho deber se mantiene incluso terminada la relación laboral:

“En síntesis, el deber de guardar reserva o secreto sobre ciertas informaciones importantes, procedimientos u otros hechos vinculados con la empresa, de los cuales el trabajador hubiera tomado conocimiento en razón de la relación laboral, y cuya injustificada divulgación podría causar daño concreto a la empresa por su valor comercial, existe mientras dura el contrato de trabajo y *persiste después de su extinción en tanto subsistan los fines de protección del empleador que legitiman el deber. La tutela legal no es sobre el conocimiento secreto en sí, sino contra cierto tipo de prácticas consideradas contrarias*

*a la buena fe y la honestidad comercial, o prácticas comerciales desleales.*” (Énfasis añadido).

Esta posición es pacífica en la doctrina nacional (87). Así, por ejemplo, Mitelman, entiende que el fin de la relación laboral no extingue el deber de fidelidad (art. 85, ley 20.744) y que, consecuentemente, el expleado continúa obligado a mantener los conocimientos secretos en ese estado (88). Es que, si así no fuese, el titular de la información secreta quedaría completamente desprotegido finalizado el vínculo laboral (89). Bastaría con que una persona ingresase a trabajar a una compañía, adquiriese información secreta en función de su puesto (cualquiera sea este) y luego renunciase para vulnerar la normativa relativa a la protección de secretos.

Por ello, creemos que cualquier utilización y/o divulgación de información secreta, siempre que concurren los elementos que hemos abordado en la § II (a saber, la existencia de una relación de competencia y el *animus* subjetivo), podrá constituir competencia desleal según lo previsto en el art. 10, inc. j), del decreto.

2) En lo que respecta a la información confidencial, mas no secreta, los exempleados no continúan obligados a mantener su reserva.

(87) Ya en el año 1946, el renombrado jurista Pascual Di Guglielmo advertía que “no hieren la esencia económica de la personalidad y son obligatorias y válidas las cláusulas que únicamente tienden a colocar al antiguo empleado en la imposibilidad de hacer o favorecer una concurrencia desleal a su antiguo patrón. Esto es lo que sucede cuando están destinadas a evitar la explotación ilegítima de los conocimientos que únicamente pudo adquirir al servicio del principal. (...) Si [el empleador] prohíbe a los empleados la revelación de esos secretos, la convención nada tiene de excesivo o irracional, porque su objeto es impedir los actos que configuran el delito de concurrencia desleal (p. 87)”.

Nótese cómo el autor relacionaba a la violación de secretos con el concepto de competencia desleal.

(88) Véase MITELMAN, Carlos O., “Información confidencial”, cit. Véase también, por ejemplo, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo *et al.*, “Protección jurídica...”, cit.; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo *et al.*, “Conductas relativas a secretos...”, cit., y CORREA, C., “Protección de la información confidencial...”, cit.

(89) Véase GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal...*, cit.

Así lo entendió, por ejemplo, la CNCom. en el precedente “Brown Boveri Sudamericana SA c. Ruffa, Mario y otra” (1980). Allí se discutía si los demandados y exempleados de Brown Boveri Sudamericana SA —Ruffa, Messina y Klan-chinski—, habían incurrido en violación de secretos y/o competencia desleal cuando abandonaron la empresa y fundaron otra dedicada a prestar los mismos servicios a saber, fabricar repuestos y reparar y mantener turbocompresores. La Cámara consideró que los conocimientos que los demandados utilizaban para llevar adelante sus actividades como compañía competidora no constituían secretos, sino conocimientos meramente confidenciales respecto de los cuales no subsistía la obligación de reserva:

“Creo sí que los accionados adquirieron durante su relación de dependencia con Brown Boveri Sudamericana SA gran parte de aquellos conocimientos necesarios para la reparación y mantenimiento de los turbocompresores fabricados por la actora. *Empero, ello no autoriza a impedirles el uso de tales nociones pues no quedó probado que las reparaciones que requieran una preparación específica y una técnica secreta que la accionante tenga derecho a proteger hasta el límite de prohibirles el ejercicio de su actividad*”. (Énfasis añadido).

Es que cuando cesa la relación laboral, el expleado puede utilizar y/o divulgar estos conocimientos, que han pasado a formar parte inseparable de sus conocimientos y habilidades. Como explican Cabanellas de las Cuevas et ál., finalizada la relación laboral no solo se extinguen, de pleno derecho, las obligaciones extracontractuales de confidencialidad que surgen del régimen laboral (arts. 85 y conchs. de la ley 20.744), sino que también se extinguen, también de pleno derecho, las cláusulas contractuales destinadas a restringir la utilización y/o divulgación de esta clase de información (90). Por consiguiente, el expleado podrá hacer uso libremente de esta información, incluso en competencia con su anterior empleador (91).

(90) Véase también, por ejemplo, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo *et al.*, “Protección jurídica...”, cit.

(91) Véase GIAY, Gustavo - FERNÁNDEZ, Diego, “Protección de los secretos comerciales...”, cit., 2013.

Una solución diferente colocaría al expleado en una situación laboral desventajosa y mermaría sustancialmente sus posibilidades laborales (92). En efecto, si el ordenamiento jurídico le vedase al expleado utilizar sus habilidades, conocimientos y experiencias personales, ello perjudicaría gravemente su futuro profesional (93), puesto que no podría desempeñarse nunca más en la misma rama de actividad (94). Imaginemos, por ejemplo, el caso de un empleado de una fábrica cuya función es operar una máquina determinada que permite fabricar envases para un producto masivo. No hay en la operación de esa máquina ningún secreto sino la aplicación repetitiva de un procedimiento que ha sido aprendido a través de capacitación continua, sumado a ciertas habilidades técnicas del empleado. Estas habilidades, en la medida que estén basadas en la experiencia de su trabajo personal, no podrían constituir un secreto y podrían ser libremente utilizables por el empleado una vez finalizada la relación laboral, por ejemplo, en otro trabajo similar con un nuevo empleador.

Por lo tanto, no encuadraría bajo el art. 10, inc. j), del decreto la conducta de un expleado que utiliza y/o divulga conocimientos no secretos una vez terminada la relación de trabajo.

(92) Véase CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo *et al.*, “Conductas relativas a secretos...”, cit.; y GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal...*, cit. Es claro que nos encontramos ante una tensión entre dos derechos importantes: el derecho a proteger los secretos, por un lado, y el derecho a la movilidad laboral, por el otro (GIAY, Gustavo - FERNÁNDEZ, Diego, “Protección de los secretos comerciales...”, cit.).

(93) Véase GÓMEZ SEGADÉ, Józse A., *El secreto industrial...*, cit.

(94) Como sostuvimos en un trabajo anterior, “todo empleado suma a su ‘saber hacer’ conocimientos que la experiencia misma del trabajo le proporciona. Y que se unen al trabajador de manera indisoluble. Cuando alguien trabaja varios años en alguna compañía prestigiosa, su perfil laboral se vuelve más atractivo para el mercado. En parte, porque se sobreentiende que esa persona ha tenido acceso a una experiencia laboral que lo torna más experimentado que otras personas. Esa experiencia, basada en información y conocimientos no secretos, son las que el empleado puede utilizar sin más una vez terminada la relación laboral”. (GIAY, Gustavo - FERNÁNDEZ, Diego, “Protección de los secretos comerciales...”, cit., p. 3).

3) En lo que respecta a la información trivial o fácilmente accesible al público, y tal como expusimos en la § IV.1.1, el cese de la relación laboral habilitará al expleado a utilizar y/o divulgar estos conocimientos libremente, con independencia de las obligaciones que hubiese asumido para con el empleador durante el curso del vínculo.

Así pues, cualquier utilización y/o divulgación de este tipo de información concluida la relación laboral no será objetable bajo el régimen del decreto.

En conclusión, y en sentido análogo a lo expuesto en relación con la § IV.1.1, finalizada la relación laboral solo podrá configurarse un acto de competencia desleal en la medida en que el empleado utilice y/o divulgue información secreta.

En síntesis, en esta sección hemos visto que en el ámbito laboral la competencia desleal prevista en el art. 10, inc. j), del decreto podrá configurarse —en la medida en que concurren los elementos que hemos abordado en la § II (a saber, la existencia de una relación de competencia y el *animus* subjetivo)— cuando un empleado utilice y/o divulgue información secreta (§ IV.1.1); y cuando un expleado utilice y/o divulgue información secreta (§ IV.1.2).

### ***IV.2. La doctrina de la revelación inevitable como medio de protección de los secretos una vez finalizada la relación laboral***

Aunque finalizada la relación laboral un expleado debe guardar reserva de aquella información secreta que hubiese adquirido en función de su cargo (§ IV.1.2), existe, creemos, una herramienta jurídica que le permitiría a un empleador reforzar esta protección de la información secreta. En efecto, entendemos que bajo la ley argentina un empleador podría interponer una medida cautelar a fin de impedirle a un expleado trabajar en una empresa competidora cuando exista un riesgo inminente de que, en ejercicio de sus nuevas funciones, divulgue los secretos de su exempleador.

En EE.UU., el art. 2º de la Uniform Trade Secrets Act (1985) recepta “the inevitable disclosure doctrine” (o, y en adelante, “la doctrina

de la revelación inevitable”) (95). Este instituto jurídico protege a los secretos por intermedio de una acción judicial destinada a evitar que un expleado ingrese a trabajar en una compañía competidora en la medida en que para cumplir con sus nuevas obligaciones deba inevitablemente revelar los secretos comerciales de su anterior empleador (96).

En esta materia, el *leading case* es, indudablemente, “PepsiCo, Inc. v. Redmond” (1995). Allí, la actora, PepsiCo, Inc., había iniciado una acción judicial para impedirle a su expleado y demandado, Redmond, comenzar a trabajar en una empresa competidora (a saber, Quaker). PepsiCo, Inc. argüía que aunque había firmado con Redmond un acuerdo de confidencialidad mediante el cual el demandado se había comprometido a no revelar los secretos comerciales a los que tuviese acceso durante la relación de empleo —particularmente la información relacionada con las estrategias de marketing y logística de la bebida deportiva *All Sport*, competencia directa de la bebida deportiva *Gatorade* desarrollada por Quaker—, su incorporación a Quaker conllevaría, inevitablemente la utilización y la divulgación de tales secretos.

La Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito coincidió con la argumentación de PepsiCo, Inc. y entendió que la posición que Redmond asumiría en Quaker le haría revelar los secretos comerciales de PepsiCo, Inc. y que, consecuentemente, el expleado incumpliría el acuerdo de confidencialidad que mantenía con PepsiCo,

(95) Bajo el rótulo “Injunctive Relief”, esta norma dispone: “(a) Actual or threatened misappropriation may be enjoined. Upon application to the court an injunction shall be terminated when the trade secret has ceased to exist, but the injunction may be continued for an additional reasonable period of time in order to eliminate commercial advantage that otherwise would be derived from the misappropriation. (b) In exceptional circumstances, an injunction may condition future use upon payment of a reasonable royalty for no longer than the period of time for which use could have been prohibited. Exceptional circumstances include, but are not limited to, a material and prejudicial change of position prior to acquiring knowledge or reason to know of misappropriation that renders a prohibitive injunction inequitable. (c) In appropriate circumstances, affirmative acts to protect a trade secret may be compelled by court order”.

(96) Véase GAY, Gustavo - FERNÁNDEZ, Diego, “Protección de los secretos comerciales...”, cit.

Inc. Según los magistrados, PepsiCo, Inc. “finds itself in the position of a coach, one of whose players has eft, playbook in hand, to join the opposing team before the big game”. Por ello, la Corte de Circuito confirmó la decisión de la Corte de Distrito, que le había ordenado a Redmond, por un lado, abstenerse de trabajar para Quaker hasta el mes de mayo del año 1995 y, por el otro, abstenerse de revelar los secretos de PepsiCo, Inc. para siempre.

Más allá de esta sentencia en particular, la admisibilidad de una medida cautelar como la descripta deberá analizarse ateniendo a las circunstancias del caso concreto ponderando, especialmente —y tal como sostuvimos en un anterior trabajo—:

a) Si ambos empleadores son competidores entre sí, ofreciendo productos o servicios idénticos o muy similares;

b) Si el puesto del empleado será el mismo o muy parecido al que tenía, de modo tal que sea razonable esperar que no pueda desarrollar sus nuevas tareas sin revelar los secretos comerciales en disputa;

c) Si los secretos comerciales en disputa guardan una marcada importancia para ambos empleadores;

d) La naturaleza de la industria y de los secretos comerciales en disputa; y

e) La existencia de un actuar de mala fe (97).

En la Argentina, nuestra legislación no contempla a la doctrina de la revelación inevitable. En rigor, ninguna norma se refiere a ella de manera explícita o directa. Sin embargo, esta doctrina ha encontrado recepción en un precedente aislado de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (en adelante, la “CNCiv.”): la sentencia interlocutoria dictada en el marco de la causa “Ducilo SAIC c. Barcia, Héctor Jesús s/cumplimiento de contrato” (1966). Allí, la actora, Ducilo SAIC demandó a uno de sus empleados, el ingeniero Héctor J. Barcia, por cumplimiento de una obligación contractual

de no hacer consistente en no prestar servicios profesionales en otras empresas industriales que, por los productos que fabricaban, eran competidoras de Ducilo SAIC. La actora fundó su pretensión en que el demandado, en razón del cargo que había desempeñado dentro de la empresa, había tenido acceso a información secreta relacionada con la fabricación de nylon y que, por consiguiente, el asesoramiento a compañías competidoras comprometería el carácter secreto de esa información. Por ello, solicitó al tribunal, en calidad de medida precautoria y bajo la forma de una prohibición de innovar, que el ingeniero Héctor J. Barcia se abstuviese de “prestar los servicios en cuestión, bajo apercibimiento de diez mil pesos diarios de multa por cada día de incumplimiento”.

La CNCiv., enfrentada con esta situación fáctica, consideró:

“El peligro en la demora resulta de la naturaleza misma de la materia de la que se trata. Supuesto —que provisoriamente hay que admitir por lo que antes se dijo sobre los contratos de fd. 28/29— que el ingeniero Barcia es poseedor de secretos industriales, ‘habilidades’, o ‘modos de hacer’ que integran el patrimonio de la actora, *es evidente que su actuación en empresas competidoras importa por sí sola el riesgo inminente de aplicación en beneficio de tales competidoras de esos secretos o ‘know-how’, pues naturalmente actuará con todo su saber y entender, siendo apenas concebible que forme compartimentos estancos en su intelecto para usar su propia ciencia con exclusión de los conocimientos y habilidades obtenidos merced a su acceso a fuentes reservadas de información proporcionadas por Ducilo* (énfasis añadido).

En consecuencia, los magistrados hicieron lugar a la medida precautoria y al pedido de as-reintes de Ducilo SAIC.

Es nuestra opinión que el razonamiento aplicado por la CNCiv. en el caso al que hemos aludido previamente no solo es plenamente aplicable en la actualidad, sino que también cuenta con cierto respaldo normativo en la ley 24.766 (sancionada recién en el año 1996), especialmente en su art. 11, que prevé:

“El acceso por terceros a la información de manera contraria a los usos comerciales hon-

(97) Véase GIAY, Gustavo - FERNÁNDEZ, Diego, “Protección de los secretos comerciales...”, cit.

tos, dará derecho a quien la posea a ejercer las siguientes acciones:

”a) *Solicitar medidas cautelares destinadas a hacer cesar las conductas ilícitas.*

”b) Ejercer acciones civiles destinadas a prohibir el uso de la información no divulgada y obtener la reparación económica del perjuicio sufrido”. (Énfasis añadido)

Si bien este artículo se refiere al acceso a la información y no a la amenaza de utilización y/o divulgación —precisamente el objeto de la doctrina de la revelación inevitable—, es razonable sostener que la intención del legislador con la ley 24.766 fue proteger eficazmente la información secreta. Y dado que, por su naturaleza, la información secreta que es divulgada no puede recuperarse su estado previo, es lógico suponer que una acción destinada a evitar la divulgación de dicha información antes de que esta efectivamente acaezca encuadra perfectamente dentro de los límites de la intención del legislador.

Sin duda, la procedencia de una medida como esta dependerá de las particularidades y de las pruebas de cada caso, y deberá balancearse siempre con el derecho a la movilidad laboral.

En resumen, estimamos que bajo el ordenamiento jurídico argentino un empleador puede proteger la información secreta presentando una medida cautelar dirigida a obstaculizarle a un expleado el ingreso a una empresa competidora si, por las características de su nuevo puesto, existe un riesgo inminente de

que divulgue los secretos industriales o comerciales de su antiguo empleador.

Resumiendo, en esta parte IV nos hemos detenido a explicar que en el ámbito laboral podrá configurarse un acto de competencia desleal, en los términos del art. 10, inc. j), del decreto cuando un empleado o un expleado utilice y/o divulgue información secreta (§ IV.1); y que en la Argentina sería posible recurrir a la doctrina de la revelación inevitable como un medio para proteger la información secreta una vez finalizada una relación laboral (§ IV.2).

## V. Reflexión final

El adecuado desarrollo de las normas y de la jurisprudencia en temas de competencia desleal era un tema pendiente en nuestro país. Respecto de la protección de los secretos comerciales, la reforma introducida por el decreto constituye un cambio de paradigma legislativo que avanza en una dirección correcta. Además, surge una mejorada vía administrativa que los administrados podrán utilizar a los fines de ventilar sus reclamos, con particularidades que hacen pensar que su utilización, de implementarse en el camino esperado, será beneficiosa para quienes sufren actos de competencia desleal por parte de sus competidores.

Corresponderá a la administración y a la justicia interpretar estos cambios de forma tal que no conviertan en letra muerta las disposiciones del decreto, y a los particulares hacer un buen uso del sistema para que se puedan moldear reglas robustas, claras y eficaces que verdaderamente favorezcan el desarrollo de un mercado basado en usos comerciales honestos en nuestro país.

# Competencia desleal derivada de la violación de normas

---

MARCELO DEN TOOM (\*) Y ADRIÁN FURMAN (\*\*)

## I. Introducción

Uno de los pilares del correcto y debido funcionamiento del mercado es que el Estado garantice la competencia en términos de igualdad, equidad y justicia. Por supuesto que siempre ocurren y ocurrirán distorsiones que se desprenden de acciones u omisiones de los participantes del mercado, pero existen actos o supuestos en los cuales el Estado cumple un rol más preponderante que en otros para evitar que estos desequilibrios persistan en el tiempo.

Velar por una competencia leal es una de las tantas responsabilidades del Estado y de allí que la violación de normas como supuesto de competencia desleal en la órbita del régimen de lealtad comercial provee una nueva herramienta de defensa a favor de los participantes que actúan e invierten para que su actividad se desarrolle en cumplimiento de los ordenamientos aplicables.

---

(\*) Abogado graduado de la Universidad de Belgrano. *Master of Laws* de la Universidad de Michigan (USA). Especialización en microeconomía de la Universidad Torcuato di Tella. Socio a cargo de los departamentos de Defensa de la Competencia y Comercio Exterior y miembro del departamento de Fusiones y Adquisiciones de Bomchil Abogados.

(\*\*) Abogado graduado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Posgrado en Asesoría Jurídica de Empresas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Socio del área de Fusiones y Adquisiciones y Derecho Corporativo de Bomchil Abogados.

La violación de normas representa una conducta reprochable desde todo punto de vista, agravada por el hecho de que esta puede beneficiar a quien la realiza, concediéndole una ventaja competitiva que sin incurrir en ella no obtendría.

La violación de normas en general (no solo aquellas que regulan la competencia) constituye un elemento exógeno con potencialidad para impactar directamente en un proceso competitivo y de allí que su incorporación al régimen legal de lealtad comercial es bienvenida, al añadirse como inc. c) del art. 10 del dec. 274/2019. No obstante ello, resulta de equivalente trascendencia comprender cómo se aplicará este nuevo instituto, a fin de dilucidar su alcance para regular y sancionar aquellas conductas que representen ventajas competitivas ilícitas sin que exista o pueda imputarse directamente un impacto o afectación al mercado y sus participantes.

Consideramos que, precisamente, el objetivo buscado por la nueva norma es “evidenciar la necesidad de igualdad ante las normas imperativas de los operadores económicos en el desarrollo del juego competitivo, lo cual es susceptible de verse alterado por las ventajas que pueden obtener en el mercado quienes no respeten la normativa imperativa vigente frente a aquellos que cumplen con sus deberes legales” (1).

---

(1) Res. 2293-2013/SDC-INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de la República del Perú), citada por LUYO CASTAÑEDA, Michael - BAZÁN VÁSQUEZ, Víctor

## II. La violación de normas en el régimen de defensa de la competencia

La Ley de Defensa de la Competencia 27.442 (LDC) prohíbe en su artículo 1° la “obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de otras normas”, en la medida en que se den los supuestos de su párrafo anterior, que dispone la prohibición genérica para actos anticompetitivos en los siguientes términos:

“Art. 1° — Están prohibidos los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. Se les aplicarán las sanciones establecidas en la presente ley a quienes realicen dichos actos o incurran en dichas conductas, sin perjuicio de otras responsabilidades que pudieren corresponder como consecuencia de los mismos.

“Queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de otras normas”.

Es decir que, para la LDC, la obtención de ventajas competitivas mediante la infracción de normas no es una conducta anticompetitiva en sí misma, sino únicamente en la medida en que quien o quienes la lleven a cabo posean (en forma previa a la violación de las otras normas) un poder de mercado significativo, esto es, capacidad para influir notablemente en el precio de los bienes del mercado relevante en cuestión.

Podemos ver entonces que la violación de otras normas podría vincularse a la práctica anticompetitiva de dos formas: (i) promoviendo la obtención de poder de mercado; o (ii) para el caso en que la o las empresas que la lleven

adelante ya tengan poder de mercado: (a) facilitando la configuración de la conducta anticompetitiva; o (b) constituyendo ellas mismas esa conducta, estos últimos dos casos son los previstos en la ley.

En la medida en que la mayoría de los casos sobre tema serían analizados en el contexto de conductas unilaterales —que en nuestra ley quedarían en principio encuadradas dentro de la figura del abuso de posición dominante— podemos graficar la situación prevista en la hipótesis (ii) (a) *supra* con un supuesto de precios predatorios, en el que una empresa podría implementar más fácilmente la venta bajo costo como consecuencia de, por ejemplo, incumplir con la legislación impositiva —hipótesis (ii) (a) *supra*—. Para configurar la conducta punible, como vimos, esta empresa debería tener una posición dominante preexistente, que eventualmente pudo haber adquirido ayudada por la violación de otras normas.

En idéntico sentido y siguiendo con la hipótesis de ventas bajo costo, D'Amore(2) explica que “En realidad la posibilidad de exclusión no viene dada en sí mismo por la obtención de las ventajas significativas derivadas de la violación de otras normas, sino por el hecho de que dicha violación le permite a la empresa infractora cargar un precio bajo, que no puede ser igualado por el resto de los competidores no infractores (...) aquí lo relevante es que la empresa sigue una conducta racional (maximizadora) en todo momento del tiempo sólo que como no internaliza ciertos costos impuestos por alguna normativa específica, que sí son internalizados por el resto de los competidores, obtiene una ventaja —traducida en precios que estos últimos no pueden igualar— que produce la exclusión de los mismos” para concluir que “...para poder constituir una violación de la ley la empresa que obtiene la ventaja significativa y en consecuencia cobra un precio que no puede ser igualado por los competidores debe poseer poder de mercado (en el sentido excluyente), de lo contrario no se encontraría en condiciones

H., “Esclareciendo la actividad empresarial del Estado: hacia una construcción adecuada de sus actividades no económicas”, *Revista Derecho & Sociedad*, nro. 49, octubre de 2017, ISSN 2079-3634, editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 188.

(2) D'AMORE, Marcelo, “Poder de mercado y análisis *antitrust*: con especial referencia a la ley argentina de defensa de la competencia (ley 25.156)”, disponible en <https://aaep.org.ar/anales/works/works2002/damore.pdf>.



de excluir a los competidores y posteriormente ejercer poder de mercado”.

Alternativamente, podría darse que se considere a la misma violación de otras normas por una empresa con posición dominante como un ejercicio abusivo de esa posición —supuesto (ii) (b) *supra*—. Esta fue la discusión en el caso Facebook, donde la autoridad de competencia de Alemania concluyó que la violación de la normativa de protección de datos europea por parte de esa compañía configuraba un abuso explotativo de la posición dominante de Facebook en el mercado de las redes sociales (3).

Para la LDC, sin embargo, la violación de otras normas no resultará ilícita en la medida en que no afecte la competencia y el interés económico general porque, como vimos, la conducta desleal no es considerada una infracción en sí misma. En este sentido resulta ilustrativo el fallo de la Cámara de Apelaciones del Tercer Circuito de los EE. UU. que confirmó la sentencia de primera instancia que desestimó el reclamo contra la empresa Uber por parte de una asociación de taxistas de Filadelfia, que alegaban que Uber estaba monopolizando el mercado mediante la evasión de normas que regulaban su actividad. El tribunal manifestó que, aun cuando pudiese sostenerse que Uber hubiese operado en violación a normas reglamentarias del transporte, no había pruebas de que se hubiese afectado negativamente la competencia (4).

Como señalamos, la referencia de la LDC a que la violación de normas debe darse en un contexto en el que se cumpla con el primer párrafo del art. 1º, esto es, que la práctica en cuestión perjudique la competencia, implica en los hechos que el o los infractores deben tener

---

(3) Decisión del Bundeskartellamt del 7 de febrero de 2019, disponible en [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html), disponible en <http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndc-files/C-1400.pdf>.

(4) Decisión del 27 de marzo de 2018, disponible en <http://www2.ca3.uscourts.gov/opinarch/171871p.pdf>. Ver también PASSARO, Nick, “Uber has an antitrust litigation problem, not an antitrust problem”, p. 3, Competition Policy International, disponible en <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/05/CPI-Passaro.pdf>

poder de mercado preexistente. Al respecto, D’Amore cita como ejemplo el estudio de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) sobre evasión y competitividad en el mercado de la carne (1998) (5), que concluyó que las empresas evasoras de impuestos tenían mayores márgenes que las cumplidoras, pero no existía un problema de exclusión y eventual posterior ejercicio de poder de mercado por parte de las empresas infractoras debido a que el mercado se encontraba muy atomizado.

Considerando el limitado rol que la LDC reserva a las conductas bajo estudio y los requerimientos que impone para su consideración, no sorprende que existan escasos antecedentes administrativos de su utilización.

Por ejemplo, en el año 2013 la CNDC emitió una orden de cese en los términos del art. 35 de la ley 25.156 (anterior Ley de Defensa de la Competencia) contra Farmacity, a fin de que esa empresa cesara con la dispensa de medicamentos de venta libre en cualquier lugar que no fuese un mostrador y a través de farmacéuticos o personas autorizadas conforme con la ley 25.567, destacando que el incumplimiento de Farmacity a esa última ley podría implicar la obtención de ventajas competitivas significativas y que el peligro en la demora que justificaba el dictado de la medida estaba dado en la existencia de riesgo inminente de que la prolongación en el tiempo de la conducta denunciada derivase en la eliminación de competidores que sí cumplían con lo normado por la ley. Es interesante destacar que la CNDC finalmente recomendó el archivo de las actuaciones, toda vez que tuvo por acreditado que Farmacity no se encontraba en violación de las normas legales en cuestión o se había adecuado a ellas antes de que pudiese haberse dictado un acto administrativo firme sancionándola por su presunto incumplimiento (6).

En otros casos la CNDC descartó de plano la existencia de una violación de otras normas, al no considerar configurado el requisito de la

---

(5) Resumen disponible en [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cndc\\_resumen\\_mercado\\_de\\_la\\_carne\\_vacuna.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cndc_resumen_mercado_de_la_carne_vacuna.pdf).

(6) Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, dictamen CNDC N° 1106 (12/12/2016).

ley 25.156 —ausente en la LDC— de que la infracción de otras normas estuviese declarada por acto administrativo o sentencia firme. Esto fue por ejemplo lo decidido en el caso Expreso La Plata y Unión Platense (7). La denunciante, a pesar de manifestar que la denunciada tenía posición dominante, erróneamente atribuyó carácter abusivo a la obtención de ventajas competitivas mediante la violación de otras normas, en el caso, de seguridad e higiene, laborales y regulatorias del transporte, entre otras. En la misma línea, en un precedente de fecha anterior que tuvo lugar en el mercado de la TV paga (8) la CNDC archivó las actuaciones al no demostrarse que las denunciadas habían captado ilegalmente señales deportivas de propiedad del denunciante, lo que a juicio de este último configuraba violaciones a la normativa de propiedad intelectual y al Código Penal.

### III. La violación de normas en el régimen de lealtad comercial

Nuestro plexo normativo, conforme lo desarrollado anteriormente, ya cuenta con una regulación específica sobre la violación de normas en el régimen de defensa de la competencia. Lo novedoso es su inclusión dentro del régimen de lealtad comercial.

La nueva norma establece que “se consideran actos de competencia desleal, los siguientes: (...) c) Violación de normas: Valerse efectivamente de una ventaja significativa derivada de competir mediante el incumplimiento de normas legales” (9). Esta tipificación permite la extracción de los siguientes elementos concurrentes y necesarios para verificar la existencia de un acto de competencia desleal:

a) la obtención (existencia de carácter objetivo) de una ventaja significativa;

b) la ventaja significativa debe ser efectivamente usufructuada; y

c) la ventaja debe derivarse del incumplimiento de una norma jurídica.

#### III.1. Incumplimiento de una norma jurídica

Este supuesto de competencia desleal se origina genéticamente en un factor determinante: la ventaja significativa debe provenir de la infracción de una norma. Y por norma se comprende y alcanza a las normas jurídicas (legales), sin distinción de tipo. Debe tratarse de normas legales en sentido material (10) y ser imperativas (11), abarcando en consecuencia a “toda norma jurídica que forme parte del ordenamiento jurídico positivo” (12). En función de lo anterior, el incumplimiento de cualquier norma jurídica imperativa (13) será suficiente para acreditar y dar por configurado este requisito.

(10) “... norma escrita sancionada por la autoridad pública competente. Responden a este concepto: la Constitución Nacional y las constituciones provinciales; las leyes dictadas por el Congreso Nacional y por las legislaturas provinciales, si estatuyen normas generales; los decretos reglamentarios del P.E.; las ordenanzas municipales de carácter general...”, LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil, Parte general*, 21ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. I, p. 48.

(11) “... son aquellas que prevalecen sobre cualquier acuerdo diverso de los particulares sometidos a ellas”, LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil, Parte general*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. I, p. 52. En referencia particular con el decreto de lealtad comercial, “... el título preliminar declara de ‘orden público’ a la normativa sancionada, estipulando que las convenciones particulares, no pueden dejar sin efecto sus previsiones; en una palabra, estamos frente a normas imperativas”, JUNYENT BAS, Francisco, “Las directrices de la nueva regulación de lealtad comercial”, publicado el 21/5/2019, elDial DC2781.

(12) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo - PALAZZI, Pablo - SÁNCHEZ HERRERO, Andrés - SEREBRINSKY, Diego, *Derecho de la competencia desleal*, Heliasta, Buenos Aires, p. 691.

(13) “... debe considerarse que la norma infringida debe ser de obligatorio cumplimiento, de modo tal que las infracciones a las normas de carácter supletorio o recomendaciones no se encuentran dentro del supuesto...”, res. 014-2005/CCD-INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de la República del Perú), del 24 de enero de 2005, expte. 028-2004/CCD, p. 14, <https://www.consumidor.gob.pe/documents/20182/143803/014-2005.pdf>.

(7) “Expreso La Plata Bs. As. SA y Unión Platense SRL s/infracción ley 25.156” (c. 1639), dictamen CNDC 70 del 25/8/2017, disponible en <http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/C-1639.pdf>.

(8) Denuncia de “Cablevisión SA c. Teledifusora SA y Cablehogar SA, Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor”, res. 123 (20/9/2001).

(9) Art. 10, inc. c) del decreto de necesidad y urgencia 2019-274-APN-PTE.

A modo descriptivo pueden mencionarse los siguientes supuestos:

*a) habilitaciones y permisos:* existencia de una situación irregular o carencia de las autorizaciones que se exigen para operar válida y legítimamente en la actividad y negocio de que se trate; más ostensible en aquellas actividades especialmente reguladas por el Estado;

*b) normas regulatorias:* incumplimiento de normas que regulan la operación y comercialización de productos y servicios;

*c) normas impositivas y fiscales:* ya sea que se trate de una evasión o del cumplimiento parcial que reduzca la carga fiscal y ello repercuta en mejorar, de modo ilícito, el proceso productivo (faz interna) o de comercialización (faz externa);

*d) normas laborales y previsionales:* por ejemplo, el empleo no registrado;

*e) normas ambientales:* el debido cumplimiento de esta clase de normas conlleva un grado de inversión y costos relevante, sin el cual el participante del mercado accede a mejores condiciones para competir; y

*f) normas aduaneras:* los costos y procedimientos vinculados con los procesos de importación y exportación constituyen un componente estructural en ciertas industrias, determinando que su cumplimiento (o incumplimiento) adquiere entidad suficiente para incidir sustancialmente en el desarrollo de la actividad correspondiente.

### **III.2. El alcance del concepto “ventaja significativa”**

En un primer nivel de análisis debemos comprender qué sería una ventaja significativa en el proceso competitivo, para poder luego elaborar una hipótesis sobre cuál podría ser la interpretación de la autoridad de aplicación del decreto.

En principio, puede válidamente sostenerse que una ventaja significativa es aquella que importa “una disminución en los costos o distribución de productos o servicios y que por ese motivo el infractor obtiene un diferencial de competitividad respecto de los restantes operadores, determinante de su acceso, permanencia o triunfo en el mercado, más allá de lo que en términos de competencia de prestación hubiera sido razonable esperar u obtener” (14).

En definitiva, “(...) dicho acceso, permanencia o triunfo debe resultar razonablemente más fácil para el infractor que para el operador observante del Derecho” (15).

Concordantemente, también se entiende por ventaja significativa a todo concepto que genera en el infractor una mejor posición competitiva y que incluye “(i) a los ingresos percibidos durante la concurrencia ilícita en el mercado como (ii) el ahorro de costos como resultado del incumplimiento de una norma imperativa lo cual le genera una ventaja significativa frente a sus competidores, que no responde a su eficiencia económica y crea una situación de ruptura de condiciones de igualdad entre los agentes participantes en un mercado determinado” (16).

Por su parte, José Massaguer expresa que para ser significativa la ventaja debe tener una “magnitud apreciable”, es decir, alcanzar un nivel que impacte en el proceso competitivo, ya sea produciendo una desviación de clientela u obligando a los competidores a realizar innovaciones para estar en condiciones de neutralizar la ventaja obtenida y, por lo tanto, concluye que

(14) ILLESCAS, Rafael, “La infracción inducida de contratos y de normas como acto de competencia desleal”, en BERCOVITZ, Alberto, *Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal*, Cámara de Comercio e Industria, Madrid, 1992, p. 116 y citado por KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo, “Lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitirsete a ti. (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas)”, *Themis*, Revista de Derecho, ISSN 1810-9934, nro. 50, 2005 (ejemplar dedicado a: Responsabilidad civil, edición de aniversario), p. 17.

(15) Res. 287-97/TDC emitida por la sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, en el expediente 086-96-C.C.D. seguido entre “Destilería Peruana SAC c. Agroindustria San Pablo E.I.R.L.”, citada por res. 014-2005/CCD-INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de la República del Perú), del 24/1/2005, expte. 028-2004/CCD, p. 15, <https://www.consumidor.gob.pe/documents/20182/143803/014-2005.pdf>.

(16) Resolución del Consejo Directivo 008-2019-CCP/OSIPTEL (Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones de la República del Perú) del 15/2/2019 en el caso “Sky Network SAC”, publicado en *El Peruano* el 10/4/2019, p. 11, párr. 79.

es “preciso comprobar la talla de la desigualdad de posición competitiva” (17).

Tal como puede apreciarse, estos conceptos sobre “ventaja significativa” pretenden asignar, como requisito para su aplicabilidad, una entidad y una relevancia concreta y efectiva a la consecuencia anticompetitiva de haber infringido una norma legal. Es decir, el hecho *per se* de incumplir una norma jurídica no determinaría la existencia de un acto de competencia desleal; de lo contrario, siguiendo este *iter* de razonamiento, podría verificarse un exceso de poder jurisdiccional determinado por una superposición de regímenes y sanciones (por un lado, la sanción derivada del incumplimiento de la norma en cuestión, y por el otro, la sanción establecida por el régimen de lealtad comercial por haberse incurrido en un acto de competencia desleal).

No obstante lo anterior, como vimos, la norma objeto de este análisis ya existía en el plexo que regula las actuaciones anticompetitivas desde el prisma del régimen de *antitrust*, por lo que su inclusión en la normativa de lealtad comercial debe representar un mecanismo y una forma novedosa y alternativa para atacar esta clase de conductas desleales.

En este sentido, es útil tener presente que el régimen de lealtad comercial es distinguido como de carácter formal, es decir, como uno en el cual las infracciones cometidas son sancionables por el solo hecho de su ocurrencia y mera constatación, sin requerir ni exigirse la comprobación o acreditación del daño (18). Para

(17) MASSAGUER, José, *Comentario a la ley de competencia desleal*, Civitas, Madrid, p. 440, citado por KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo, “Lo que a mí no me está permitido hacer...”, cit., p. 17.

(18) “Por otra parte, para que se configuren las infracciones a la lealtad comercial no es necesario evaluar si hubo, o no, intencionalidad por parte del infractor, ni daño a los consumidores o, a los competidores, pues como regla general, las infracciones como la examinada revisten el carácter de ‘formales’, para cuya sanción sólo se requiere la simple constatación, sin que se adviertan en el caso razones significativas por las que se justificaría un apartamiento de aquel principio” (CNPenal Económico, sala A, 12/6/1996, “Sprayette SA2, LL 1997-C-419; DJ 1996-2-455; LL Online: AR/JUR/226/1996). “Las infracciones a la Ley de Lealtad Comercial revisten carácter de ‘formales’ y su tipificación y sanción no

reforzar y ratificar la naturaleza del régimen de lealtad comercial, el art. 8º del decreto dispone expresamente que “Están prohibidos los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten, el medio a través del cual se realicen y el mercado en el que tengan lugar. *No será necesario acreditar la generación de un daño, pudiendo éste ser actual o potencial*” (el destacado nos pertenece).

En virtud de ello, el concepto de *ventaja significativa* (conforme con lo reseñado precedentemente) debería incluir también aquellas acciones u omisiones que (i) poseen una magnitud tal que, por ejemplo, de prolongarse y extenderse en el tiempo, producirían distorsiones en el mercado que la norma, precisamente, y el régimen en general pretenden evitar, y/o (ii) sin reflejarse en el mercado, repercuten y se verifican bajo la forma de ahorros o eficiencias en la rentabilidad del competidor desleal (los cuales, sin el incumplimiento normativo, no gozaría), y/o (iii) producen (o tienen aptitud para producir) efectos que desalientan el ingreso de nuevos competidores al mercado respectivo o lo podrían tornar no atractivo.

En este mismo sentido, también resultará determinante interpretar complementariamente el escenario de la ventaja significativa desde una mirada desleal introspectiva, indagando fuertemente en el componente de costos, ya que la ventaja competitiva puede también traducirse puntualmente en la no asunción de costos de mantenimiento, descenso de costos de control, aprovechamiento de gastos de competidores leales, eliminación de costos y reducción de niveles de inversión (19).

demandan la existencia de una intención o daño a los presuntos consumidores o competidores, ya que se acredita con la sola constatación” (CNPenal Económico, sala B, 3/7/2003, “Disco SA”, JA 2003-IV-360; LL Online: 20033091).

(19) “... la Comisión considera que la denunciada ha obtenido una ventaja competitiva significativa e ilícita que se traduce en que no ha asumido el costo de mantenimiento de los cilindros que utiliza indebidamente, en el descenso de sus costos en control de calidad y seguridad para todos los cilindros de gas que utiliza, en el aprovechamiento indebido de los gastos que por tal concepto hacen sus competidores, en la eliminación de los costos de reposición de su *stock* y en la disminución del monto de inversión en envases necesarios para la comercialización

### III.3. Utilización efectiva

En consonancia con lo desarrollado anteriormente, el art. 10, inc. c) del decreto recurre a la palabra “efectivamente” para reafirmar el sentido buscado para la configuración del acto de competencia desleal: resulta necesario que, adicionalmente, la persona se valga *efectivamente* de la ventaja significativa. Es decir, no resulta suficiente poseer dicha ventaja, sino que debe ser puesta en funcionamiento y al servicio de las conductas del competidor desleal, de lo cual resulte una exteriorización y proyección hacia el mercado.

### IV. Antecedentes de derecho comparado necesarios para la interpretación y aplicación del supuesto de violación de normas en la Argentina

A efectos de indagar sobre la intención, efectos y/o fin del nuevo régimen de lealtad comercial argentino en el aspecto aquí analizado, podemos recurrir a dos posibles fuentes legislativas: la peruana y la española.

#### IV.1. Antecedente normativo en la República del Perú

En la República del Perú la tipificación de la violación de normas como acto de competencia desleal se encuentra enmarcada legalmente desde el año 1992.

La norma inicial —dec.-ley 26.122 sobre represión de la competencia desleal— regulaba el supuesto de la siguiente forma: “se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa” (20).

En el año 2008 se derogó dicha norma y fue reemplazada por el decreto legislativo 1044, que en su parte pertinente dice lo siguiente:

---

de su GLP”, res. 014-2005/CCD-INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de la República del Perú), del 24/1/2005, expte. 028-2004/CCD, p. 20, <https://www.consumidor.gob.pe/documents/20182/143803/014-2005.pdf>.

(20) Art. 17 del dec.-ley 26.122, derogado en el año 2008 por el decreto legislativo 1044 que aprobó la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

“14.1.— Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

”14.2.— La infracción de normas imperativas quedará acreditada: a) Cuando se pruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión; o, b) Cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia. En caso sea necesario, la autoridad requerirá a la autoridad competente un informe con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente.

”14.3.— La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60° de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial” (21).

Tal como puede apreciarse de las distintas normas que regularon y regulan actualmente la violación de aquellas como acto de competencia desleal en la República del Perú, el legislador argentino (mediante un decreto de necesidad y urgencia) se decidió por la versión de 1992, aun cuando puede notarse de la redacción de 2008 que la evolución del instituto requirió de mayor detalle y precisiones para hacer más efectiva su aplicación y funcionalidad (22).

---

(21) Art. 14 del decreto legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal de la República del Perú (decreto legislativo 1044, 26/6/2008, disponible en <https://indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/leyrepresioncompetenciadesleal.pdf>).

(22) De hecho, la norma peruana vigente en la actualidad “...entiende que la intención o no de hacer

La norma argentina, al replicar sustancialmente la versión de 1992, no solo no resuelve las cuestiones que sí aborda expresamente la versión del 2008, sino que refuerza un concepto en el siguiente aspecto: utiliza expresamente la palabra “efectivamente” en la definición, de modo que para que se pueda configurar el acto de competencia desleal, el infractor se debe haber valido “efectivamente” de la ventaja significativa.

De esta forma, se puede interpretar que la norma argentina exige un tercer requisito para la configuración del acto desleal: que el participante haya utilizado y usufructuado la ventaja, no bastando que efectivamente la posea.

De hecho, en la exposición de motivos de la norma peruana de 2008 se menciona que para acreditar la comisión del acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas previsto en el inc. b) de su art. 14.2, bastará con verificar si el agente investigado cuenta con las autorizaciones respectivas para realizar su actividad económica (23). Ello deriva en que la ventaja significativa para esta modalidad es de tipo objetivo: el carácter significativo de la ventaja ilícita obtenida en este supuesto es *per se*, es decir, no se requiere cuantificar para la determinación de la infracción (24).

Dado que la norma argentina se incluyó en un régimen de lealtad comercial que, conforme con lo expuesto precedentemente, no exige la

---

competencia desleal es irrelevante, pues si bien es cierto, es posible que lo que se busca es obtener un beneficio antes que perjudicar a los competidores, colateralmente, en efecto o potencialmente el perjuicio existe”, PUENTE, Víctor - TIRAVANTI, Arnao, “El artículo 60° de la Constitución Política del Perú, la competencia desleal del Estado de acuerdo al decreto legislativo 1040 —Ley de Represión de la Competencia Desleal— y análisis jurisprudencial”, *Revista de derecho de los alumnos de la Universidad de Lima*, nro. 7, año 4, Athina, 2009, p. 121.

(23) Resolución de Consejo Directivo 008-2019-CCP/OSIPTTEL (Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones de la República del Perú) del 15/2/2019 en el caso “Sky Network SAC”, publicado en *El Peruano* del 10/4/2019, p. 8, párr. 58.

(24) Resoluciones citadas dentro de la Resolución de Consejo Directivo 008-2019-CCP/OSIPTTEL (Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones de la República del Perú) del 15/2/2019 en el caso “Sky Network SAC”, publicado en *El Peruano* el 10/4/2019, p. 9, párr. 65.

acreditación o prueba del daño, lo que debió haber prevalecido es el hecho de obtener una ventaja significativa a resultas de un incumplimiento normativo. La conducta *per se*, desde la óptica de lealtad comercial, debe ser calificada como desleal y, en consecuencia, reprochable jurídicamente por concurrir los dos elementos: ventaja significativa e incumplimiento de normas.

De lo contrario, el régimen de lealtad comercial obliga de algún modo a los competidores leales a sufrir en una primera instancia el daño y los efectos nocivos de las acciones del competidor desleal para poder recurrir al auxilio de la autoridad de aplicación. De este modo, se incorpora un requisito de ocurrencia dado por la externalidad misma del acto de competencia desleal, obligando a que se acredite y pruebe que la ventaja se exterioriza y proyecta hacia el mercado (25).

En nuestra opinión, el término “efectivamente” debería ser interpretado en el sentido de afirmar la necesidad de demostrar que la infracción a la norma denunciada o investigada representa una ventaja significativa para el competidor desleal, con prescindencia de si esta, ya puesta en funcionamiento y externalizada, produjo los efectos deseados por el competidor desleal. Desde el régimen de lealtad comercial, un competidor desleal debe ser aquel que compite omitiendo el cumplimiento de las normas aplicables y no debería quedar eximido de responsabilidad aquel competidor desleal por el solo hecho de haber fracasado en el intento o, en su defecto, por no externalizarse sus beneficios, por ejemplo, ahorros, eficiencias e incremento o mantenimiento de una rentabilidad determinada. Un claro supuesto de ello sería aquel en el cual el competidor desleal, con motivo de incumplir un proceso de control o auditoría resultante de una exigencia de índole legal, se ve relevado de contratar personal adicional a esos fines y, por ende, obtiene un ahorro de costos, incrementando su rentabilidad, pero cuya proyección y externalización en el mercado no aparece ni se ve reflejada.

---

(25) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo - PALAZZI, Pablo - SÁNCHEZ HERRERO, Andrés - SEREBRINSKY, Diego, *Derecho de la competencia desleal*, cit., p. 694.

## IV.2. Antecedente normativo en España

Encontramos en el art. 15 de la ley de competencia desleal española una regulación del supuesto de competencia desleal derivado de la violación de normas.

El texto original del artículo expresaba lo siguiente (26): “1. Se considera desleal prevalecer en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa. 2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”. En 2003 se incorporó al texto anterior un nuevo inciso (denominado apart. 3) para incluir como desleal a: “(...) la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería” (27).

La norma argentina, de modo similar a lo descripto precedentemente con respecto a la norma peruana, tomó también como único antecedente el apart. 1 de la norma española. De esta forma, replicó conceptualmente la misma idea y no tomó en cuenta ninguno de los aparts. 2 y 3.

Se observa que la norma española tampoco utilizó la palabra “efectivamente” en su redacción, lo cual podría dar lugar a interpretaciones sobre si el acto de competencia desleal se configura aun cuando no se verifique una utilización efectiva y concreta de la ventaja significativa. En este sentido, la doctrina (28) sostiene que no es suficiente que “la infracción proporcione la oportunidad de obtener una ventaja competitiva”, sino que también es necesario que el infractor se valga de hecho (según nuestra norma sería “efectivamente”) de dicha ventaja, en el sentido de beneficiarse, en efecto, del ahorro de costos a resulta de la violación normativa y, en consecuencia, la conclusión no es otra que la

ventaja debe “proyectarse hacia el mercado” de modo tal “que contribuya a modelar la forma y las condiciones en que se actúa en el mercado”.

La jurisprudencia española confirma este abordaje, al expresar: (i) sí debe reflejarse la ventaja significativa, y (ii) la misma debe ser debidamente probada ante el decisor (en ese caso, ante los tribunales judiciales), al establecerse expresamente que “(...) la ilicitud por deslealtad exigía la demostración, (...) de que la sociedad infractora obtenía con la violación una significativa ventaja competitiva y se valía de ella” (29).

Al respecto, sostenemos que el régimen de lealtad comercial argentino debería ser superior y permitir el auxilio, conforme con lo explicado párrafos atrás, aun cuando se verifica la existencia de la ventaja significativa, pero potencial en cuanto a sus efectos en el mercado (es decir, prevenir que el competidor desleal efectivamente logre su cometido afectando a los participantes leales del mercado) o, en su defecto, exteriorizándose, pero en la faz interna del competidor desleal. A estos fines, el mismo decreto no solo no exige la acreditación o comprobación de un daño (pudiendo este ser actual o potencial) (30), sino que también dispone que “para determinar la naturaleza del acto de competencia desleal, se atenderá a las situaciones, relaciones y efectos económicos que *potencial* o efectivamente produzca” (el destacado es nuestro) (31).

Por su parte, entendemos que el apart. 2 de la norma española no fue incluido porque refiere puntualmente al incumplimiento de una norma de defensa de la competencia, mientras que la norma argentina aquí analizada se encuentra dentro del régimen de lealtad comercial.

(26) Ley 3/1991 de Competencia Desleal de España.

(27) Se añade el apart. 3 por el art. 5º de la Ley Orgánica 14/2003.

(28) MASSAGUER, José, *Comentario a la ley de competencia desleal*, cit., p. 440, parág. 18, citado por CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo - PALAZZI, Pablo - SÁNCHEZ HERRERO, Andrés - SEREBRINSKY, Diego, *Derecho de la competencia desleal...*, cit., p. 694.

(29) Sentencia del Tribunal Supremo 38/2011, sala de lo Civil, sección 1ª, 27/7/2011 (recurso 1473/2007); <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=5866358&statsQueryId=121082976&calledfrom=searchresults&links=%2238%2F2011%22&optimize=201103-04&publicinterface=true>.

(30) Art. 8º del decreto de necesidad y urgencia 2019-274-APN-PTE.

(31) Art. 6º del decreto de necesidad y urgencia 2019-274-APN-PTE.

Finalmente, el apart. 3 regula uno de los tantos escenarios posibles de una violación de normas: la contratación irregular de extranjeros.

## V. Prueba del incumplimiento de normas legales

Tal como se desprende de la norma peruana reseñada precedentemente, su legislador optó por darle certidumbre al régimen (mínimamente, en un sentido) y regular precisamente cómo se acreditará la ocurrencia de una infracción de normas en los dos escenarios de incumplimientos existentes. A saber:

(i) *infracciones normativas en general*: la autoridad de aplicación de la legislación sobre competencia desleal deberá recurrir a la decisión previa y firme de autoridad competente en la materia que determine dicha infracción (32); y

(ii) *habilitaciones, permisos y/o autorizaciones*: cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones o títulos que se requieran obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial no acredite documentalmente su tenencia.

Ante la falta de regulación expresa en el decreto de lealtad comercial, la autoridad de aplicación deberá adoptar una posición sobre cómo acreditar en una investigación que efectivamente se verificó la infracción a una norma.

El criterio que adopte la autoridad de aplicación resultará crucial para concederle funcionalidad, efectividad y certidumbre jurídica al nuevo régimen instaurado dentro del ámbito de lealtad comercial. A estos fines, debería proceder aplicando las pautas del sistema peruano como principio general.

(32) "... la existencia de un pronunciamiento firme y ejecutoriado de la autoridad competente según la materia es un elemento indispensable para la configuración del tipo sancionador, y su prueba únicamente puede darse por medio de la incorporación al expediente administrativo de dicho acto administrativo o sentencia" (POZO NEIRA, Fabián, "Competencia desleal por violación de normas: su prueba y la necesidad de un pronunciamiento previo", Instituto de Investigaciones Jurídicas, <http://ijj.webdelfuturo.com/competencia-desleal-violacion-normas/>).

## V.1. Supuestos del inc. a) del art. 14.2 de la norma peruana

En estos casos, la autoridad de aplicación del decreto estará compelida a que se verifique, previa y debidamente, que la persona investigada haya efectivamente incurrido en un supuesto de incumplimiento normativo. Para ello, será la autoridad competente en la materia correspondiente quien deberá expedirse previamente, hasta arribar a una decisión firme y definitiva (administrativa o judicial). De lo contrario, se habilitaría un *by-pass* al ordenamiento positivo evitando así el debido y obligatorio estudio sobre la legalidad o no del actuar del administrado investigado.

Sin embargo, es relevante destacar que esta posición que aparece como ordenadora del proceso no es unánime en el derecho comparado. Así es que José Massaguer (33) sostiene que el juez podría, al solo fin de determinar si se configuró o no un acto desleal, decidir "si existe o no infracción legal" a efectos de proceder con la eventual aplicación de la norma española sobre el particular (art. 15 de la Ley de Competencia Desleal), argumentando que en definitiva el juez no se está expidiendo sobre la licitud o no del acto a los efectos de la normativa que corresponda, sino solo a los fines de merituar y valorar la conducta desde la óptica de la competencia desleal.

Asimismo, es oportuno destacar que, en un caso de violación de normas bajo la norma peruana de 1992, actualmente derogada, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal consideró que se encontraba facultada para expedirse sin necesidad de una decisión previa (34).

(33) MASSAGUER, José, *Comentario a la ley de competencia desleal*, cit., ps. 437 y ss., citado por CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo - PALAZZI, Pablo - SÁNCHEZ HERRERO, Andrés - SEREBRINSKY, Diego, *Derecho de la competencia desleal...*, cit., p. 690.

(34) "... la materia controvertida está referida al presunto incumplimiento de normas en que estaría incurriendo la denunciada al desarrollar su actividad económica (...) la Comisión considera que está facultada, conforme a ley, para pronunciarse sobre el presente caso, sin que sea necesario contar con una decisión previa y firme de la autoridad competente", res. 014-2005/CCD-INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la



En cualquier caso, creemos que en estos supuestos la interpretación de la autoridad de aplicación deberá ser restrictiva para no desembocar, eventual y finalmente, en decisiones contradictorias.

***V.2. Supuestos del inc. b) del art. 14.2 de la norma peruana***

En estos casos, la autoridad de aplicación debería recurrir a la autoridad competente a efectos de solicitar información para confirmar si efectivamente la persona investigada cuenta o no con las autorizaciones que por ley corresponden poseer para operar en el mercado correspondiente. Si la respuesta es negativa (es

decir, que la persona concurrente no cuenta con los permisos correspondientes), entonces la autoridad de aplicación podrá tener por acreditado el incumplimiento normativo, sin necesidad de procesos administrativos o judiciales complejos y extensos.

Destacamos, sin embargo, que no debería constituir este un requisito condicionante del proceso investigativo de la autoridad de aplicación, sino operar como una facultad en situaciones en las cuales este auxilio aporte claridad y certidumbre al procedimiento.

Es saludable que la autoridad de aplicación pueda adoptar este criterio ya que, a partir de él, el régimen podrá desarrollarse y tender hacia su verdadero potencial y efectividad, resguardando la seguridad jurídica y, a la vez, evitando abusos de los denunciantes, así como de los investigados.

---

Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de la República del Perú), del 24/1/2005, expte. 028-2004/CCD, p. 16, <https://www.consumidor.gob.pe/documents/20182/143803/014-2005.pdf>.



# Inducción a la infracción contractual

---

ANDRÉS SÁNCHEZ HERRERO (\*)

## I. Introducción

Según el art. 10, inc. k), del dec. 274/2019, la inducción a la infracción contractual es un acto de competencia desleal. Consiste en “[i]nducir a empleados, proveedores, clientes o demás obligados a infringir obligaciones contractuales contraídas con un competidor” (1).

Para graficar el concepto, refiero el célebre caso planteado en Inglaterra en 1853, en el cual Frederick Gye —titular de un teatro— fue condenado a resarcir a un competidor, Benjamin Lumley, por haber inducido a la cantante Johanna Wagner a incumplir su contrato con este último. La cantante había sido previamente contratada por Lumley para cantar en su teatro, en forma exclusiva, durante tres meses. Sin embargo, Gye, con pleno conocimiento de esta restricción, le ofreció una paga mejor, induciendo a la cantante a que incumpliese su contrato, que fue lo que finalmente hizo. Demandado, el inductor invocó su calidad de tercero respecto del

contrato incumplido. Sin embargo, los tribunales lo condenaron a resarcirle a Lumley el daño que sufrió a raíz de la inducción.

También hay normas que regulan supuestos puntuales de este tipo de deslealtad. Tal el caso del art. 77, inc. b), de la ley 24.481, que castiga a quien obtiene la revelación de un invento patentable corrompiendo al socio, mandatario, asesor o empleado del inventor o de sus causahabientes. Otra aplicación puntual está prevista en el art. 1º de la ley 24.766, según el cual “[l]as personas físicas o jurídicas podrán impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos (...) Se considerará que es contrario a los usos comerciales honestos el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción y adquisición de información no divulgada por terceros que supieran o no, por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas”.

En líneas muy generales, la deslealtad consiste en la intromisión de una persona en relaciones contractuales en las que no es parte, pero en las que sí lo es un competidor (2).

Presupuesto de este tipo de comportamiento desleal es que exista una relación jurídica eficaz nacida de un contrato y no extinguida al tiempo en que se comete el ilícito (3). Sin contrato vá-

---

(\*) Abogado (Pontificia Universidad Católica Argentina). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Pontificia Universidad Católica Argentina), director del Doctorado en Derecho (Universidad Austral), director académico de la Maestría en Propiedad Intelectual (Universidad Austral) y profesor titular de Contratos (Universidad Austral).

(1) La norma se basa en el art. 14 de la ley 3/1991 de España, el cual, bajo el título “Inducción a la infracción contractual”, dispone que “1. Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores”. No se importaron, en cambio, ni la inducción a la terminación regular de un contrato ni el aprovechamiento de una infracción contractual ajena, figuras previstas en el segundo párrafo de este artículo.

---

(2) MASSAGUER, JOSÉ, *Comentario a la ley de competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1999, p. 403.

(3) Cit., p. 405; GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal. Actos de desorganización del com-*

lido o eficaz, no puede haber incumplimiento de una obligación contractual.

## II. Análisis económico

Por lo general, quien induce incumplimiento contractual en perjuicio de un competidor lo hace para conseguir clientes, captar empleados u obtener una ventaja competitiva respecto de la competencia. Es necesario explicar, entonces, por qué habría de considerarse desleal este comportamiento, siendo que el sistema de libre competencia, que nuestro país ha adoptado, acepta e incluso fomenta la lucha por la captación de clientes y factores de producción (4).

Al preferir los clientes, trabajadores y proveedores de bienes y capital a quienes les ofrecen mejores condiciones, se produce un claro beneficio general. En este sentido, se ha observado que “[t]ras la inducción a la infracción contractual se esconde la lucha por la captación de clientes y factores de producción. Esta lucha no solo es lícita, sino en sí misma deseable y, de hecho, potenciada por el sistema de libre competencia. La clientela, la fuerza de trabajo, los suministradores de bienes, servicios y capitales se arrebatan ofreciendo mejores condiciones: si la posibilidad de ofrecerlas revela una más eficiente asignación de recursos del oferente, su aceptación asegura que los factores de producción quedan en manos del agente que obtiene una mayor utilidad de los mismos; de otro lado, la clientela (consumidores o no) maximiza utilidades escogiendo la oferta más ventajosa. El peligro que de ello deriva, la pérdida de ingresos, incluso la expulsión del mercado del com-

petidor es un efecto asumido por el Derecho de la competencia” (5).

A raíz de esta lucha, del lado de la oferta gana el empresario que asigna con mayor eficiencia los recursos, mientras que, del lado de la demanda, los clientes maximizan su utilidad, eligiendo la mejor oferta (6). El juego también genera costos y deja heridas: el empresario menos eficiente pierde ingresos o, incluso, es desplazado del mercado. Sin embargo, este costo es aceptado por nuestro sistema (7).

Parece, entonces, que en términos económicos no es eficiente que el legislador se entrometa en esta lucha, velando para que los actores del mercado no alteren, con su actuación, relaciones contractuales que no integran. La lucha en el mercado tiene ganadores y perdedores. Desde lo jurídico, esto implica relaciones contractuales que se rompen, o que incluso se incumplen: un empresario abandona a su proveedor habitual, para irse con otro que le ofrece mejores condiciones; un empleado abandona su puesto de trabajo para pasarse a otra empresa; un cliente insatisfecho comienza a comprar productos de otro proveedor; etcétera.

Sin embargo, el sistema económico solo se beneficia por la ruptura o incumplimiento de relaciones contractuales ajenas cuando su causa es que el tercero es más eficaz para asignar recursos (8). Como se ha señalado, “[n]o son argumentos de moral empresarial los que explican la deslealtad de la inducción a la infracción contractual, sino de eficiencia económica: el mercado solo puede soportar la destrucción de relaciones contractuales ajenas si ello responde a una mayor eficiencia de las prestaciones propias” (9). Si, en cambio, la ruptura de la relación responde a otros motivos, podemos

*petidor*, Buenos Aires, LexisNexis, 2004, p. 135; BUSTAMANTE GUBBINS, José Manuel - URRUTIA PÉREZ, Enrique, “Competencia desleal: inducción al incumplimiento de contratos y ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales”, en Marco Antonio Iturria (ed.), *Competencia desleal - Análisis crítico y elementos para la aplicación de la Ley N° 20.169, de 2007*, Cuadernos de extensión jurídica 14 (2007) de la Universidad de Los Andes, p. 76; SAP Barcelona 6 de abril de 2005 (AC 2005, 856); SAP Barcelona 26 de julio de 2003 (AC 2003, 1911); SAP Barcelona 28 de diciembre de 2005 (AC 2006, 337); SAP Castellón 2 de diciembre de 2002 (AC 2002, 2297); SAP Barcelona 15 de noviembre de 2000 (JUR 2001, 61938).

(4) MASSAGUER, JOSÉ, *Comentario a la ley de competencia desleal*, cit., p. 404.

(5) MASSAGUER FUENTES, José, “Inducción a la infracción contractual”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995, p. 3537.

(6) MASSAGUER, José, *Comentario a la ley de competencia desleal*, cit., p. 404.

(7) MASSAGUER FUENTES, José, “Inducción a la infracción contractual”, cit., p. 3537.

(8) MASSAGUER, JOSÉ, *Comentario a la ley de competencia desleal*, cit., p. 404.

(9) MASSAGUER FUENTES, José, “Inducción a la infracción contractual”, cit., p. 3537.

encontrarnos frente a un supuesto de competencia desleal, carente de justificación desde la eficiencia económica. Precisamente, en esta situación encuadra el acto desleal cuyo estudio se aborda en este capítulo.

### III. Actores

La inducción a la infracción contractual supone una relación triangular entre el inductor, el inducido y la víctima:

1) El inductor es quien induce a que se incumpla el contrato. Es el autor del ilícito concurrencial.

2) El inducido es el contratante a quien se induce a incumplir el contrato. Por lo común, se trata de clientes, empleadores, proveedores o colaboradores (v.gr., distribuidores, licenciarios, etc.) de la víctima. En principio, no es el autor de este ilícito concurrencial, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda caberle por otras razones (por ejemplo, la responsabilidad contractual por haber incumplido el contrato).

3) La víctima es el otro contratante. Frecuentemente, es empleador, suministrado, proveedor, distribuidor o licenciante del inducido. Debe tratarse de un sujeto que, al tiempo en que se produce el comportamiento desleal, participa en el mercado. Es más: si bien, de acuerdo con el segundo párrafo del art. 5º del decreto, “[l]a aplicación de este Título no está supeditada a la existencia de una relación de competencia entre los sujetos del acto de competencia desleal”, la norma específica (el art. 10, inc. k) describe este ilícito concurrencial como la inducción “a empleados, proveedores, clientes o demás obligados a infringir obligaciones contractuales contraídas con un competidor” (10). En este caso, entonces, y como una excepción a la regla general, es preciso que haya una relación de competencia entre el autor del ilícito y la víctima. Lo relevante es que esta relación exista al tiempo en que se produjo el acto desleal, sin que tenga trascendencia si se mantiene al tiempo de promoción de la demanda (11). De

lo contrario, el empresario que es eliminado del mercado a raíz del acto desleal jamás podría demandar a los autores del ilícito, ya que carecería de legitimación activa.

### IV. Conducta antijurídica

#### IV.1. Descripción

El ilícito consiste en influir deliberadamente sobre una persona, a través de medios objetivamente idóneos para llevarla a incumplir ilícitamente obligaciones contractuales (12).

Refiero un caso típico que se reitera en los repertorios extranjeros de jurisprudencia: la inducción a violar un derecho de exclusividad de un contratante. Traigo a colación un caso en el cual una sociedad, integrada por exadministradores de otra, intentó captar a un proveedor exclusivo de esta última, a pesar de tener pleno conocimiento de que esto implicaba violar la exclusividad pactada e ignorando las repetidas advertencias formuladas por la exempleadora de sus socios y los numerosos reparos opuestos por el mismo proveedor (13). Al proceder de este modo, la sociedad constituida por los exempleados pretendía que el proveedor incumpliese gravemente su contrato, en varios sentidos. El más obvio: la violación del derecho de exclusiva de su suministrado. Y otro, no menos grave: la inductora pretendió que el proveedor le suministrase mercadería similar a la diseñada por la actora, con lo cual intentó valerse de los diseños de esta última (las empresas se dedicaban a la comercialización de vestidos de novia). El tribunal consideró que hubo competencia desleal por inducción al incumplimiento contractual.

#### IV.2. Gravedad del incumplimiento

¿Se precisa la gravedad del incumplimiento inducido? En otros términos: ¿también se incurrir en este ilícito concurrencial si se induce a un incumplimiento contractual que no es grave? La norma de referencia no lo exige: tan solo alude a la inducción “a infringir obligaciones contractuales contraídas con un competidor”, sin más.

(10) Énfasis agregado.

(11) En este sentido, aunque solo con referencia a la participación en el mercado: SAP Barcelona 22 de octubre de 2001 (JUR 2004, 13988).

(12) MASSAGUER, José, *Comentario a la ley de competencia desleal*, cit., p. 407; SAP Barcelona 26 de octubre de 2005 (AC 2006, 216).

(13) SAP Barcelona 26 de octubre de 2005 (AC 2006, 216).

Se desmarca, así, de su fuente, el art. 14.1 de la ley 3/1991 de España, según el cual “[s]e considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales *básicos* que han contraído con los competidores” (14). Partiendo de esta norma, la doctrina ibérica considera que el acto desleal solo se produce si el incumplimiento inducido es grave (15).

Considero que este requisito no es exigible en el derecho argentino, por varias razones:

1) La norma que tipifica el ilícito no lo requiere.

2) El hecho de que esta exigencia sí esté prevista en la fuente española refuerza la idea de que no estamos ante un olvido o descuido del legislador, sino ante una omisión deliberada.

3) No hay razón para convalidar una inducción al incumplimiento de un contrato, por más que no sea grave.

4) No hay riesgo de que la sanción que se aplique sea desmesurada:

— La indemnización (prevista en el art. 61, inc. b)) se autorregula por el principio de que el daño efectivamente causado es el límite del resarcimiento.

— Obviamente, la víctima tiene derecho a que cese el ilícito, aunque su entidad sea menor, de modo que nada cabe objetar ante la acción de cese de uso, prevista en el art. 61, inc. a).

— Las sanciones previstas en el art. 57 deben graduarse con el criterio previsto en el art. 58, que entre otras pautas alude a “la gravedad de la infracción; el daño causado a todas las personas afectadas por la actividad prohibida; el beneficio obtenido por todas las personas involucradas en la actividad prohibida”, que de por sí bastan para conjurar el riesgo de la desmesura en la sanción.

Va de suyo que, a los efectos del perfeccionamiento del ilícito, es indiferente si se trata de un incumplimiento absoluto o relativo (v.gr., por

ser inoportuno, incompleto, defectuoso o inexacto) (16). Naturalmente, esto sí tiene importancia a la hora de su sanción.

### IV.3. *Inducción a la extinción del contrato*

¿Se configura este ilícito concurrencial cuando se induce a un contratante a que ponga fin a una relación contractual? La norma de referencia —el art. 10, inc. k)— no lo contempla, a diferencia de su fuente, el art. 14 de la ley 3/1991 de España, que en segundo párrafo considera desleal “[l]a inducción a la terminación regular de un contrato [...] cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas”. Habida cuenta de que nuestra norma vigente no se refiere a este tipo de inducción, cabe concluir que no se trata, *per se*, de un ilícito subsumible en el tipo analizado. La conclusión se refuerza al tener en cuenta la fuente extranjera, lo que permite suponer que no estamos ante un desliz u olvido del legislador. Naturalmente, esto no obsta a que la inducción referida pueda considerarse desleal en virtud de la cláusula general prevista en el art. 9º del decreto.

Por lo tanto, el encuadre del caso que se presente dependerá de si, al inducir la extinción, también se indujo a su incumplimiento. Lo primero, por sí solo, no basta; lo segundo, sí, y, naturalmente, su ilicitud es compatible con el hecho de que además se haya inducido la extinción del contrato, que incluso puede ser tenida en cuenta a la hora de sancionarlo.

Un supuesto especial se plantea en el caso de la omisión del preaviso de la extinción del contrato, ya sea en el marco de una relación laboral o de otro tipo. Pareciera que, en realidad, se induce a extinguir el contrato, no a incumplirlo. Sin embargo, inducir a la extinción unilateral de un contrato en aquellos casos en que el contratante no tiene derecho a hacerlo implica, en definitiva, una inducción a un incumplimiento

(14) Énfasis agregado.

(15) MASSAGUER FUENTES, José, “Inducción a la infracción contractual”, cit., p. 3538.

(16) GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal. Actos de desorganización del competidor*, cit., p. 138; MASSAGUER FUENTES, José, “Inducción a la infracción contractual”, cit., p. 3538.

contractual. Supongamos, por ejemplo, que dos partes han celebrado un contrato de distribución comercial, con un plazo de cinco años. Transcurridos recién dos años desde que comienza a ejecutarse, una de las partes, inducida por un tercero, decide finalizar la relación contractual. En este caso, incurre, lisa y llanamente, en un incumplimiento contractual. Tan ilícita es su conducta que, de hecho, no produce la extinción del contrato (17). El otro contratante podrá optar, a discreción, entre resolver el contrato o exigir su cumplimiento (18). Naturalmente, ambos caminos presuponen que el contrato no se ha extinguido: solo puede resolverse o exigirse el cumplimiento de un contrato que aún existe. En consecuencia, quien instiga la extinción no preavisada de un contrato realiza una inducción a un incumplimiento contractual.

Veamos, ahora, un supuesto lindero. Supongamos que las partes han celebrado un contrato de distribución, solo que por tiempo indeterminado. En este caso, cualquiera de ellas tiene derecho a extinguirlo, en la medida que respete dos tiempos (19):

a) tiempo de duración mínima del contrato, esto es, que el contrato haya durado al menos lo necesario como para que el otro contratante haya tenido la oportunidad de recuperar su inversión; y

b) tiempo de preaviso, esto es, que el contratante haya comunicado su voluntad extintiva con una anticipación suficiente como para que el otro haya tenido la posibilidad de organizarse, ya sea reencauzando su negocio o liquidándolo en forma ordenada.

Se abren, entonces, dos opciones, en función de si el contratante que desiste respetó o no los parámetros aludidos. En caso afirmativo, se habrá producido una extinción lícita y regular del contrato. Luego, no se verifica un caso de inducción al incumplimiento contractual.

Ahora bien, ¿qué ocurre en el segundo caso, esto es, si el contratante extinguió el contrato

(a lo cual tenía derecho, porque era por tiempo indeterminado), pero lo hizo en forma abusiva (por ejemplo, porque no preavisó)? Si la conducta del contratante fue inducida, ¿se trata de un caso de inducción al incumplimiento del contrato? Por el juego de las reglas ya referidas, entiendo que sí.

#### IV.4. Acuerdo sin inducción

La base de este ilícito concurrencial es la inducción. Ahora bien: la participación del tercero en un incumplimiento contractual admite diversos grados, no todos ellos ilícitos. Planteo dos extremos:

a) El tercero se contacta con uno de los contratantes y le propone que incumpla el contrato. Claramente, se trata de una inducción desleal.

b) Uno de los contratantes decide desligarse del acuerdo, incumpléndolo, para así poder contratar con el tercero. Este último, hasta entonces, ignora la existencia del contrato que se va a incumplir. En este caso no hay inducción alguna.

Naturalmente, determinar si el caso encuadra en uno u otro supuesto, o en otro intermedio, es una cuestión fáctica, que depende de la prueba. Lo que está claro es que no cabe considerar que hay inducción por el mero hecho de que el contratante incumplidor y un tercero se pongan de acuerdo en contratar, aunque esto pueda implicar el incumplimiento de otro contrato por parte de uno de ellos (20). Tal lo que ocurrió en un caso en el cual una empresa de fábrica puso fin al contrato con su distribuidor, incumpliendo lo pactado con él, tras lo cual designó un nuevo distribuidor (21). El exdistribuidor demandó a su exdistribuido y al nuevo distribuidor de este último. Entre otras cuestiones, invocó que el nuevo distribuidor indujo a su exdistribuido a incumplir el contrato que lo ligaba con el actor. Sin embargo, el tribunal rechazó la demanda, destacando que no se había probado la inducción. Según entendió, lo único que se había acreditado fue el nuevo acuerdo de distribución, convenido entre los demandados. A juicio del tribunal, esto no implicó inducción

(17) V. SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Rescisión unilateral de los contratos*, Buenos Aires, La Ley, 2018, p. 192.

(18) *Ibidem*, p. 193.

(19) *Ibidem*, ps. 246-248.

(20) SAP Barcelona 26 de julio de 2003 (AC 2003, 1911).

(21) *Ídem*.

alguna (al margen de la eventual responsabilidad en que podría haber incurrido el fabricante, de haber incumplido el contrato que lo ligaba con su exdistribuidor).

#### IV.5. *Carácter ilícito de la conducta inducida*

Como se ha señalado, este comportamiento desleal consiste en influir deliberadamente sobre una persona, a través de medios objetivamente idóneos para llevarla a incumplir *ilícitamente* obligaciones contractuales. No basta con inducir al incumplimiento: debe tratarse de un incumplimiento ilícito. No sería el caso, por ejemplo, si el tercero indujese a un contratante a ejercer en forma legítima el derecho de suspensión del cumplimiento del contrato, previsto en el art. 1031 del Cód. Civ. y Com.

Por la misma razón, como hemos visto, tampoco hay inducción al incumplimiento contractual si se induce al contratante a apartarse en forma lícita del contrato —por ejemplo, a través del desistimiento unilateral incausado, en un contrato de duración indeterminada, otorgando el preaviso correspondiente— (22). Pero sí habrá inducción al incumplimiento contractual si lo que se pretende es que el inducido se desvincule ilícitamente de un contrato que ha celebrado, cuestión ya analizada (23).

#### IV.6. *Idoneidad de la inducción*

La inducción desleal puede consistir en una propuesta explícita o en cualquier otro comportamiento apto para motivar el incumplimiento del contrato (24). En la medida que tenga esta aptitud, el medio de inducción es indiferente (25).

No es necesario que la incitación sea la causa única del incumplimiento contractual, basta con que sea concurrente (26). Lo decisivo es

que el medio empleado sea objetivamente idóneo para inducir al incumplimiento contractual (27). Normalmente, el tercero inductor actuará guiado por un interés propio, y formulará una propuesta al inducido, asociando determinadas ventajas con el incumplimiento (v.gr., la celebración de un contrato más ventajoso, tal vez con el mismo inductor). Pero no toda propuesta que se formule alcanza para tener por configurado el ilícito. Si bien no es necesario que el incumplimiento se produzca, sí lo es que la instigación a incumplir el contrato, ya sea explícita o implícita, sea apta para provocarlo. La cuestión dependerá de la seriedad de la proposición y de cuán atractiva sea para el inducido (28). Esto requiere, entonces, analizar las ventajas que la propuesta contiene para el inducido, cuestión que conlleva, naturalmente, un análisis circunstanciado del caso. Puede que las ventajas...

— se otorguen inmediatamente o, en cambio, se supediten al efectivo incumplimiento contractual (29);

— beneficien al contratante cuyo incumplimiento se pretende inducir o a un tercero (30);

— estén claramente definidas o aún permanezcan indeterminadas (31);

— sean reales o que se trate de un engaño (32);

— sean lícitas (v.gr., la propuesta de un contrato más ventajoso que aquel cuyo cumplimiento se induce) o ilícitas (v.gr., un soborno) (33).

(27) SAP Barcelona 26 de julio de 2003 (AC 2003, 1911).

(28) MASSAGUER, José, *Comentario a la ley de competencia desleal*, cit., p. 407.

(29) *Ibidem*, p. 407; GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal. Actos de desorganización del competidor*, cit., p. 137.

(30) MASSAGUER, José, *Comentario a la ley de competencia desleal*, cit., p. 407.

(31) *Ídem*.

(32) *Ídem*; GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal. Actos de desorganización del competidor*, cit., ps. 137-138.

(33) GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal. Actos de desorganización del competidor*, cit., p. 137.

(22) MASSAGUER, José, *Comentario a la ley de competencia desleal*, cit., p. 408.

(23) SAP Barcelona 26 de octubre de 2005 (AC 2006, 216).

(24) MASSAGUER, José, *Comentario a la ley de competencia desleal*, cit., p. 407; GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal. Actos de desorganización del competidor*, cit., p. 137.

(25) MASSAGUER FUENTES, José, "Inducción a la infracción contractual", cit., p. 3538.

(26) SAP Madrid 1 de julio de 2004 (JUR 2004, 267926).



Lo decisivo es que la propuesta sea idónea. Por lo tanto, los factores enumerados no son irrelevantes: según el caso, pesarán en un sentido o en otro.

A veces, incluso, la deslealtad llega a un extremo tal que se garantiza protección al inducido frente a una eventual demanda del contratante afectado, asumiendo el inductor el resarcimiento que en su caso deba pagarse a la víctima del ilícito concurrencial (34).

#### IV.7. Prueba

La carga de la prueba de la inducción pesa sobre quien afirma ser víctima del acto desleal (35). Sin embargo, acreditar este hecho en forma directa puede resultar algo difícil; a veces, imposible. Como destacó un tribunal extranjero, es improbable que inductor e inducido reconozcan la inducción, o que la hagan constar en una escritura pública (36).

El interesado deberá intentar la prueba de la inducción a partir de las circunstancias del caso, por vía de inferencia. Se aplican en la materia las reglas generales sobre presunciones judiciales. En este sentido, las fechas suelen tener relevancia. Veamos un caso extranjero en el cual se tuvo por probada la inducción al incumplimiento contractual por vía de inferencia (37). Una empresa fue contratada para prestar servicios de consultoría a otra. Para prestar sus servicios a este cliente, la consultora se valió de una persona. De un día para el otro, este colaborador se desvinculó de la consultora. Y en la misma fecha:

— El cliente dio por terminada la relación contractual con la consultora, a pesar del plazo que lo obligaba a continuar el contrato, hasta el cumplimiento del plazo acordado.

— El cliente y el (para entonces, ex) colaborador de la consultora celebraron con un contrato de consultoría, de contenido similar al anterior.

El tribunal consideró que esto era suficiente para tener por probada la inducción al incumplimiento contractual.

Sin embargo, tampoco basta la mera coincidencia de fechas. En este sentido, en otro caso extranjero, referido a un contrato de distribución, se probó que casi sin solución de continuidad: a) la empresa fabricante-distribuida finalizó el contrato con su distribuidor; b) dos empleados del distribuidor renunciaron a su trabajo, y c) esos empleados comenzaron a trabajar casi inmediatamente para el exdistribuido, el cual comenzó a distribuir sus productos por sus propios medios, valiéndose de estos dos nuevos colaboradores. El exdistribuidor demandó al fabricante por competencia desleal, invocando, entre otros ilícitos, que hubo inducción a la extinción regular de contratos (38). El tribunal, no obstante reconocer la coincidencia entre las fechas, consideró que no se había acreditado la inducción (39). A tal efecto, alegó que bien podía haber otras explicaciones (que no implicaban un ilícito) para justificar la coincidencia (40).

(34) STEVENS, William H. S., *Unfair competition*, cit., p. 198.

(35) STS 11 de julio de 2006 (RJ 2006, 4974); SAP Madrid 21 de junio de 2004 (AC 2004, 1106); SAP Zaragoza 28 de julio de 2003 (AC 2003, 1082); SAP Barcelona 12 de febrero de 1999 (AC 1999, 4050).

(36) SAP Madrid 1 de julio de 2004 (JUR 2004, 267926).

(37) Ídem.

(38) El caso no se refiere a una inducción al incumplimiento del contrato, sino a su extinción (conducta que, por sí sola, no encuadra en este tipo, como hemos visto). De todos modos, lo refiero porque la diferencia es irrelevante a los efectos de analizar la conducta inductiva, que es lo que aquí nos interesa.

(39) SAP Barcelona 12 de febrero de 1999 (AC 1999, 4050).

(40) Dijo el tribunal: “Mas esa coincidencia no permite tener por demostrada, por la vía presuntiva, la inducción, ya que las reglas del criterio humano pueden llevar a suponer tanto que a la fabricante, decidida a distribuir directamente sus productos, le interesaba hacerse con los servicios de quienes habían colaborado con su anterior distribuidora, como que fue a los trabajadores, conocida la decisión de aquélla de poner fin al contrato de distribución, a los que interés pasar a prestar servicios para la sociedad que se iba a dedicar a aquella actividad que conocían y en la que sus prestaciones serían realmente valoradas” (SAP Barcelona 12 de febrero de 1999, AC 1999, 4050).

#### IV.8. Incumplimiento del contrato

No es necesario que el influido incumpla el contrato para que se configure la conducta desleal (41). Es indiferente el resultado de la inducción (42); se trata de un ilícito de peligro (43). De todos modos, esto no quiere decir que se trate de un factor irrelevante. En especial, el incumplimiento puede ser un elemento de prueba decisivo para acreditar la idoneidad del medio de inducción escogido.

A los efectos de la configuración del ilícito, tampoco es necesario que el cocontratante se haya visto perjudicado por el incumplimiento (44). De todos modos, la cuestión sí gravitará en lo que refiere a la responsabilidad civil del inductor.

#### IV.9. Contrato ulterior

Tampoco es necesario que, a raíz de la inducción, el inducido celebre un contrato con el inductor o con un tercero (45). Ni siquiera tiene relevancia si esa contratación ulterior fue

tenida en miras al incumplir el contrato o si, en cambio, jamás estuvo en los planes.

#### V. Finalidad del inductor

Para que se configure este acto desleal es necesario que el inductor actúe con el propósito de que el inducido incumpla el contrato (46). Por lo tanto, no hay acto de competencia desleal si, aun siendo su propuesta objetivamente idónea para provocar el incumplimiento, su emisor desconoce la gravitación que tendrá respecto del contrato preexistente (47). La mera oferta no es, por lo tanto, un acto desleal; solo lo será si está calificada por esta finalidad (48). Como se ha señalado, “[l]a oferta incompatible con el contrato que en ese momento vincula al ofertado con un competidor no es por sí misma disconforme con una competencia de méritos ni, por tanto, constitutiva de la inducción prohibida en el art. 14.1 de la Ley de Competencia Desleal. Ofrecer mejores condiciones está competitivamente justificado [...]” (49).

En una captación puntual de este ilícito —la inducción a la violación de secretos industriales—, el art. 1º de la ley 24.766 requiere el dolo o la culpa grave para su configuración:

“Se considerará que es contrario a los usos comerciales honestos el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción y adquisición de información no divulgada por terceros que supieran o no, por

(41) BUSTAMANTE GUBBINS, José Manuel - URRUTIA PÉREZ, Enrique, “Competencia desleal: inducción al incumplimiento de contratos y ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales”, cit., p. 78; MASSAGUER, José, *Comentario a la ley de competencia desleal*, cit., p. 407; GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal. Actos de desorganización del competidor*, cit., p. 137; SAP Barcelona 26 de octubre de 2005 (AC 2006, 216); SAP Barcelona 12 de febrero de 1999 (AC 1999, 4050); SAP Madrid 8 de noviembre de 2005 (AC 2005, 2265); SAP Madrid 1 de julio de 2004 (JUR 2004, 267926); SAP Barcelona 23 de diciembre de 2002 (JUR 2004, 14160). Contra: ILLESCAR ORTIZ, Rafael, “La infracción inducida de contratos y de normas como acto de competencia desleal”, en BERCOVITZ, Alberto (coord.), *La Regulación contra la Competencia Desleal en la ley de 10 de enero de 1991*, ps. 107-109, para quien el ilícito concurrencial requiere del efectivo incumplimiento contractual, ya que sin este, el inductor no obtiene una ventaja competitiva, y sin ventaja competitiva, no hay ilícito concurrencial.

(42) MASSAGUER FUENTES, José, “Inducción a la infracción contractual”, cit., p. 3538.

(43) SAP Barcelona 12 de febrero de 1999 (AC 1999, 4050).

(44) GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal. Actos de desorganización del competidor*, cit., p. 137.

(45) SAP Madrid 8 de noviembre de 2005 (AC 2005, 2265); SAP Madrid 1 de julio de 2004 (JUR 2004, 267926). Así lo afirma, explícitamente, el artículo 195, inc. IX, de la ley peruana de competencia desleal.

(46) BUSTAMANTE GUBBINS, José Manuel - URRUTIA PÉREZ, Enrique, “Competencia desleal: inducción al incumplimiento de contratos y ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales”, cit., p. 77; MASSAGUER, JOSÉ, *Comentario a la ley de competencia desleal*, cit., p. 407; GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal. Actos de desorganización del competidor*, cit., p. 137; SAP Barcelona 26 de octubre de 2005 (AC 2006, 216); SAP Madrid 18 de mayo de 2006 (AC 2006, 1689); SAP Castellón 1 de septiembre de 2004 (JUR 2005, 1235).

(47) SAP Madrid 18 de mayo de 2006 (AC 2006, 1689); BUSTAMANTE GUBBINS, José Manuel - URRUTIA PÉREZ, Enrique, “Competencia desleal: inducción al incumplimiento de contratos y ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales”, cit., p. 76.

(48) MASSAGUER, JOSÉ, *Comentario a la ley de competencia desleal*, cit., p. 407; SAP Castellón 1 de septiembre de 2004 (JUR 2005, 1235).

(49) SAP Madrid 18 de mayo de 2006 (AC 2006, 1689).

negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas”.

## VI. Modalidades

En función del incumplimiento inducido, las modalidades que este ilícito puede asumir son de lo más diversas. Por ejemplo, caen dentro de esta figura la inducción a la violación de secretos comerciales, la interrupción de suministros, la violación de un pacto de exclusividad y la inobservancia de un pacto de no competencia.

Con frecuencia, la inducción se realiza con el propósito de sustituir la relación infringida. En este caso, lo que pretende el inductor es que el inducido celebre un contrato, ya sea con él o con un tercero. Entran dentro de esta categoría la captación de clientes, empleados, proveedores y demás colaboradores (v.gr., distribuidores) del competidor.

En principio, la simple oferta incompatible con el cumplimiento de un contrato que obliga a su destinatario no es, por sí misma, desleal (50). Justamente, en esto consiste un sistema de libre competencia: que los oferentes y demandantes elijan en función del mérito y el atractivo de las propuestas que reciben (según el caso, precio, calidad, retribución, forma de pago, etc.). Lo contrario implicaría afectar la libertad de comerciar y ejercer industria lícita, la libertad de trabajar y la autonomía de la voluntad (51).

Sin embargo, la oferta de contrato deja de ser lícita y se convierte en desleal cuando expresa o tácitamente se requiere al inducido el incumplimiento de un contrato preexistente, en lugar de su terminación regular (52). Por ejemplo, esto es lo que ocurre si se intenta atraer al proveedor de un competidor, ofreciéndole condiciones muy superiores a las de mercado, presionándolo para que acepte, sabiendo el oferente que se trata de un proveedor exclusivo (53).

(50) MASSAGUER, José, *Comentario a la ley de competencia desleal*, cit., p. 409; GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal. Actos de desorganización del competidor*, cit., p. 137.

(51) MASSAGUER FUENTES, José, “Inducción a la infracción contractual”, cit., p. 3538.

(52) MASSAGUER, José, *Comentario a la ley de competencia desleal*, cit., p. 410.

(53) GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal. Actos de desorganización del competidor*, cit., p. 139.

También es posible que la inducción se realice sin el propósito de sustituir la relación infringida. Encuadran en esta categoría los actos de inducción tendientes a aprovechar el esfuerzo ajeno. Tal lo que ocurre, por ejemplo, si se soborna a un administrador societario para que contrate a un determinado proveedor o mantenga el vínculo contractual con él, haciéndole incumplir, de ese modo, su deber de actuar con diligencia y lealtad. Otro tanto sucede si se corrompe a un empleado para que revele secretos industriales o comerciales de su empleador. Tampoco existe propósito de sustituir la relación infringida en el caso en que se induce a un empleado o proveedor de un competidor para que lo sabotee. Por ejemplo, influyendo sobre algunos trabajadores para que promuevan una huelga (54).

## VII. Efectos

Como en todo supuesto de competencia desleal, la víctima tiene derecho a exigir el cese de la conducta y su prohibición para el futuro. En su caso, además, tendrá derecho a ser resarcida, si se cumplen los demás presupuestos de la responsabilidad civil. Además, dada su tipificación en el art. 10, este ilícito concurrencial puede dar lugar a aplicación de las sanciones previstas en el art. 57.

Por otro lado, puede que la inducción desleal haya generado obligaciones, ya sea que deriven de la promesa formulada por el inductor para provocar el incumplimiento contractual o del contrato que posteriormente se haya celebrado, en su caso. Estas obligaciones son inválidas, ya que su causa es ilícita (55). Tal lo que resulta de aplicar el art. 1014 del Cód. Civ. y Com., según el cual

“El contrato es nulo cuando:

”a. su causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres;

”b. ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común. Si sólo una de ellas

(54) STEVENS, William H. S., *Unfair competition*, cit., p. 206.

(55) MASSAGUER, José, *Comentario a la ley de competencia desleal*, cit., ps. 408-409; GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal. Actos de desorganización del competidor*, cit., p. 138. Estrictamente, lo inválido es el acto jurídico del cual nacen.

ha obrado por un motivo ilícito o inmoral, no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero ésta puede reclamar lo que ha dado, sin obligación de cumplir lo que ha ofrecido”.

Evidentemente, una obligación nacida en el marco de una inducción a un incumplimiento contractual —esto es, de la inducción a un ilícito— es contraria a las leyes. Por lo tanto, es inválida.

Con todo, la nulidad del contrato solo podrá declararse si se ha demandado conjuntamente al inductor y al inducido (56). En su defecto, no podrá declararse su invalidez, lo que no quita que, por aplicación de las reglas generales, se pueda ordenar el cese o se prohíba la ejecución del acto celebrado a raíz o en razón de la inducción desleal (57).

### VIII. El (aparente) problema del efecto relativo de los contratos

Contra la calificación como desleal —y, por ende, ilícita— de la inducción al incumplimiento contractual podría objetarse que una persona no puede incurrir en un comportamiento ilícito al inmiscuirse en un contrato en el cual no es parte: (des)calificarlo de este modo implicaría que, en alguna medida, el contrato tiene cierta eficacia con respecto de esa persona, aunque más no sea imponiéndole un deber de abstención, al estilo de los derechos reales, que son absolutos, lo que no se condice con un principio vertebral de los contratos, como es el de sus efectos relativos.

Veremos que no es así. A este efecto, conviene precisar en qué consiste este principio.

¿Frente a quiénes producen efectos los contratos? ¿A quiénes obligan o vinculan? ¿Quiénes pueden invocar los derechos que nacen de ellos? El tema es abordado en el art. 1021 del Cód. Civ. y Com., que consagra el principio del efecto relativo de los contratos, en estos términos:

“Regla general. El contrato solo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley”.

La norma debe correlacionarse con el art. 959, que en gran medida la anticipa al explicitar cuáles son los efectos del contrato:

“Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes”.

Entonces:

— según el art. 1021, el contrato solo tiene efecto entre las partes, y no respecto de terceros;

— de acuerdo con el art. 959, el contrato es obligatorio para las partes;

— luego, el contrato vincula a las partes, no a los terceros.

Si a esto se le agrega que los contratos no solo generan obligaciones, sino también derechos, deberes, potestades, facultades y prerrogativas, que en su conjunto se pueden englobar como efectos del contrato, entonces cabe concluir que, en principio, los contratos solo producen efectos entre las partes.

No obstante la regla general, lo cierto es que, en mayor o menor medida, y en varios sentidos, los contratos también afectan o pueden afectar a terceros. El Código Civil y Comercial no los clasifica. Con todo, se los puede ordenar en dos categorías: los terceros interesados y los terceros extraños. Integran la primera categoría todos los terceros que, por una razón u otra, tienen algún derecho subjetivo o interés relacionado con el contrato. Por ejemplo, el acreedor de una de las partes que quiere revocar el contrato o el beneficiario de una estipulación. En cuanto a los terceros extraños, se los define por exclusión: son los no interesados. Con todo, se verá que también a ellos los puede afectar el contrato, aunque sea en una mínima medida.

Es a esta última categoría de terceros a la que aluden principalmente los arts. 1021 y 1022 del Cód. Civ. y Com. al consagrar el efecto relativo de los contratos. Como se ha visto, según la primera de estas normas, “[e]l contrato solo

(56) MASSAGUER, José, *Comentario a la ley de competencia desleal*, cit., p. 409.

(57) Ídem.

tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley". El artículo siguiente —titulado "Situación de los terceros"— agrega que "[e]l contrato no hace surgir obligaciones a cargo de terceros, ni los terceros tienen derecho a invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que éstas no han convenido, excepto disposición legal".

Se trata de una categoría residual, integrada por todos los terceros que no están comprendidos en ninguna de las categorías anteriores.

Conforme con el principio del efecto relativo, entonces, los contratos no afectan, como regla general, a estos terceros. El principio tiene, en lo fundamental, una formulación negativa, cuyas manifestaciones principales son las siguientes:

1) Los contratos no pueden imponer obligaciones a los terceros(58). Como ejemplo, me remito a la promesa del hecho de un tercero, contrato que, por sí solo, no basta para obligar al tercero cuyo hecho se prometió. Esta manifestación del principio del efecto relativo de los contratos no admite excepciones(59).

2) Los contratos no pueden impedir que los terceros adquieran derechos(60). A diferencia de la anterior, esta segunda manifestación del principio del efecto relativo de los contratos sí admite excepciones (v.gr., en el caso de los conflictos entre adquirentes que han celebrado contratos incompatibles).

3) Los contratos no pueden privar a los terceros de sus derechos(61). La aplicación más cabal de esta manifestación del principio es la ineficacia de la venta *a non domino*. Al igual que la anterior, esta tercera manifestación del principio del efecto relativo de los contratos admite excepciones (como ocurre, por ejemplo, en ciertos casos en que se aplica el principio de protección de la confianza)(62).

4) Los contratos no pueden atribuir derechos a los terceros(63). Es sabido que esta manifestación del principio admite excepciones; sin ir más lejos, en el caso de la estipulación a favor de tercero. De todos modos, incluso en este supuesto se requiere la conformidad del tercero (aunque la doctrina está dividida en torno a si esta manifestación de voluntad es o no un requisito de adquisición del derecho).

5) Los terceros no pueden invocar derechos nacidos de un contrato(64). Esta regla también admite excepciones, como ocurre con la estipulación a favor de tercero.

6) Los terceros no pueden exigir el cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato. La regla también admite excepciones, como ocurre, por ejemplo, cuando el acreedor de una de las partes ejerce una acción directa.

Visto qué es lo que significa el principio del efecto relativo de los contratos y para terminar de perfilarlo mejor, conviene ahora aclarar qué *no* significa. Aquí reside la clave para demostrar por qué la tipificación de la inducción al incumplimiento contractual es compatible con el principio del efecto relativo de los contratos.

La relatividad de los efectos de los contratos no implica que los terceros puedan desconocer su existencia o no puedan invocarla. Como se ha afirmado, "lo cierto es que el contrato, una vez que ha sido realizado, penetra, puede decirse, en el mundo de la realidad jurídica y se instala en él" (65). Es un hecho que no puede ser desconocido por los terceros y que, a su vez, ellos pueden invocar, a los efectos que correspondan(66).

Comencemos por lo primero. Los contratos son oponibles a terceros, cumplidos los requisitos legales previstos a este efecto(67). No solo

(58) V. ROPPO, Vincenzo, *Il Contratto*, cit., p. 533.

(59) Ídem.

(60) Ídem.

(61) *Ibidem*, p. 534.

(62) Ídem.

(63) *Ibidem*, ps. 534-535.

(64) V. STIGLITZ, Rubén S. (dir.), *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, t. II, cit., p. 49.

(65) Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, cit., p. 399.

(66) V. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general*, t. II, cit., ps. 360-361.

(67) V. TINTI, Guillermo P. - CALDERÓN, Maximiliano R., en TINTI, Guillermo P. - CALDERÓN, Maximiliano

los derechos reales son oponibles *erga omnes*: también lo son los contratos, y las situaciones y relaciones jurídicas que ellos generan(68). Desde este punto de vista, los terceros no pueden desconocer la existencia de un contrato respecto del cual se han observado las reglas requeridas para hacerlo oponible *erga omnes*. Por ejemplo:

— Cuando alguien cae en quiebra, sus acreedores concurren en la participación del producido de la ejecución de los bienes de su deudor, lo que implica para cada acreedor que tiene que reconocer la existencia de los contratos celebrados por el fallido de los que nacen los créditos con los que concurre.

— En los casos en que es viable la acción directa, si el crédito del accionante tiene origen contractual, en definitiva, se le opone a un sujeto (el accionado [deudor del deudor del accionante]) un contrato (el celebrado entre el accionante y su deudor, que a su vez es acreedor del accionado) respecto del cual es un tercero.

Pero no se trata, tan solo, de reconocer que el contrato ajeno existe. Toda relación jurídica debe ser *respetada* por los terceros, no solo la

relación jurídica real(69). Esto incluye, naturalmente, a las relaciones y situaciones jurídicas de fuente contractual, cualquiera que sea la naturaleza del contrato y de las relaciones que produzca(70). Por lo tanto, y en virtud del principio *alterum non laedere*, su vulneración puede aparejar la responsabilidad del infractor(71). Es lo que ocurre, por ejemplo, si se celebra un contrato incompatible con otro anterior celebrado por el cocontratante, en perjuicio de quien había contratado con este último (v.gr., si el propietario de un bien lo vende dos veces y el segundo comprador conoce esta circunstancia). Quien sabe de la existencia de un contrato tiene el deber de no celebrar con una de sus partes un contrato incompatible con aquel (esto es, uno que impida su cumplimiento o frustre el interés del otro contratante, que vendría a ser un tercero respecto del segundo contrato)(72). El ejemplo referido pone en evidencia, además, que la sanción por no respetar el contrato ajeno (y las relaciones y situaciones jurídicas que él genera) no se circunscribe a la responsabilidad civil; bien puede consistir, por ejemplo, en la nulidad o la inoponibilidad del acto mediante el cual se produjo el avasallamiento ilegítimo. Por lo tanto, cabe concluir, recurriendo a un

R. (dirs.), *Contratos según el Código Civil y Comercial. Parte general. I*, Buenos Aires, Zavallía, 2016, p. 223; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte general*, t. I, cit., p. 483; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general*, t. II, cit., p. 360; MOSSET ITURRASPE, Jorge - PIEDECASAS, Miguel A., *Código Civil comentado. Contratos. Parte General*, artículos 1137 a 1216, cit., p. 368; BORDA, Alejandro (dir.), *Derecho civil. Contratos*, cit., p. 169; IBÁÑEZ, Carlos M., *Derecho de los contratos*, cit., ps. 416-417; GARRIDO CORDOBERA, Lidia, *Incidencias del Código Civil y Comercial. Contratos en general*, cit., p. 142; LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte general*, cit., p. 476; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F., en ALTERINI, Jorge (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, t. V, cit., p. 422; LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 4ª ed., actualizado por Patricio Raffo Benegas, Buenos Aires, Perrot, 1983, t. I, p. 76 (refiriéndose a las obligaciones en general); SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Parte General*, 2ª ed., actualizado por Luis F. Leiva Fernández, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. III, p. 295.

(68) V. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F., en ALTERINI, Jorge (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, t. V, cit., ps. 423-424; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, cit., p. 344.

(69) V. ROPPO, Vincenzo, *Il Contratto*, cit., p. 531; APARICIO, Juan M., *Contratos*, t. 3, cit., p. 260; LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. I, cit., p. 76; ARNAU MOYA, Federico, *Lecciones de Derecho Civil II. Obligaciones y contratos*, Publicacions de la Universitat Jaume I, 2008, p. 186.

(70) V. MOSSET ITURRASPE, Jorge - PIEDECASAS, Miguel A., *Código Civil comentado. Contratos. Parte General*, artículos 1137 a 1216, cit., p. 368; IBÁÑEZ, Carlos M., *Derecho de los contratos*, cit., p. 417; GARRIDO CORDOBERA, Lidia, *Incidencias del Código Civil y Comercial. Contratos en general*, cit., p. 142; NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de derecho contractual*, t. I, cit., p. 311; LACRUZ BERDEJO, José L. - SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís - LUNA SERRANO, Agustín - DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús - RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco - RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, vol. I, "Parte general. Teoría general del contrato", cit., p. 514.

(71) V. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte general*, cit., p. 499; BORDA, Alejandro (dir.) *Derecho civil. Contratos*, cit., p. 169; APARICIO, Juan M., *Contratos*, t. 3, cit., p. 261; ARNAU MOYA, Federico, *Lecciones de Derecho Civil II. Obligaciones y contratos*, cit., p. 185.

(72) V. DÍEZ-PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, cit., p. 92.

juego de palabras, que el efecto relativo de los contratos es, también, relativo (73).

En suma, hay que distinguir dos cuestiones:

— Los contratos no pueden generar obligaciones a cargo de terceros. Este es el sentido más elemental del principio de los efectos relativos del contrato, en su faz pasiva (aunque no el único, como hemos visto). Así está previsto en el art. 1022, ya citado: “[e]l contrato no hace surgir obligaciones a cargo de terceros [...]”.

— Los terceros no pueden interferir en los contratos, lesionando o frustrando los derechos

que de ellos emanan (74). No deben obstruir o frustrar su cumplimiento (75). Y esto es lo que hace, precisamente, el tercero que induce a uno de los contratantes a incumplirlo. Esto no se contradice con el principio de los efectos relativos del contrato, ya que no supone imponer obligación alguna a cargo de los terceros, sino tan solo afirmar el deber genérico de no dañar a otros, respetando sus derechos y relaciones jurídicas. Entre esos derechos y relaciones jurídicas están incluidos, lógicamente, los de origen contractual.

---

(73) V. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F., en ALTERINI, Jorge (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, t. V, cit., p. 1021.

---

(74) V. APARICIO, Juan M., *Contratos*, t. 3, cit., ps. 260-261.

(75) V. GARRIDO CORDOBERA, Lidia, *Incidencias del Código Civil y Comercial. Contratos en general*, cit., p. 145.





# Discriminación de precios en el Régimen de Lealtad Comercial: similitudes y diferencias con el Régimen de Defensa de la Competencia

---

VALENTINA POZZOLI (\*) Y PALOMA TACHELLA (\*\*)

## I. Introducción

El 22 de abril de este año se publicó en el Boletín Oficial el decreto de necesidad y urgencia 274/2019 (el “DNU”) que derogó la Ley de Lealtad Comercial 22.802 y sancionó una nueva ley que remodela sustancialmente el régimen anterior y que entró en vigor el 1 de mayo pasado.

Posteriormente, el 23 de mayo de 2019, se publicó en el Boletín Oficial la res. 248/2019 emitida por la Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Producción y Trabajo (la “resolución”), que clarificó ciertos aspectos del DNU y que funciona en la práctica como la reglamentación del DNU.

El DNU ha traído importantes modificaciones al régimen de lealtad comercial en la Argentina que devenían imprescindibles para poder contar con una normativa integral y adecuada que se encuentre a la altura de la existente en el derecho comparado.

La necesidad de tener una práctica desarrollada y efectiva de lealtad comercial yace

en asegurar la transparencia en las relaciones comerciales para mejorar las condiciones de competencia de la economía lo cual repercute positivamente en los precios y en la calidad de los productos en beneficio de todos los ciudadanos. Así, en complemento de lo regulado por la Ley de Defensa de la Competencia 27.442 (la “LDC”) y la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, se pretende brindar una protección efectiva al consumidor y a todos los actores que participan en los mercados.

En el presente artículo analizaremos brevemente las novedades introducidas por el DNU y la relación existente entre el régimen de lealtad comercial y la normativa relacionada con el derecho de defensa de la competencia.

En particular, nos detendremos a comentar la conducta de competencia desleal denominada “actos de discriminación” que ha sido recientemente incorporada por el DNU al régimen de lealtad comercial, y mencionaremos las similitudes que notamos que existen entre dicho tipo de actos y algunos institutos estipulados por la LDC.

## II. Novedades introducidas por la Ley de Lealtad Comercial y su relación con las normas de defensa de la competencia

El DNU fue sancionado con la intención de sistematizar un régimen que se encontraba disperso por diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico y unificar en una sola ley las conductas desleales que deben ser sancionadas

---

(\*) Se incorporó a Marval, O’Farrell & Mairal en 2017, y se desempeña en el área de Defensa de la Competencia. Se graduó como abogada en la Universidad Torcuato Di Tella en el año 2016.

(\*\*) Se incorporó a Marval, O’Farrell & Mairal en 2016, y se desempeña en el área de Defensa de la Competencia. Se graduó como abogada en la Universidad de San Andrés en el año 2017.

por la autoridad. Dichas falencias de la ley anterior causaron que la competencia desleal no haya sido aplicada en la práctica.

En esa línea, una de las modificaciones más relevantes que ha introducido fue la incorporación de una lista de ciertos supuestos particulares que serán considerados actos de competencia desleal.

Con respecto a este punto, cabe mencionar que el régimen anterior no contaba con una enumeración de los supuestos que podrían llegar a configurar una conducta desleal. De hecho, la ley 22.802 se abocaba principalmente a regular cuestiones relativas a la información que debían tener los productos y/o servicios, y hacía mención únicamente a infracciones que podían derivarse del engaño a través del rotulado y etiquetado de productos, y en la publicidad.

La nueva Ley de Lealtad Comercial ahora establece una cláusula general en el art. 9° en el que se establece que “Constituye un acto de competencia desleal toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.”

Dentro de los distintos supuestos que se encuentran listados en el art. 10 del DNU que se considerarán actos de competencia desleal se encuentran los actos de discriminación en el inc. l) de dicho artículo.

En tanto que el régimen anterior no sancionaba este tipo de conductas, no existen hoy en día precedentes emitidos por la autoridad de aplicación de la ley de lealtad comercial (1) con relación a los “actos de discriminación”.

Por tal motivo, consideramos que puede ser de utilidad analizar ciertos institutos previstos en la LDC análogos a la figura de discriminación a los efectos de comparar las diferencias y similitudes entre ambas normas, y así poder

anticipar algunos parámetros que puede llegar a tener en cuenta la autoridad al momento de sancionar ese tipo de conductas.

La relación entre los regímenes de lealtad comercial y de defensa de la competencia es notoria. Tanto el DNU como la resolución que lo reglamenta reconocen la relación existente entre la regulación de competencia desleal y la regulación de defensa de la competencia prevista en la LDC (2).

De hecho, al menos tres supuestos de competencia desleal listados en el art. 10 del DNU se encuentran encuadrados como prácticas anti-competitivas bajo la LDC, a saber: el abuso de situación de dependencia económica (art. 3°, inc. i] de la LDC); la obtención indebida de condiciones comerciales (art. 3°, inc. b] de la LDC); el tratamiento discriminatorio (art. 3°, inc. h] de la LDC); y precios por debajo del costo (art. 3°, inc. k] de la LDC).

Si bien la posible concurrencia práctica de ambos regímenes ha sido aclarada por la resolución, en la que se determinó que (i) se aplicará la reglamentación de lealtad comercial siempre que las conductas no resulten alcanzadas por la LDC, y (ii) que no podrán plantearse procedimientos administrativos simultáneos ante la Autoridad Nacional de la Competencia y ante la Dirección de Lealtad Comercial por los mismos actos o conductas, los parámetros que tendrá en cuenta la autoridad de aplicación del DNU continúan siendo un interrogante.

En virtud de lo expuesto, se mencionarán a continuación los principios que ha ido delineando la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (“CNDC”) a lo largo de su jurisprudencia los últimos años con relación a la figura de discriminación de precios y otro tipo de conductas anticompetitivas que también pueden ser aplicables a los llamados “actos de discriminación” previstos en el nuevo régimen de lealtad comercial.

(1) Bajo la nueva normativa, y en virtud de lo dispuesto por el DNU y la resolución, la autoridad de aplicación del nuevo régimen será la Dirección Nacional de Lealtad Comercial dentro de la órbita de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Producción y Trabajo.

(2) La res. 248/2019 establece en sus considerandos: “Que la regulación de la competencia desleal prevista por el decreto 274/2019 debe entenderse complementaria a la prevista por la Ley N° 27.442 de Defensa de la Competencia...”.

Especialmente, con el objetivo de brindar claridad sobre el criterio que podría llegar a adoptar la Dirección Nacional de Lealtad Comercial a la hora de sancionar ese tipo de conductas y demostrar las principales diferencias entre ambos regímenes que se deben tener en cuenta.

### III. Actos de discriminación en el régimen de lealtad comercial

El inc. l) del art. 10 del DNU dispone: “l) Actos de discriminación: El tratamiento discriminatorio de compradores cuando el vendedor o distribuidor haya publicado una lista de precios, a no ser que medie causa justificada”.

Al menos tres institutos previstos en la LDC se encuentran relacionados con este nuevo tipo de acto desleal que merecen ser estudiados, a saber (i) la figura de discriminación de precios, (ii) la prohibición de fijar precios mínimos de reventa, y por último (iii) la conducta de negativa de venta.

Ello porque, sobre la base de una simple interpretación de la ley de lealtad comercial, para que se configure un acto de discriminación debe existir (i) un trato discriminatorio de compradores, (ii) en el momento que se haya publicado una lista de precios, (iii) salvo que medie causa justificada.

A continuación, desarrollamos brevemente las principales similitudes y diferencias entre dichos institutos y los actos de discriminación recientemente incorporados al régimen de lealtad comercial que consideramos serán de utilidad al momento de encuadrar en la práctica una conducta particular dentro de un “acto de discriminación”.

#### III.1. Discriminación de precios en la LDC

El art. 3° inc. h) de la LDC menciona como posible práctica anticompetitiva a la conducta consistente en “imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales”.

La discriminación de precios puede ser definida como una práctica comercial en la que se aplican diferentes condiciones de venta a transacciones equivalentes. La forma más

usual es la de vender unidades idénticas de un bien o servicio a diferentes precios (3). Sin embargo, para que una diferencia de precios pueda incluirse dentro de la categoría de discriminación, la CNDC ha sostenido que dicha diferencia debe obedecer a causas que estén relacionadas exclusivamente con la demanda del bien o servicio en cuestión y no con diferencias de costos en la provisión de este a distintos clientes (4).

Por lo tanto, a los efectos de determinar si una diferencia de precios entre unidades vendidas del mismo bien o servicio puede ser o no un caso de discriminación, resulta relevante analizar si esta puede o no puede originarse en una diferencia en los costos de provisión del bien o servicio de que se trate.

A modo de ejemplo, cabe tener presente que, si la diferencia de precios puede explicarse en la existencia de distintos costos de transporte, distribución o comercialización, entonces no representaría en principio un caso de discriminación de precios (5). Este tipo de diferencias no discriminatorias pueden darse, por ejemplo, si un producto se vende más barato en un área cercana a la planta en la cual se lo produce o distribuye y más caro en un área alejada (6).

En igual sentido, en el Proyecto de lineamientos para el análisis de casos de abuso de posición dominante publicados por la CNDC, se explicó que también puede ocurrir que existan diferencias de precios en distintos momentos, lo cual no implicaría la existencia de un trato discriminatorio.

En definitiva, para que se configure una conducta de discriminación de precios bajo la LDC es necesario que se reúnan tres requisitos. En primer lugar, que la diferencia de precios no esté relacionada con la diferencia de costos en la provisión a los clientes. En segundo lugar, que

(3) WAISMAN, Agustín, “Discriminación de precios y defensa de la competencia”, LL Online: AR/DOC/3495/2013.

(4) Proyecto de lineamientos para el análisis de casos de abuso de posición dominante publicados por la CNDC en septiembre de 2018.

(5) Ídem.

(6) Ídem.

la empresa que la está llevando a cabo tenga posición dominante en el mercado relevante en cuestión y, por último, que la conducta pueda generar perjuicio al interés económico general.

### III.2. Antecedentes de la CNDC

La CNDC ha dictado tres fallos recientes relacionados con prácticas de discriminación de precios que son de utilidad para ejemplificar las conductas que la CNDC ha considerado que constituyen ese tipo de prácticas de las que no.

Un fallo muy resonante es el originado por la denuncia de la Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina (“FEHGRA”) contra la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (“SADAIC”) por un supuesto aumento abusivo y discriminatorio de sus tarifas (7).

En dicho caso, la investigación de la CNDC comenzó con la denuncia de FEHGRA quien mencionó que SADAIC modificó la fórmula arancelaria provocando aumentos significantes para todos los hoteles de tres o más estrellas que suelen tener un mayor número de habitaciones, las cuales obligatoriamente deben contar con un televisor y, por ende, abonar un mayor arancel. La fórmula toma en cuenta el número de habitaciones disponibles, independientemente de su efectiva ocupación o no.

Sin embargo, el análisis de la CNDC no se centra en esta distinción entre los hoteles, sino que se objeta a los convenios firmados entre Sadaic con distintas cámaras o asociaciones hoteleras regionales donde se contemplaba la estacionalidad y la ocupación efectiva de los hoteles, lográndose tarifas más bajas para los firmantes.

Los convenios indicaban que los aranceles establecidos eran excepcionales para los establecimientos adheridos o los que en el futuro se asociaran a la entidad firmante. Así la CNDC concluyó que los beneficios mencionados se limitan a los firmantes y no contempla otros actores establecidos en la misma región en igual-

dad de condiciones resultando así descuentos claramente discriminatorios. La discriminación incluso se agrava porque los establecimientos excluidos del convenio no tenían un competidor alternativo al cual recurrir por la posición de monopolio legal otorgada a Sadaic.

En otro caso que vale la pena comentar, la investigación comenzó con una denuncia iniciada por Red Surcos, una empresa dedicada a la importación y comercialización de agroinsumos contra Bayer, fabricante de un producto insecticida agrícola que la denunciante deseaba adquirir (8). La denunciante reclamó que Bayer y su distribuidor le negaban la venta del insumo o lo ofrecían a precios significativamente más altos que los disponibles al público general. Bayer alega que la comercialización del producto en cuestión se da por una red de empresas de distribución denominada Los Dorados.

Enfocándose en la supuesta discriminación de precios, la CNDC reconoció que el contrato de distribución exclusiva —con su consecuente precio preferente— carece de entidad para originar una práctica vertical ilegal. Ello porque las empresas integrantes de la red Los Dorados no solo contratan con Bayer por una variedad de productos, sino que dichos beneficios se contrastaban con la asunción de mayores obligaciones como la asistencia a capacitaciones, prestación de servicios de promoción técnica y comercial, etcétera.

Por lo tanto, forzar a Bayer a ofrecer el agroinsumo en cuestión a Red Surcos en el mismo precio que a sus distribuidores exclusivos desnaturalizaría el contrato de distribución exclusiva entre Bayer y Los Dorados.

Por último, cabe mencionar el caso iniciado de oficio por la CNDC donde se investiga una cadena de supermercados (El Tehuelche) y una cementera (Petroquímica Comodoro Rivadavia - PCR) por ofrecer la bolsa de cemento marca Comodoro, a distintos precios según la localización del comercio en la región de la Patagonia, con diferencias de hasta el 30% (9). La CNDC

(7) Resolución de la Secretaría de Comercio 371 del 26/6/2018 y Dictamen CNDC 42 de fecha 17 de mayo de 2017.

(8) Resolución de la Secretaría de Comercio 194 del 16/3/2017 y Dictamen CNDC 26 del 16/2/2017.

(9) Resolución de la Secretaría de Comercio 387 del 16/5/2017 y Dictamen CNDC 1098 del 4/11/2016.

entendió que la cadena de supermercados carecía del poder de mercado suficiente ya que enfrentaba significativa competencia de 20-30 competidores, por lo que centra su análisis en PCR.

Así, se divide el mercado geográfico relevante en dos mercados distintos denominados Patagonia Norte y Patagonia Sur, aclarando que PCR compete con jugadores de peso en el primero y actúa como monopolista en el segundo.

La CNDC reconoce que la diferencia de precios se debe en primer lugar a la mayor incidencia del flete en la Patagonia Sur al no existir cargas que demanden ser transportadas dentro de dicha región hacia las fábricas de PCR (en Pico Truncado y Comodoro Rivadavia), el precio del flete debe cubrir los costos de ida y de regreso del camión vacío. En segundo lugar, en la Patagonia Norte la demanda es más elástica respecto al precio por la presencia de competidores.

Luego de un análisis contable de los costos fijos y variables por la producción de bolsas de cemento, la CNDC evalúa que la discriminación de precios le permite a PCR competir efectivamente en el mercado Patagonia Norte mientras que limitar dicha discriminación provocaría su retiro de dicho mercado —y consecuente disminución de oferta en perjuicio de los consumidores— y no redundaría en beneficio alguno para el mercado Patagonia Sur.

Para así decidir, desarrolló un escenario hipotético en el que la empresa no discriminaba precios y comprendió que el costo unitario de cada bolsa sería mayor. Por lo tanto, la CNDC concluyó que si bien existió en el caso de discriminación de precios no hubo perjuicio al interés económico general.

Como puede observarse, las cuestiones que analiza la CNDC para determinar si la práctica de discriminación podría configurar una conducta anticompetitiva son las siguientes: (i) las razones por las cuales existe una diferencia de precios entre los productos, (ii) la relevancia de la empresa que estaría llevando a cabo la discriminación de precios en el mercado relevante, y (iii) que la conducta sea pasible de generar un perjuicio al interés económico general.

Se debe tener presente que en el caso de los actos de discriminación previstos en el nuevo régimen de lealtad comercial dos de las cuestiones que analiza la CNDC no se encuentran estipuladas en la ley, a saber: la posición dominante en el mercado en cuestión de la empresa que lleva a cabo la práctica y la acreditación de un potencial perjuicio al interés económico general.

Dichas diferencias son particularmente relevantes atento que implicaría que el régimen de lealtad comercial es sustancialmente más flexible que el de defensa de la competencia al momento de sancionar a las empresas por “actos de discriminación” en tanto que el primero no requiere probar las dos cuestiones mencionadas en el párrafo anterior que sí debe acreditar la CNDC.

Sin perjuicio de ello, consideramos que de aplicarse correctamente el inc. 1) del art. 10 del DNU la autoridad de aplicación debería llevar a cabo un análisis similar al que efectúa la CNDC en este tipo de casos. Ello porque resulta importante considerar que el nuevo régimen es bastante más amplio y únicamente dispone que se considerará un acto de competencia desleal la discriminación de precios “salvo que medie causa justificada”.

En tal sentido, podría comprenderse que causas justificadas son aquellas que tiene en cuenta la CNDC en sus antecedentes, por ejemplo, si la diferencia de precios puede explicarse en la existencia de distintos costos de transporte, distribución o comercialización, debido que en esos casos no debería considerarse que el acto constituye una práctica de competencia desleal.

Del mismo modo, entendemos que la autoridad debería tener una visión más amplia y considerar aquellos casos en los que si bien puede existir una discriminación de precios, de no existir esta, la empresa podría tener que retirarse del mercado, lo cual podría llegar a afectar a los consumidores en un futuro próximo, tal como lo ha hecho la CNDC en el caso Petroquímica Comodoro Rivadavia comentado anteriormente.

En virtud de lo expuesto hasta aquí, creemos que los antecedentes de la CNDC relativos a la

discriminación de precios podrían llegar a ser de utilidad para la Dirección Nacional de Lealtad Comercial al momento de estudiar los actos de discriminación introducidos por la nueva normativa. Especialmente para que esta pueda determinar los casos que merecen ser sancionados de los que no.

Asimismo, mencionamos brevemente a continuación otros dos institutos de la LDC que guardan cierta relación con los actos de discriminación: la negativa de venta y la fijación de precios de reventa.

### III.3. *Negativa de venta*

El art. 3° inc. i) de la LDC menciona como posible práctica anticompetitiva a la conducta consistente en “negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate”. Según los precedentes nacionales e internacionales y la literatura especializada en defensa de la competencia esta conducta se denomina “negativa de venta” o “denegación de suministro” (10).

En principio, en virtud de lo dispuesto por el art. 958 del Cód. Civ. y Com. y nuestra Constitución Nacional, todas las empresas tienen derecho a elegir libremente con quién y en qué condiciones comercializar sus productos, por lo cual negarse a venderle cierto bien o servicio a determinado cliente no suele constituir una práctica que se considere una infracción a la LDC (11).

Sin perjuicio de ello, cuando dicha negativa de venta es llevada a cabo por una empresa que tiene posición dominante en un mercado, la misma puede implicar que el cliente que desea adquirir el bien o servicio en cuestión no tenga la opción de comprarle a otro proveedor, y ello implique su exclusión del mercado o una reducción significativa de su capacidad para

competir, lo que podría generar un perjuicio al interés económico general (12).

En este sentido, cabe mencionar el caso analizado por la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en los Civil y Comercial Federal con relación a la denuncia realizada por “Maxiconsumo SA” (“Maxiconsumo”) contra “Molinos Río de la Plata SA” (“Molinos”) ante la CNDC (13).

En su denuncia, Maxiconsumo alega que Molinos, una compañía alimenticia multinacional, proveedora y competidora de esta, le había negado injustificadamente la venta de sus productos y que había intentado imponer un mecanismo de comercialización que no era el que las partes habían acordado.

En su análisis, la CNDC (14) rechaza el planteo formulado por la demandante teniendo en cuenta: (i) que no había elementos suficientes para determinar la negativa de venta por parte de Molinos a Maxiconsumo; (ii) la negativa de venta había tenido escasa duración en el tiempo; y (iii) Maxiconsumo no había podido probar la existencia de desabastecimiento por parte de Molinos capaz de afectar la capacidad competitiva de Maxiconsumo o los intereses del consumidor, la imposibilidad de sustitución de los productos de la demandada, la existencia de pérdidas considerables ni el despido de personal.

Por su lado, la Cámara considera que se trata de un acto vertical y unilateral y que, por lo tanto, debe ser juzgado bajo las reglas de la razón, es decir, para determinar su ilicitud se deben determinar las condiciones de mercado en que la práctica tuvo lugar y el impacto que produce en los consumidores finales. En este sentido, considera que lo que Maxiconsumo realmente estaba cuestionando eran las cláu-

(10) Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio publicadas por la CNDC en mayo de 2019.

(11) Ídem.

(12) Este concepto aplica tanto a los casos de interrupción de suministro como a las negativas de proveer un bien o servicio que la empresa dominante no suministraba antes a otras empresas.

(13) CNFed. Civ. y Com., sala II, 21/6/2016, “Maxiconsumo SA s/apel. resol. Comisión Nac. Defensa de la Competencia”.

(14) Resolución de la Secretaría de Comercio 553 del 2015 y Dictamen CNDC 894 del 2015.

sulas de comercialización que Molinos había impuesto tras el cese, y que lo verdaderamente pretende la denunciante es volver al esquema anterior a la ruptura.

En segundo lugar, establece que la negativa de venta unilateral exige que haya sido comedita por una empresa con posición de dominio en el mercado y que la denunciante no había aportado elementos de prueba suficientes para validar esto.

En tercer lugar, la Cámara argumenta que la conducta denunciada no es subsistente al momento de la sentencia, por lo que la negativa de venta deviene abstracta ya que no hay ningún impedimento para que Maxiconsumo adquiera los productos fabricados por Molinos.

Por último, considera que no se demuestra el impacto de las nuevas pautas de comercialización sobre los consumidores sino una mera caída en las ventas de Maxiconsumo que son un perjuicio personal y no son suficientes por sí solas para demostrar la existencia de un agravio al interés económico general.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en línea con lo resuelto por la CNDC, la Cámara resuelve rechazar la demanda y confirmar lo resuelto por la CNDC.

Como surge del análisis realizado por la CNDC y por la Cámara, los elementos que deben considerarse para que se configure la negativa de venta en el ámbito de defensa de la competencia son: (i) la posición dominante de aquel que se niega a ofrecer el producto o servicio en el mercado relevante que se trate; (ii) que se genere un perjuicio al interés económico general; y (iii) tal como se analizará a continuación, la ausencia de un justificativo para dicha negativa.

Si bien la negativa de venta no se encuentra explícitamente mencionada en el DNU, la similitud del instituto previsto en la LDC con los actos de discriminación aquí analizados radica en el hecho de que en muchos casos de negativa de venta los actos pueden ser justificados por “razones fundadas”, tal como lo establece el DNU para los primeros.

Por lo tanto, cabe traer a colación las razones que ha tomado en cuenta la autoridad de com-

petencia al analizar dichos casos en tanto pueden brindar un parámetro del tipo de cuestiones que considerará la autoridad de aplicación del régimen de lealtad comercial en este sentido.

Entre dichas justificaciones se encuentran las situaciones en las cuales un cliente tiene una baja calificación crediticia, o ha incumplido con obligaciones de pago para con la empresa proveedora de un insumo, o también situaciones en las cuales la empresa proveedora enfrenta restricciones de capacidad o problemas con el inventario de dicho producto (15).

En virtud de lo expuesto, y aunque los actos de discriminación previstos en el DNU se refieren a otro tipo de conducta particular, entendemos que puede considerarse que el tratamiento discriminatorio de compradores podría justificarse cuando existan razones estrictamente comerciales o jurídicas como las mencionadas en el párrafo anterior.

De todas formas, quedará en manos de la Dirección Nacional de Lealtad Comercial definir las razones por las cuales se podrá justificar la discriminación entre competidores.

#### *III.4. Fijación de precios de reventa*

En último lugar, mencionaremos otro instituto previsto en la LDC que podría encontrarse de algún modo vinculado con los actos de discriminación incorporados al régimen de lealtad comercial a través del DNU.

El art. 3º inc. a) de la LDC menciona como posible práctica anticompetitiva a la conducta que consiste en “fijar en forma directa o indirecta el precio de venta (...) de bienes o servicios al que se ofrecen (...) en el mercado”.

La fijación de precios de reventa refiere a los acuerdos comerciales entre un proveedor y un revendedor en los que se establece el precio al cual el revendedor deberá comercializar su producto (16).

(15) Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio publicadas por la CNDC en mayo de 2019.

(16) Ídem.

Ahora bien, este instituto propio de la LDC no se encuentra específicamente previsto en el DNU, pero resulta importante traerlo a discusión ya que en este último se menciona dentro del supuesto del acto de discriminación “cuando el vendedor o distribuidor haya publicado una lista de precios”, lo cual entendemos que podría estar relacionado con la fijación de precios de reventa de la LDC.

Dicha lista de precios, entendemos, será generalmente impuesta por el vendedor o distribuidor al comerciante minorista quien venderá los productos al consumidor final. Respecto de dichas listas, se debe tener presente que la CNDC ha analizado en diversos precedentes la fijación de precios de reventa y, en algunos casos ha considerado que dicha práctica puede configurar un perjuicio al consumidor.

La CNDC tiene dicho que primero se debe determinar si el precio de reventa fijado opera como un precio máximo o mínimo a los efectos de determinar si pueden constituir un abuso de posición dominante.

Con relación a la fijación de precios *máximos* a un revendedor, la CNDC tiene dicho que podría llegar a impedir que algunos revendedores exploten ciertas particularidades de este (como la localización geográfica, ingresos de la población, etc.) y les generen un perjuicio a los consumidores y también al proveedor, que puede terminar vendiendo una cantidad menor de su producto (17).

En cambio, en el caso de una imposición de precios de reventa *mínimos*, el efecto es en principio inverso, ya que el proveedor puede estar forzando un incremento de precios en el mercado “aguas abajo”, que perjudique a los consumidores (18).

Por último, en el caso de los *precios sugeridos* de reventa, se debe analizar caso por caso a fin de verificar si se trata verdaderamente de una recomendación o si no cumplir con esta acarrea alguna penalidad. Especialmente porque si existiese una penalidad para el revendedor en caso de incumplimiento, como puede ser

la amenaza de corte de suministro, se podría considerar que se trata de un abuso de posición dominante (19).

A modo ejemplificativo, en el caso de la Cámara de Kiosqueros de Mar del Plata (20), la CNDC inició de oficio una investigación acerca de la presunta concertación entre los kiosqueros de las ciudades de Mar del Plata y Resistencia (provincia del Chaco), para cobrar un cargo adicional del 15% en el precio de venta al público de cigarrillos y un adicional de un peso (\$) en la carga virtual y venta de tarjetas para celular.

La CNDC realizó una serie de audiencias a través de las cuales logró acreditar que el cargo adicional del 15% obedecía a una decisión individual de cada propietario de los kioscos (y no por una fijación impuesta por los distribuidores) y que no había prueba de una presunta coordinación. Además, concluyó que los mercados de ambas ciudades eran atomizados y desafiables por lo que no presentaban una estructura oligopólica.

Por lo explicado en este apartado, y ante la ausencia de jurisprudencia con relación a la interpretación de dicho artículo del DNU, puede ser útil tener en cuenta la interpretación de la CNDC en esta materia.

Especialmente porque, en el caso de que se inicie una investigación por actos de discriminación en el que además exista una fijación de precios que pueda resultar perjudicial para los consumidores, la Dirección Nacional de Lealtad Comercial deberá evaluar si corresponde o no dirigir dicha denuncia a la CNDC para su análisis desde el punto de vista de defensa de la competencia.

#### IV. Conclusiones

Si bien el DNU ha traído importantes modificaciones al régimen de lealtad comercial en nuestro país, aún hay mucha incertidumbre acerca de cómo será aplicada e interpretada en la práctica la figura de los actos de discriminación.

(17) Ídem.

(18) Ídem.

(19) Ídem.

(20) Resolución de la Secretaría de Comercio 76 del 2/2/2017 y Dictamen CNDC 6 del 20/1/2017.



Hemos analizado en el presente artículo algunos institutos previstos en la LDC que pueden llegar a ser de utilidad para la Autoridad de Aplicación del DNU a la hora de analizar un caso relacionado con actos de discriminación.

En última instancia, quedará en manos de la propia autoridad decidir si tomará los pa-

rámetros de análisis de la CNDC en prácticas similares. De igual modo, estará por verse la interacción entre los regímenes de defensa de la competencia y lealtad comercial frente a institutos tan similares, particularmente teniendo en cuenta lo dispuesto por la resolución que reglamentó el DNU en el supuesto de concurrencia de figura.



**PUBLICIDAD, PROMOCIONES  
E INFORMACIÓN**  
.....



# La publicidad engañosa en el nuevo Régimen de Lealtad Comercial

---

DEMETRIO ALEJANDRO CHAMATROPULOS (\*)

## I. Introducción

Este trabajo se propone analizar la regulación de lo que se denomina “publicidad engañosa” en el decreto de necesidad y urgencia 274/2019, dictado recientemente por el Poder Ejecutivo de la Nación y publicado en el Boletín Oficial el 22/4/2019.

La figura está receptada en su art. 11 y expresamente señala lo siguiente: “Publicidad engañosa. Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o pro-

iedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”.

En esta introducción conviene dejar aclarado que la citada regulación es idéntica a la que estaba prevista en el esquema legal anterior, es decir, en el art. 9° de la ley 22.802(1). Si se quisiera descubrir alguna diferencia, la única que se encontraría es que la actual disposición, de manera previa a desarrollar la conceptualización, comienza con la expresa denominación “Publicidad engañosa”, siendo esto omitido en el referido art. 9°. Este pequeño agregado es correcto y responde a los estándares y reglas más

---

(\*) Abogado (UNT). Doctorando en Derecho (UBA) —culminado, con tesis actualmente en elaboración sobre Derecho del Consumidor y *Behavioral Law & Economics*—. Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (UNTREF) —tesis aprobada con recomendación de publicación—. Magíster en Derecho Empresario (ESEADE) —tesis calificada como sobresaliente *cum laude* con recomendación de publicación—. Director de la Diplomatura Anual en Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia de (UCEMA). Exprofesor titular de Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia (Univ. Austral). Exprofesor titular de Concursos y Quiebras (Univ. Torcuato Di Tella). Exprofesor adjunto a Cargo de Derecho Empresario (Facultad de Ciencias Empresariales, Univ. Austral). Exprofesor adjunto de Derecho de las Obligaciones (Univ. Austral). Exprofesor adjunto de Derecho de Daños (Univ. Austral). Excoordinador del área de Derecho (Facultad de Ciencias Empresariales, Univ. Austral). Profesor de posgrado en distintas universidades argentinas y del exterior. Exsubdirector de la Maestría en Derecho Empresario (ESEADE). Exdirector de la Diplomatura Anual en Derecho del Consumidor

---

y Defensa de la Competencia de (ESEADE). Exdirector del Programa de Posgrado “Derecho del Consumidor y Empresa” (Univ. Austral). Exdirector del “Observatorio Jurisprudencial del Código Civil y Comercial” (Colegio de Abogados de San Isidro). Autor de varios libros y de más de sesenta artículos de doctrina publicados en distintas revistas especializadas argentinas y en el exterior. Disertante en congresos, jornadas y eventos académicos nacionales e internacionales en más de doscientas veinte ocasiones. Exabogado en *Price Waterhouse & Coopers*. Exgerente de Contenidos de Thomson Reuters-La Ley. Ejerció la profesión como abogado hasta febrero de 2019. Relator de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán.

(1) Publicada en el BO el 11/5/1983.

Decía el citado precepto: “Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”.

utilizadas para la redacción de textos normativos, evidenciando entonces una técnica legislativa adecuada sobre el punto.

Señalado lo precedente, es forzoso concluir que el análisis de la anterior regulación sobre publicidad engañosa será trasladable prácticamente en su totalidad al nuevo marco legal, salvo en aspectos muy puntuales que se irán resaltando oportunamente.

Es necesario manifestar también que el propósito de este trabajo es analizar solo uno de los subtipos de la publicidad prohibida, por lo que se dejará de lado todo lo atinente a las publicidades comparativa y abusiva (2).

Amén de lo dicho, se efectuarán además breves referencias a situaciones inéditas para la regulación de la publicidad engañosa actual como la actividad de los *influencers* y el fenómeno de las *fake news*. También se incluirán menciones puntuales de aspectos de *soft law* y *compliance* de vigencia para la materia.

Por último y para culminar esta pequeña introducción, desde ya se deja resaltado que el análisis que se llevará adelante tiene presente que el modo más correcto de interpretar, de manera conjunta y sistemática, preceptos provenientes de distintos textos legales sean estrictamente de lealtad comercial, de defensa del consumidor o de la competencia es el llamado “diálogo de las fuentes” (3), lo cual será tenido en cuenta en esta colaboración doctrinaria.

(2) Un análisis más detallado de la problemática de la publicidad prohibida en general, sus variantes, subtipos y desafíos presentes puede verse en la obra CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Estatuto del Consumidor comentado* (2 tomos), 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2019.

(3) Este método constituye una reelaboración del criterio de interpretación sistemática de las fuentes, al abrigo de las ideas vigentes en materia de derechos fundamentales. Tuvo su nacimiento en el derecho internacional privado (desarrollado primeramente por el profesor de origen canadiense Erik Jayme) para luego pasar a ser receptado por el Código Civil y Comercial de la Nación (Cod. Civ. y Com.) y ser propuesto, ya de modo manifiesto, en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, presentado ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación el 6/12/2018. Su art. 28 expresa lo siguiente: “Diálogo de las fuentes. Los casos relativos a la protección del consumidor se rigen por el sistema de protección del consumidor, que se integra

## II. La publicidad

La publicidad es un elemento indispensable en la economía de mercado para la colocación masiva de productos y servicios entre los consumidores.

A pesar de su dinámica y de las variaciones que ha evidenciado a lo largo de los años, es un desafío permanente del derecho regularla de modo tal que no impacte de forma negativa en sus destinatarios (usualmente, los consumidores y usuarios finales de bienes y servicios).

Cabe destacar que ni el decreto 274/2019, por un lado, ni la ley 24.240 (Defensa del Consumidor —en adelante LDC—) y el Código Civil y Comercial, por el otro, conceptualizan a la publicidad de manera general (4).

Al solo título informativo, se puede expresar que la Directiva Comunitaria europea 2006/114/CE del 12/12/2006 sobre “Publicidad engañosa y publicidad comparativa”, al ocu-

con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, en particular las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos, esta ley, el Código Civil y Comercial y las leyes especiales que regulan aspectos particulares de las relaciones de consumo. Se integra también con la Ley de Lealtad Comercial, y con la Ley de Defensa de la Competencia. La doctrina y la jurisprudencia son una fuente material secundaria. Los jueces deben integrar el derecho aplicable al caso con las diferentes fuentes del sistema, armonizándolas con el fin de maximizar los derechos humanos y fundamentales en juego y de acuerdo a los principios que lo rigen”.

(4) La publicidad sí está definida, en cambio, en la ley 26.522 (Servicios de Comunicación Audiovisual, publicada en el BO el 10/10/2009) aunque solo para el campo de los servicios de comunicación audiovisuales (art. 4º: “Publicidad: Toda forma de mensaje que se emite en un servicio de comunicación audiovisual a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción, por parte de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con una actividad comercial industrial, artesanal o profesional con objeto de promocionar, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes, inmuebles, derechos y obligaciones”). También conceptualiza a la publicidad no tradicional (PNT) en el mismo precepto (“Toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar”).

parse del tema, ha decidido definir, de modo general, a la publicidad como “toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones” (5). A ello solo se agregará que la publicidad no tiene siempre presente ese objetivo de manera tan manifiesta ya que, en ciertos casos, se ha visto que se busca, por ejemplo, incrementar la reputación social positiva de una empresa sin intentar vender un producto o servicio en concreto. Esto es lo que sucede, verbigracia, con la difusión de campañas solidarias que los proveedores efectúan en el marco de su responsabilidad social empresarial. La publicidad relacionada con estas cuestiones apunta, si se quiere, a un más largo plazo.

También, a nivel Mercosur, existe una regulación de la publicidad engañosa y de la comparativa como más adelante se observará, poniendo el foco en la primera, en tanto es objeto de análisis en este aporte autoral.

### III. La publicidad engañosa

El autor australiano David Harland correctamente advierte, respecto de este tipo de publicidad, que la experiencia demuestra que “las fuerzas del mercado y las obligaciones legales generales son insuficientes, por sí solas, para corregir las formas de decepción en el mercado” (6).

Sin perjuicio de ello, las regulaciones legales sobre el tema son necesarias, aunque sea como marco mínimo de disposiciones a ser observadas.

Antes se dijo que LDC no caracteriza a la publicidad engañosa, lo cual no deja de ser llamativo al tener como objeto la tutela de consumidores y usuarios de bienes y servicios.

La razón puede estar dada porque ello surge de una norma que también componía el Esta-

tuto del Consumidor: la antes citada ley 22.802 de Lealtad Comercial, que como se expresó, se ocupaba específicamente de la publicidad engañosa. Con el cambio normativo operado en abril de 2019, la remisión ahora sería al art. 11 del decreto 274/2019, dado que se trata de dos disposiciones idénticas como se advirtió en la introducción.

Entrando a su análisis, puede observarse que lo definitorio de la noción es que se recurra a inexactitudes u ocultamientos con la finalidad de inducir a error, engañar o confundir.

Teniendo en cuenta esto, es posible señalar que no se requiere que la inexactitud y el ocultamiento sean voluntarios. No importará tanto la intención sino la aptitud de la publicidad para producir error, engaño o confusión (7).

Al respecto, se ha sostenido que, si bien en la publicidad que contiene errores no existe una intención de engañar al consumidor, el efecto se termina produciendo igualmente. Por esta razón, es un supuesto particular de publicidad engañosa (8).

También es oportuno resaltar que la violación al art. 11 del decreto 274/2019 quedará configurada, aunque el consumidor no incurra en error o confusión ni sea engañado. Esto porque la disposición legal no precisa que se produzca este resultado. Simplemente bastará que la publicidad tenga aptitud para generarlo (9).

(7) La jurisprudencia ha dicho que el foco no debe ponerse en la intencionalidad o en la falta de ella, ya que lo que se sanciona es el incumplimiento desde una perspectiva objetiva con la sola verificación de los hechos que encuadren en el supuesto previsto en la norma. CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, 18/9/2015, “Unilever de Argentina SA c. DNCI s/defensa del consumidor - ley 26.361 - art. 35”, LL Online: AR/JUR/32050/2015.

(8) LOVECE, Graciela I., “La publicidad engañosa por error. La doctrina de los propios actos y las relaciones de consumo”, SJA del 22/9/2010.

(9) No se consideró que había intención de engaño por el uso de la denominación “agua saborizada” en una bebida sin alcohol dietética con jugo de fruta, por cuanto era una bebida que tenía como principal ingrediente al agua, a la cual se le adicionaban sustancias aromatizantes, máximo cuando no existía una norma expresa que permitiese establecer con precisión los alcances del concepto “agua saborizada”. CNFed. Contenciosoadministrativo, sala V, 19/5/2009, “Eco de Los

(5) Art. 2.a, directiva 2006/114/CE.

(6) HARLAND, David, “Control de la publicidad y comercialización”, en STIGLITZ, Gabriel A. (dir.), *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, La Rocca, Buenos Aires, 1994, p. 133.

La lista de esas inexactitudes u ocultamientos es tan grande como la creatividad del proveedor inescrupuloso (10). Al respecto, el autor peruano Jaime Delgado Zegarra (11) advertía hace ya un largo tiempo que “nadie puede, bajo el argumento de la libertad de expresión, irrogarse el derecho de engañar al público”.

Jurisprudencialmente, es oportuno enumerar algunos precedentes que servirán de muestra para graficar, en la práctica, qué se entiende por publicidad engañosa.

Ya en un antiguo caso de 1979 se concluyó que ella existía, puesto que el elemento señalado como opcional (un motor) en la publicidad de

un determinado modelo de automóvil no era en realidad tal, ya que se entregaba incluido en el vehículo por la fábrica y no se los podía sustituir por otro, ya que no había motor más barato que los sustituya (12).

Otros casos de publicidad engañosa versaron sobre lo siguiente:

1. Inducción a suscribir reservas de ventas de inmuebles cuando en realidad se ofrecían unidades funcionales en locación con opción a compra luego de cinco años de abonar arrendamientos (13).

2. Aseguramiento de resultado tanto judicial como extrajudicial en forma inmediata por parte de un abogado (14).

3. Promoción que informaba que se entregaba a los consumidores un dije de oro cuando, en realidad, no era de ese material ni tampoco estaba enchapado (15).

4. Publicidad que creó la expectativa de que los consumidores al contratar se aseguraban el viaje, el precio y la estadía prometida pero pocos días antes de la partida, la empresa de viajes y turismo les informó que el viaje no podía realizarse por no existir disponibilidad hotelera en la ciudad de destino (16).

5. Publicidad de telefonía móvil que promocionó una cantidad de créditos “de regalo” con la adquisición de una unidad pero que en “letra chica” supeditaba una parte de ellos al desembolso posterior de dinero por parte del cliente (17).

Andes SA c. Dirección Nac. de Comercio Interior”, ED del 31/7/2009, p. 19.

En otro caso se revocó una multa a una concesionaria de automotores por la publicación de un aviso por el cual un consumidor entendió que se le entregaría el vehículo una vez abonada la sexta cuota del plan de ahorro, cuando en realidad solamente se le otorgaba la posibilidad de acceder a un préstamo de dinero para su adquisición, pues no quedó acreditado que hubiera sido inducido a error o engaño ni que hubiera abonado dichas cuotas. SC Mendoza, sala I, 17/5/2010, “Mario Goldstein SA c. Gobierno de la Provincia de Mendoza”, DJ del 10/11/2010, p. 55.

También se rechazó el carácter engañoso de la publicidad que ofrecía un precio promocional por el servicio de Internet “hasta” una determinada fecha pues no se advirtió de qué manera ese precio promocional sería el vigente para toda la relación contractual. CNCiv., sala I, 17/3/2011, “Padec Prevención Asesoramiento y Defensa del Consumidor c. Cablevisión SA”, LL 2011-F-548.

(10) Sin perjuicio de lo dicho, se deben tolerar las exageraciones o simples alabanzas que tienden a realzar un producto promocionado, en la medida que, obviamente, no se incurra en engaños. JAPAZE, Belén, “La publicidad y las prácticas comerciales”, en RUSCONI, Dante D. (dir.), *Manual de derecho del consumidor*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 335. En similar sentido, Noemí Nicolau señala que “la publicidad ditirámica no se prohíbe porque, aunque es notoriamente exagerada, no induce a error. Aun cuando llama la atención del consumidor, no es idónea para inducir a un juicio errado, pareciendo ser, más bien, una manifestación de dolos bonus”. NICOLAU, Noemí L., “La influencia del marketing y la publicidad en las relaciones de consumo”, en STIGLITZ, Gabriel A. - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2015., t. I, p. 538.

(11) DELGADO ZEGARRA, Jaime, “Técnicas de comercialización y publicidad”, en STIGLITZ, Gabriel A. (dir.), *Defensa de los consumidores...*, cit., p. 156.

(12) CNPenal y Económico, sala II, 13/11/1979, “Fiat Concord”, LL 1979-D-591.

(13) CNCiv., sala B, 24/9/1986, “Konigsberg, Alejandro V. y otra c. Almagro Construcciones SA”, LL Online: AR/JUR/2055/1986.

(14) TDisciplina CPACF, sala I, 9/5/1989, “G., J. S.”, LL 1990-B-38.

(15) CNPenal y Económico, sala A, 3/6/2002, “Editorial Perfil SA”, LL del 31/1/2003, p. 3.

(16) CNCom., sala B, 30/6/2003, “Bosso, Claudia S. y otro c. Viajes ATI SA Empresa de Viajes y Turismo”, ED del 10/3/2004, p. 3.

(17) JFaltas Nro. 2 Defensa del Consumidor Mun. de La Plata, 7/7/2005, “Telefónica Unifón (TCP SA)”, LLBA, 2005 (setiembre), p. 929.



6. Publicación en página web de información relativa a un producto al cual se le atribuyeron facultades curativas de ciertas dolencias que no eran ciertas (18).

7. Aviso publicitario que ofrecía un descuento por el pago con determinados medios que se aplicaba a “todos los productos”, mientras que en el pie de página figuraban, en letra de tamaño visiblemente menor, determinadas mercancías y marcas excluidas (19).

8. Publicidad que informaba que se transmitía el campeonato mundial de fútbol cuando no se poseían los derechos para ello, y se omitía manifestar que la oferta implicaba, en realidad, la transmisión de algunos partidos y programas “colaterales”, lo cual no difería del servicio que el consumidor podía recibir gratuitamente a través de los canales de aire (20).

9. Publicación que señalaba que el producto era originario de un determinado país cuando provenía de otro (21).

10. Producto que incluía expresiones que se referían a mejoras en la salud física provocadas por su uso sin la debida corroboración de esos resultados (en el caso, un electroestimulador que produciría supuestamente alivio del estrés y de dolores musculares) (22).

11. Falta de presentación de un grupo musical cuya presencia se había publicitado en un local bailable (23).

12. Producto para la cura de la obesidad que aseguraba el resultado en forma categórica, con sustento en estudios comprobados, sin indicar que los efectos se producirían con un tratamiento tradicional dietario combinado, pues de esa forma los consumidores podrían sentirse atraídos por una solución ofrecida con afirmaciones engañosas (24).

Debe tenerse presente que el concepto de publicidad engañosa experimentó algunas mutaciones en el país. Así, en un antiguo fallo, la CSJN expresaba que no bastaba cualquier error, engaño o confusión, sino que esos trastornos, probados en la capacidad subjetiva de apreciación del consumidor, debían causar un yerro grave, siendo necesario, por lo tanto, determinar, en cada caso concreto, la incidencia que pudo haber tenido el error, engaño o confusión provocados en real apreciación y juicio del consumidor acerca de la sustancia y de las características principales del producto (25).

No obstante, esa exigencia se ha diluido con el correr del tiempo, ampliándose el margen de apreciación respecto de qué puede ser considerado como publicidad engañosa.

Así, se ha dicho que, a efectos de probar la existencia de publicidad engañosa, no es necesaria la demostración de que la formulación ambigua de la propaganda haya inducido a engaño en casos concretos, pues el control que debe ejercerse sobre las formas de difusión tiene un tangible e incontrovertible fin preventivo que apunta a preservar la fe pública (26).

Más allá de esto, tampoco puede dejar de tenerse en cuenta que determinados consumidores hipervulnerables tendrán una mayor predisposición a sufrir el engaño que los denominados “consumidores promedio”. Esto incide lógicamente en la apreciación del carácter engañoso de las publicidades dirigidas a ellos. Así, verbigracia, quien está padeciendo una

(18) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala V, 25/8/2009, “D’Angelo, Daniel Osvaldo c. DNCI - Disp. 779/08 (expte. S01: 431.169/06)”, LL Online: AR/JUR/36089/2009.

(19) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala V, 6/5/2014, “COTO Centro Integral de Comercialización SA c. DNCI-DISP 72/13 (ex S01:450.977/10)”, LL 2014-C-591.

(20) CCont. Adm. Mar del Plata, 30/9/2010, “Cablevisión SA c. Municipalidad de Tandil”, JA, 2011-I-514.

(21) CCiv. y Com. Azul, sala II, 11/6/2013, “Rossi, Laura V. c. Whirlpool Argentina SA”, RCyS, 2013-IX-99.

(22) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, 26/6/2014, “Amerilab SA c. D.N.C.I. - Disp. 75/13 (ex. S01:14.202/11)”, LL Online: AR/JUR/32854/2014.

(23) CCiv. y Com. Mercedes, sala I, 28/6/2007, “Coronel, Pedro A. y otro c. La Nueva Bailanta (NB)”, ED del 21/8/2007, p. 6.

(24) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, 9/6/2015, “Sprayette SA c. DNCI s/lealtad comercial, ley 22.802 - art. 22”, LL 2015-D-432.

(25) CS, 25/3/1982, “Massalin & Celasco, SA”, Fallos 304:400.

(26) CNCom., sala B, 30/6/2003, “Saldivia, María F. c. Sprayette SA”, LL 2003-F-626.

enfermedad muy grave tiene cierta tendencia a “creer” en las “bondades mágicas” de ciertos productos por más que un consumidor promedio las hubiese rechazado de plano. De igual manera, una persona poco instruida financieramente y con dificultades económicas seguramente no tendrá la lucidez necesaria para advertir el carácter engañoso de publicidades de préstamos de dinero “a la tasa más baja del mercado” o que utilizan expresiones similares.

Por otra parte, se ha visto que en algunas oportunidades (de una manera muy forzada) se intentó utilizar la noción de publicidad engañosa para captar realidades que no estaban en el espíritu del por entonces vigente art. 9º de la ley 22.802. Así, la autoridad de contralor de dicha ley consideró que existía publicidad engañosa por parte de empresas consultoras que publicaban estimaciones y proyecciones de inflación carentes de rigor científico, con inexactitudes y ocultamientos. Por esa conducta se les impuso multa, entendiéndose que la conducta era susceptible de inducir a error, engaño o confusión respecto del precio y condiciones de comercialización de bienes muebles, inmuebles y servicios. La justicia revocó esas sanciones explicando que la divulgación de las estimaciones e índices aludidos no configuraban “presentaciones”, “publicidad comercial” o “propaganda” sino contenidos de información pública y técnica que, como tales, carecían de idoneidad suficiente para inducir al error, engaño o confusión aludido, no constituyendo el objeto ni el contenido de tales índices suministrar siquiera información sobre precios o demás circunstancias referidas de manera concreta y puntual, a bienes o servicios en particular. Agregaron que las estimaciones e índices de precios no divulgaban precios ni condiciones de comercialización de bienes singulares de consumo en particular, sino índices y estimaciones de carácter general que derivaban del análisis y procesamiento de datos de acuerdo con determinados criterios (27).

(27) Ver: CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, 6/3/2014, “M & S Consultores y otros c. D.N.C.I. - Disp. 167/11 (expte. S01: 50.678/11)”, LL Online: AR/JUR/7222/2014, y sala II, 30/4/2013, “Latin Eco SA c. DNCI - Disp. 179/11”, LL 2013-C-302. En sentido más o menos similar: sala I, 9/5/2013, “FIEL c. DNCI - Disp. 164/11”, JA 2013-II-501.

También es de interés resaltar que en algunos supuestos específicos pueden existir dudas respecto al órgano competente para controlar publicidades engañosas. Así sucedió en un caso que versaba sobre una publicidad de tal carácter en un producto destinado a la salud, razón por la cual se discutía si la sanción la debía imponer la autoridad de contralor de la ley de lealtad comercial o la ANMAT (Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica). En segunda instancia se resolvió que correspondía que sea aplicada por esta última y no por la Secretaría de Comercio. Luego de ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se pronunció sobre el asunto rechazando el recurso del Estado nacional mediante la invocación del art. 280, Cód. Proc. Civ. y Com., aunque con una interesante disidencia del juez Carlos Rosenkrantz (28).

A los fines de evitar la publicidad engañosa en las relaciones de consumo que se dan en ciertos rubros, se pueden encontrar algunas regulaciones específicas en materia de publicidad. Así, respecto de los servicios de educación privada, la ley 24.806(29) regula los requisitos que se deben cumplir para difundir dichos servicios, tanto para cursos presenciales como para aquellos de carácter semipresencial o a distancia. En tal sentido, por ejemplo, deberán hacer constar que el título otorgado no tiene carácter oficial cuando los cursos impartidos no cumplan con los planes y programas aprobados por el organismo educativo correspondiente. Igualmente, cuando no tengan reconocimiento oficial, deben brindar al interesado información veraz, por medio de un acta notificativa, en la que deberá constar la clase de título o certificado que se entrega y la expresa aclaración de que no habilita para ejercer la docencia, o cualquier otra profesión cuya carrera o curso sea dictada por establecimientos de enseñanza reconocidos oficialmente.

(28) La disidencia sostuvo que la competencia sancionatoria por publicidad engañosa correspondía a la Secretaría de Comercio o al órgano que la reemplace en el futuro pues la lealtad comercial era una materia de incumbencia del Ministerio de la Producción, superior jerárquico del ente que aplicó la sanción. CS, 6/11/2018, “Goodtimes Group SA c. DNCI s/lealtad comercial - ley 22.802 - art. 22”, LL del 16/11/2018, p. 4.

(29) Publicada en el BO en fecha 13/5/1997.

El Cód. Civ. y Com., en su art. 1101, establece diversos supuestos de publicidad prohibida, entre los cuales se destaca, precisamente, la publicidad que contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, recayendo sobre elementos esenciales del producto o servicio.

El Código, a diferencia del art. 9º de la ley 22.802 (y ahora del art. 11 del dec. 274/2019), restringe el concepto de publicidad engañosa, pues solo se configurará cuando el error o la posibilidad de error recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio, y no sobre los que no ostenten ese carácter. El problema vislumbrado es que, en no pocas ocasiones, resulta complejo interiorizarse en las preferencias de los consumidores y distinguir qué es para ellos lo “esencial” de lo que adquieren (30).

Poniendo la atención un poco en el derecho comparado, de la directiva comunitaria europea 2006/114/CE, que ha definido a la publicidad engañosa como “toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor” (31).

La citada directiva establece una serie de parámetros para determinar si una publicidad es engañosa. Así, tendrá en cuenta lo siguiente (32):

1. Las características de los bienes o servicios (por ejemplo, su disponibilidad, naturaleza, ejecución, composición, procedimiento y fecha de fabricación o de prestación, carácter apropiado, utilizaciones, cantidad, especificaciones, origen geográfico o comercial o resultados que

pueden esperarse de su utilización, o resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados sobre los bienes o los servicios).

2. El precio o su modo de determinación y las condiciones de suministro de bienes o de prestación de servicios.

3. La naturaleza, características y derechos del anunciante, tales como su identidad y su patrimonio, sus cualidades y derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, los premios que haya recibido o sus distinciones, etcétera.

Como claramente se observa, es una regulación mucho más amplia y precisa que la argentina y evidencia la flexibilidad necesaria para, en los hechos, detectar los distintos supuestos de publicidad engañosa, que se vayan configurando.

La normativa del Mercosur preceptúa, por su lado, que “está prohibida toda publicidad engañosa entendida esta como cualquier modalidad de información, difusión o comunicación de carácter publicitario que sea entera o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, inclusive por omisión de sus datos esenciales, sea capaz de inducir a error a los consumidores de cualquiera de los países, cuando la provisión de información refiera a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedades, origen, precio, condiciones de comercialización o cualquier otro dato esencial sobre productos y servicios que sean necesarios para decidir una relación de consumo” (33).

Incluso, en una interesante disposición, establece la obligación de los proveedores de tener respaldo fáctico, técnico y científico que le dé sustento al anuncio publicitario (34).

De ella también se destaca que cada Estado parte puede tener una regulación más rigurosa sobre el tema para garantizar un nivel de pro-

(30) Expresa Nicolau que “aquí se planteará con seguridad la cuestión a dilucidar si los elementos esenciales son los que considera el consumidor respecto al producto o servicio que adquiere o los que objetivamente se le atribuyen”. NICOLAU, Noemí L., “La influencia del marketing y la publicidad en las relaciones de consumo”, en STIGLITZ, Gabriel A. – HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, cit., t. I, p. 546.

(31) Art. 2.b, directiva 2006/114/CE.

(32) Ídem.

(33) Art. 2º, resolución 45/2006, Grupo Mercado Común, Mercosur sobre publicidad engañosa.

(34) Art. 4º, resolución 45/2006, Grupo Mercado Común, Mercosur.

tección más elevado a los consumidores de su territorio (35).

Estas normas también circunscriben el engaño a las condiciones esenciales de los productos o servicios al igual que lo hace el Código.

Más allá de todo lo dicho, se puede encontrar un supuesto relativamente novedoso y particular de publicidad engañosa que sale a la luz cuando se navega por Internet. Allí se ha resaltado la existencia de publicidad mediante “navegación engañosa” que se produce, por ejemplo, a través de enlaces equívocos o *pop-ups* o *banners* con elementos de interacción engañosos (v.gr., el caso de los falsos cuadros de cierre de una página de publicidad). El español Santiago Cavanillas Múgica (36) expresa que “habría que desterrar cualquier práctica que haga que el consumidor sea conducido en su navegación a donde no quiere o no espera”. Agrega que la ley debería sancionar tanto a la publicidad que engaña sobre calidades de un producto o servicio, como a aquella que nos engaña para que nos acerquemos a un establecimiento comercial, lo que incluye, en Internet, el caso en el cual se nos engaña con la navegación.

Otro supuesto que remarca la doctrina española está relacionado con los códigos de conducta de las empresas, que buscan generar confianza en el público. Sobre estos se ha expresado que pueden dar lugar a publicidad engañosa (e incluso competencia desleal) cuando se limitan a reproducir obligaciones ya existentes o normas legales, sin aportar mejoras para el consumidor, o bien cuando las mejoras no se aplican en la práctica por parte de los sujetos obligados que han adherido a dicho Código (37).

(35) Art. 5º, resolución 45/2006, Grupo Mercado Común, Mercosur.

(36) CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “Mejoras pendientes en la protección del consumidor electrónico”, en COTINO HUESO, Lorenzo (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 38.

(37) MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo, “Los Códigos de Conducta en la contratación electrónica en España”, en COTINO HUESO, Lorenzo (coord.), *Consumidores y usuarios...*, cit., p. 338.

#### IV. Acción de cesación y publicidad engañosa

El Código Civil y Comercial de la Nación trae como novedad la acción de cesación para atacar las publicidades ilícitas. Al respecto, dispone que “los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria” (38).

Aída Kemelmajer de Carlucci (39) en un clásico trabajo sobre la materia, afirmaba que, en ciertas ocasiones, el cese de la publicidad ilícita no era suficiente, pues quedan latentes en el mercado determinados efectos residuales de ella.

Lógicamente este precepto debe ser armonizado con lo que surge de los arts. 1710 a 1713 del Cód. Civ. y Com., referidos a las herramientas preventivas del daño en general.

Así, v.gr., más allá de que no se requiere que la publicidad produzca efectivamente un perjuicio, será necesario que ella haga previsible “la producción de un daño, su continuación o agravamiento” (conf. art. 1711, Cód. Civ. y Com.).

Asimismo, en lo relativo a la legitimación para interponer la acción de cesación, si bien es discutible, considero que no solo están habilitados los consumidores afectados o los sujetos legalmente legitimados que menciona el art. 1102, Cód. Civ. y Com., sino también todas las personas que puedan acreditar “un interés razonable en la prevención del daño” (art. 1712, Cód. Civ. y Com.). En consecuencia, si, por ejemplo, una empresa que compite con otra detecta que esta última llevó adelante una publicidad engañosa tendría legitimación activa para plantear la acción de cesación. Su interés razonable podría estar dado por la actuación de ambos proveedores en el mismo mercado y, en última instancia, por la protección de los intereses de los sujetos consumidores a quienes va destinada la oferta de bienes y servicios de las dos

(38) Art. 1102, Cód. Civ. y Com.

(39) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Publicidad y consumidores”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1994, nro. 5 (Consumidores), p. 132.

compañías. Este razonamiento se confirma al recordarse que prevenir o mitigar daños es, en rigor, una verdadera “obligación” (y no solo una facultad) que alcanza a toda persona en cuanto esté dentro de sus posibilidades (art. 1710, Cód. Civ. y Com.) y que las normas de defensa de la competencia y de lealtad comercial interactúan de manera incesante y continua con las de protección del consumidor.

En cuanto a la decisión judicial, ella deberá tener en cuenta no solo lo que surge del art. 1102 del Cód. Civ. y Com., sino también lo que se desprende del art. 1713 del mismo Código. Por ello, además de la cesación de la publicidad, la publicación de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria el magistrado podrá, de oficio o a pedido de parte disponer, definitiva o provisoriamente obligaciones de dar, hacer o no hacer, aunque no podrá dejar de lado como parámetros que aseguren la razonabilidad de su medida “los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”. Con base en esto, el juez podría ordenar, v.gr., que la compañía que emitió la publicidad engañosa lleve a cabo, adicionalmente, campañas que la obliguen a contrarrestar con eficacia los efectos de ella.

Este mecanismo de tutela preventiva está destinado a ser utilizado con asiduidad en el futuro cercano y puede transformarse en una de las grandes novedades que trae el Código con serio impacto en todo lo relativo a la regulación de la publicidad.

En el derecho comparado estas acciones ya se conocían. Se informa al respecto que la normativa comunitaria europea dedica incluso toda una directiva (la 2009/22/CE del 23/4/2009) a las acciones de cesación(40) en materia de

(40) El art. 2º de la directiva 2009/22/CE sobre acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores expresa lo siguiente sobre las referidas acciones:

“1. Los Estados miembros designarán las autoridades judiciales o administrativas competentes para resolver en las acciones ejercitadas por las entidades habilitadas en el sentido del art. 3º a fin de obtener que:

a) se ordene, con toda la diligencia debida, en su caso mediante procedimiento de urgencia, la cesación o la prohibición de toda infracción;

protección de los intereses de los consumidores sobre créditos al consumo, cláusulas abusivas, viajes combinados, contratos a distancia y prácticas comerciales desleales.

La ley española, por su parte, regula de modo específico esta acción como mecanismo destinado a interrumpir la conducta violatoria de la norma consumeril y prohibir su reiteración futura(41).

b) se adopten, en su caso, medidas como la publicación, total o parcial, y en la forma que se estime conveniente, de la resolución, o que se publique una declaración rectificativa con vistas a suprimir los efectos duraderos derivados de la infracción;

c) en la medida en que el ordenamiento jurídico del Estado miembro interesado lo permita, se condene a la parte demandada perdedora a abonar al Tesoro público o al beneficiario designado por la legislación nacional, o en virtud de la misma, en caso de inejecución de la resolución en el plazo establecido por las autoridades judiciales o administrativas, una cantidad fija por cada día de retraso o cualquier otra cantidad prevista en la legislación nacional, al objeto de garantizar el cumplimiento de las resoluciones.

2. La presente Directiva no obstará a la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado relativas a la ley aplicable, a saber, normalmente, la aplicación, bien de la ley del Estado miembro en que se haya originado la infracción, bien de la ley del Estado miembro en el que la infracción surta efectos”.

(41) Art. 53, real decreto legislativo 1/2007 de España que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (última revisión vigente: 16/3/2019): “La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

A efectos de lo dispuesto en este capítulo, también se considera conducta contraria a esta norma en materia de cláusulas abusivas la recomendación de utilización de cláusulas abusivas.

A cualquier acción de cesación podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas. De dicha acción acumulada accesoria conocerá el mismo juzgado encargado de la acción principal, la de cesación por la vía prevista en la ley procesal.

## V. ¿Responsabilidad de los medios de comunicación y de la agencia de publicidad?

Ante el avance irrefrenable de la publicidad engañosa es oportuna la pregunta respecto de si no ha llegado la hora de que el derecho de daños empiece a centrar la atención también en todos sus agentes promotores (42).

Al respecto, la ley colombiana de protección del consumidor establece que el anunciante responde, de manera objetiva, por los perjuicios causados por la publicidad engañosa. A su vez, los medios de comunicación también serán responsables, pero solo cuando hayan actuado con dolo o culpa grave (43). Dicha norma solo permite la exoneración para el anunciante cuando acredite caso fortuito o fuerza mayor, o bien que la publicidad resultó adulterada o suplantada sin que ello pudiera haber sido evitado (44).

En términos similares a los explicados, no pareciera existir *a priori* en la Argentina, ningún tipo de impedimento legal para que las agencias de publicidad y los medios de comunicación soporten los efectos dañosos producidos a los consumidores por las publicidades ilegales a las cuales le hayan prestado su colaboración, sea ayudando a crearlas o amplificando su alcance mediante la difusión masiva.

Serán acumulables a cualquier acción de cesación interpuesta por asociaciones de consumidores y usuarios la de nulidad y anulabilidad, de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas”.

(42) En un intento de seguir de cerca su actuación, la ley 26.522 establece un registro público obligatorio para las agencias de publicidad (arts. 59 y 61, ley 26.522).

(43) Art. 30, ley 1480 de Colombia (Estatuto del Consumidor, última reforma: ley 1935 del 3/8/2018).

(44) Art. 32, ley 1480 de Colombia (Estatuto del Consumidor, última reforma: ley 1935 del 3/8/2018).

## VI. ¿Los *influencers* y las “figuras” contratadas en publicidades son sujetos responsables?

En la era digital el concepto de *influencer* (45) viene ganando terreno, tratándose de sujetos clave en las estrategias de *marketing*, posicionamiento y promoción de un producto o servicio. De algún modo vienen a complementar el rol que tenían las figuras del deporte o del espectáculo, por ejemplo, como “caras visibles” de una marca. Si bien las empresas siguen accediendo a estas últimas, también recurren a *influencers* en los términos antes explicados.

Respecto a su actuación, hay quienes sostienen que se podría estar ante una práctica abusiva pues se estaría dejando de lado el principio de identificación del mensaje publicitario, no advirtiendo que la comunicación sea percibida como comercial por el consumidor en forma previa y evidente (46). Desde mi punto de vista y aunque el engaño está presente en muchas ocasiones en las cuales actúan estos sujetos, considero que se estaría más bien ante un caso de publicidad abusiva.

Teniendo ello presente, cabe preguntarse si estas personas podrían ser demandadas con éxito por los consumidores y responder patrimonialmente, sea independientemente o a la

(45) Parece bien lograda (para luego relacionarla con sus implicaciones jurídicas) la conceptualización que realiza Sebastián Capucci cuando señala que “un *influencer* es una persona que, merced a sus características personales y su credibilidad, sobre uno o varios temas, ha logrado vincularse con una gran cantidad de personas, en una o varias plataformas digitales, con tal presencia que es capaz de generar una tendencia de consumo o seguimiento en todo o en parte de su red de contactos”. Agrega este autor que “uno de los elementos por los cuales los *influencers*, originariamente *ad honorem* o desinteresados en obtener una retribución y, en este momento, cada vez más profesionales y rentados, han logrado un atractivo especial para las empresas, es que el contenido que propalan no es identificado como una publicidad sino más bien como una recomendación, consejo o relato de experiencia vivida por el *influencer* con un bien determinado y ese factor ha generado, en muchos casos, un grado de mayor eficacia o penetración del contenido comercial expresado”. CAPUCCI, Sebastián, “Los *influencers* y su impacto en la publicidad comercial”, RDCO 293-787.

(46) CAPUCCI, Sebastián, “Los *influencers* y su impacto...”, cit.

par de los proveedores a quienes les prestan sus servicios.

Se ha razonado que lo interesante en estos supuestos es determinar cuándo el *influencer* está conectado con un empresario anunciante (estando su conducta guiada por un claro interés promocional) y cuándo emite un contenido sin esa vinculación con un proveedor, en carácter de mera opinión. Ante esta situación, cabe señalar que cuando su actividad implica publicidad comercial se le aplican de manera directa las reglas que regulan la materia debiendo el proveedor responder por la conducta desplegada por dichos sujetos (47).

Distinto será el caso de las “figuras” contratadas especialmente para ser la imagen de una marca pues, en esos acontecimientos, el consumidor advierte la existencia del mensaje publicitario. No obstante, alguien podría considerar que estas figuras deben responder solidariamente (por ejemplo, en los términos del art. 40 LDC) porque con su actividad forman parte de la cadena de comercialización en sentido amplio, además de que obtienen un provecho económico muy significativo (que incluso se cuenta por millones de dólares cuando se trata de grandes estrellas de alcance global).

## VII. Los códigos de conducta y el engaño publicitario

Teniendo presente lo difícil que es luchar contra la publicidad engañosa y los otros subtipos de publicidad prohibida desde una perspectiva estrictamente normativa, se ha expresado que “la naturaleza controvertida de algunos aspectos de la publicidad, por ejemplo, cuestiones sobre gusto y decencia (o su carácter engañoso agregado también por mi parte), pueden progresar más rápidamente a través de una elección voluntaria que de una regulación legal” (48).

Coincido con la necesidad de que, complementariamente, los propios jugadores del mercado publicitario se autorregulen de alguna manera, poniéndose de acuerdo sobre determi-

nadas pautas básicas a observar en la materia. Ello sin perjuicio del cumplimiento de las normas protectorias de orden público obviamente.

Esta preocupación de sometimiento a códigos de conducta ya se evidenciaba en el ámbito de las Naciones Unidas de manera general y no solo en lo relativo a la publicidad (49).

Los instrumentos en cuestión pueden ser muy útiles no solo en materia de publicidad sino también para que los proveedores se “autolimiten”, acordando entre ellos qué prácticas comerciales sobre la materia no serán permitidas.

En tal sentido, la normativa comunitaria europea favorece que los países integrantes incentiven el uso de códigos de conducta para fomentar prácticas comerciales en el mercado (50).

El *Codice* del Consumo italiano también prevé que los proveedores se obliguen mediante códigos de conducta para reglar su comportamiento con respecto a las prácticas comerciales a observarse en el mercado. Dichas herramientas deben ser accesibles a los consumidores, pues si estos no las conocen no podrán exigir que se cumpla con su contenido (51).

(49) Punto V.31, Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor de 2015.

(50) Art. 10, directiva 2005/29/CE.

(51) Art. 27 bis, Codice del Consumo de Italia (dec. legislativo 206/2005, última reforma producida por el dec. 130 del 6/8/2015). Esta disposición expresa lo siguiente:

“Codici di condotta.

1. Le associazioni o le organizzazioni imprenditoriali e professionali possono adottare, in relazione a una o piu' pratiche commerciali o ad uno o piu' settori imprenditoriali specifici, appositi codici di condotta che definiscono il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tali codici con l'indicazione del soggetto responsabile o dell'organismo incaricato del controllo della loro applicazione.

2. Il codice di condotta e' redatto in lingua italiana e inglese ed e' reso accessibile dal soggetto o organismo responsabile al consumatore, anche per via telematica.

3. Nella redazione di codici di condotta deve essere garantita almeno la protezione dei minori e salvaguardata la dignita' umana.

4. I codici di condotta di cui al comma 1 sono comunicati, per la relativa adesione, agli operatori dei rispettivi settori e conservati ed aggiornati a cura del responsabile del codice, con l'indicazione degli aderenti.

(47) Ídem.

(48) HARLAND, David, “Control de la publicidad y comercialización”, en STIGLITZ, Gabriel A. (dir.), *Defensa de los consumidores...*, cit., p. 145.

En la Argentina se puede citar el caso del Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONARP) que tiene su propio Código de Conducta. Está compuesto por representantes de la Asociación Argentina de Publicidad (AAP) y de la Cámara Argentina de Anunciantes (CAA). El objeto de su creación es “velar por la práctica de la autorregulación publicitaria por parte de los anunciantes, las agencias de publicidad y comunicación y de los medios de comunicación en defensa de la ética y el ejercicio responsable de la libertad de expresión comercial propiciando una publicidad responsable como práctica integral que hace a su responsabilidad social” (52). Esta es una de las tantas manifestaciones de *soft law*. Gonzalo Sozzo resalta la importancia de este último expresando que “el recurso al *soft law* no debe ser visto como una debilidad sino como una estrategia diferente de la del *hard law* para alcanzar acuerdos regulatorios en sectores y problemáticas en las cuales el derecho ‘duro’ no puede avanzar”. Agrega el autor citado que “el *soft law* no dice nada sobre el nivel de eficacia de las normas” (53).

### VIII. El *compliance* frente a la protección de los consumidores y la lealtad comercial

Íntimamente relacionado con lo tratado en el punto anterior y en el estado actual del derecho del consumidor, la defensa de la competencia y la lealtad comercial, comienzan a tener importante cabida nuevas políticas, diseños de tutela o estrategias de implementación que apuestan al *soft law*, a la colaboración privada o a las buenas prácticas empresariales, por ejemplo, para brindar soporte a la actuación estatal, en la inteligencia de que a las autoridades oficiales les cuesta encontrar correspondencia entre las muchas obligaciones, funciones y responsabilidades que tienen y los recursos e infraestruc-

5. Dell'esistenza del codice di condotta, dei suoi contenuti e dell'adesione il professionista deve preventivamente informare i consumatori”.

(52) El texto completo del código de ética y autorregulación publicitaria referido puede verse en el siguiente sitio web: [www.conarp.org.ar/docs/Conarp-CodigoEtica-AutorregulacionPublicitaria.pdf](http://www.conarp.org.ar/docs/Conarp-CodigoEtica-AutorregulacionPublicitaria.pdf) (28/7/2019).

(53) Sozzo, Gonzalo, “La protección del turista como consumidor”, en STIGLITZ, Gabriel A. - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, cit., t. II, p. 787.

tura con la que cuentan para ello (casi siempre insuficiente).

Así, por ejemplo, el “*enforcement* privado” en el derecho del consumidor ha ganado durante el siglo XXI un lugar cada vez más protagónico (v.gr., con herramientas como los daños punitivos o las acciones colectivas) influenciando incluso de manera más reciente al derecho de la competencia y a las normas sobre lealtad comercial.

También y siendo un movimiento más que destacable, las iniciativas agrupadas bajo el paraguas conceptual del *compliance* (54) vienen haciendo lo suyo, aunque cabe reconocer que

(54) Todo lo relativo a *compliance* ha experimentado un crecimiento vertiginoso a nivel internacional y más recientemente en la Argentina. En nuestro país ese impulso se dio con la sanción de la ley 27.401 denominada de Responsabilidad Penal de las Empresas (publicada en el BO el 1/12/2017) que dispuso la posibilidad de implementar “Programas de Integridad” con contenidos mínimos obligatorios más otros opcionales a tener presentes. Ello surge de los arts. 22 y 23 de la referida ley. En efecto, del art. 22 se desprende que:

“Las personas jurídicas comprendidas en el presente régimen podrán implementar programas de integridad consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley.

“El Programa de Integridad exigido deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación”.

Por su lado, el art. 23, referido al contenido mínimo del Programa dice lo siguiente:

“El Programa de Integridad deberá contener, conforme a las pautas establecidas en el segundo párrafo del artículo precedente, al menos los siguientes elementos:

a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley;

b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público;

c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados.



Asimismo, también podrá contener los siguientes elementos:

I. El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad;

II. El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia;

III. Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos;

IV. Una política de protección de denunciantes contra represalias;

V. Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta;

VI. Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial;

VII. La debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas;

VIII. El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad;

IX. Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad;

X. El cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica”.

Estos Programas son de muchísima importancia pues su adecuado cumplimiento permite la eximición de las sanciones penal y administrativas aplicables en virtud de la ley referida. En tal sentido, el art. 9º expresa:

“Exención de pena. Quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias:

a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna;

b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los arts. 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito;

c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido”.

A su vez, lo antes citado ha sido complementado por lo dispuesto por la res. 27/2018 de la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (publicada en el BO el 4/10/2018) que aprobó los “Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los arts. 22 y 23 de la ley 27.401 de responsabilidad penal de personas jurídicas” que sirven de guía necesaria para implementar los Programas de Integridad. De sus considerandos se desprende que “los lineamientos tienen como objetivo brindar una guía

han penetrado más rápidamente en la vinculación con otras disciplinas jurídicas (ámbitos penal, tributario, laboral, bancario, energía y recursos naturales, seguros, protección de datos personales, marcas y patentes, defensa de la competencia, lealtad comercial, etc.) siendo todavía algo incipiente su solidificación en el terreno de la protección estricta de los derechos de consumidores y usuarios (55).

técnica a empresas, organizaciones de la sociedad civil, otras personas jurídicas, agencias estatales, operadores del sistema de justicia, etc., a fin de que cuenten con herramientas de interpretación que permitan ajustar su estructura y sus procesos a efectos de prevenir, detectar y remediar hechos de corrupción, así como para implementar Programas de Integridad adecuados y evaluarlos de acuerdo a pautas técnicas objetivas”.

Sin perjuicio de la profusa bibliografía extranjera existente sobre la temática, pueden consultarse en la Argentina, entre otras obras: SACCANI, Raúl R. - MORALES OLIVER, Gustavo L. (dirs.), *Tratado de compliance*, La Ley, Buenos Aires, 2018; DURRIEU, Nicolás - SACCANI, Raúl R., *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*, La Ley, Buenos Aires, 2018; BACIGALUPO, Enrique, *“Compliance” y derecho penal: prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas*, Hammurabi, Buenos Aires, 2012; BALCARCE, Fabián I. - BERRUEZO, Rafael, *Criminal compliance y personas jurídicas*, B de F, Buenos Aires, 2016; PUYOL, Javier, *Criterios prácticos para la elaboración de un código de compliance*, Valletta, Buenos Aires, 2017; CASTEX, Francisco (dir.) - DUBINSKI, Andrés M. - MARTÍNEZ, Sebastián (coords.), *Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2018 y VÍTOLO, Daniel R. (dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2018.

(55) La falta de atención a los temas de defensa del consumidor en los Programas de Integridad seguramente se revertirá en el corto plazo si se tiene presente que mantener una muy buena y fluida relación con los consumidores está vinculado de manera íntima con lo que se suele denominar el *core* del negocio de gran parte de las compañías que directa o indirectamente toman contacto con destinatarios finales de bienes y servicios. Amén de ello, un gran impulso puede venir también del texto de la res. 27/2018 de la Oficina Anticorrupción antes citada que hace referencia expresa a la materia (junto a otras), lo cual de modo seguro será tenido en cuenta para la confección e implementación de los referidos programas. Así, en los lineamientos previstos en la resolución mencionada se expresa que la evaluación de riesgos es muy importante como paso previo al diseño del programa y que, a su vez, esa evaluación puede tornarse ardua si previamente no se precisa un alcance de actuación que permita delimitar los riesgos a tener en cuenta. Por supuesto que

Si bien los temas de defensa del consumidor no suelen ser objeto de abordaje a través del *compliance* nada lo excluye. Es más, resulta recomendable analizar el impacto de incumplimientos de la normativa referida al derecho del consumidor desde esta perspectiva. Si se analiza bien, las “primas hermanas” de dicha materia (los derechos de la competencia y la lealtad comercial) sí han sido miradas con atención desde la perspectiva del *compliance*, lo cual refuerza la necesidad de extender el foco hacia la defensa del consumidor. Ante ese panorama, el fenómeno de la publicidad engañosa podría ser contrarrestado también mediante esta novedosa manera de regular y hacer cumplir conductas.

### **IX. Los consumidores de medios de prensa y de comunicación ante el fenómeno de las *fake news***

Independientemente del tipo de medio de comunicación de que se trate (gráfico, radio, televisión, portal *web*, *app*, etc.) el destinatario final de sus servicios o contenidos puede ser considerado un sujeto protegido por el Estatuto del Consumidor.

En un antecedente jurisprudencial incluso se consideró que la prensa cumple tanto el rol de ser proveedora de información y formadora de opinión pública, como el de prestar servicios que toda la sociedad consume, constituyéndose en una empresa cuya esencial finalidad es obtener lucro, razón por la cual su actividad encuadra en las previsiones de la LDC (56).

la base mínima de los riesgos a tener presentes será la relacionada con los delitos consignados en el art. 1º de la ley 27.401 pero “nada impide a una organización definir un alcance más amplio (asumiendo que ello agregará complejidad a la tarea) añadiendo temas relativos a, por ejemplo, fraude ocupacional, *antimonopolio*, *defensa del consumidor*, ciberseguridad, medioambiente y muchos otros” (el resaltado me pertenece). En la doctrina se ha pronunciado por la extensión del *compliance* a los temas de defensa del consumidor BARBUTO, Alberto S., “Los lineamientos del programa de integridad aprobados por la res. 27/2018: desafíos para las empresas, los abogados y para las agencias del sistema penal a la luz de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (ley 27.401)”, ADLA 2018-11-3.

(56) CCiv. Com. y Garantías Penal Necochea, 2/9/1999, “Cazabat, Norma S. c. Editorial Perfil SA”, LLBA 2000-346.

El análisis de la responsabilidad de los medios (tanto de los tradicionales como de los digitales) desde la perspectiva del derecho del consumidor se potencia a partir de la proliferación de las denominadas *fake news* (noticias falsas). Si bien se trata de un fenómeno todavía incipiente, los marcos normativos todavía no se han ocupado de ello de manera adecuada, aunque tímidamente comienzan a prestarle atención pues se ha tomado nota de lo devastador de sus efectos dentro de una comunidad, a punto tal que tienen aptitud para manipular decisiones de ciudadanos e influenciar indebidamente en procesos eleccionarios que deberían ser democráticos y transparentes. Quizás un buen antídoto para comenzar a encorsetar a las *fake news* sea acentuar la obligación de trato digno a los consumidores de medios periodísticos, resguardando su derecho a recibir información confiable o verificada y abordarlo, asimismo, como una variante de la publicidad engañosa en aquellos supuestos en los cuales se cumplen sus notas legales tipificantes.

### **X. Daños punitivos ante supuestos de publicidad engañosa**

Como último apartado, es importante hacer notar que, sin perjuicio del carácter meramente formal de las infracciones en materia publicitaria en general y de publicidad engañosa en particular, los tribunales argentinos han aplicado daños punitivos en diferentes supuestos referidos a este tipo de incumplimiento.

Citando solo algunos de ellos se pueden enumerar los siguientes:

1. Falta de entrega de un vehículo a causa de la publicidad engañosa formulada por la administradora del plan de ahorro y la mutual encargada de su cobranza (57) (multa civil de cinco mil pesos).

2. Publicidad engañosa que propició el acceso de menores a un casino (58) (40 mil pesos).

(57) CCiv. y Com. Salta, sala III, 17/9/2015, “M., E. c. Planauto para fines determinados SA de cap. y ahorro; APLA (Asociación Mutual entre Trab. y Adherentes a Planauto) s/sumarísimo o verbal”, RCyS 2015-XII-100.

(58) C3ªCiv. Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza, 6/6/2012, “Protectora Asociación de Defensa al Consu-

3. Incumplimiento relativo a una promoción de pasajes aéreos que podían adquirirse usando la tarjeta de crédito de una entidad financiera determinada (59) (6.043 pesos).

4. Publicidad engañosa respecto a descuentos que no eran tales en el precio de prendas existentes en un local de venta de indumentaria (60) (15.000 pesos).

5. Engaño referido a una operación crediticia (61) (30.000 pesos).

No obstante lo dicho, se observa que las cuantías aun no son significativas, aunque a la luz de la evolución de las últimas condenas por daños punitivos que exhibe la jurisprudencia argentina en los últimos dos o tres años fundamentalmente (respecto a otros incumplimientos) el panorama podría tornarse más oscuro para los proveedores que incurren en estos actos ilegales en materia publicitaria.

---

midor y ots. c. Instituto Provincial de Juegos y Casinos p/amparo", LL Online: AR/JUR/41938/2012.

(59) CCiv. y Com., Salta, sala III, 29/7/2016, "F., R. A. c. BBVA Banco Francés SA; Lantours SA - sumarísimo o verbal".

(60) CNCom., sala D, 25/8/2016, "Lipskier, Natalia Celina c. Tramando SA s/sumarísimo".

(61) CCiv. y Com. Común, Tucumán, sala II, 28/9/2015, "Campos, Sergio Gabriel c. Compañía de Crédito Argentina SA y Estudio Mandatario SRL s/sumarísimo".

## XI. Palabras de cierre

La descripción del nuevo escenario normativo provisto por el dec. 274/2019 sobre publicidad engañosa, si bien no experimenta modificaciones en una comparación con el marco ideado por la ley 22.802, ha permitido analizar tanto sus notas salientes como las aplicaciones concretas que han efectuado los tribunales argentinos sobre el tema.

Asimismo, se han reseñado incipientes y modernas problemáticas relacionadas con las denominadas publicidades engañosas que no encuentran perfecta cabida en el ordenamiento hoy vigente (por ejemplo, *influencers* y *fake news*) que constituyen verdaderos desafíos para todos los operadores jurídicos interesados en la existencia de un mercado que funcione de manera transparente y en donde sus jugadores no acudan a actos de engaño como estrategia conductual.

Finalmente, y como crítica constructiva al texto del nuevo precepto se podría expresar que, al no modificar nada de lo que ya preveía el art. 9° de la ley 22.802 de 1983, quizá se dejó pasar una oportunidad para entregarle una mayor flexibilidad y modernización a sus términos, de manera que pueda acoger nuevas prácticas de mercado que hasta hace no muchos años era verdaderamente impensables. A causa de esto, el hecho de complementar el *hard law* con iniciativas de regulación más dinámicas como la autorregulación y el *compliance* puede ser de interés para acortar los plazos de inadecuación normativa en supuestos como los mencionados y otorgar respuestas concretas a patologías hoy existentes.



# El régimen actual de la publicidad comparativa

---

FULVIO G. SANTARELLI (\*)

## I. Una descripción del fenómeno publicitario

Parece superado delimitar la publicidad a la comunicación de la oferta de productos o servicios para su adquisición por parte de los consumidores en el mercado; la mayor parte de la publicidad aparece con motivo de la inspiración de nuevo hábitos; en efecto, se modelan modos de vida, conceptos básicos de carácter aspiracional, que para alcanzarlos conllevan nuevos consumos habituales; así, a modo de ejemplo, el concepto “saludable” constituye un vértice que ampara consumos de “comidas saludables”, “bebidas artesanales” (que se suponen naturales en razón de que no recurren a químicos conservantes o similares); aparece el “entrenamiento” como actividad (hoy todos parecen “profesionales” de alguna disciplina deportiva), lo que favorece el consumo de gimnasios, elementos para entrenar, suplementos dietarios; una clase de turismo, de vestimenta, etc. Y el azar recalca en solo un concepto, y se limita la descripción para no agotar al lector, que sirve a efectos ejemplificativos. El reconocimiento de esta realidad comunicacional, de indudables beneficios, trae aparejadas sus convenientes precauciones; las cuales, por lo general, aparecen del lado de la información y de la educación para el consumo (1).

---

(\*) Abogado (UBA). Doctor en Derecho (Universidad Austral). Profesor regular de Obligaciones y Derecho del Consumidor (UBA).

(1) Hace algunos años —tal vez demasiados—, marcamos esta perspectiva del fenómeno publicitario, tratándolo en su debido marco que es el de las técnicas del marketing, ver SANTARELLI, Fulvio G., “La protección del consumidor frente a la publicidad engañosa en la República Argentina”, en Ameal, Oscar J. (dir.) - Tanzi, Silvia Y. (coord.) *Obligaciones y contratos en los albores*

Por ello resulta adecuado en la actualidad referirse, con mayor amplitud, a las prácticas comerciales entendido como “todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores” (conf. Directiva Europea 2005/29), y que el Código Civil y Comercial ha también recibido (arts. 1096 a 1103) (2).

En este contexto se imponen dos valores a preservar: el mencionado, referido a incrementar los niveles de información para una elección lúcida por parte del consumidor en orden a sus intereses; de otro lado, la condición de competencia leal, que atiende al daño colateral al del consumidor frustrado, que es el del competidor desplazado en virtud de una falsedad o engaño (3).

---

*del siglo XXI*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, ps. 916-917 y nota al pie 4.

(2) Conf. CAMACHO PEREIRA, Consuelo, *La protección del consumidor frente al mensaje publicitario*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 47.

(3) En esta dirección se encuentran el citado Código Civil y Comercial y el DNU 274/2019, cuyo art. 4º establece: “Ámbito de Aplicación objetivo. Los actos de competencia desleal prohibidos por este Título serán sancionados siempre que se realicen en el mercado y con fines competitivos. La finalidad competitiva del acto se presume cuando éste resulte objetivamente idóneo para obtener, mantener o incrementar la posición competitiva en el mercado de quien lo realiza o de un tercero. Este Título será de aplicación a cualquier acto de competencia desleal, realizado antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse”.

## II. Justificación del recurso a la comparación publicitaria

La posibilidad de comparar, medir, alegar o tomar como referencia la posición de otro en el mercado, para intentar comunicar la existencia de ventajas en el producto o servicio que otro ofrece, merece reparos (4); pero pierden relevancia a manos de dos necesidades: i) relacionada con la estructura del mercado, el cual requiere de mayor concurrencia en condiciones de eficiencia; lo que a su turno requiere de métodos que permitan dar mayor visibilidad a las mejores propuestas de productos y servicios; ii) la necesidad de dotar al mercado de mayor información para una elección eficiente por parte del consumidor (5). No se trata sino de volver

---

(4) Los más relevantes fueron: i. La publicidad comparativa al valerse de la mención de la marca competidora, se está aprovechando del prestigio de esta última, permitiendo que se edifique el buen nombre de una sobre el ya ganado por otra, desde esta perspectiva se la considera parasitaria. Esta visión es congruente con el reconocimiento de cierto señorío a la marca mayoritaria sobre su porción de mercado: derecho a la clientela; ii. El uso de la marca es exclusivo de quien la ha registrado para sí. El uso de la marca ajena a los fines de la publicidad comparativa, constituye un uso indebido de la marca; iii. Toda comparación es denigratoria. Por ende ilícita; iv. La publicidad comparativa es incompleta debido a la necesaria selección de los puntos de comparación favorables a quien compara, lo que la torna —además de denigrante— engañosa. En este mismo sentido se sostuvo que “es una síntesis parcializada y con fines persuasivos”. Ver SANTARELLI, Fulvio G., “Bases para la admisión de la publicidad comparativa”, RCyS 2005-487. En exhaustiva reseña que realizan GIAY, Gustavo - FERNÁNDEZ, Diego, en “A 40 años del fallo Rolex”, DCCyE 2013-295, puede apreciarse el modo que en la práctica estos reparos jugaron como argumento de resistencia respecto de supuesto, que, claro están insinuaban, referían o comparaban con productos competidores, pero de diferente modo e intensidades; no obstante, sobre tal base se conformó el acervo jurisprudencial de la materia.

(5) El deber de información es el más declamado derecho del consumidor, el art. 4° de la ley de consumidor, tal vez, el que más modificaciones sufrió, se ha convertido en una máxima de optimización que en ocasiones se muestra vacuo. Un abordaje actual de esta problemática exige abordarlo desde la arquitectura de la decisión que toman los consumidores; sin duda que este mecanismo publicitario puede cooperar en tal dirección.

efectiva la protección del consumidor en sus intereses económicos (6).

## III. Comparar, de qué modo, en qué cuestiones, con cuál finalidad

Se han sistematizado —a partir de la observación de la práctica publicitaria— distintas clases de comparación (7); puede compararse en forma directa e indirecta; según el modo en que se aluda al competidor comparado, puede que identifique a un competidor y/o producto específico, o lo aluda de forma inequívoca sin nombrarlo; la comparación indirecta se caracteriza por recurrir a generalidades, tales como el más eficaz del mercado, el más económico, etc. A su turno la comparación puede recurrir a datos objetivos (datos relacionados con contenido, especificaciones técnicas, y todo aquello que sea verificable), o bien situarse en generalidades relacionadas con sabores, gustos, o sensaciones personales que motivan subjetividades. Más interesante se presenta la clasificación efectuada de acuerdo con el propósito de la comparación: i) comparación por superioridad; ii) por similitud, con aquel que tiene ganado su prestigio; iii) comparación por exclusividad: destaca una característica esencial de su producto o servicio que no posee el resto de los competidores (8); iv) comparación defensiva: que aparece como una reacción o defensa contra la descripción o comparación del competidor.

---

(6) Ver SANTARELLI, Fulvio G., *Contrato y Mercado*, La Ley, Buenos Aires, 2018.

(7) Ver MERCURIALI, Carlos E. - GIAY, Gustavo, “Publicidad comparativa. un aporte al debate sobre su legalidad o ilegalidad”, en LL del 2/3/2005, p. 1; LL Online: AR/DOC/294/2005.

(8) Estos dos últimos tipos, son subsumibles en la denominada publicidad superlativa que ensalza a los productos o servicios anunciados al punto en que el público creará que no podrá encontrar otro equivalente en calidad y precio. Este tipo de publicidad que puede recurrir a la comparación directa o indirecta, requiere sobrepasar el *test* de veracidad, conforme con las pautas que se verán *infra*. Ver la experiencia española en CAMACHO PEREIRA, Consuelo, *La protección del consumidor...*, cit., p. 127.

#### IV. El régimen actual de la comparación tolerable

Es menester reconstruir el régimen legal aplicable a la comparación publicitaria, teniendo presente que los presupuestos de admisibilidad se dirigen a evitar: i) la posibilidad de error en el consumidor; ii) la confusión entre los oferentes que entran en comparación; iii) la denigración del competidor (9).

La sistematización normativa debe comenzar por la Constitución Nacional, cuyo art. 42 reconoce que “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”; cabe aclarar que la defensa de los intereses económicos del consumidor debe entenderse en términos de permitirle una elección eficiente (10), de acuerdo con sus necesidades e inquietudes, de modo que no frustre sus razonables fines de satisfacción respecto del uso de la cosa o servicio; en este contexto, la Ley Fundamental manda que “Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, (...)”.

Seguidamente, el Código Civil y Comercial, art. 1101, dispone: “Está prohibida toda publicidad que a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio;

(9) Estos parámetros quedaron ya expuestos en el *leading case* ya aludido, y que encuentra en la normativa actual continuidad. SANTARELLI, Fulvio G., “Bases para la admisión...”, cit., p. 487.

(10) La decisión a la que se hace referencia es aquella relacionada sobre una transacción en sentido lato; comprensivo de toda decisión por la que un consumidor opta por comprar o no un producto y resuelve de qué manera y en qué condiciones efectúa la compra, si realiza un pago íntegro o parcial, si conserva un producto o se deshace de él y si ejerce un derecho contractual en relación con dicho producto, tanto si el consumidor opta por actuar como por abstenerse de actuar (conf. Directiva Europea citada, art. 2° inc. k).

b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad”; de lo que se sigue es que privilegia la información al consumidor; que en tal sentido, fulmina a la comparación en tanto no coadyuve con esta finalidad; lo que, dicho de otro modo, importa prohibir la comparación que genera confusión o distorsión (11).

Cabe subrayar que el art. 1102 del Cód. Civ. y Com., legitima ante cualquier supuesto de publicidad engañosa, incluso la comparativa, como se acaba de exponer, a peticionar “...al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria”; esta legitimación, no solo comprende al consumidor, sino a “quienes resulten legalmente legitimados” como lo es el competidor que resultó objeto de la comparación engañosa o denigratoria.

Por su parte, el DNU 274/2019 en su art. 9° permite encuadrar adecuadamente esta legitimación recién apuntada, ya que de acuerdo con la cláusula general que prevé: “Constituye un acto de competencia desleal toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo”; hace subsumible la comparación engañosa dentro de tal premisa.

#### IV.1. Patologías de la comparación publicitaria

Parece conveniente detallar que la comparación publicitaria está vedada no solo si conduce

(11) Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2019, com. art. 1101, p. 965; SIGAL, Martín en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, com. art. 1101, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 747; WAJNTRAUB, Javier H., en *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, com. art. 1101, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 261, nota al pie 55.

a engaño (12); sino además, si conlleva a confusión, denigración, desde que puede configurar actos de competencia desleal específicamente previstos en el art. 10 del decreto de marras; en efecto, “se consideran actos de competencia desleal:

Inc. a). Actos de engaño: inducir a error sobre la existencia o naturaleza, modo de fabricación o distribución, características principales, pureza, mezcla, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o compra, disponibilidad, resultados que pueden esperarse de su utilización y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que correspondan a los bienes y servicios. Las formas de inducir a error son absolutamente variadas, empero, recurriendo a la comparación, se destaca un ejemplo en el cual en una publicidad se subrayaba los riesgos que provocada el cloro y su utilización por una familia de productos que inducía a pensar que el producto anunciado carecía de tal elemento químico(13); similarmente, puede pensarse en el uso distintivo de palabras o términos, pero este es natural” que dispara asociaciones en el consumidor que no se compadecen con la veracidad de los contenidos del producto.

Inc. b). Actos de confusión: inducir a error respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, los bienes o servicios propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen distinto al que les corresponde.

Inc. h). Actos de imitación desleal: la imitación de bienes y servicios o iniciativas empresariales será considerada desleal cuando resulte idónea para generar confusión con respecto a la procedencia de los bienes o servicios o com-

porte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

Inc. i). Actos de denigración: menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación de otro competidor, a no ser que las aseveraciones sean exactas, pertinentes y verdaderas”.

#### ***IV.2. Condiciones de procedencia de la publicidad comparativa***

El art. 15 del DNU 274/2019 proporciona una definición de publicidad comparativa que, como toda definición incluida en un texto legal, tiene la particularidad de circunscribir a la realidad descrita el régimen legal que le es propio. De tal modo hay comparación toda vez que se “aluda explícita o implícitamente a un competidor, o a su marca, o a los productos o servicios ofrecidos por él”.

Esta afirmación preliminar suministra la pauta del análisis para considerar el cumplimiento de los requisitos de admisión de tal comparación; la cual debe cumplir con la totalidad de las siguientes condiciones:

a) “No inducir a error, engaño o confusión, entre el anunciante y un competidor, o entre los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor”. La interpretación de este inciso, a efectos de determinar las conductas subsumibles, debe complementarse con las precisiones del apartado anterior.

b) “Comparar bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad, y que dicha comparación se realice en forma objetiva, entre una o más características esenciales, pertinentes, representativas y comprobables de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio”. Varias precisiones trascendentes incorpora este acápite: i) la comparación debe recaer sobre características o particularidades esenciales al producto o servicio, este requisito, puede reformularse como “de idoneidad” en términos de la utilidad principal que el producto aporta al interés del consumidor(14); ii) los productos deben ser

(12) Naturalmente, que la comparación publicitaria que induzca a error queda subsumida en el art. 11 que establece: “Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”.

(13) CAMACHO PEREIRA, Consuelo, *La protección del consumidor...*, cit., p. 135.

(14) En este sentido es menester captar el interés social general; en efecto bienes o valores tales como



competidores en el mismo mercado relevante, rubro o sector de la oferta, y más precisamente, atender a iguales necesidades, este elemento es clave en orden a incrementar el caudal de información del consumidor, ya que establecer una compulsión con algo que no se dirige a la misma finalidad, acrecienta el riesgo de confusión o engaño; iii) la comparación debe ser objetiva, es decir, mensurable, evaluable, por métodos de medida o mensura fácilmente verificables, con lo que se descarta la meramente subjetiva, este elemento debe ser interpretado también a la luz de la finalidad informativa de la comparación, la verificabilidad de lo compulsado debe ser fácilmente realizable (15).

el cuidado del medio ambiente, la sustentabilidad, lo saludable, lo relacionado con métodos de producción —como lo orgánico—, etc.; forman parte de elementos diferenciadores idóneos en la valoración de ciertos grupos de consumidores. Por lo cual, la comparación en ellos resulta admisible. Este elemento se conecta con la representatividad a que refiere el inciso; es decir un elemento característico que le agregue valor al producto o servicio.

(15) Buen ejemplo lo constituye el caso de la publicidad del precio “más bajo”, en el cual una cadena de supermercados que opera en el mercado Belga, en el mes de enero del 2004, ha enviado a sus clientes una carta que expresaba que durante el año 2003 los compradores de sus productos pudieron obtener un cierto ahorro, conforme con un índice de precios que elaboró la cadena. Sobre la base de una familia que gasta semanalmente 100 euros, comprando en sus locales habría ahorrado anualmente entre 366 y 1129 euros si se comparaba con otros supermercados y entre 155 a 293 euros, si se lo comparaba con cadenas mayoristas.

Tal conclusión comparativa la realizaba a partir de la confección de un índice de precios de la cadena anunciante construido a partir del seguimiento diario de 18.000 precios, incluyendo el conjunto de las promociones de la competencia; así mensualmente calcula la diferencia de precios entre los propios y los de los demás negocios. El sistema de confección del índice de precios y el método de comparación se encuentran más detalladamente explicados en el sitio de Internet del anunciante, al cual remite la citada comunicación escrita. Un competidor consideró que dicha publicidad carece de las notas de objetividad y verificabilidad que la normativa europea al respecto establece, resultando así una publicidad comparativa engañosa, en los términos de la Directiva del Consejo 84/450/CEE, del 10/9/1984, modificada por la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 97/55/CEE del 6/10/1997. Ello así por cuanto —se adujo— en la confección del referido índice de precios no se identifica concretamente el producto objeto de la comparación ni el precio de ellos. Ver SANTARELLI, Fulvio G., “La publicidad comparativa del precio más bajo”, LL 2007-A-15.

c) “Su finalidad sea la de informar las ventas de los bienes o servicios publicitados”. Este elemento debería ser el primer *test* que debe superar una comparación publicitaria, en efecto, cual es el dato útil y representativo que incorpora para el público la pieza comunicacional; desde que la razón justificadora de la comparación finca en el atributo informativo.

d) “No desacreditar ni denigrar los derechos de propiedad intelectual e industrial o circunstancias de algún competidor”. Si la comparación es objetiva, verificable, y con fines de dar cuenta de las ventajas comparativas de cierto producto o servicio, debe descartarse a todo menoscabo inútil al competidor; bastando la mera compulsión.

e) “No obtener indebidamente ventaja de la reputación de una marca de algún competidor o de las denominaciones de origen de bienes de algún competidor”.

f) “No presentar un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos”.

g) En el supuesto de bienes amparados por una denominación de origen, indicación geográfica o denominación específica, la comparación solo podrá efectuarse con otros bienes de la misma denominación.

En definitiva, puede concluirse que, partiendo de la base del derecho constitucionalmente amparado por el consumidor a una información adecuada y veraz, tendiente a la toma de decisiones más eficientes y satisfactorias para aquel; a partir de allí se admite la comparación publicitaria en la medida que incrementa el caudal informativo del consumidor, para garantizar tal fin, es menester tener presente:

1. Deben confrontarse productos y características homogéneas.
2. La confrontación debe ser leal y veraz, en condiciones de equivalencia para todos los objetos comparados.
3. La referencia a la marca ajena puede constituir una actitud legítima cuando se reconoce que otro es el titular y no se trata de desacreditarla o denigrarla.



# La publicidad de medicamentos y el nuevo Régimen de Lealtad Comercial

---

FRANCO RIZZO JURADO (\*)

## I. Introducción

Tal como se ha sostenido en incontables oportunidades, en nuestro país la competencia desleal ha sido un instituto carente de estructura normativa y escaso alcance, no existiendo hasta el dictado del decreto de necesidad y urgencia 274/2019 (en adelante, el “DNU 274”), una norma general que ordenara y unificara aquellas conductas consideradas desleales. Previo a la entrada en vigencia del DNU 274 “el vacío legislativo en nuestro país (era) serio y preocupante” (1), debiendo —ante supuestos de actos desleales— recurrir a imprecisos y diversos institutos que regulaban la materia, así como también a la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales.

El reciente DNU 274, además de sistematizar y organizar las conductas desleales, tiene como objetivo mejorar las condiciones de competitividad de la economía, así como asegurar la lealtad y la transparencia en las relaciones comerciales, incorporando algunas cuestiones que

pueden resultar novedosas en mayor o menor medida. En tal sentido, se pueden destacar la inclusión de una “cláusula general” mediante la cual se definen a los actos de competencia desleal, la enumeración de conductas típicamente desleales en el art. 10, la expresa inclusión del principio de realidad económica y el principio de extraterritorialidad enunciado en el art. 5º, entre otros.

El objetivo del presente no es analizar tales aspectos, sino solamente ceñirnos a aquellas previsiones asociadas a la publicidad, vinculándolas particularmente a la realizada dentro de la industria farmacéutica. A tal fin, analizaremos la publicidad engañosa, la comparativa, las sanciones y el régimen de control publicitario incluido en el DNU 274, trazando un paralelo entre dichas técnicas y figuras, con aquellas contenidas en la normativa del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, de la Administración Nacional de Alimentos, Medicamentos y Tecnología Médica (ANMAT) y los distintos códigos de autorregulación.

Previo a comenzar con el análisis planteado, creemos necesario destacar el preponderante rol que la industria farmacéutica ocupa en la economía de cualquier país, no solo por los elevados niveles de inversión que pueden realizarse en materia de investigación y desarrollo, sino también por ser generadora de innovadores productos y servicios que redundan en una extensión de la expectativa de vida, así como un sincero mejoramiento de la salud poblacional en términos generales.

---

(\*) Abogado, UCA. Magíster en Derecho Empresario (*magna cum laude* y mención a la mejor tesis de maestría), Universidad de San Andrés. Actualmente lidera el departamento de Legales & Compliance de Roche Diabetes Care Argentina SA. Es miembro de los Comités de Legales & Compliance de la Cámara Argentina de Especialidades Medicinales y de la Cámara Argentina de Insumos, Implantables y Equipamiento Médico.

(1) PALAZZI, Pablo A., “Sustracción de una base de datos por un empleado infiel: violación de secretos comerciales, competencia desleal e infracción a la propiedad intelectual”, *El Derecho*, Buenos Aires, 2014. Consultado en [www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar).

De igual modo, es destacable la relevancia que reviste la publicidad como mecanismo esencial para la comercialización de medicamentos, los cuales han sido reconocidos como bienes sociales (2) por su estrecha vinculación con la salud pública, la cual —a su vez— es el bien jurídico que tutela primordialmente el ordenamiento de publicidad de dichos productos. Por tales motivos, es que las acciones de *marketing* y publicitarias asociadas a especialidades medicinales solamente pueden realizarse bajo estrictos lineamientos, exigencias y condiciones que veremos a lo largo del presente, vinculándolo, tal como anticipamos líneas arriba, con las previsiones de publicidad incluidas en el DNU 274.

Para poder realizar nuestras apreciaciones y comentarios con respecto a los aspectos publicitarios regulados por el DNU 274 y su vinculación con la publicidad de medicamentos, resulta primeramente necesario que revisemos sucintamente el marco jurídico que regula a esta última.

## II. Lineamientos generales del régimen de publicidad de medicamentos en la Argentina

Antes de adentrarnos a examinar los institutos objeto de estudio, resulta necesario aclarar que en este trabajo solamente nos referiremos a la “publicidad” y no a la “promoción” de medicamentos, ya que, como hemos sostenido en un trabajo previo (3), se trata de conceptos diferentes, que aplican a actividades también distintas.

Habiendo realizado tal aclaración, resulta necesario indicar que, en materia de publicidad de especialidades medicinales, rige en la Argentina la ley 16.463 (4), la cual en su art. 5° establece que, de acuerdo con “la naturaleza o

peligrosidad del uso indebido de los medicamentos, la condición de su expendio podrá ser: libre, bajo receta, bajo receta archivada y bajo receta y decreto”.

Siguiendo dicha clasificación, en los incs. c) a f) del art. 19 de dicha ley, se incluyen una serie de prohibiciones generales en lo que a publicidad de medicamentos se refiere, estableciéndose que se encuentra prohibido toda forma de anuncio al público de los productos cuyo expendio solo haya sido autorizado “bajo receta”; y violar, en los anuncios, cualquier otro requisito exigido por la reglamentación (5).

En línea con dichas proscripciones, el art. 37 del dec. 9763/1964 (reglamentario de la ley bajo análisis) repite —casi literalmente— la prohibición de realizar anuncios al público de medicamentos de expendio bajo receta y —en lo que a especialidades medicinales de venta libre se refiere— agrega que “sus titulares deberán limitar estrictamente la propaganda (6) pública a la acción farmacológica, expresada en forma tal que no induzca ni a la automedicación, ni a cometer excesos (...)”. Adicionalmente, el art. 37, *in fine*, establece que el “Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública determinará las condiciones a las que deberá sujetarse toda forma de propaganda pública” (7). En línea con lo prescripto por el mencionado artículo, y con el propósito de fijar las pautas y condiciones a las que debería ajustarse la publicidad de medicamentos de venta libre, desde la década del 80 se dictaron varias resoluciones y disposiciones que fueron los precedentes del régimen actualmente vigente (8).

(5) Adicionalmente se incluye en los incisos la prohibición de inducir en los anuncios de los productos de expendio libre a la automedicación; y vulnerar en los anuncios los intereses de la salud pública y moral profesional.

(6) Cabe destacar que el término “propaganda”, “publicidad” y “anuncio” son utilizados en forma indistinta por nuestra legislación, refiriéndose en todos los casos a la difusión de medicamentos de venta libre dirigida a la población en general.

(7) Desde septiembre de 2018 hasta el día de la fecha, dicha facultad recae sobre el recientemente denominado Ministerio de Salud y Desarrollo Social.

(8) En tal sentido son mencionables la res. MSyAS 1622 de 1984 y la disp. ANMAT 3186/99, entre otras.

(2) Ver ley 26.688 y Ponencias, II Encuentro sobre Responsabilidad por Productos Farmacéuticos, Provincia de Buenos Aires, 1987.

(3) Ver RIZZO JURADO, Franco, *Marco jurídico de la publicidad y promoción de medicamentos. Análisis, crítica y propuestas de mejora*, capítulo IV. ¿En qué consiste la publicidad y promoción de especialidades medicinales? *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, nro. 294, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, ps. 75-119.

(4) Conocida también como Ley de Medicamentos, promulgada el 4/8/1964.

Además de la ya mencionada ley 16.463 y el dec. 9763/1964, rige también en la materia la res. 20/2005 del ex Ministerio de Salud y Ambiente (en adelante la “res. 20/2005”) la cual establece que “toda publicidad o propaganda dirigida al público de especialidades medicinales de venta libre (...) cualquiera sea el medio que se emplee para su difusión, deberá cumplir con los criterios éticos establecidos por la Administración Nacional de Medicamentos Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT)”.

Los criterios a los que se refiere dicha resolución son aquellos incluidos en la disposición ANMAT 4980/2005(9) (en adelante, la “disp. 4980/2005”), la cual, junto con las normas mencionadas *ut supra*, conforman la base sobre la cual se apoya el ordenamiento de la publicidad de medicamentos actualmente vigente en la Argentina.

De lo hasta aquí explicado resulta claro cuál es el panorama normativo en nuestro país en materia de publicidad de medicamentos: la dirigida al público en general está prohibida si se trata de especialidades medicinales de venta bajo receta; mientras que se encuentra permitida en tanto verse sobre medicamentos de venta libre y se dé cumplimiento a lo dispuesto en la res. 20/2005 y en la disp. 4980/2005.

Veamos a continuación los lineamientos generales de ambas normas, para posteriormente adentrarnos en un análisis detallado de estas y su vinculación con las previsiones en materia publicitaria incluidas en el DNU 274.

La primera de ellas es una norma de escaso articulado, mediante la cual, además de exigirse el cumplimiento de los criterios éticos ya enunciados, establece en su art. 2º un régimen de fiscalización *ex-post*, el cual —anticipamos— se encuentra alineado con lo dispuesto

(9) Al igual que la res. 20/2005, de acuerdo con los arts. 4º a 12 de la disposición, esta es de aplicación a suplementos dietarios, productos odontológicos, reactivos de diagnóstico, productos cosméticos, dispositivos de tecnología médica, productos domisanitarios y productos alimenticios, incluyendo en algunos casos mayores precisiones sobre tales productos. A modo de ejemplo, además de “productos cosméticos” agrega a aquellos “para la higiene personal” y “perfumes”.

por el art. 12 del DNU 274, el cual analizaremos en el apart. V.

Por su parte, en materia de criterios éticos a seguir, la disp. 4980/2005 en sus arts. 2º y 3º, establece que toda publicidad de medicamentos de venta libre deberá ajustarse a los requisitos generales y especiales que como anexos forman parte de dicho cuerpo normativo.

En tal sentido, entre otras previsiones, el anexo 1 de la norma exige que toda publicidad tienda a “propender a la utilización adecuada [de los medicamentos de venta libre], presentando sus propiedades objetivamente sin engaños o equívocos, brindando información veraz, precisa y clara”, agregando que esta no deberá “ser encubierta, engañosa, indirecta, subliminal o desleal”. Asimismo, el anexo 2 incluye una serie de exigencias y prohibiciones específicas para publicidades de medicamentos de venta libre, tratando expresamente en el punto 10 los llamados “mensajes comparativos”, los cuales estudiaremos detalladamente en el apart. IV junto con las técnicas publicitarias recién mencionadas.

Es dable destacar que, a los efectos de generar absoluta claridad en la aplicación de la norma, el art. 13 de la disp. 4980/2005 aprueba un glosario de términos, el cual define no solo el vocablo “publicidad”(10), sino también las citadas modalidades publicitarias, prohibiendo las que mencionamos líneas arriba, y autorizando la no tradicional. En palabras de Suárez, “tal glosario resulta bastante apropiado como parte integrante de una norma reglamentaria (...) sobre todo en lo que concierne a un tema tan delicado”(11).

(10) La disp. 4980/2005 la define como “técnica que aplicada organizadamente a través de medios de difusión en general se endereza a informar o promocionar las características, ventajas o cualidades de bienes o servicios para provocar y obtener su adquisición”. Es dable destacar que para en el caso de publicidad (a diferencia de la promoción dirigida a profesionales de la salud) se consigna la idea de “adquisición” de la especialidad medicinal, quedando implícito que se trata de anuncios o informaciones dirigidas a los potenciales demandantes de los mismos, es decir, a la población en general.

(11) SUÁREZ, Enrique L., “Los productos de ‘venta libre’ y la regulación de su publicidad (a propósito de

Los preceptos contenidos en ambas normas indiscutiblemente tienen como propósito la protección de los intereses de la salud pública, pero adicionalmente “tienden a la protección de los potenciales pacientes y son propensas a asegurar una sana competencia entre las distintas empresas que integran el sector farmacéutico” (12). Como podemos apreciar, la disp. 4980/2005, si bien data del año 2005 ya incluía de manera absolutamente novedosa, previsiones tendientes a la protección de potenciales demandantes de medicamentos, así como también de competidores por medio de la específica regulación que se incluyó en materia publicitaria.

Es importante dejar aclarado que la entrada en vigencia del DNU 274 no reemplaza el régimen de publicidad de medicamentos establecido por la normativa sanitaria, sino que lo complementa, generándose así una protección más acérrima de la competencia dentro de la industria farmacéutica.

Habiendo enunciado los lineamientos de nuestro ordenamiento en materia de publicidad de medicamentos, pasaremos entonces a analizar los puntos de contacto y vinculaciones existentes entre este y lo recientemente incluido en el DNU 274.

### **III. Prohibición de la publicidad engañosa: su tratamiento en la disp. 4980/2005, el DNU 274 y la autorregulación. Jurisprudencia**

#### **III.1. Disp. 4980/2005 y DNU 274**

En lo referente a publicidad engañosa, el art. 11 del DNU 274 expresamente la prohíbe en los mismos términos en que lo hacía el art. 9° de la derogada ley 22.802. En tal sentido, se establece que “queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de

comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”, agregando el art. 5° de la reciente res. SCI 248/2019 que también se la considerará a aquella en la que “la información suministrada sea incomprendible en razón de la velocidad de su alocución, tamaño de su letra o cualquier otra característica que la desvirtúe” (13).

Por su parte —temporalmente en forma previa y como ya hemos anticipado— la disp. 4980/2005, además de prohibir la publicidad indirecta, la subliminal y la desleal, también prohíbe la encubierta y la engañosa, sosteniéndose con respecto a esta última que es “aquella que induce a error o es capaz de inducir a error al consumidor sobre las reales características, propiedades, acciones u otros aspectos de los productos publicitados, de modo de verse afectada su elección”. Con relación a la encubierta, la norma la define como la que “oculta el carácter publicitario de una información, presentándola como parte de la redacción del medio, de manera tal que el público tome la información como objetiva e imparcial”.

Como podemos apreciar, la conjunción de estas definiciones genera una coincidencia conceptual con la idea de publicidad engañosa plasmada en el DNU 274 y la res. 248/2019, tendiendo —claramente en ambos casos— a la protección de consumidores. Tal tutela toma especial relevancia en el ámbito de la industria farmacéutica toda vez que la salud pública es el bien jurídico que está en juego y el cual se busca garantizar.

Es indiscutible que el potencial demandante de medicamentos de venta libre debe tener a su disposición la totalidad de los datos e información del producto que utilizará para mejorar o curar su afección, debiendo proveerse dicha información de manera completa, objetiva y sin sesgos ni engaños de ninguna clase. Naturalmente el único modo de lograrlo es que las publicidades de dichas especialidades medicinales proporcionen solamente información veraz, precisa y clara, circunstancia por la que vela todo el plexo normativo en materia de

la resolución N° 20/2005-MSyA). Consultado en [www.eldial.com](http://www.eldial.com).

(12) RIZZO JURADO, Franco, *Marco jurídico de la publicidad...*, cit.

(13) Complementaria y aclaratoria del DNU 274/2019, vigente desde el 25/5/2019.

publicidad de medicamentos, y complementariamente también el reciente DNU 274.

Si bien la prohibición de la publicidad engañosa busca primordialmente amparar al consumidor, indiscutiblemente busca también proteger a la competencia. Tal es así, que el mensaje publicitario engañoso “provoca la frustración del interés que el consumidor tenía (...) e importa una peligrosa tergiversación del equilibrio de mercado, con insalvable detrimento (...) no sólo de los consumidores, sino también de los proveedores profesionales de bienes y servicios que no acuden a ese tipo de prácticas desleales” (14).

En este sentido, resulta llamativa la falta de inclusión de la publicidad engañosa como uno de los supuestos particulares considerados desleales y enumerados en el art. 10 del DNU 274. Entendemos que el motivo es que dicha técnica publicitaria quedaría subsumida en el inc. a) (15) referido a actos de engaño, ya que estos comprenden especialmente la publicidad engañosa (16), pudiendo por medio de esta obtener, mantener o incrementar objetivamente una posición de mercado. Asimismo, también podría quedar comprendida dentro del inc. b) relativo a actos de confusión, ya que a través de ella se podría “inducir a error respecto del origen de los bienes” publicitados.

Es también apreciable la falta de inclusión en el DNU 274 de una definición de publicidad encubierta tal como se hizo en la disp. 4980/2005,

(14) STIGLITZ, Rubén S., “Lealtad comercial, prácticas comerciales abusivas y publicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Especial del Nuevo Código Civil y Comercial, La Ley, Buenos Aires, 2014; LL Online: AR/DOC/3842/2014.

(15) El cual establece que “se consideran actos de competencia desleal, los siguientes: a) actos de engaño: Inducir a error sobre la existencia o naturaleza, modo de fabricación o distribución, características principales, pureza, mezcla, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o compra, disponibilidad, resultados que pueden esperarse de su utilización y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que correspondan a los bienes y servicios”.

(16) TAJAN, Guillermina, “Publicidad engañosa como acto de competencia desleal”, en Vítolo, Daniel (dir.), *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, nro. 1, año 5, Legis, Buenos Aires, 2014, p. 17.

entendiendo que dicha falta responde a que tal técnica publicitaria puede ser considerada como una “hipótesis particular de publicidad engañosa” (17). Tampoco fueron incluidas en el DNU 274 las otras modalidades de publicidad que se encuentran prohibidas por la disp. 4980/2005, por ejemplo, la indirecta y la subliminal, la cual —además— se encuentra prohibida por el art. 81 de la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual.

A efectos de subsanar las omisiones mencionadas —y en sentido similar a lo dispuesto por la ley de competencia desleal española (18)— hubiese sido razonable y práctico que en el DNU 274 se incluyera una previsión mediante la cual se reputara de desleal a toda publicidad considerada ilícita por la misma, o por otras normas.

Otra posibilidad —por lo menos para enmendar algunas de estas carencias— hubiese sido incluir en el art. 10 del DNU una definición similar a la de “publicidad desleal” contenida en la disp. 4980/2005, la cual considera que es “la que trata de provocar descrédito, denigración o menosprecio, (...) de inducir a la confusión entre diferentes productos o marcas, menciona a otras empresas en forma injustificada o compara en forma abusiva no apoyándose en características esenciales, afines y objetivamente demostrables”. Si bien la definición de publicidad desleal contenida en tal disposición no es del todo completa y parece estar más asociada a la publicidad comparativa ilícita; una definición amplia y abarcativa hubiese resuelto la falta de inclusión de distintos tipos de publicidad prohibida.

Sin perjuicio de lo expuesto —en materia de medicamentos— las omisiones mencionadas no resultan graves, ya que el incumplimiento de cualquiera de las exigencias y requisitos incluidos en la ley 16.463, res. 20/2005, disp. 4980/2005 o cualquier otra norma sanitaria

(17) SAHIÁN, José H., “Novedosa regulación de la competencia desleal en el decreto 274/2019 de Lealtad Comercial”, LL edición especial, decreto de Lealtad Comercial del 22/5/2019.

(18) La cual en su art. 18 establece que “la publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal”.

—en tanto sea en desmedro de un competidor— se consideraría desleal bajo lo dispuesto por el inc. c) del art. 10 del DNU 274, el cual reputa de tal modo a la “ventaja derivada de competir mediante el incumplimiento de normas”. En este orden de ideas —ante tal supuesto— se podría eventualmente imponer una doble sanción, tal como veremos en el apart. V. Por supuesto que en este caso necesariamente se deberá debatir y definir si para sancionar por violación al inc. c), es necesario contar con una sentencia firme que declare el incumplimiento de otras normas o bastará con la simple acreditación por el competidor lesionado.

A modo de cierre de este subapartado —si bien ya lo hemos aclarado— resulta importante reiterar que, en materia de publicidad de medicamentos de venta libre, las prohibiciones contenidas en la disp. 4980/2005 se complementan por las incluidas en el reciente DNU 274, debiendo considerarse adicionalmente lo dispuesto por art. 42 de la CN, el art. 1101 del Cód. Civil, el art. 10 bis, tercer párrafo del Convenio de París y —en determinadas circunstancias— el art. 159 del Cód. Penal.

### III.2. Autorregulación

Debemos referirnos también en este apartado a la autorregulación en materia publicitaria y de medicamentos. En este sentido debemos recordar que los arts. 11 y 12 del Código de Ética y Autorregulación Publicitaria del Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONARP)<sup>(19)</sup> prohíben la publicidad engañosa, siendo sus previsiones aplicables a cualquier producto, incluyendo medicamentos de venta libre. Por su parte —y en lo que al rubro farmacéutico específicamente se refiere— el Código de Buenas Prácticas Publicitarias de la Cámara Argentina de Productores de Medicamentos de Venta Libre (CAPEMVeL) en su art. 11 prohibía la publicidad engañosa, al igual que lo hacía el capítulo VI del Código de Ética Empresarial de la Cámara Industrial de Laboratorios Farma-

céuticos Argentinos (CILFA). Es también importante mencionar que si bien el Código de Buenas Prácticas de Promoción de Especialidades Medicinales e Interrelación con los Profesionales de la Salud de la Cámara Argentina de Especialidades Medicinales (CAEMe) no regula la publicidad de medicamentos de venta libre enfocada al público en general, al referirse a la promoción de medicamentos dirigida a profesionales de la salud, exige que la “información sobre las especialidades medicinales sea exacta y no engañosa, precisa, equilibrada, honesta y objetiva”.

### III.3. Jurisprudencia

En lo referente a antecedentes jurisprudenciales de la industria farmacéutica, es destacable mencionar que en los últimos años la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (en adelante, la “CNFed. Contenciosoadministrativo”), ha confirmado multas impuestas por la Dirección Nacional de Comercio Interior (en adelante la “DNCI”) por casos de publicidades engañosas de medicamentos.

Vale la pena mencionar el caso por el cual se sancionó a un laboratorio por la realización de una campaña publicitaria de un conocido medicamento de venta libre en la cual se utilizaba la frase “gripe” reprochándose la conducta toda vez que la palabra utilizada no propendía a la utilización adecuada del producto y lo presentaba en forma engañosa o equívoca, brindando información que no era veraz, precisa y clara. En tal caso se sancionó al laboratorio porque la campaña publicitaria fue conducida en nuestro país durante la pandemia de gripe H1 N1, también conocida como “gripe porcina”, y porque el producto era un analgésico, antifebril y descongestivo, no indicado para la “gripe”, según surgía del propio prospecto<sup>(20)</sup>.

Por su parte, también debemos señalar el caso en el que la CNFed. Contenciosoadministrativo confirmó una multa impuesta por la DNCI por la realización de un anuncio de una

(19) Los cuales establecen que “la publicidad debe ser veraz y evitar todo engaño [...] y ningún mensaje, directa o indirectamente, puede contener descripciones, imágenes o textos que contribuyan a confundir al público o hacerle creer que el producto que publicita hace algo que no está dentro de sus posibilidades [...]”.

(20) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, 15/3/2012, “Sidus SA c. DNCI - Disp. N° 790/10 (expte. SOI: 281226/09), expte. 1028/11, LLOnline: AR/JUR/8290/2012.



reconocida marca de “ácido hialurónico” (21) en el diario *La Nación*, en el cual se utilizaron frases como “ayuda a combatir las arrugas y revierte los signos de envejecimiento de la piel”, “en un período de 3 a 5 semanas tendrá una piel más tersa, más luminosa y con menos arrugas” y “revertir los signos de envejecimiento en la piel”, considerándose que estas inducían a error, engaño o confusión.

El sustento sobre el cual se basó tal pronunciamiento es que indudablemente tales frases le atribuían al producto propiedades que no estaban reconocidas ni autorizadas por la ANMAT, por cuanto en su prospecto solo se indicaba que “su uso ayuda a hidratar y mejorar la elasticidad de la piel”.

Si bien en ambos casos la DNCI impuso multas, las cuales fueron luego confirmadas por la CNFed. Contenciosoadministrativo —en materia de medicamentos— hoy en día dichas sanciones no pareciera que prosperarían en virtud de lo dispuesto por el art. 13 del DNU 274, así como también por el cambio de postura que ha adoptado la CNFed. Contenciosoadministrativo, circunstancia que analizaremos en detalle más adelante.

Pasemos ahora a estudiar el tratamiento de la publicidad comparativa en el DNU 274 y los puntos de contacto con la normativa específica en relación a la publicidad de medicamentos.

#### **IV. Publicidad comparativa: su tratamiento en las normas de la ANMAT, la autorregulación y el DNU 274**

Se han escrito interminables trabajos sobre la publicidad comparativa, no siendo el propósito de este trabajo realizar un análisis pormenorizado de dicha técnica publicitaria. En este apartado solamente nos limitaremos a examinar lo dispuesto por el DNU 274 y por las normas específicas de ANMAT en la materia. Asimismo, veremos las disposiciones contenidas en los códigos de autorregulación publicitaria y también de la industria farmacéutica.

Es importante señalar que la inclusión expresa de la publicidad comparativa en el DNU 274 parece resultar novedosa y conteste con el amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinario que tenía en nuestro país. Sin embargo —el relativo a la publicidad de medicamentos— el asunto no parece resultar del todo innovador, toda vez que la disp. 4980/2005, ya incluía específicas provisiones con respecto a lo que la norma denomina “mensajes comparativos”.

En tal sentido, el punto 10 del anexo 2 de la disp. 4980/2005 los regula especialmente, incluyendo una serie de lineamientos y prohibiciones que se encuentran en consonancia con lo sostenido por nuestros tribunales a lo largo de los años, así como por lo dispuesto en el art. 1101 del Cód. Civ. y Com. (22), pero tratándolos con mayor especificidad.

Es destacable indicar que los incs. a) a e) del citado punto 10 coinciden —literalmente— con lo dispuesto por el art. 20 del “Código de Ética y Autorregulación Publicitaria” (23) del CONARP, el cual data del año 2002. En este se consigna que los mensajes comparativos no deben (i) crear confusión con la comparación; (ii) poner en ridículo o denigrar al otro producto; (iii) deformar la imagen de otros productos; (iv) atentar contra el buen nombre o prestigio de terceros y (v) intentar crear una situación de rechazo hacia los productos de la competencia o sus usuarios. Lo establecido por la disp. 4980/2005 en lo que a mensajes o publicidad comparativa se refiere, indudablemente fue tomado expresamente del Código mencionado, toda vez que la norma bajo estudio es temporalmente posterior. Adicionalmente, el punto 10 del anexo 2 agrega que en los mensajes comparativos no se pueden “mencionar principios activos no contenidos en el producto publicitado (...) ni posibles efectos adversos o colaterales de principios activos no contenidos en el producto publicitado” (24), prohibiendo de este modo la publicidad comparativa engañosa.

(22) El cual establece que “está prohibida toda publicidad que (...) b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor”.

(23) Consultado en <http://www.conarp.org.ar> (2019).

(24) Punto 10.f) y 10.g) del anexo 2.

(21) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, 12/4/2016, “Microsules Argentina SA de SCIIA c. DNCI s/ ley 22.802, art. 9º”. Consultado en [www.microjuris.com](http://www.microjuris.com).

Tal como hemos sostenido en un trabajo anterior, “es incuestionable que la violación a las disposiciones contenidas en el punto 10 implican un acto desleal para con el potencial paciente al verse atentada su libertad de elección, pero, primordialmente, revisten la calidad de desleales hacia los competidores, toda vez que por medio de estas se busca “desplazar al competidor y restarle clientela” (25) a través de actos que son “contrarios a la buena fe y usos comerciales”. En igual dirección se inclina el DNU 274, considerando —entre otros— como desleal a la “explotación indebida de la reputación ajena”, y también a la publicidad comparativa que no cumpla con los requisitos exigidos por el art. 15 de dicho cuerpo legal, tal como veremos seguidamente.

En tal sentido, el DNU 274 establece que se considerará publicidad comparativa a aquella que “aluda explícita o implícitamente a un competidor, o a su marca, o a los productos o servicios ofrecidos por él”, encontrándose permitida en tanto cumpla con la totalidad de las condiciones que resultan del citado artículo. En ese orden de ideas —a efectos de que la misma sea reputada como lícita— los incs. a) a g) exigen que la misma: (i) no induzca a error, engaño o confusión, entre el anunciante y un competidor, o entre los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor; (ii) compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad, y que dicha comparación se realice en forma objetiva, entre una o más características esenciales, pertinentes, representativas y comprobables de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio; (iii) tenga como finalidad informar las ventajas de los bienes o servicios publicitados; (iv) no se utilice para desacreditar ni denigrar los derechos de propiedad intelectual e industrial o circunstancias de algún competidor; (v) no sea tendiente a obtener indebidamente ventaja de la reputación de una marca de algún competidor o de las denominaciones de origen de bienes de algún competidor; (vi) no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca

(25) TAJÁN, Guillermina (2004), “La publicidad comparativa en el Régimen Legal Argentino”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, nro. 19, p. 48. Consultado en <http://ec.europa.eu/competition>.

o un nombre comercial protegidos; y (vii) en el supuesto de bienes amparados por una denominación de origen, indicación geográfica o denominación específica, compare bienes de la misma denominación.

Cómo podemos apreciar, las previsiones contenidas en la disp. 4980/2005 y en el reciente DNU 274 son coincidentes en varios aspectos, sirviendo esta última norma para complementar —en la materia que nos ocupa— lo que ya se había establecido en la normativa de ANMAT.

En tal sentido, y si bien las previsiones sobre publicidad comparativa del DNU 274 fueron tomadas casi literalmente de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (26), observamos que en la nueva norma —además de lo ya contenido en la disp. 4980/2005— se exige que la comparación se realice sobre “parámetros objetivos, cotejando las características esenciales representativas pertinentes, de los productos o servicios en pugna” (27) y que esta tenga como finalidad destacar las ventajas de los bienes o servicios publicitados, entre otros.

Tales recaudos no fueron oportunamente incluidos en la disp. 4980/2005, pero su reciente incorporación en el DNU 274 subsana la carencia de aquella y resulta, en cierto modo, auspiciosa en materia de comparación. Es destacable mencionar que tales puntos, coinciden también con el art. 20 del ya citado Código del CONARP, que si bien no se trata de normativa de carácter imperativo (...) fue de gran utilidad a la hora de realizar una interpretación del sistema legal, puesto que recepta los conceptos que los mismos publicistas y anunciantes consideran éticos (28).

(26) Consultada en junio de 2019, en <https://www.boe.es/doue/2006/376/L00021-00027.pdf>.

(27) DEL PINO, Miguel - PERUZZOTTI, Mariano, “Nuevo régimen de lealtad comercial en Argentina”, LL edición especial, decreto de Lealtad Comercial del 22/5/2019. Citando a la CNCrim. y Correc. sala I, 7/8/2003, “Casa Isenbeck”; CNFed. Civ. y Com., sala I, 8/9/2011, “Laboratorio Bagó SA c. Bristol Myers Squibb Argentina SRL y otros”.

(28) BERTAZZI, Juan C., “Publicidad comparativa en la nueva legislación de Defensa de la Competencia. Interpretación y juego de normas”, LL edición especial, decreto de Lealtad Comercial del 22/5/2019.

Como hemos adelantado, el incumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 15, torna en desleal a la publicidad comparativa, tal como lo dispone el inc. m) del art. 10 del DNU 274. En este punto es importante detenerse, ya que, más allá de lo establecido por tal inciso, muchas de las otras conductas particulares enunciadas en el art. 10, son, a su vez, las consecuencias naturales de la publicidad comparativa reputada desleal. A modo de ejemplo, aquella que no cumpliera con alguna de las condiciones exigidas, podría hacerla encuadrar dentro de los actos de engaño del inc. a), los de confusión del inc. b), los de denigración del inc. i), o generar la explotación indebida de la reputación ajena a la que se refiere el inc. g), tal como mencionamos líneas arriba. Por tal motivo, las exigencias contenidas el art. 15 pueden resultar redundantes, ya que “se repiten conceptos que ya son parte de conductas prohibidas *per se*” (29).

Por su parte, respecto de la autorregulación específica de la industria farmacéutica es importante destacar que el Código de CAPEMVeL también incluía previsiones con respecto a la publicidad comparativa, las cuales coinciden literalmente con lo dispuesto por el Código del CONARP y con los incs. a) a e) de la disp. 4980/2005.

Finalmente, tal como hemos indicado en el apartado anterior, si bien el Código de CAEMe no regula la publicidad de medicamentos de venta libre dirigida al público en general, al referirse a la promoción de medicamentos dirigida a profesionales de la salud, exige que —en caso de realizarse por medio de comparaciones— la misma se sustente “en estudios científicos y en las cualidades del medicamento y no en las debilidades de los competidores”, agregando que “la comparación será aceptable siempre que sea objetiva, veraz y no contenga afirmaciones que afecten el buen nombre de terceros”, debiendo realizarse sobre “productos análogos o comparables y tener respaldo científico en una publicación”.

Como podemos apreciar, el DNU 274 recepta positivamente las ideas y exigencias de la normativa extranjera y se encuentra alineada con

las previsiones de la normativa de la ANMAT y los códigos de autorregulación.

Habiendo analizado aquellas cuestiones atinentes a los requisitos y prohibiciones en materia de publicidad, continuaremos estudiando las previsiones relativas a la autoridad de aplicación, fiscalización y sanciones para casos de incumplimiento.

## V. Autoridad de aplicación, fiscalización y sanciones

### V.1. Autoridad de aplicación en materia de publicidad de medicamentos

Si bien el art. 26 del DNU 274 establece que la autoridad de aplicación del mismo será la Secretaría de Comercio Interior (30), el art. 13 prescribe que las investigaciones, instrucciones de sumarios o sanciones vinculadas a publicidades que se encuentren reguladas por organismos con competencia específica en la materia, excluye la intervención de la autoridad de aplicación, quien deberá remitir las actuaciones a dichos organismos.

La técnica legislativa utilizada resulta ciertamente deficiente, pero el espíritu del artículo es claro. En tal sentido —de conformidad con lo establecido por el art. 3º de la res. 20/2005— en materia de publicidad de medicamentos, la autoridad de aplicación es la ANMAT.

Previo al dictado del DNU 274, existía en la materia cierta confusión de hecho respecto del órgano que tenía competencia para resolver cuestiones vinculadas a la publicidad de tales productos. El asunto no era menor, toda vez que la falta de claridad podía generar que se concediera “prioridad normativa a normas reglamentarias (...) afectando el principio de supremacía previsto en el art. 31 de la Constitución Nacional” (31). Sin embargo, la incorporación de la previsión contenida en el art. 13 del DNU 274 resulta palmaria y es coincidente con los últi-

(30) Y dentro de dicha Secretaría de Comercio, la Dirección de Lealtad Comercial, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1º de la res. SCI 248/2019.

(31) Ver voto en disidencia del Dr. Carlos Rosenkrantz. CS, 6/11/2018, “Goodtimes Group SA c. DNCI s/lealtad comercial - ley 22.802 - art. 22”, LL del 16/11/2018.

(29) Ídem.

mos precedentes jurisprudenciales en materia de publicidad de especialidades medicinales.

En tal orden de ideas —como anticipamos en el apart. III.3— en un reciente caso de publicidad engañosa de medicamentos, la sala III de la CNFed. Contenciosoadministrativo declaró la nulidad de una multa impuesta por la DNCI, sosteniendo que dicho organismo carecía de competencia para expedirse en tal sentido, exigiendo que se remitieran las actuaciones a la ANMAT a fin de que tomara debida intervención, de acuerdo con su específica competencia (32). En igual sentido se han inclinado nuestros tribunales en los últimos casos de publicidades de suplementos dietarios, alimentos y otros productos regulados.

Habiéndonos referido a la autoridad de aplicación, resulta necesario revisar los aspectos vinculados a la fiscalización de publicidades de especialidades medicinales.

## V.2. Fiscalización de publicidades

En primer término, debemos señalar que el DNU 274 incorpora una previsión que no se encontraba contenida en la derogada ley 22.802. En forma novedosa, establece en su art. 12 que no se podrá requerir autorización o supervisión previa a la difusión de publicidades, pudiendo solamente fiscalizarse aquellas que hayan sido efectivamente difundidas. De este modo el DNU 274, prohíbe la fiscalización *ex ante*, estableciendo un régimen de fiscalización *a posteriori*, el cual se encuentra alineado con las previsiones contenidas en la res. 20/2005, la cual en su art. 2º establece que “toda publicidad o propaganda dirigida al público (...) estará sujeta a la fiscalización posterior a su difusión, de acuerdo al sistema que la ANMAT oportunamente establezca (...)”.

Dentro de la ANMAT es el “Programa de Monitoreo y Fiscalización de Publicidad y Promoción de Productos Sujetos a Vigilancia Sanitaria” (33) quien no solo tiene a su cargo el con-

trol sobre las publicidades de medicamentos de venta libre, sino que también lo tiene sobre aquellas especialidades medicinales de venta bajo receta (34) cuya promoción esté dirigida exclusivamente a profesionales de la salud.

En virtud de tales funciones y con el propósito de ejercer una fiscalización más efectiva, en el año 2015 la ANMAT dictó la disp. 6516/2015, la cual originalmente había sido concebida con la finalidad de imponer un mecanismo de notificaciones posteriores de tales publicidades y promociones. Su intención duró poco, ya que, tiempo después —y con un cambio de administrador de la ANMAT entremedio— se sancionó la disp. 9660/2016, la cual dejó sin efecto el sistema de notificación de publicidad de medicamentos de venta libre dirigida al público en general (35), manteniéndose dicho sistema solamente para promociones dirigidas a profesionales de la salud. Adicionalmente, por medio de la disp. 9660/2016 se estableció la utilización de “un sistema automatizado de captación en tiempo real” para la fiscalización de publicidades de medicamentos de venta libre dirigidas al público en general.

No es objeto del presente trabajo profundizar respecto de las bondades o errores que resultan de tales normas o de los sistemas por ellas previstas, por lo tanto, solo nos limitaremos a indicar que ambas disposiciones se encuentran actualmente vigentes y son las que regulan los aspectos administrativos y procedimentales del control publicitario ejercido por la ANMAT.

Resulta también importante destacar que si bien es cierto que el control *ex ante* “podría

(34) Tiene también dentro de sus funciones las de realizar notificaciones a los responsables de las publicidades que se considerasen emitidas en infracción a la normativa, emitir informes técnicos a fin de que se ordene la iniciación de sumarios, y fomentar la integración e interacción con otros organismos gubernamentales, no gubernamentales e instituciones educativas, para el monitoreo de piezas publicitarias.

(35) Lamentablemente la ANMAT incurrió en un minúsculo error al dejar sin efecto el art. 1º de la disp. 6516/2015, ya que no ajustó en consonancia el anexo I de la misma, el cual hoy en día incluye a modo de ejemplo, medios publicitarios de difusión como la “televisión” y “radio” que sin duda alcanzan a la población en general.

(32) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, 26/12/2018, “Genomma Laboratories Argentina SA c. DNCI s/lealtad comercial - ley 22.802 - art. 22”, LL del 4/2/2019.

(33) Creado en el 2011 por medio de la disposición ANMAT 2845/2011.

constituir una afectación a garantías constitucionales como la libertad de expresión” (36), en materia de publicidad de medicamentos el asunto requiere un análisis profundo y reflexivo, toda vez que en la misma se encuentran involucrados —de manera directa o indirecta— la salud pública y el derecho a la salud.

A modo de cierre del presente apartado, es necesario estudiar los aspectos relativos a las sanciones previstas en el DNU 274 y su vinculación con la normativa de salud objeto de análisis.

### V.3. Sanciones de la ley 16.463 y el DNU 274

El art. 57 del DNU 274 incluye un inventario de sanciones las cuales se encuentran alineadas con la derogada ley 22.802 y resultarán de aplicación en caso de violación a las previsiones de la nueva norma. En tal sentido, se mantienen la suspensión del Registro Nacional de Proveedores del Estado por hasta cinco años; la pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales; y la clausura del establecimiento por un plazo de hasta treinta días; agregándose la sanción de apercibimiento, y actualizando sustancialmente el monto de las multas que se preveían anteriormente, pasando así de un monto máximo de \$ 5.000.000 a los \$ 200.000.000 (37). Indiscutiblemente la actualización de dicho monto es auspiciosa, refleja los vaivenes económicos de la Argentina y también sirve para tratar de desincentivar actos de competencia desleal. Adicionalmente a las sanciones mencionadas, en caso de incumplimientos en materia de publicidad, el DNU 274 agregó la sanción de rectificación de la publicidad, cuyo costo, claramente, estará a cargo del infractor.

Ahora bien, el régimen sancionatorio para supuestos de publicidades de medicamentos es diferente y está basado en las sanciones contempladas por la ley 16.463 y el dec. 341/1992 (38), es decir: apercibimiento, multas de entre \$ 1.000 y \$ 1.000.000, suspensión

(36) DEL PINO, Miguel - PERUZZOTTI, Mariano, “Nuevo régimen de lealtad comercial...”, cit.

(37) El art. 57 fija el monto en función de unidades móviles, cuyo valor se actualiza periódicamente.

(38) De emergencia sanitaria, mediante el cual se unificaron las sanciones pecuniarias a aplicar a las infracciones cometidas contra normas sanitarias.

o inhabilitación en el ejercicio de la actividad o profesión del Director Técnico del laboratorio (39) e inclusive la cancelación de la autorización para vender y elaborar medicamentos.

Cómo vimos líneas arriba, en función de lo dispuesto por los más recientes precedentes jurisprudenciales y por el art. 13 del DNU 274, las “sanciones vinculadas a publicidades (...) reguladas por organismos con competencia específica en la materia” excluye a la Secretaría de Comercio Interior como autoridad de aplicación. En ese orden de ideas, la ANMAT es la que “está facultada para determinar si [se] viola o no el régimen específico que rige en la materia y, en su caso, aplicar las sanciones que estime pertinentes” (40). Por tal motivo es que, en caso de publicidad engañosa, comparativa ilícita de medicamentos u otras técnicas publicitarias prohibidas, se aplicarán las sanciones previstas en la ley de medicamentos y el dec. 341/1992, y no las contempladas en el nuevo DNU 274. En este punto es interesante recalcar que —por cuestiones temporales y económicas (41)— la multa pecuniaria prevista por el dec. 341/1992 es por demás baja y no funciona como desincentivo para que los laboratorios eviten la utilización de las modalidades publicitarias prohibidas. También resulta interesante traer a colación lo dispuesto por el art. 7º del DNU 274, el cual, al referirse a la concurrencia de figuras, establece que un acto podrá ser sancionado como de competencia desleal bajo lo dispuesto en tal norma, sin perjuicio de las sanciones establecidas en otras. En tal sentido, debemos plantearnos la posibilidad de que la ANMAT sancione a un la-

(39) En este punto es necesario señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que los Directores Técnicos solamente pueden ser sancionados en tanto y en cuanto hayan participado o tomado conocimiento de la publicidad que vulnera nuestro ordenamiento, y no en aquellos supuestos en los que se acredite que estas fueron ordenadas por áreas del laboratorio distintas a la Dirección Técnica. Ver consid. 7º de la sentencia del 20/11/2001, “Abbott Laboratories Argentina SA s/infracción ley 16.463”. CS, Fallos: 324:3940. Consultado en [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar).

(40) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, 26/12/2018, “Genomma Laboratories Argentina SA c. DNCI s/lealtad comercial - ley 22.802 - art. 22”, cit.

(41) El dec. 341 es del año 1992, momento en el que un 1.000.000 de pesos eran equivalentes a 1.000.000 de dólares estadounidenses.

boratorio por alguno de los tipos de publicidad prohibida por la disp. 4980/2005, y que posteriormente la Secretaría de Comercio —por medio de la Dirección de Lealtad Comercial— lo haga porque la consecuencia de la publicidad encuadra dentro de algunos de los casos particulares enunciados en el art. 10 del DNU 274, tal como vimos en el apart. III y V. En este punto es necesario aclarar que, en el caso de duplicidad de multas, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 20 de la res. SCI 248/2019, y a efectos de no provocar una punición excesiva o irrazonable “se considerará el monto de las condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles, ya aplicado por infracción a otras leyes aplicables respecto de ese mismo hecho”. Dicha previsión indudablemente resulta prudente y tendiente a evitar sanciones exageradas y sobrebundantes, las cuales pueden perjudicar gravemente al incumplidor.

## VI. Conclusiones

Si bien el DNU 274 ha ordenado y sistematizado de manera correcta aquellas conductas desleales que se encontraban dispersas en diversas normas y que surgían de los antecedentes de nuestros tribunales, creemos que en materia de publicidad se podrían haber desarrollado en profundidad algunos aspectos. Indudablemente su dictado resulta auspicioso e innovador desde varias perspectivas, sin embargo, no termina de serlo en materia de publicidad.

En tal sentido —y si bien su tratamiento tal vez no sea técnicamente destacable— es apreciable la incorporación del tratamiento de la publicidad comparativa, así como el mantenimiento de la prohibición de publicidad engañosa. En lo referido a la primera de ellas, resultan positivas las recepciones de lo dispuesto por los códigos de autorregulación, normas europeas y nuestra jurisprudencia, plasmando tales contenidos en una norma positiva.

En lo relativo a la engañosa, resulta prudente su mantenimiento, pero hubiese sido razonable que se incluyeran expresas prohibiciones en materia publicitaria, similares a las conteni-

das en la disp. 4980/2005 o, en su defecto, una cláusula general que reputara de desleal a toda publicidad ilícita, en términos semejantes a la ley de competencia desleal española. De este modo se evitaría recurrir a otros supuestos más amplios enunciados en el art. 10 del DNU 274, por ejemplo, obtener ventajas derivadas de competir mediante el incumplimiento de normas o la explotación indebida de la reputación ajena.

Específicamente en materia de medicamentos, las normas incluidas en el DNU 274 permiten efectivamente complementar lo dispuesto por el régimen especial de publicidad de estos, generándose así una defensa más férrea de la competencia en la industria farmacéutica, así como una garantía adicional para potenciales demandantes de medicamentos.

Por su parte, la exigencia de la intervención de aquellos organismos con competencia específica como la ANMAT parece ser acertada, brindando claridad con respecto a una cuestión que, en la práctica, planteaba diversas interrogantes y posturas encontradas. De igual modo parece positiva la expresa inclusión de un esquema de figuras concurrentes, mediante las cuales tal organismo podrá sancionar en cuestiones vinculadas a publicidad, y posteriormente también lo podrá hacer la Secretaría de Comercio.

Asimismo, es conveniente el mantenimiento de las sanciones previstas y el incremento de los montos de las sanciones de multa; circunstancia que debería tomarse como ejemplo para actualizar los valores de las sanciones establecidas en la ley 16.463 y el dec. 341/1992, a efectos de fortalecer el régimen sancionatorio previsto por tales normas.

Sin dudas las incorporaciones y novedades incorporadas en el DNU 274 tienen como finalidad beneficiar y fortalecer la competencia, aunque —indiscutiblemente— los cuestionamientos e imprecisiones que surgen de su primer análisis serán materia de debate, no solo doctrinal y académico, sino también administrativo y judicial.

# El nuevo régimen de certámenes, sorteos y concursos (promociones)

---

HERNÁN CASARES (\*)

## I. Antecedentes normativos

Con fecha 17 de abril de 2019 se dictó el dec. 274/2019 (DNU-2019-274-APN-PTE), reglamentado parcialmente por la res. 248/2019 (RESOL-2019-248-APN-SCI#MPYT), el cual, entre otras cosas, derogó la ley 22.802 (“Ley de Lealtad Comercial”).

La Ley de Lealtad Comercial en su art. 10, incs. 1º y 2º, reguló aquello referente a la organización de promociones y concursos. El régimen de promociones y concursos estaba regulado por un conjunto de normas que desarrollaremos a lo largo del presente al igual que los cambios introducidos no solo por el dec. 274/2019 bajo análisis, sino por las distintas resoluciones y decretos que fueron emitidos en el último tiempo, los cuales tuvieron por fin simplificar las obligaciones de información a las que se encontraban sometidos los organizadores de este tipo de promociones y concursos.

Resulta dable destacar que el bien jurídico protegido por la Ley de Lealtad Comercial antes y por el vigente dec. 274/2019 es la lealtad en las relaciones comerciales, que abarca, entre otros, los derechos de los consumidores a una información exhaustiva y clara.

Dichas normas se enmarcan dentro de un sistema global —disposiciones, principios, instituciones e instrumentos de implementación— que tiene su fundamento último en el art. 42 de la CN y la finalidad de, por un lado, garantizar al consumidor una posición de equilibrio en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios y, por el otro, preservar la lealtad en las relaciones comerciales, de manera de evitar que se produzcan desvíos o captación potencial de clientela por medios contrarios a dicha lealtad.

Este marco legal busca evitar que los consumidores, mediante indicaciones poco claras y engañosas, o inexactitudes, sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de productos, mercaderías o en la contratación de servicios, protegiéndose de este modo el derecho de aquellos a una información adecuada, completa y veraz en relación con el consumo. No resulta de más indicar que la publicidad constituye el principal protagonista para la captación de nuevos consumidores. “Las relaciones de mercado han dejado de ser contratos celebrados entre dos sujetos iguales que previo a una negociación arriban a un acuerdo para dar lugar a operaciones masificadas, despersonalizadas y estandarizadas en la que la publicidad es el principal impulso para la contratación. Si en los contratos clásicos el eje fundamental estaba en la regulación del consentimiento, en los contratos de la posmodernidad, el eje estará en la regulación de las prácticas de mercado, entre ellas la publicidad” (1).

---

(\*) Abogado de la Universidad Católica Argentina (2002). Magíster en Derecho y Economía en la Universidad Torcuato Di Tella (2018). Exchange Student - Spring Semester 2008 en Northwestern University (Chicago Illinois). Socio del estudio jurídico Torres, Strauch & Casares (TSC Abogados) desde septiembre de 2017 a la fecha. Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Católica Argentina (2003).

---

(1) BAROCELLI, Sebastián, “La regulación de la publicidad en el Código Civil y Comercial”, *Revista*

La Ley de Lealtad Comercial —hoy derogada— en su art. 10 establecía lo siguiente: “Queda prohibido: a) El ofrecimiento o entrega de premios o regalos en razón directa o indirecta de la compra de mercaderías o la contratación de servicios, cuando dichos premios o regalos estén sujetos a la intervención del azar. b) Promover u organizar concursos, certámenes o sorteos de cualquier naturaleza, en los que la participación esté condicionada en todo o en parte a la adquisición de un producto o a la contratación de un servicio. c) Entregar dinero o bienes a título de rescate de envases, de medios de acondicionamiento, de partes integrantes de ellos o del producto vendido, cuando el valor entregado supere el corriente de los objetos rescatados o el que éstos tengan para quien los recupere”.

Los incs. a) y b) del art. 10 de la Ley de Lealtad Comercial antes indicados no prohibían que la compra de un producto o la contratación de un servicio habiliten a participar de un sorteo, concurso o certamen, sino que su fin último era evitar que la adquisición o contratación sean la *única* forma de poder participar en el sorteo, certamen o concurso y así poder tener chances de ser ganador de los premios ofrecidos.

En definitiva, el fin perseguido por dicho artículo era evitar que la participación en certámenes, concursos y sorteos —todas operatorias en las cuales la elección de los ganadores se encuentra determinada por la intervención del azar— estuviere condicionada total o parcialmente a la adquisición de un producto o contratación de un servicio, desvirtuando la protección de la Ley de Lealtad Comercial al bien jurídico protegido.

### ***1.1. El dec. 1153/1997***

El art. 10 de la Ley de Lealtad Comercial, principalmente en cuanto a los formatos de concursos allí contemplados, fue reglamentado por el dec. 1153/1997, decreto que al mismo tiempo resultó complementado por la res. 89/1998 (de la ex Secretaría de Industria, Comercio y Minería).

En sus considerandos dicho decreto indicaba que el art. 10 de la Ley de Lealtad Comercial prohibía, en sus distintos incisos, las prácticas promocionales que incluían la realización de concursos, certámenes o sorteos para la adjudicación de premios. Además, indicaba que se requería precisar los alcances de dicha norma con el fin de evitar que se eluda la participación gratuita en los concursos, certámenes o sorteos para la adjudicación de premios. El decreto estableció las pautas para garantizar la forma gratuita de participación para aquellos casos que no se encuentren expresamente encuadrados en las prohibiciones de los incs. a), b) y c) del art. 10 de la Ley de Lealtad Comercial. Además, estableció la información que debían contener las bases y condiciones (los términos de participación en las operatorias promocionales) relativas a las características de los premios y la probabilidad de acceder a ellos, así como el acabado conocimiento de las condiciones de participación. Dichas condiciones se encontraban estrictamente relacionadas con la participación masiva en este tipo de concursos, sorteos y certámenes.

El dec. 1153/1997 dispuso en su art. 1º las obligaciones para aquellos organizadores de concursos, certámenes o sorteos conforme lo establecido por el art. 10 de la Ley de Lealtad Comercial. A ese fin exigió: a) que se dispusiera la entrega gratuita del elemento requerido para la participación (cupón, envase, etc.) en al menos un local ubicado en cada ciudad capital de provincia y en cada ciudad de población mayor de cincuenta mil (50.000) habitantes situada en la región alcanzada por la promoción, b) que dicha entrega se efectuara en los locales citados durante al menos cuatro (4) horas continuadas, diurnas y diarias, en los días hábiles que abarque la promoción, c) que una lista completa de los domicilios de los locales mencionados sea exhibida en cada lugar de venta del producto o servicio promocionado, en la respectiva jurisdicción, en forma destacada y fácilmente visible para el consumidor, y d) que en cada mensaje publicitario que difunda la promoción se incluyan las expresiones: “Sin obligación de compra” y “Consulte en los locales de venta” en forma destacada y fácilmente visible y/o audible para el consumidor.

*de Derecho del Consumidor*, nro. 1, noviembre 2016, IJ-CCXI-180.



La jurisprudencia ha confirmado que, en la medida que se respeten las obligaciones respecto a indicar el carácter sin obligación de compra de la operatoria promocional y dónde consultar las bases y condiciones, no existe infracción al marco general (2). Por el contrario, el no respeto a dicha normativa conllevó la imposición de sanciones (3).

Además, dicho decreto estableció obligaciones adicionales para quienes organizaran o promovieran concursos, certámenes, sorteos o mecanismos similares de cualquier naturaleza, con el objeto de promocionar la venta de bienes y/o la contratación de servicios, a saber: a) en cada local de venta del producto o servicio promocionado se debía exhibir, en forma destacada y fácilmente visible para el consumidor, la siguiente información: I) nómina completa de premios a adjudicar, indicando la cantidad de cada uno de ellos y la especificación de su calidad o modelo, si correspondiere, II) probabilidad matemática de adjudicación de los premios, en caso de que los mecanismos adoptados permitan conocerla y, de no ser posible, al menos una estimación de esta, III) gastos que pudieren resultar al beneficiario de la adjudicación de los premios, IV) fecha de inicio y finalización de la promoción y su alcance geográfico, V) requisitos completos para la participación, VI) mecanismo detallado de adjudicación de los premios, VII) procedimientos o medios de difusión a través de los cuales se comunicará la adjudicación de los premios, VIII) lugar y fecha de entrega de los premios, IX) destino previsto para los premios no adjudicados.

Además, dispuso las obligaciones respecto a la comunicación. A partir de ello, en cada pieza publicitaria se debía incluir, de manera que resulte fácilmente comprensible para el consumidor: I) nómina completa de premios a adjudicar, indicando la cantidad de cada uno de ellos y la especificación de su calidad o modelo, si correspondiere, II) fecha de inicio y finalización de la promoción y su alcance geográfico,

(2) CNPenal Económico, sala A, 15/9/2006, “Establecimientos Las Marías SACIFIA”, LL Online, AR/JUR/10801/2006.

(3) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, 17/4/2018, “Bagley Argentina SA c. DNCI s/lealtad comercial - Ley 22.802 - Art. 22”.

III) requisitos completos para la participación o indicación precisa del modo de acceder a ellos.

Asimismo, dispuso que dentro de un plazo no mayor de diez (10) días hábiles de finalizada la promoción, a través de medios de difusión de alcance idéntico al de los utilizados para la divulgación de aquella, se debía informar la nómina de ganadores de los premios y el destino que se había dado a los premios no adjudicados.

Entre otros deberes, dispuso la obligación de no dar por finalizada la promoción antes de la fecha prevista de terminación sin haber adjudicado la totalidad de los premios ofrecidos y haberles dado el destino previsto a los no adjudicados.

En definitiva, el decreto dispuso pautas precisas que debían ser cumplidas en el marco de la organización y difusión de una operatoria promocional de este tipo.

## 1.2. La res. 89/1998

Por su parte, la res. 89/1998 estableció que se darían por cumplidas las obligaciones establecidas por el art. 1º, incs. a), b) y c), del dec. 1153/1997 —antes desarrollado— cuando el organizador de la promoción acreditare haber dispuesto medios alternativos que faciliten a un mayor número de interesados la participación en esta, sin obligación de compra del producto o contratación del servicio promocionado. A fin de considerar cumplida la norma se exigía: a) incrementar la cobertura geográfica establecida por el decreto citado y b) duplicar por lo menos el horario de atención fijado por dicho decreto, dentro del área y por el período abarcado por la promoción. Se exigía que la mención del o los medios alternativos elegidos formaran parte de la información obligatoria requerida por el decreto aludido.

Una de las novedades de esta resolución fue disponer la obligación a los organizadores de este tipo de certámenes de asegurar a quienes participaren a través del procedimiento *sin obligación de compra* las mismas probabilidades de acceder a los premios ofrecidos que aquellos que participaran mediante la compra del producto o servicio promocionado. Es decir, a quien no adquiriera el producto o

servicio se le debía garantizar su participación gratuita y que dicho participante tuviera las mismas chances (oportunidades) de ganar cualesquiera de los premios que aquellos participantes que hubieren adquirido producto o servicio.

Las exigencias establecidas por el art. 1º, incs. a), b) y c), del dec. 1153/1997 alcanzaron exclusivamente a todos aquellos concursos, certámenes o sorteos en los que para la participación gratuita resultaren necesarias partes de envases o elementos que se comercialicen o entreguen juntamente con el producto promocionado. La res. 89/1998 dispuso que, cuando el organizador de la promoción no contare con facultades para disponer la exhibición de la información requerida por el art. 2º, inc. a), del decreto citado, se daría por cumplida tal obligación cuando el organizador, a su elección: a) acreditare la entrega del material promocional que la contenga a quienes adquieran el producto en forma directa o a través de sus distribuidores o b) hiciere publicar la información requerida en uno de los dos diarios de mayor circulación en el área alcanzada por la promoción, por lo menos una vez cada cinco (5) semanas de duración de esta. Adicionalmente, estableció que el organizador debía disponer medios de entrega del material que contenga dicha información a todo interesado que la hubiere solicitado por cualquier medio. Asimismo, todas las publicidades destinadas a difundir la promoción debían indicar el modo de obtener de forma clara y precisa la información mencionada.

El fin de las normas analizadas era garantizar no solo esta forma de participación (sin obligación de compra de producto o servicio), sino también el acceso a la información para poder participar y todo aquello referente a este tipo de certámenes.

Toda la normativa en esta materia tiene como fin que se informe a los consumidores de forma clara y precisa los alcances de la promoción, los requisitos de participación y la manera de participar gratuitamente. Así, la jurisprudencia dispuso que la publicidad de un concurso y la difusión de sus bases, condiciones y reglamentos —requisitos completos de participación— deben ser transparentes y reflejar realmente la

oferta (ley 22.802, dec. 1153/1997, res. 89/1998 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería, lealtad comercial), además de exhibirse en forma destacada y fácilmente visible para el consumidor. De lo contrario, el organizador debe asumir las consecuencias(4).

En cuanto a los rótulos de los envases de los productos promocionados, la res. 89/1998 dispuso que se considerarían piezas publicitarias cuando (i) fueran el único medio de difusión de la respectiva promoción, o (ii) cuando existiendo otros, se destinare a la difusión de la promoción más de un cincuenta por ciento (50 %) de su cara principal.

En definitiva, los rótulos de los envases, cumplidos los presupuestos indicados, estaban sujetos a las obligaciones propias de las piezas publicitarias, encontrándose los organizadores obligados a cumplir con el deber de información dispuesto para dichas piezas.

Es dable resaltar que la importancia de contar con un marco normativo claro radica en que las infracciones cometidas en este campo son aquellas denominadas formales, “cometidas por la simple omisión o comisión antijurídica que no precisa ir acompañada de un resultado lesivo”(5). Ello es así, en tanto esta rama del derecho “es un Derecho preventivo en cuanto persigue las infracciones, dado que de éstas es de donde se deducen (o pueden deducirse) ordinariamente los resultados lesivos”(6).

Tal criterio es, por otra parte, el que dimana de precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto señalan que no es exigible la existencia de un perjuicio concreto al consumidor, sino que se incurra en alguna de las conductas descriptas normativamente (Fallos 324:2006), ya que ello revela un accionar culposo. Al revestir el carácter formal, su sola verificación hace nacer por sí la responsabili-

(4) CNCiv., sala F, 30/8/2007, “Martínez, Marisol y otro c. Carrefour Argentina SA s/daños y perjuicios”, ID Infojus: FA 07020156.

(5) NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 349.

(6) *Ibíd.*, p. 350.

dad del infractor (7). Es por ello que la necesidad de contar con un régimen legal claro y susceptible de ser cumplido resulta de vital importancia, tanto para los consumidores, en cuanto objetos de protección, como para los organizadores, en tanto destinatarios de las obligaciones allí establecidas.

### ***I.3. El rol de Lotería Nacional SE en la autorización de las operatorias promocionales***

El marco jurídico que reguló los sorteos, certámenes y concursos alcanzados por las normas antes desarrolladas fue complementado por el dec. 588/1998 y por las resoluciones de Lotería Nacional Sociedad del Estado 157/1998 y 17/2011. Dichas normas establecieron las obligaciones de presentación y autorización para los organizadores de estos, una vez que se dieran los presupuestos que debían reunirse para se encontraran alcanzados por dicho marco legal. Además, establecieron la obligación de completar un proceso de autorización previa. Es decir, el proceso de cumplimiento normativo se duplicó de manera tal, que ya no solamente la autoridad competente dependiente de la *oficina* del órgano que ejerciera las facultades de contralor respecto al cumplimiento de la Ley de Lealtad Comercial tendría competencia *ex post* sobre este tipo de sorteos, certámenes y concursos, sino que además Lotería Nacional Sociedad del Estado tenía la potestad de otorgar o rechazar la autorización para el lanzamiento de este tipo de promociones *ex ante*, con el agravante de tener que contar con una autorización anual previa para poder ser *organizador* de este tipo de sorteos, certámenes y concursos alcanzados por las facultades de contralor de Lotería Nacional Sociedad del Estado. Es decir, los organizadores de este tipo de sorteos, certámenes y concursos se vieron en la obligación de solicitar la autorización —anual— para ser organizadores de dichos sorteos, certámenes y concursos, como requisito previo a poder requerir a Lotería Nacional Sociedad del Estado la autorización de una operatoria promocional en particular. Esa autorización exigía el pago de un canon o derecho, la presentación de docu-

mentos que acreditaran el cumplimiento con la normativa en materia impositiva, de protección de datos personales y la acreditación de su capacidad patrimonial.

Asimismo, dependiendo del estado patrimonial acreditado y/o presentado por el solicitante se modificarían las garantías solicitadas por Lotería Nacional Sociedad del Estado en cada sorteo, certamen y concurso a ser desarrollado durante el año de vigencia de la autorización. El cumplimiento de este tipo de obligaciones claramente aumentaba los costos de transacción y aquellos relativos a la organización de cualquier tipo de promoción. No parece de más recordar los largos plazos que Lotería Nacional Sociedad del Estado tomaba para dictar la autorización anual. La res. 17/2011 indicaba que la Lotería Nacional SE contaba con un plazo de sesenta (60) días hábiles para analizar la fiel verificación del cumplimiento de los requisitos allí establecidos. La normativa exigía que la vigencia temporal de las operatorias promocionales concluyeran con anterioridad al vencimiento de la autorización anual, lo cual en muchos casos exigió una verdadera ingeniería entre las necesidades propias de las marcas y empresas que requerían organizar las promociones y los plazos de vigencia de las autorizaciones anuales otorgadas por Lotería Nacional SE.

## **II. Las modificaciones al régimen legal de los sorteos, certámenes y concursos previo a la derogación de la Ley de Lealtad Comercial**

### ***II.1. El dec. 961/2017***

Con fecha 24 de noviembre de 2017 se dictó el dec. 961/2017, el cual derogó en su totalidad el dec. 1153/1997 antes indicado e instituyó a la Secretaría de Comercio dependiente del Ministerio de Producción como la nueva autoridad de aplicación del nuevo decreto. Publicado en el Bolefín Oficial con fecha 27 de noviembre de 2017, este comenzó a regir a partir del día siguiente.

El dec. 961/2017 dispuso expresamente las obligaciones que debían (y ahora deben) cumplir aquellos organizadores de sorteos, certámenes y concursos.

(7) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala V, 13/7/2017, "Arcos Dorados Argentina SA c. DNCI s/lealtad comercial - Ley 22.802 - Art. 22".

A tales fines, el citado decreto obliga a dichos organizadores a: a) que se disponga la entrega gratuita del elemento requerido para la participación (cupón, envase, etc.) en al menos un local ubicado en cada ciudad capital de provincia y en cada ciudad de población mayor de cincuenta mil (50.000) habitantes situada en la región alcanzada por la promoción; b) que dicha entrega se efectúe en los locales citados durante al menos cuatro (4) horas continuadas, diurnas y diarias, en los días hábiles que abarque la promoción; c) que una lista completa de los domicilios de los locales mencionados sea exhibida en cada lugar de venta del producto o servicio promocionado, en la respectiva jurisdicción, en forma destacada y fácilmente visible para el consumidor.

El decreto analizado en la primera parte de su art. 1º prácticamente transcribe aquello dispuesto por el art. 1º del dec. 1153/1997, eliminando la referencia a las obligaciones indicadas en el inc. 3º del decreto derogado respecto a “que en cada mensaje publicitario que difunda la promoción se incluyan las expresiones: ‘Sin obligación de compra’ y ‘Consulte en los locales de venta’ en forma destacada y fácilmente visible y/o audible para el consumidor”.

Sin embargo, el art. 3º del dec. 961/2017 modifica las obligaciones para los organizadores respecto a cierta información que debían contener las piezas publicitarias que encarecían el proceso de comunicación de las promociones. A partir de ello, se eliminó la obligación de tener que incluir en las piezas publicitarias la leyenda “Consulte en los locales de venta” y principalmente se eliminó la obligación de exhibir en las piezas publicitarias información sobre los premios contemplados en los sorteos, certámenes y concursos, el alcance geográfico y los requisitos de participación. Con el fin de cumplir con la normativa en materia de información y evitar abusos por parte de los organizadores de este tipo de certámenes se dispuso que toda publicidad de concursos, certámenes, sorteos o mecanismos similares para la adjudicación de premios o para la promoción de venta de bienes y/o la contratación de servicios deben incluir la expresión: (i) “Sin obligación de compra”, (ii) la fecha de inicio y finalización de la promoción, y (iii) el medio donde debe estar disponible la siguiente información: a) nómina completa de

premios a adjudicar, indicando la cantidad de cada uno de ellos y la especificación de su calidad o modelo, si correspondiere; b) alcance geográfico; y c) requisitos completos para la participación o indicación precisa del modo de acceder a ellos.

En definitiva, este nuevo decreto indica con precisión —actualmente— la información a ser incluida en las piezas publicitarias limitando su obligatoriedad a la referencia al carácter *sin obligación de compra* del certamen, sorteo o concurso; al deber de informar, la fecha de inicio y finalización de la promoción y, principalmente, a la obligación de informar el medio donde estará disponible la información referente a los premios y sus características y calidades, el alcance geográfico de la promoción y los requisitos completos de participación o el modo preciso de acceso a ellos.

Es dable destacar que la información que deberá informarse al consumidor indicada en el art. 2º del dec. 1153/1997 fue receptada por el mismo artículo del decreto aquí bajo análisis (obligación de informar la nómina de premios, vigencia de la promoción, forma de participación, fecha de entrega de los premios, gastos en los que debiera incurrir el beneficiario, etc.), manteniéndose así estas obligaciones.

## II.2. El dec. 915-E/2017

El dec. 915-E/2017 de fecha 1 de diciembre de 2017 vino a dar soluciones a un conglomerado normativo que, en vez de clarificar y facilitar su cumplimiento, lo complicaba. En sus considerandos expresamente indica que del marco normativo se advierte que, en lo que respecta a la regulación de los anuncios publicitarios, el interés protegido por la normativa vigente consiste en asegurar que no induzcan a error, engaño o confusión sobre las características o propiedades del bien o servicio ofrecido, debiéndose asegurar a los consumidores y usuarios el acceso a la información esencial relativa a los bienes y servicios que se publicitan, y que pueda ser comprendida por estos con facilidad. Asimismo, expresamente indica que las normas que regulan la publicidad, en general, se encuentran dispersas en numerosas leyes, decretos y resoluciones que tutelan intereses diversos, que no se encuentran armonizadas, por

lo que se obstaculiza su cumplimiento efectivo e impide a los consumidores el acceso a una información simple y clara.

Conforme con la crítica que se realiza sobre el marco jurídico que regula esta materia, lo anteriormente resaltado generaba la dificultad en la determinación, por parte de los anunciantes, de la información que debe ser incluida en los anuncios publicitarios, deviniendo en avisos publicitarios poco claros para los consumidores y usuarios por la cantidad de información no esencial o irrelevante que es incorporada en las piezas publicitarias, desvirtuando la finalidad pretendida por las normas.

El decreto bajo análisis buscó —y consiguió— su objetivo de simplificar y uniformar la normativa que regula las publicidades, buscando evitar costos excesivos e injustificados para la publicidad de los productos o servicios.

En su art. 4º el decreto indica que la información requerida para las publicidades, establecida por los arts. 4º y 36 de la ley 24.240 y la res. 7/2002 y sus modificatorias, relativa a las características esenciales de los bienes y servicios que se publicitan, así como también las condiciones de su comercialización, podrá ser proporcionada a los consumidores través de una página web y/o línea telefónica gratuita, debiendo consignarse dicha circunstancia en la publicidad correspondiente. Asimismo, indica que no contendrán inexactitudes ni ocultamientos y contendrá las leyendas establecidas como obligatorias por leyes nacionales o provinciales, como también por reglamentaciones.

De esta manera, dicha información al indicarse el sitio de Internet debe brindarse a través de la siguiente frase: “Para más información consulte en...”, en tanto que la mención a la línea telefónica debe ser: “Para más información comuníquese gratuitamente al teléfono...”

El decreto reafirma la obligatoriedad de que toda publicidad de bienes y/o servicios permitida por el art. 14 del dec. 274/2019(8) deberá

(8) Art. 14, dec. 274/2019: “Queda prohibido: a) El ofrecimiento o entrega de premios o regalos en razón directa o indirecta de la compra de mercaderías o la contratación de servicios, cuando dichos premios o regalos estén sujetos a la intervención del azar. b) Pro-

cumplir con los requisitos establecidos por el art. 3º del dec. 961/2017(9) y no deberá inducir a error, engaño o confusión en los términos del art. 10 del dec. 274/2019.

Además, el decreto estableció en forma precisa la forma de cumplir con los deberes de información, a saber: toda publicidad de bienes y/o servicios permitida por el art. 11 del dec. 274/2019 y los arts. 4º y 36 de la ley 24.240, en medios gráficos deberá ser proporcionada: (i) con caracteres tipográficos no inferiores a dos milímetros (2 mm) de altura, (ii) en el sentido de escritura de la publicación, (iii) en colores que contrasten con esta. Además, la letra debe ser legible, clara y no deberá confundir al lector. Por otro lado, cuando la publicidad fuera en medios televisivos, cinematográficos o digitales, los caracteres deben ser exhibidos: (i) con un tipo de letra fácilmente legible, (ii) en contraste de colores, (iii) en el sentido de la publicación y (iv) con caracteres tipográficos de altura igual o mayor al dos por ciento (2 %) de la pantalla y (v) con un mínimo de tres segundos (3 s) de permanencia. En ningún caso esta información podrá superponerse con otra, ni con música, ni otros sonidos que pudieran dificultar su escucha. La información contenida en la página web y/o la proporcionada telefónicamente no podrá desnaturalizar el objeto o contenido de la publicidad. De optarse por una línea telefó-

mover u organizar concursos, certámenes o sorteos de cualquier naturaleza, en los que la participación esté condicionada en todo o en parte a la adquisición de un producto o a la contratación de un servicio. c) Entregar dinero o bienes a título de rescate de envases, de medios de acondicionamiento, de partes integrantes de ellos o del producto vendido, cuando el valor entregado supere el corriente de los objetos rescatados o el que éstos tengan para quien los recupere”.

(9) Art. 3º, dec. 961/2017: “Toda publicidad de concursos, certámenes, sorteos o mecanismos similares para la adjudicación de premios o para la promoción de venta de bienes y/o la contratación de servicios, deberá incluir la expresión ‘Sin obligación de compra’, la fecha de inicio y finalización de la promoción, y el medio donde estará disponible la información que se indica a continuación, en las condiciones que establezca la Autoridad de Aplicación: a) Nómina completa de premios a adjudicar, indicando la cantidad de cada uno de ellos y la especificación de su calidad o modelo, si correspondiere; b) Alcance geográfico; y c) Requisitos completos para la participación o indicación precisa del modo de acceder a ellos”.

nica, esta debe estar disponible, como mínimo, en los días y horas en los que el proveedor comercialice sus bienes y servicios.

Además, en medio gráfico, la referencia a la página web y/o línea telefónica debe ser proporcionada con caracteres tipográficos no inferiores a dos milímetros (2 mm) de altura o, si esta estuviera destinada a ser exhibida en la vía pública, el dos por ciento (2 %) de la altura de la pieza publicitaria. La letra debe ser legible, clara y no confundir al lector. En medio televisivo y cinematográfico la referencia a la página web y/o línea telefónica debe consignarse con caracteres tipográficos de altura igual o mayor al dos por ciento (2 %) de la pantalla. En caso de ser emitida por medio radial, la referencia a la página web y/o línea telefónica deberá proporcionarse en forma clara y audible. En cuanto a medio digital (Internet), la referencia a la página web y/o línea telefónica deberá proporcionarse con caracteres tipográficos que sean fácilmente legibles, acorde con el dispositivo utilizado.

Importante resulta resaltar la incorporación de la referencia al medio digital (Internet) desvirtuando cualquier tipo de duda respecto a la obligatoriedad o no de incorporar la información indicada por el dec. 961/2017 en los anuncios realizados a través de dicho medio. A partir de estas reformas, y sin perjuicio de que la práctica ya lo había incorporado, se han disipado las dudas que podrían existir respecto al deber de que cualquier publicidad o comunicación realizada por cualquier medio, incluso aquella realizada a través de Internet, se encuentra alcanzada por el deber de información contemplado en los decretos bajo análisis, sin importar el tamaño de la publicidad y/o el formato.

### III. El dec. 274/2019. Comentarios al régimen vigente

El dec. 274/2019 del 17 de abril de 2019 no modifica aquello regulado por los arts. 9° y 10(10) de la Ley de Lealtad Comercial dero-

gada por aquel. En definitiva, el art. 11 del decreto reproduce el art. 9° de la Ley de Lealtad Comercial y el art. 14 del decreto bajo análisis reproduce textualmente lo que indicaba el *viejo* art. 10 de la Ley de Lealtad Comercial.

El plexo normativo vigente permite la organización de concursos, certámenes y sorteos promocionales sujetos al cumplimiento de aquello establecido en tal sentido, tal como fuera desarrollado a lo largo del presente. Al igual que su norma antecesora, el art. 14 no prohíbe que la compra de un producto o la contratación de un servicio habiliten a participar de un sorteo, concurso o certamen, sino que su objetivo es evitar que la adquisición o contratación de un producto o servicio, respectivamente, sea la *única* forma de poder participar en el sorteo, certamen o concurso.

De esta manera, se debe garantizar que quien no adquiera un producto o no contrate un servicio pueda participar de la operatoria promocional con las mismas chances de resultar ganador de los premios ofrecidos en el marco de la operatoria promocional que aquel que hubiera adquirido el producto o contratado el servicio, todo con el fin de evitar las deslealtades en las relaciones comerciales y protección del consumidor. Lo importante es que dicha participación debe ser gratuita. A tal fin, el organizador deberá arbitrar los medios para que los participantes puedan hacerlo sin deber incurrir en mayores gastos, y sin que la participación implique un esfuerzo que su participación bajo este procedimiento lo haga inviable o imposible.

En tanto materia expresa de análisis, el art. 14 expresamente indica que queda prohibido:

fusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios. Art. 10. — Queda prohibido: a) El ofrecimiento o entrega de premios o regalos en razón directa o indirecta de la compra de mercaderías o la contratación de servicios, cuando dichos premios o regalos estén sujetos a la intervención del azar. b) Promover u organizar concursos, certámenes o sorteos de cualquier naturaleza, en los que la participación esté condicionada en todo o en parte a la adquisición de un producto o a la contratación de un servicio. c) ...”.

(10) Ley 22.802. “Art. 9° — Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o con-

“a) El ofrecimiento o entrega de premios o regalos en razón directa o indirecta de la compra de mercaderías o la contratación de servicios, cuando dichos premios o regalos estén sujetos a la intervención del azar. b) Promover u organizar concursos, certámenes o sorteos de cualquier naturaleza, en los que la participación esté condicionada en todo o en parte a la adquisición de un producto o a la contratación de un servicio. c) Entregar dinero o bienes a título de rescate de envases, de medios de acondicionamiento, de partes integrantes de ellos o del producto vendido, cuando el valor entregado supere el corriente de los objetos rescatados o el que éstos tengan para quien los recupere”.

De todas maneras, a partir de los cambios normativos y tal cual lo indicado a lo largo del presente, el marco regulatorio en materia de publicidad, promociones, concursos, sorteos y certámenes cuenta con una mejora sustancial en la determinación específica respecto a las obligaciones que el organizador de este tipo de certámenes debe cumplir y contemplar al momento de decidir organizar estos certámenes.

El nuevo decreto mantuvo a la Secretaría de Comercio Interior como la autoridad de aplicación. Además, mantuvo sustancialmente sus facultades y atribuciones, otorgando expresamente a dicha secretaría en el art. 26 inc. c) la atribución de “establecer los requisitos que deben reunir los concursos, certámenes y sorteos y las promociones de productos y servicios”. Asimismo, el inc. t) de ese artículo expresamente autoriza a la autoridad de aplicación a “requerir al titular de un canal de comercialización digital el retiro o cancelación de publicidades y/o de ofertas de productos o servicios cuando se verifique el incumplimiento de cualquier norma prevista en los títulos I, II y III de este Decreto”.

En materia de control, la autoridad de aplicación, conforme con lo indicado por el art. 12 del dec. 274/2019, no podrá requerir autorización o supervisión previa a la difusión de la publicidad y la fiscalización se efectuará únicamente sobre la publicidad que haya sido difundida en el mercado (control *ex post*).

En materia de sanciones, el nuevo decreto eleva sustancialmente las multas a aplicarse por infracción a las nuevas normas, previendo

la facultad de actualización anual de forma automática de los montos sobre la base de las cifras correspondientes al Índice de Precios al Consumidor (IPC) informado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC).

A modo de resumen, actualmente, los concursos, certámenes y sorteos promocionales se encuentran regulados, principalmente, por el dec. 274/2019, el dec. 961/2017, la res. 89/1998 y la res. 915/2017, con sus modificaciones.

#### **IV. La normativa de Lotería Nacional SE. Su liquidación. La normativa vigente dictada por algunas provincias que alcanza a los concursos, certámenes y sorteos promocionales. Práctica en general**

La res. 17/2011 dictada por Lotería Nacional Sociedad del Estado dictada en febrero de 2011 dispuso la modificación de la normativa vigente en aquel entonces en cuanto a las obligaciones y facultades de dicha lotería en materia de promociones y concursos. Dicha resolución derogó las res. 157/1998, 204/1998 y 257/1998.

A partir de dicha resolución, Lotería Nacional Sociedad del Estado autorizaría la realización de concursos, sorteos o competencias que (i) se efectuaren mediante la utilización de medios de comunicación de carácter masivo, (ii) en los que la resolución de ganadores se determine total o parcialmente a través del azar, y cuya finalidad sea el desarrollo de una actividad promocional de productos, servicios, espectáculos, etc., (iii) cuyo ámbito geográfico de validez alcanzara a la Ciudad de Buenos Aires y (iv) siempre que el programa de premios superara determinado valor.

Las operatorias promocionales alcanzadas por la resolución eran dos: a) aquellas que no implicaban la obtención directa de recursos de los participantes, sin perjuicio del eventual aumento que se obtuviere en las ventas de los productos o servicios que se pretendan promocionar; b) aquellas que implicaban la obtención directa o indirecta de recursos de los participantes, mensurables pecuniariamente y exclusivamente derivados de la propia operatoria promocional.

Centrando el análisis en las operatorias promocionales indicas en el punto a) del párrafo

precedente, y en la medida que los cuatro presupuestos ([i] a [iv]) antes indicados se cumplieran, dicha operatoria estaba alcanzada por la normativa de Lotería Nacional Sociedad del Estado y por sus facultades de contralor. A partir de ello, la documentación referente a la operatoria promocional debía ser presentada por ante el sector correspondiente de Lotería Nacional Sociedad del Estado con cierto plazo previo al lanzamiento de la promoción y/o de su entrada en vigencia, lo que ocurriera primero.

Como obligación previa, los organizadores debían cumplir con un proceso largo a fin de lograr la autorización anual. Dicha autorización los habilitaría durante doce meses (desde la fecha de notificación de la autorización) a organizar operatorias promocionales alcanzadas por la normativa de Lotería Nacional Sociedad del Estado. Es decir, solo aquellos que contaban con dicha autorización podían ser organizadores de operatorias promocionales de competencia de Lotería Nacional Sociedad del Estado.

Mediante el dec. 95/2018 se declaró en estado de liquidación a Lotería Nacional Sociedad del Estado, cesando las facultades de contralor de dicha sociedad por sobre las operatorias promocionales antes alcanzadas por sus normas.

De todas maneras, y sin perjuicio de la disolución de Lotería Nacional Sociedad del Estado, distintas provincias a través de sus organismos, institutos y loterías provinciales instituyeron sus procesos de registro y autorización para el caso de que operatorias promocionales tuvieran como ámbito territorial de vigencia a dichas provincias.

Dichas autorizaciones y registros generan obligaciones para los organizadores en caso de que dichas operatorias tuvieran vigencia en las provincias con este tipo de regulación. En tal caso, el organizador deberá cumplir con las distintas legislaciones provinciales, requiriendo las autorizaciones relativas a los términos de la operatoria promocional en cuestión. En algunas jurisdicciones, tal como lo que sucede en la provincia de Neuquén, se deberá requerir no solo la autorización de la operatoria promocional en sí, sino que además el organizador deberá solicitar su autorización para poder organizar este tipo de promociones con

alcance territorial en dicha provincia, tal como se encontraba previsto en el derogado régimen de Lotería Nacional Sociedad del Estado. En cambio, existen otras jurisdicciones, tales como Salta, Mendoza y Tierra del Fuego, donde no se exige la inscripción (autorización) de los organizadores en sí, pero, en cambio, existe un proceso de autorización de los términos y condiciones de las operatorias promocionales con vigencia territorial en dichas provincias. Además, el registro de las promociones ante los entes correspondientes a cada provincia exige, luego de concluidas las operatorias promocionales, la obligatoriedad de rendir la asignación y entrega de los premios puestos en juego en cada operatoria. Mientras que en la mayoría de las provincias los costos estarán determinados *ex ante* ya que todos los aranceles e impuestos deben ser cancelados al solicitar las autorizaciones correspondientes (p. ej., provincia de Río Negro), en otras jurisdicciones tal como la provincia de Mendoza, el costo será determinado *ex post*, dado que solo se pagará el impuesto correspondiente (alcuota e impuesto determinados por el Código Fiscal de la provincia para este tipo de operatorias) respecto de aquellos premios entregados a participantes domiciliados en dicha provincia.

La existencia de este tipo de normas genera en los organizadores la necesidad de determinar la conveniencia respecto a que las operatorias promocionales a organizarse tengan o no vigencia territorial en algunas de estas jurisdicciones. La necesidad de contar con las autorizaciones previo al lanzamiento de las promociones, el tiempo de anticipación para ello, así como el costo de gestionar dichas autorizaciones atentan en muchos casos contra la inclusión de dichas jurisdicciones en las operatorias promocionales. En muchos casos, ello conlleva la exclusión expresa de aquellas de las distintas promociones.

## V. Conclusión

Los cambios incorporados al marco normativo en materia de sorteos, certámenes y concursos ciertamente han otorgado mayor claridad y han simplificado, aunque sea parcialmente, las obligaciones y deberes de los organizadores de este tipo de certámenes.

Considero que al día de hoy todavía existe una dispersión —aunque menor— normativa



en la materia, en tanto no se ha previsto todo aquello que regula estas operatorias promocionales en una sola norma.

El dec. 274/2019 regula parcialmente esta materia, en tanto existen otros decretos y resoluciones que refieren al tema. Adicionalmente, de la forma en que se encuentra dispuesto, estas operatorias promocionales son autorizadas vía excepción en las normas accesorias a aquel, lo cual pudo haberse regulado de forma distinta.

Finalmente, y como muestra de la necesidad de simplificar el marco legal estricto referente a

este tipo de operatorias promocionales, es dable indicar que este tipo de acciones conlleva un conjunto de normas locales y nacionales que deben ser tenidas en cuenta por el organizador, lo que implica un marco complejo de normas que pueden estar involucradas en una promoción. Entre dichos temas, podemos resaltar el cumplimiento con la normativa marcaría, de defensa del consumidor, impositiva, de protección de datos personales, entre otros. Es por ello que, en la medida que se centralice y simplifique el marco legal con reglas claras y fácilmente identificables, mayor será la eficiencia y el cumplimiento de las obligaciones.



# Concursos, sorteos y promociones en la nueva regulación sobre Lealtad Comercial

---

LEONARDO GIANZONE (\*)

## I. Introducción

Desde la publicación en el Boletín Oficial el pasado 22 de abril de 2019 del decreto de necesidad y urgencia 274/2019, se encuentra vigente en nuestro país el nuevo régimen de Lealtad Comercial. El mencionado decreto del Poder Ejecutivo entró en vigencia el día 30 de abril del mismo año y, si bien es cierto que deberá seguir el trámite previsto por la Constitución Nacional y la ley 26.122, mientras ello ocurra y hasta tanto el Congreso no lo declare inválido, el decreto mantendrá su vigencia.

Diremos, como primera observación, que nuevamente el gobierno nacional ha escogido la vía del decreto de necesidad y urgencia como forma de evadir la prohibición constitucional que expresamente le impide emitir disposiciones de carácter legislativo. Bajo esta modalidad excepcional que, una vez más, alude a circunstancias que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes establecidos por la Constitución Nacional, el Poder Ejecutivo nacional publica un DNU fundando su decisión en esta escueta fórmula, contenida en los considerandos del decreto, sin brindar mayores explicaciones respecto de cuáles son las concretas circunstancias que impiden dichos trámites constitucionales, más aún cuando la norma en análisis ha sido dictada en pleno período de sesiones ordinarias del Congreso.

---

(\*) Abogado (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario); abogado especialista en Derecho de Daños (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de

Ya nos hemos expresado en anterior oportunidad (1) sobre esta forma de legislar a través del dictado de decretos de necesidad y urgencia, sobre todo cuando no existen motivos o circunstancias que habiliten que el Poder Ejecutivo dicte normativa con la trascendencia que conlleva un nuevo régimen de lealtad comercial como el contenido en el DNU en estudio. La decisión del gobierno nacional, más allá de la constitucionalidad o no del decreto, evita, nuevamente, un debate amplio y multidisciplinario bajo la excusa de “el tiempo que inevitablemente insume el trámite legislativo”, desestimando y pasando por alto que es justamente ese tiempo natural que todo debate legislativo conlleva, el que permite la elaboración de normas de mejor calidad y que efectivamente protejan y garanticen derechos.

Sentada esta posición, nos centraremos en el análisis del nuevo régimen de lealtad comercial establecido por el DNU 274/2019, específicamente con respecto a la regulación contenida en el título II y, dentro de este, en el art. 14 que

---

Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina); director provincial de Defensa del Consumidor de Santa Fe (diciembre 2011 - diciembre 2018); presidente del Consejo Federal de Consumo (mayo 2016 - diciembre 2018); miembro del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor.

(1) GIANZONE, Leonardo, “Algunas consideraciones sobre las modificaciones al deber de información introducidas por el DNU 27/2018 y por la resolución N° 915-E-2017 de la Secretaría de Comercio”, en HERNÁNDEZ, Carlos - FRUSTAGLI, Sandra - BAROCELLI, Sergio Sebastián (dirs.), *Revista de Derecho del Consumidor*, t. 2, IJ Editores, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 49.

se refiere a la entrega de premios y a la realización de sorteos, concursos o certámenes como modalidad de promoción para el ofrecimiento de bienes y servicios, adelantando que, si bien el DNU ha reiterado textualmente la redacción vigente en la antigua ley 22.802, resulta necesario resistematizar esta “nueva” regulación junto a la normativa reglamentaria y complementaria que sí ha sido modificada o, al menos, se encuentra actualmente contenida en decretos y resoluciones diferentes.

## II. EL DNU 274/2019

Sin ánimo de profundizar en un análisis más amplio del dec. 274/2019, ya que el tema propuesto se limita a lo regulado acerca de los concursos, los sorteos y las promociones, haremos una brevísima referencia al mismo y algunos detalles de su texto.

Con un título preliminar y ocho títulos que contienen setenta y siete artículos, el DNU establece el nuevo régimen de lealtad comercial.

Los tres primeros artículos, comprendidos en el título preliminar, establecen el objeto del decreto: “asegurar la lealtad y transparencia en las relaciones comerciales y garantizar el acceso a la información esencial sobre los productos y servicios comercializados en la República Argentina a través de canales físicos o digitales en interés de todos los participantes del mercado” y define que se entiende por “mercado al ámbito en el cual los oferentes y demandantes de un bien o servicio realizan una o más transacciones comerciales.” (art. 1º); establece el carácter de orden público de la regulación (art. 2º); y, finalmente, determina que los principios del art. 1º de la ley nacional de procedimientos administrativos y sus modificatorias serán aplicables al procedimiento establecido en el DNU (art. 3º).

Seguidamente, el decreto regula lo referente a la competencia desleal, incluyendo un extenso y taxativo catálogo de supuestos particulares de competencia desleal (título I); todo lo vinculado con la publicidad y promociones, donde se prevé el tema principal de este estudio y donde destaca una regulación superadora en cuanto a la publicidad en la que se incluye a la “publicidad comparativa” (título II); y, en el título III, se establecen las previsiones para la Información

en el Comercio, identificación de productos y denominaciones de origen.

A partir del título IV se define la autoridad de aplicación —Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Producción y Trabajo— y sus funciones, así como una pormenorizada regulación del procedimiento administrativo, recursos, reincidencia, sanciones y su publicación. En el título V se establecen las acciones judiciales de cese o prohibición del acto de competencia desleal, la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por este y las medidas cautelares; legitimación activa y pasiva, carga de la prueba y los efectos de la cosa juzgada. Finalmente, el título VI contiene disposiciones comunes referidas a ley aplicable y el destino de las multas, que ingresarán al Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación o al de los gobiernos provinciales, según quién aplique la sanción.

El decreto incorpora, en un último título VII, que poco tiene que ver con el régimen de lealtad comercial, tres artículos que modifican la ley 26.993 de Servicio de Conciliación Previa en la Relaciones Consumo, estableciendo el “Sistema Electrónico de Resolución de Conflictos” como instancia previa, facultativa y gratuita para consumidores y usuarios.

El último título del decreto, el VIII, establece “Disposiciones finales” entre las cuales se destacan el art. 72, que deroga la ley 22.802 y sus modificatorias (2); el art. 74, en el que se transcribe el anterior art. 9º bis de la ley 22.802, actualizando el monto de la diferencia a pagar que se eleva de cinco (5) centavos, a un peso (\$ 1) y manteniendo la obligación de exhibir esta disposición en todo establecimiento en el que se efectúen cobros de bienes y/o servicios; y, por último, el art. 75, que contiene una disposición de suma importancia para el nuevo régimen de lealtad comercial, al disponer que “las normas reglamentarias y complementarias a la Ley N° 22.802

(2) El segundo párrafo del mencionado artículo aclara que se continuarán tramitando las causas que aún se encuentren abiertas bajo la ley 22.802 a la fecha de entrada en vigencia del DNU y, a continuación, el art. 73 dispone que la reglamentación que se dicte establecerá las condiciones con arreglo a las cuales continuará dicha tramitación.

y sus modificatorias, se entenderán reglamentarias y complementarias del presente Decreto”.

De los considerandos del DNU pueden definirse cuáles son los fundamentos sobre los que se sustentó su dictado, entre ellos se hace referencia a los derechos de los consumidores a una información exhaustiva y clara y a los acuerdos y prácticas prohibidas vinculadas con la producción e intercambio de bienes y servicios, que limiten, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, el acceso al mercado o se traduzcan en un abuso de posición dominante en un mercado y que deriven en un perjuicio para el interés económico general.

El decreto hace mención a la falta de sistematización y al escaso alcance de la regulación de la competencia desleal y a la inexistencia de una norma general que unifique conductas desleales. Sin embargo, entiendo que este argumento carece de validez, toda vez que hasta el momento del dictado del DNU, la cuestión se hallaba regulada en la antigua ley 22.802, sus modificatorias y en las reglamentaciones y resoluciones complementarias, de lo que se deduce que la ausencia de sistematización no era tal. Por otra parte, el escaso alcance, si es que fuera cierto, probablemente obedeciera más a la inacción de parte de las autoridades de aplicación antes que a problemas relacionados con el régimen en sí mismo. Sí es acertado que era necesario adecuar una regulación con veinticinco años de vigencia a un gran número de prácticas abusivas que vinieron de la mano de un profundo desarrollo empresarial, comercial, productivo; de la sofisticación de las modernas técnicas de marketing y, sobre todo, del avance y la penetración social de las nuevas tecnologías, el comercio electrónico, el acceso a Internet y la proliferación de contenidos y canales de comercialización digitales. A esto debe agregarse que en virtud del nuevo régimen de Defensa de la Competencia dispuesto por la ley 27.442, resultaba apropiado armonizar ambos sistemas.

También resulta cierto que debía simplificarse la normativa sobre publicidad comercial que faciliten al consumidor y usuario el acceso a la información, aunque, como veremos en detalle más adelante, en algunos temas en particular esta aludida simplificación no llega a concretarse y la regulación deviene compleja en cuanto

a su interpretación y al acceso a la misma de manera cierta, clara, detallada y veraz.

En síntesis, puede afirmarse que la finalidad del nuevo régimen de lealtad comercial, aun cuando reitera normas ya existentes en la derogada ley 22.802 y en la actual ley de defensa de la competencia y a la cual viene a complementar, es mejorar las condiciones de competitividad del mercado y de la economía, asegurando la lealtad y la transparencia en las relaciones comerciales entre los diferentes actores, incluidos los consumidores en tanto se pretende garantizar su derecho de acceso a la información sobre los bienes y servicios que se ofrecen, añadiendo en este sentido las modernas vías de comercialización virtuales y digitales.

### **III. Concursos, sorteos y promociones: sin cambios en el nuevo régimen de lealtad comercial argentino**

Tal como lo adelantáramos, el título II del DNU 274/2019 regula todo lo referido a la publicidad y las promociones, aportando pocas modificaciones a lo ya previsto por los arts. 9º y 10 de la ley 22.802, los cuales se mantienen idénticos en su redacción. El decreto únicamente agrega al régimen anterior, el impedimento para la autoridad de aplicación de requerir autorización o supervisión previa de la publicidad, facultándola para fiscalizarla solo una vez que esta haya sido difundida en el mercado (art. 12), y la ya mencionada regulación sobre publicidad comparativa en el art. 15.

En lo estrictamente referido a los concursos, sorteos y promociones mediante premios o regalos, el decreto transcribe en su art. 14, el texto anteriormente contenido en el art. 10 de la ley 22.802.

Expresa el art. 14 del DNU:

“Queda prohibido:

”a) El ofrecimiento o entrega de premios o regalos en razón directa o indirecta de la compra de mercaderías o la contratación de servicios, cuando dichos premios o regalos estén sujetos a la intervención del azar.

”b) Promover u organizar concursos, certámenes o sorteos de cualquier naturaleza, en los

que la participación esté condicionada en todo o en parte a la adquisición de un producto o a la contratación de un servicio.

”c) Entregar dinero o bienes a título de rescate de envases, de medios de acondicionamiento, de partes integrantes de ellos o del producto vendido, cuando el valor entregado supere el corriente de los objetos rescatados o el que éstos tengan para quien los recupere”.

La norma mencionada regula la frecuente y difundida modalidad de promoción, venta o comercialización de bienes o servicios mediante la entrega de premios o regalos o a través de la participación en concursos, certámenes o sorteos.

El premio o regalo puede consistir en un producto (3) o un servicio (4) sin necesidad de que tenga relación directa con el bien o servicio que se quiere promocionar. Debe aclararse que el premio u obsequio, de ningún modo puede constituir una parte que integre, en sentido económico o jurídico, el producto o bien objeto de la promoción, como tampoco constituirlo una obligación legal que corresponda al proveedor.

Resulta claro que la norma regula un tipo de las denominadas “prácticas comerciales” y que han sido definidas de modo variado por la doctrina como: “...diferentes procedimientos y estrategias para la eficiente comercialización de los bienes de consumo; se trata en general de técnicas y mecanismo ordenados al desarrollo del consumo sea procurando su promoción, incentivo o sostenimiento” (5); o como “...mecanismos, técnicas y métodos que sirvan, directa o indirectamente, a facilitar la salida de la producción” (6); y como “...el conjunto de

actos que los oferentes de productos y servicios dirigen al mercado, de modo tal de posicionar su producto, o su servicios, o constituirse como opción preferente frente a los potenciales consumidores” (7).

Sin perjuicio del acierto de cada una de los conceptos transcriptos, compartimos la conceptualización efectuada por Sergio Barocelli, que las caracteriza como “...toda conducta desplegada en el mercado por un proveedor de bienes y servicios como antecedente, durante la ejecución, como consecuencia o en el contexto de una relación de consumo, comprendiendo las etapas de producción, importación, distribución, intermediación, promoción, comercialización y atención a consumidores de bienes y servicios y actividades conexas” (8). Añade el autor que “las mismas pueden ser reiteradas en el tiempo y obedecer a políticas, estrategias, protocolos, códigos, manuales de procedimiento, estándares preestablecidos, etc., o constituir una conducta desplegada ocasionalmente o por única vez en el mercado” (9).

Del mismo modo, legislaciones como la española, caracterizan a este tipo de prácticas comerciales como “prácticas señuelo” o “prácticas promocionales engañosas” (10).

y Comercial de la Nación”, LL Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial, 2014, noviembre, p. 103.

(7) SANTARELLI, Fulvio G., “El contrato de consumo en el Código Civil y Comercial”, en STIGLITZ, Rubén S. (dir.), *Contratos en el Nuevo Código Civil y Comercial. Parte general*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 370.

(8) BAROCELLI, Sergio S., “Prácticas comerciales”, en ÁLVAREZ LARRONDO, Federico (dir.), RODRÍGUEZ, Gonzalo (coord.), *Manual de derecho del consumo*, 1ª ed., Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, p. 287.

(9) Ídem.

(10) Señala el art. 22 de la ley 3/1991, de Competencia Desleal (LCD):

“Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas.

”Se considera desleal por engañoso:

”1. Realizar una oferta comercial de bienes o servicios a un precio determinado sin revelar la existencia de motivos razonables que hagan pensar al empresario o profesional que dichos bienes o servicios u otros equivalentes no estarán disponibles al precio ofertado durante un período suficiente y en cantidades razonables, teniendo en cuenta el tipo de bien o servicio, el alcance de la publicidad que se le haya dado y el precio de que se trate.

(3) Por ejemplo, bonos de descuento, tarjetas de puntos canjeables, cantidades adicionales del producto adquirido, un producto de regalo, etc.

(4) Puede consistir en servicios de financiación en la adquisición de determinados productos o servicios, descuentos o ventajas en servicios de postventa, extensión de garantía, etcétera.

(5) FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., “Prácticas comerciales abusivas”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, 1ª ed., La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, t. I, p. 593.

(6) STIGLITZ, Gabriel S., “Lealtad comercial, prácticas comerciales abusivas y publicidad en el Código Civil

Podemos afirmar, como principio general, que los proveedores (11) cuentan con amplia libertad para la realización de cualquier práctica comercial dirigida a promocionar o a incentivar el consumo de los productos o servicios que produce u ofrece, siendo lícitas aquellas que no contraríen la ley, la moral, las buenas costumbres, el orden público, la dignidad humana o los derechos de terceros. Por el contrario, cuando alguna de estas prácticas sobrepase dichos límites, será considerada ilícita.

"2. Realizar una oferta comercial de bienes o servicios a un precio determinado para luego, con la intención de promocionar un bien o servicio diferente, negarse a mostrar el bien o servicio ofertado, no aceptar pedidos o solicitudes de suministro, negarse a suministrarlo en un período de tiempo razonable, enseñar una muestra defectuosa del bien o servicio promocionado o desprestigiarlo.

"3. Las prácticas comerciales relativas a las ventas en liquidación cuando sea incierto que el empresario o profesional se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el artículo 30.1 de la ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista o que, en cualquier otro supuesto, afirmen que el empresario o profesional está a punto de cesar en sus actividades o de trasladarse sin que vaya a hacerlo.

"4. Las prácticas comerciales que ofrezcan un premio, de forma automática, o en un concurso o sorteo, sin conceder los premios descritos u otros de calidad y valor equivalente.

"5. Describir un bien o servicio como 'gratuito', 'regalo', 'sin gastos' o cualquier fórmula equivalente, si el consumidor o usuario tiene que abonar dinero por cualquier concepto distinto del coste inevitable de la respuesta a la práctica comercial y la recogida del producto o del pago por la entrega de éste.

"6. Crear la impresión falsa, incluso mediante el uso de prácticas agresivas, de que el consumidor o usuario ya ha ganado, ganará o conseguirá un premio o cualquier otra ventaja equivalente si realiza un acto determinado, cuando en realidad:

"a) No existe tal premio o ventaja equivalente.

"b) O la realización del acto relacionado con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeto a la obligación, por parte del consumidor o usuario, de efectuar un pago o incurrir en un gasto".

<https://www.boe.es/eli/es/l/1991/01/10/3>.

(11) Entendido en el sentido del art. 2º de la LDC como toda persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios.

No hay dudas de que la prohibición contenida en el art. 14 del DNU 274/2019, apunta a prácticas comerciales ilícitas o abusivas por resultar contrarias a la buena fe y por afectar los derechos del consumidor, específicamente su libertad de elección y el acceso a la información clara, cierta y detallada. Vale la pena destacar que a fin de caracterizar a una práctica como ilícita, deviene irrelevante si ha producido efectivamente un daño concreto, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, sino que la sola potencialidad dañosa de aquella la transforma en abusiva y, por lo tanto, merecedora del reproche legal.

Por otra parte, las conductas prohibidas por la norma en estudio constituyen un claro supuesto de práctica que limita la libertad de contratar establecida por el artículo 1099 del Cód. Civ. y Com.

De acuerdo con el inc. a) del artículo, se prohíbe el ofrecimiento o entrega de un premio o regalo directamente vinculado a la compra de un producto o a la contratación de un servicio, siempre que dicho premio o regalo se sujete a la intervención del azar. En este caso, para que la promoción no resulte ilícita, deben verificarse, alternativamente, dos condiciones: que la obtención del regalo o la participación del sorteo sea "sin obligación de compra" o que, por el contrario, no exista el azar en la obtención del regalo y el mismo se obtenga de manera directa por la compra del producto o el servicio.

Por su parte, el segundo inciso de la norma prohíbe la promoción u organización de concursos, certámenes o sorteos de cualquier naturaleza, cuando la participación en los mismos se halle condicionada —en todo o en parte— a la adquisición de un producto o a la contratación de un servicio. Aquí la ilicitud de la práctica comercial está dada por la adquisición del bien o servicio como condición previa y necesaria para la participación posterior en el sorteo, concurso o certamen y, nuevamente, si se asegura al consumidor o usuario dicha participación "sin obligación de compra", la práctica se torna lícita.

Finalmente, el inc. c) del art. 14 del DNU, concretamente típica como práctica ilícita y, por ello prohibida, la entrega de dinero o de regalos a aquellos consumidores que acrediten haber

adquirido determinada cantidad o número de productos a través de la presentación de dicha cantidad de envases o partes integrantes de estos, cuando el valor entregado al consumidor sea superior al corriente de los objetos rescatados o el que estos tengan para quien los recupera (12). Esta práctica ampliamente difundida y popular como forma de fomentar o incentivar la adquisición de determinado producto no nos resulta, en principio, una práctica abusiva. Si el mismo artículo, en su primer inciso, legitima la entrega de premios o regalos sujetos a la adquisición de un producto siempre y cuando no intervenga el azar para la entrega de estos, no vemos porque resultaría ilícita una práctica comercial que ofrece un regalo al consumidor a cambio de la compra de determinada cantidad de productos para lo cual, obviamente, deberá presentar aquella parte del producto que le permita acreditar que efectivamente adquirió dicha cantidad. En este caso, el derecho a la obtención del premio se obtiene por el consumidor mediante la sola demostración de la cantidad adquirida (del modo o presentado las partes del producto que indique como válidas el proveedor) y si, como aparece a simple vista, la única diferencia con la prohibición del inc. a) de la misma norma, está dada por la cantidad de productos comprados para acceder al regalo o premio, la justificación que fundamenta y avala la legitimidad en un caso, difícilmente pueda desconocerse como justificante del último inciso del art. 14. Vale la pena destacar que, según lo previsto por el art. 3º de la res. 89/1898 de la ex Secretaría de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, serán de aplicación las exigencias establecidas por el art. 1º incs. a), b) y c) del dec. 1153/1997 y alcanzarán exclusivamente a todos aquellos concursos, certámenes o sorteos en los que para la participación gratuita resulten necesarias partes de envases o elementos que se comercialicen o entreguen juntamente con el producto promocionado.

(12) Se trata de la entrega de un regalo o premio a cambio de la presentación en el local o comercio habilitado por la marca promocionada, de cierta cantidad de envases, tapas de envases, etiquetas, tapas de yogur o cualquier otra parte del producto que determine la promoción.

En la obra ya citada (13), Barocelli menciona también, como práctica abusiva vinculada a premios y sorteos, a las publicidades u ofrecimientos de falsos premios, bonificaciones o descuentos, o a las que crean la impresión en el consumidor de que ya ha ganado, que ganará u obtendrá un premio o una ventaja equivalente, si realiza un acto determinado cuando, en realidad, tal beneficio no existe o, la realización del acto para la obtención del premio o ventaja, significa efectuar un pago o incurrir en un gasto, aun cuando la suma a abonar sea insignificante en relación con el valor del premio o no confiera beneficio alguno al proveedor (14). Si bien ambas situaciones no encuentran regulación en el régimen establecido por el DNU —ni la encontraban anteriormente en la ley 22.802— (15),

(13) BAROCELLI, Sergio S., “Prácticas comerciales”, cit., ps. 316-317.

(14) BERCOVITZ, Rodrigo - SALAS, Javier (coords.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, ps. 190 y ss.; RICCO, Francesco, en ROSSI CARLEO, Liliana, *Diritto dei Consumi*, obra colectiva a cargo de la indicada autora, G. Giappichelli editores, Torino, 2012, ps. 91 y ss. Se recuerda que en una sentencia del Tribunal de Justicia europeo, sala sexta, del 18 de octubre de 2012, en el asunto C 428/11, se dijo que “El punto 31, segundo guión, del anexo I de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales debe interpretarse en el sentido de que prohíbe las prácticas agresivas mediante las que ciertos profesionales crean la impresión falsa de que el consumidor ha ganado ya un premio, cuando la realización de una acción relacionada con la obtención del premio, ya se trate de una solicitud de información sobre la clase de premio o de la recogida del mismo, está sujeta a la obligación, por parte del consumidor, de efectuar un pago o de incurrir en cualquier gasto. Es irrelevante que el gasto impuesto al consumidor, como puede ser el gasto en un sello de correos, sea insignificante en relación con el valor del premio o que no confiera ningún beneficio al profesional. Es irrelevante asimismo que las acciones relacionadas con la obtención de un premio puedan realizarse según diversos métodos que el profesional propone al consumidor, de los que al menos uno de ellos es gratuito, cuando uno o varios de los métodos propuestos dan lugar a que el consumidor incurra en un gasto para informarse sobre el premio o sus modalidades de obtención” (consid. 57); citado por FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., “Prácticas comerciales abusivas”, cit., p. 625.

(15) Ambas situaciones sí hallan regulación específica en el punto 31, anexo I de la Directiva Comunitaria Europea 2005/29/CE y en el art. 58.1.a. de la ley 29.571 (Código de Protección de Defensa del Consumidor) de Perú.



entendiendo que, en el primero de los casos —publicidad u ofrecimiento de falsos premios, bonificaciones o descuentos—, la ilicitud de la práctica claramente está dada por la inexistencia o falsedad de lo ofrecido o publicitado y, como consecuencia y por aplicación del art. 8º, primera parte, de la LDC y en el art. 1103 del Cód. Civ. y Com., lo ofrecido o publicitado integran el contrato y pueden ser exigidas al proveedor por el consumidor engañado. El segundo de los supuestos, no encontrando regulación específica en la legislación nacional, resultaría —según las circunstancias de cada caso— una variante de lo previsto en el inc. a) —ofrecimiento o entrega de premios o regalos en razón directa de la compra de mercaderías o la contratación de servicios, cuando dichos premios o regalos no estén sujetos a la intervención del azar— o, en su caso, del supuesto contemplado en el inc. c) cuando, como es frecuente y habitual, el regalo o premio ofrecido se obtenga a cambio de la entrega de determinada cantidad de envases, envoltorios o partes del producto y de una suma fija de dinero (16). En este último caso, si el proveedor ha dado estricto cumplimiento al deber de informar en la publicidad de la promoción con respecto a la suma a abonar por el consumidor o usuario para la obtención del premio, regalo o beneficio, la práctica carecería de reproche legal y sería lícita.

La ilicitud de este tipo de prácticas comerciales contempladas en el art. 14 del DNU, encuentra su fundamento en tanto constituyen conductas dirigidas a desviar la atención del consumidor al momento de decidir la compra de un producto o la adquisición de un servicio hacia el atractivo del premio o del regalo o de la participación en un concurso o sorteo, poniendo en un segundo plano el producto o servicio en sí mismo. Apuntan a atraer al potencial consumidor o usuario mediante elementos que son extraños al bien principal que el proveedor

(16) Resulta frecuente la realización de promociones que ofrecen un premio o regalo (generalmente a cambio de la presentación de cierta cantidad de cupones, tapitas de gaseosa o de la carga de determinada cantidad de litros de combustible o a partir de una compra superior a cierto monto —condiciones previamente establecidas por el proveedor— con más el pago de una suma fija determinada y publicada en los avisos publicitarios de la promoción.

realmente promociona y, a tenor de lo previsto por el artículo 1099 del Cód. Civ. y Com., son un “...supuesto de práctica limitativa de la libertad de contratar, al influir en la elección del consumidor, ya que puede pesar más el atractivo del premio ofrecido antes que la calidad y precio del producto o del servicio principales” (17).

Como ya expresamos anteriormente, el proveedor tiene amplias libertades para promocionar los bienes o servicios que produce y comercializa y puede desplegar todas aquellas prácticas comerciales que considere apropiadas para incentivar el consumo de estos y para captar la atención de potenciales consumidores y usuarios. Sin embargo, dicha libertad encuentra ciertos límites y no puede soslayar que el libre juego de la competencia económica no está exento de reglas que deben observarse a fin de prevenir y evitar daños a la competencia y a los consumidores y, en definitiva, al interés económico general (18).

Desde la óptica del proveedor, las prácticas reguladas por el art. 14 del decreto, constituyen un modo de captación de clientes y un incentivo para la adquisición de sus productos mientras que, para el consumidor atraído por este tipo de promociones, su motivación y sus expectativas se concentran en el premio o en sus chances de ganarlo en el sorteo o concurso, antes que en el producto en sí mismo. La intención del proveedor es distraer la atención del consumidor que debería dirigirse primordialmente al producto en sí mismo, a su calidad, ventajas adicionales, precio y, sobre todo, a la utilidad y a la necesidad de adquirirlo por parte del consumidor (19), trasladándola hacia

(17) FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., “Prácticas comerciales abusivas”, cit., p. 625.

(18) LOVECCE, Graciela I., “La publicidad engañosa y sus repercusiones en las interrelaciones de mercado”, JA 2013-I-1270: “Que los operadores económicos alcancen ventajas competitivas es uno de los motores del sistema de mercado, pero éstas no resultan válidas cuando son obtenidas mediante conductas distorsivas de la competencia, pues tales actos frustran la función social de la actividad económica, trascendiendo el ámbito particular del competidor para afectar el interés económico general”.

(19) Desde hace tiempo sostenemos, frente a las creciente y cada vez más “agresivas” técnicas de marketing y de comercialización, la importancia que la reflexión

el atractivo del premio, concurso o sorteo que resulta accesorio al bien promocionado.

La prohibición se orienta, entonces, a tutelar ese espacio de libertad del consumidor para la adquisición o contratación de bienes y servicios, como garantía de que el consentimiento de este se forme sin elementos o condicionamientos ajenos al producto o servicio propiamente dicho o que pueda, de algún modo, “contaminar” su decisión, en atención a que, como lo ha sostenido la jurisprudencia nacional “...uno de los fines que procura alcanzar la Ley de Lealtad Comercial es educar en la relación de consumo en el sentido de lograr que el intercambio comercial se lleve a cabo sin echar mano a recursos que comporten una captación de la atención de los consumidores producto de la disimulación de la naturaleza, calidad y demás elementos que resultan esenciales a los efectos de realizar la elección del producto” (20). De esta manera, cuando el consumidor toma la decisión de comprar un producto, tal decisión debe obedecer a las características de ese producto y no a “tentaciones accesorias” (21).

#### **IV. Nuevo marco reglamentario del art. 14 del DNU 274/2019**

Corresponde seguidamente analizar el marco reglamentario dentro del cual es necesario enmarcar las previsiones de la prohibición contenida en el art. 14 del DNU dictado por el Poder Ejecutivo nacional, marco que, adelantamos, reviste cierta complejidad en virtud de una serie de decretos y resoluciones cuyo intrincado derrotero intentaremos aclarar en el presente.

En primer lugar, es necesario recordar que, tal como lo adelantáramos al inicio del presente

---

sobre la concreta y real utilidad y sobre la necesidad que reviste para el consumidor la adquisición de determinado bien o la contratación de un servicio. Las modernas prácticas comerciales de comercialización y de promoción apuntan, en gran medida, a borrar, eliminar o acotar al máximo posible este momento en el cual el consumidor analiza y evalúa si verdaderamente necesita el producto ofrecido o si realmente le dará un uso efectivo y útil.

(20) CNPenal Económico, sala A, 9/8/2004, “Arcos Dorados SA s/ley 22.802”.

(21) BAROCELLI, Sergio S., “Prácticas comerciales”, cit., p. 315.

trabajo, el art. 75 del DNU 274/2019 dispone que las normas reglamentarias y complementarias de la ley 22.802 y sus modificatorias se entenderán reglamentarias y complementarias del presente decreto.

Esta norma reviste vital trascendencia respecto de la entrega de premios, sorteos o de la participación en concursos y promociones como medio de promoción de bienes y servicios regulada por el mencionado art. 14, en atención a la reglamentación con la que contaba el antiguo art. 10 de la ley 22.802 y las posteriores modificaciones de las que fueron objeto.

#### **IV.1. El dec. 1153/1997 y la res. 89/1998**

En el mes de noviembre de 1997, el Poder Ejecutivo dictó el dec. 1153/1997, mediante el cual reglamentó la mencionada norma de la hoy vieja ley de lealtad comercial con el objetivo de precisar los alcances del art. 10 y a fin de evitar que se ofrezcan condiciones de participación gratuita que eludan, mediante variantes mínimas, el cumplimiento de la finalidad que la ley persigue, estableciendo por la vía reglamentaria las pautas por las cuales esa forma de participación se encuentre razonablemente garantizada para aquellos casos que no se encuentren expresamente prohibidos.

De los considerandos del decreto surge que su fundamentación se encuentra en que, siendo el bien jurídico tutelado por la ley 22.802, la lealtad en las relaciones comerciales —comprensiva de los derechos de los consumidores a una información exhaustiva y clara—, dicha información respecto de los premios y la probabilidad de acceder a ellos, así como el cabal conocimiento de las bases y condiciones de participación, resulta esencial.

De este modo, en dos artículos, el dec. 1153/1997 reglamentó las condiciones que debían cumplir aquellos que organizaran o promovieran concursos, certámenes o sorteos conforme lo establecido en el art. 10 de la ley de lealtad comercial (22).

---

(22) Dispone el art. 1º: “Quienes organicen o promuevan concursos, certámenes o sorteos conforme lo establecido por el artículo 10 de la Ley Nº 22.802, deberán cumplir, al menos, las siguientes condiciones:

Pocos días después de su entrada en vigencia, la Secretaría de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía y Obras y Servicios

"a) Que se disponga la entrega gratuita del elemento requerido para la participación (cupón, envase, etc.) en al menos un local ubicado en cada ciudad capital de provincia y en cada ciudad de población mayor de cincuenta mil (50.000) habitantes situada en la región alcanzada por la promoción.

"b) Que dicha entrega se efectúe en los locales citados durante al menos cuatro (4) horas continuadas, diurnas y diarias, en los días hábiles que abarque la promoción.

"c) Que una lista completa de los domicilios de los locales mencionados, sea exhibida en cada lugar de venta del producto o servicio promocionado, en la respectiva Jurisdicción, en forma destacada y fácilmente visible para el consumidor.

"d) Que en cada mensaje publicitario que difunda la promoción se incluyan las expresiones: 'Sin obligación de compra' y 'Consulte en los locales de venta' en forma destacada y fácilmente visible y/o audible para el consumidor".

El art. 2º agrega: "Quienes organicen o promuevan concursos, certámenes, sorteos o mecanismos similares de cualquier naturaleza, con el objeto de promocionar la venta de bienes y/o la contratación de servicios, además de lo establecido en el artículo precedente, deberán cumplir con las siguientes obligaciones:

"a) En cada local de venta del producto o servicio promocionado se exhibirá, en forma destacada y fácilmente visible para el consumidor, la siguiente información:

"I) nómina completa de premios a adjudicar, indicando la cantidad de cada uno de ellos y la especificación de su calidad o modelo, si correspondiere;

"II) probabilidad matemática de adjudicación de los premios, en caso de que los mecanismos adoptados permitan conocerla, y de no ser posible, al menos una estimación de la misma;

"III) gastos que pudieren resultar al beneficiario de la adjudicación de los premios;

"IV) fecha de inicio y finalización de la promoción y su alcance geográfico;

"V) requisitos completos para la participación;

"VI) mecanismo detallado de adjudicación de los premios;

"VII) procedimientos o medios de difusión a través de los cuales se comunicará la adjudicación de los premios;

"VIII) lugar y fecha de entrega de los premios;

"IX) destino previsto para los premios no adjudicados.

"b) En cada pieza publicitaria se incluirá, de manera que resulte fácilmente comprensible para el consumidor:

"I) nómina completa de premios a adjudicar, indicando la cantidad de cada uno de ellos y la especificación de su calidad o modelo, si correspondiere;

Públicos(23), dictó la res. 89/1998(24), mediante la cual dispuso precisar las condiciones previstas en el decreto reglamentario, detallando específicamente la utilización de medios alternativos de cumplimiento de lo normado por este; limitando la obligación de difundir y conservar la lista de ganadores de todos aquellos premios que superen la suma de un mil pesos (\$ 1.000.-); y estableciendo la obligación de que todo mensaje publicitario radial, televisivo o cinematográfico que haga referencia a las promociones alcanzadas por el dec. 1153/1997 con una duración de más de veinte segundos, contuviera las expresiones "Sin obligación de compra" y "Consulte bases y condiciones en..." (indicando el medio donde consultarlas), así como la fecha de finalización y el alcance geográfico de la promoción. Lo más destacado de esta resolución fue que aportó mayores especificaciones respecto del cumplimiento de las obligaciones surgidas del decreto cuando la publicidad de la promoción, sorteo o premio se realizara por radio, televisión o cine, medios de difusión que a fines del siglo pasado se hallaban consolidados, pero expandiéndose rápidamente como espacios de publicidad cada vez más importantes y de mayor alcance.

Es interesante destacar una sanción de multa impuesta en el año 2012 por la Dirección de Defensa del Consumidor de la Provincia de En-

"II) fecha de inicio y finalización de la promoción y su alcance geográfico;

"III) requisitos completos para la participación o indicación precisa del modo de acceder a ellos.

"c) Se informará dentro de un plazo no mayor de diez (10) días hábiles de finalizada la promoción respectiva, a través de medios de difusión de alcance idéntico al de los utilizados para la divulgación de la promoción, la nómina de ganadores de los premios, como así también el destino que se dará a los premios no adjudicados si los hubiere.

"d) Se conservará durante tres (3) años a partir de su finalización, a disposición de la Autoridad de Aplicación, un listado completo de los ganadores de los premios mencionados en el inciso anterior, la constancia de su recepción, y la de los premios no adjudicados,

"e) No se dará por finalizada la promoción antes de la fecha prevista de terminación sin haber adjudicado la totalidad de los premios ofrecidos y haberles dado el destino previsto a los no adjudicados.

(23) El art. 3º del dec. 1153/1997 dispuso a esta dependencia como Autoridad de Aplicación.

(24) La resolución fue dictada con fecha 13/2/1998.

tre Ríos a la firma “Día Argentina SA” que, a raíz de una denuncia efectuada por un consumidor de la ciudad de Gualeguay en la que denunciaba que en un sorteo gratuito de electrodomésticos efectuado por la firma mencionada, mediante la participación a través de cupones que se completaban con los datos personales y se depositaban en una urna y cuya única aclaración consistía en una leyenda referida a la obligación de estar presente el día del sorteo. La hija de la denunciante resultó ganadora de un televisor de 21 pulgadas, premio que la organizadora se negó a entregar bajo el argumento de que la favorecida era menor de edad. La autoridad de aplicación provincial multó a la denunciada con fundamento en el “incumplimiento del decreto reglamentario 1153/1997, artículo 2º inciso b), punto I, II, III, complementario al artículo 10 inc. b) de la ley nacional 22.802, que expresa que en cada pieza publicitaria se incluirá de manera que resulte fácilmente comprensible para el consumidor, nómina completa de premios a adjudicar, indicando la cantidad de cada uno de ellos y la especificación de su calidad o modelo, fecha de inicio y finalización de la promoción y su alcance geográfico y requisitos completos para la participación o indicación precisa del modo de acceder a ellos”, agregando “Que se debe tener presente que por aplicación del principio de progresividad de los derechos del niño y sus normas protectoras, la menor estaba habilitada para concursar, pues en caso de salir sorteada se debió entregar el mismo a la madre como su representante legal o mutar la figura contractual del sorteo en una donación a la menor, pero nunca perjudicar los derechos de la niña” (25).

#### IV.2. El dec. 961/2017

Veinte años transcurrieron desde el dictado del dec. 1153/1997 hasta que, en noviembre de 2017, el Poder Ejecutivo dictó una nueva reglamentación para quienes organicen o promuevan certámenes o sorteos. Veinte años durante los cuales las técnicas publicitarias, los medios masivos de difusión y la consolidación definitiva de Internet y de las nuevas tecnologías (Internet móvil, *smartphones*, *streaming*, etc.),

(25) Dirección General de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial de Entre Ríos, res. 1598 del 15/11/2012.

se desarrollaron de manera vertiginosa, modificando hábitos de consumo, transformado la sociedad y las formas de relación interpersonal y generando un universo nuevo y ampliamente diverso de espacios publicitarios y de potenciales consumidores.

Es así como se dicta el dec. 961/2017 que, en su art. 6º deroga el dec. 1153/1997 y que, bajo el título de “Simplificación: Condiciones para quienes organicen o promuevan certámenes o sorteos”, que intenta aportar sencillez a las condiciones que deben cumplir quienes lleven adelante este tipo de prácticas comerciales.

Entre los fundamentos enunciados en los considerandos del decreto se destacan “la existencia de nuevos canales para publicitar sorteos y/o promociones de productos o servicios” lo que “hace necesario prever otro mecanismo para simplificar la forma en que se brindan los datos en cada pieza publicitaria, de modo que los consumidores accedan a una información completa, exhaustiva y clara, y a su vez, evitar que los anunciantes incurran en costos excesivos e injustificados para la promoción de sus productos o servicios”; agregando que “resulta razonable posibilitar que los participantes se informen acerca de las condiciones de este tipo de sorteos o promociones a través de los mismos medios por los cuales fueron incentivados a participar”, todo esto en el marco de la aplicación de las “buenas prácticas regulatorias” (26).

Más allá de los fundamentos citados en el párrafo anterior, el dec. 961/2017 es similar y bastante parecido a la norma que vino a reemplazar y poco modificó con respecto a la pretendida simplificación que declama en sus considerandos. En primer lugar, se advierte

(26) El dec. 891 del 1/11/2017 estableció las “Buenas Prácticas en Materia de Simplificación” para todo el Sector Público Nacional para el dictado de la normativa y sus regulaciones (art. 1º), indicando que “Las normas y regulaciones que se dicten deberán ser simples, claras, precisas y de fácil comprensión. El Sector Público Nacional deberá confeccionar textos actualizados de sus normas regulatorias y de las guías de los trámites a su cargo. Deberá evaluarse su inventario normativo eliminando las que resulten una carga innecesaria. En el mismo sentido el dictado de nuevas regulaciones que impongan cargas deberán a su vez reducir el inventario existente” (art. 3º).

que la intención de la regulación apunta, aunque de manera solo aparente, a incorporar a la reglamentación sobre la publicidad de estas prácticas los nuevos medios de difusión y de publicidad desarrollados luego de dos décadas de vigencia del anterior decreto, objetivo que, como veremos más adelante, definitivamente se alcanzó con el dictado de la res. 915-E-2017 de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción. En segundo término, las supuestas modificaciones introducidas a la reglamentación, consistieron, únicamente, en agrupar lo previsto por el inc. d) del art. 1º y por el inc. b) del art. 2º del dec. 1153/1997, dentro del art. 3º del dec. 961/2017, que de este modo pasó a comprender la obligación, para los organizadores, de incluir en toda publicidad de concursos, certámenes, sorteos o mecanismos similares o para la promoción de venta de bienes y/o la contratación de servicios, la expresión "Sin obligación de compra", la fecha de inicio y finalización de la promoción y, como agregado que no se preveía, el medio donde estará disponible la información que se indica y que es idéntica a la que detallaba originalmente el mencionado inc. b) del art. 2º del dec. 1153/1997.

De este modo, la nueva reglamentación para quienes realicen cualquiera de las actividades previstas por el art. 10 de la ley 22.802, en la parte pertinente, quedó redactada de la siguiente manera:

"Art. 1º: Quienes organicen o promuevan concursos, certámenes o sorteos conforme lo establecido por el artículo 10 de la Ley Nº 22.802 y sus modificaciones, deberán cumplir, al menos, las siguientes condiciones:

"a) Que se disponga la entrega gratuita del elemento requerido para la participación (cupón, envase, etc.) en al menos un local ubicado en cada ciudad Capital de Provincia y en cada ciudad de población mayor de cincuenta mil (50.000) habitantes situada en la región alcanzada por la promoción.

"b) Que dicha entrega se efectúe en los locales citados durante al menos cuatro (4) horas continuadas, diurnas y diarias, en los días hábiles que abarque la promoción.

"c) Que una lista completa de los domicilios de los locales mencionados, sea exhibida en cada lugar de venta del producto o servicio promocionado, en la respectiva Jurisdicción, en forma destacada y fácilmente visible para el consumidor.

"Art. 2º: Quienes organicen o promuevan concursos, certámenes, sorteos o mecanismos similares de cualquier naturaleza, con el objeto de promocionar la venta de bienes y/o la contratación de servicios, además de lo establecido en el artículo precedente, deberán cumplir con las siguientes obligaciones:

"a) En cada local de venta del producto o servicio promocionado se exhibirá, en forma destacada y fácilmente visible para el consumidor, la siguiente información:

"1) Nómina completa de premios a adjudicar, indicando la cantidad de cada uno de ellos y la especificación de su calidad o modelo, si correspondiere (27).

"2) Probabilidad matemática de adjudicación de los premios, en caso de que los mecanismos adoptados permitan conocerla, y de no ser posible, al menos una estimación de la misma.

"3) Gastos que pudieren resultar al beneficiario de la adjudicación de los premios.

"4) Fecha de inicio y finalización de la promoción y su alcance geográfico.

"5) Requisitos completos para la participación.

"6) Mecanismo detallado de adjudicación de los premios.

---

(27) Respecto del incumplimiento de este requisito, la CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, 21/8/2012, en autos "Bodegas Argentina AC c. Estado Nacional - DNCI", confirmó parcialmente (reduciendo el monto de la multa impuesta) la disp. 723/2010 de la Dirección Nacional de Comercio Interior que sancionó la firma Bodegas de Argentina AC en el entendimiento de que había infringido la normativa que rige la materia, al no cumplir con los requisitos mínimos para su regularidad, ya que advirtió que la publicidad de un concurso organizado por la imputada carecía de la nómina completa de premios a adjudicar y no indicaba la cantidad de cada uno de ellos, ni especificaba su calidad o modelo.

"7) Procedimientos o medios de difusión a través de los cuales se comunicará la adjudicación de los premios.

"8) Lugar y fecha de entrega de los premios.

"9) Destino previsto para los premios no adjudicados.

"b) Se informará dentro de un plazo no mayor de diez (10) días hábiles de finalizada la promoción respectiva, a través de medios de difusión de alcance idéntico al de los utilizados para la divulgación de la promoción, la nómina de ganadores de los premios, como así también el destino que se dará a los premios no adjudicados si los hubiere.

"c) Se conservará durante tres (3) años a partir de su finalización, a disposición de la Autoridad de Aplicación, un listado completo de los ganadores de los premios mencionados en el inciso anterior, la constancia de su recepción, y la de los premios no adjudicados.

"d) No se dará por finalizada la promoción antes de la fecha prevista de terminación sin haber adjudicado la totalidad de los premios ofrecidos y haberles dado el destino previsto a los no adjudicados.

"Art. 3º: Toda publicidad de concursos, certámenes, sorteos o mecanismos similares para la adjudicación de premios o para la promoción de venta de bienes y/o la contratación de servicios, deberá incluir la expresión 'Sin obligación de compra' (28), la fecha de inicio y finalización

(28) Por infracción a los requisitos establecidos en este artículo, mediante disp. DI-2018-63-APN-SSCI#MP de fecha 18/7/2018, la Subsecretaría de Comercio Interior del Ministerio de Producción, sancionó con multa a la firma Cinemark Argentina SRL, por no incluir en la publicidad de una promoción denominada "ANIMA FEST-FILM", la expresión "Sin obligación de compra" y por no indicar el alcance geográfico de la misma. También impuso la sanción de multa, por disp. DI-2018-70-APN-SSCI#MP, con fecha 18/7/2018, a la firma The Difference SA, organizadora de una promoción por cuenta y orden de Jumbo Retail Argentina SA y Cencosud SA, por no incluir la misma expresión, ni indicar la fecha de inicio y finalización, ni el alcance geográfico en la publicidad para la promoción "Viaja a Estambul con Disco". En ambos casos, la autoridad de aplicación destacó "Que con relación a ello, es válido señalar que el dec. 961 de fecha 24 de noviembre de 2017

de la promoción, y el medio donde estará disponible la información que se indica a continuación, en las condiciones que establezca la Autoridad de Aplicación:

"a) Nómina completa de premios a adjudicar, indicando la cantidad de cada uno de ellos y la especificación de su calidad o modelo, si correspondiere;

"b) Alcance geográfico; y

"c) Requisitos completos para la participación o indicación precisa del modo de acceder a ellos".

Asimismo, y por cuestiones de reordenamiento administrativo, el art. 4º de la nueva reglamentación traslada a la Autoridad de Aplicación desde la ya inexistente Secretaría de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía, a la Secretaría de Comercio dependiente del Ministerio de Producción.

### ***IV.3. La res. 915-E-2017 de la Secretaría de Comercio***

Pocos días después del dictado del dec. 961/2017, el 4 de diciembre del mismo año, se publicó en el Boletín Oficial la res. 915-E de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción de la Nación, flamante Autoridad de Aplicación de dicho decreto, y que tuvo por finalidad reglamentar los requisitos legales para las publicidades incluidas en los arts. 9º y 10 de la ley 22.802 y en los arts. 4º y 36 de la ley 24.240 (29).

La resolución comienza por derogar todas aquellas normas que referían a los requisitos y modalidades a los que debían ajustarse quie-

derogó el dec. 1153 de fecha 5 de noviembre de 1977, del análisis del nuevo texto legal se observa que, en lo que fuera materia de imputación en el expediente, no se encuentran discriminados los hechos constatados en autos relativos a la obligación de consignar en la publicidad la leyenda 'Sin obligación de compra', así como la fecha de inicio y finalización de la promoción y el alcance geográfico, ni es establecieron nuevas penas o condiciones más favorables sobre dichos hechos...".

(29) Un análisis más pormenorizado de la res. 915-E-2017 de la Secretaría de Comercio y de las consecuencias que tiene respecto del derecho a la información del consumidor o usuario, puede consultarse en GIANZONE, Leonardo, "Algunas consideraciones...", cit.

nes publiciten bienes y/o servicios por cualquier medio gráfico, televisivo, cinematográfico o audiovisual, o por radio. De esta manera se dejan sin efecto la res. 789/1998, el art. 7º de la ya mencionada res. 89/1998, ambas de la ex Secretaría de Industria, Comercio y Minería del ex Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, y los arts. 8º y 10 de la res. 7/2002 de la ex Secretaría de la Competencia, la Desregulación y Defensa del Consumidor del ex Ministerio de Economía para, a continuación, establecer los requisitos legales para las publicidades incluidas en los arts. 9º y 10 de la ley 22.802 y en los arts. 4º y 36 de la ley 24.240.

A esta altura se hace necesario hacer una aclaración que resulta importante a fin de poder interpretar correctamente la res. 915/2017 que originalmente reglamentó los arts. 9º y 10 de la ley 22.802, a la postre derogada por el DNU 274/2019. Sin embargo, tal cual lo dispone el ya mencionado art. 75 de este último, extendió la vigencia de todas aquellas normas reglamentarias y complementarias de la ley de lealtad comercial, entendiéndolas como reglamentarias y complementarias del DNU. Esta circunstancia hacía necesario adecuar las previsiones de la res. 915/2017 de manera de que no quedaran desactualizadas o tácitamente derogadas, y de que guardaran coherencia con el nuevo régimen de lealtad comercial que reemplazó a la ley 22.802.

Esta adecuación reglamentaria fue dispuesta por la res. 248/2019 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Producción y Trabajo (30), en su carácter de Autoridad de Aplicación del DNU 274/2019 que, en sus considerandos expresa “Que, asimismo, resulta necesario aclarar y adaptar algunas cuestiones propias de la Resolución N° 915 de fecha 1º de diciembre de 2017 de la ex Secretaría de Comercio del entonces Ministerio de Producción, relativa a la regulación de la publicidad”.

Efectuada esta aclaración, el art. 4º de la res. 915/2017 (31) establece, en dos puntos, los

(30) BO del 24/5/2019 con vigencia a partir del día siguiente al de su publicación.

(31) El artículo original de la res. 915-E-2017 fue sustituido por el art. 22 de la comentada res. 248/2019 de la Secretaría de Comercio.

requisitos legales para las publicidades contenidas en los arts. 11 y 14 del dec. 274/2019, respectivamente (32).

En estricta referencia al tema objeto de este trabajo, el punto 2 de la norma mencionada, textualmente expresa que “Toda publicidad de bienes y/o servicios permitida por el artículo 14 del decreto 274/19 deberá cumplir con los requisitos establecidos por el artículo 3 del decreto 961/17 y no deberá inducir a error, engaño o confusión en los términos del artículo 10 decreto 274/19”.

En rigor de verdad, entendemos que la norma transcrita adolece de un defecto en su redacción o, si se quiere, de técnica legislativa. El art. 14 del DNU 274/2019 no regula bienes y/o servicios sino, como ya lo expresamos, prácticas comerciales que consisten en la promoción de estos mediante el ofrecimiento de entregar premios o regalos o a través de la organización de concursos, certámenes o sorteos, por lo que la norma debió referirse a los requisitos obligatorios para la publicidad de estos, tal cual lo indica el art. 3º del dec. 961/2017, al cual remite este inciso.

Lo que la Secretaría de Comercio establece en esta resolución es, básicamente, que la información relativa a la publicidad que se realice sobre concursos, certámenes, sorteos o mecanismos similares para la adjudicación de premios o para la promoción de venta de bienes y/o la contratación de servicios, deberá ser suministrada a los consumidores través de una página web y/o de una línea telefónica gratuita, debiendo consignarse dicha circunstancia en la publicidad correspondiente, tal como lo establece el art. 6º de la res. 915/2017 (33).

La resolución hace referencia a aquellos requisitos que obligatoriamente debían integrar

(32) El art. 4º del DNU 274/2019 establece estos requisitos también para aquellas publicidades incluidas en los arts. 4º y 36 de la ley 24.240, análisis sobre el que no profundizaremos por ser ajeno al tema del presente trabajo.

(33) El art. 6º establece en su primera parte que “El medio donde estará disponible la información indicada en el artículo 3 del decreto N° 961/17 será una página web y/o línea telefónica gratuita, debiendo consignarse dicha circunstancia en la publicidad correspondiente”.

las publicidades radiales, televisivas o gráficas (34) que efectuaba el proveedor y que eran emitidos a una velocidad o impresos en caracteres tan diminutos que hacían prácticamente imposible que el mensaje llegara con claridad al consumidor y, en un intento por simplificar estas obligaciones, la resolución admite que en dichas publicidades pueda sustituirse la información correspondiente, por la expresa referencia a una página web y/o línea telefónica gratuita que debe figurar en la publicidad mediante la fórmula “Para más información consulte en...” o “Para más información comuníquese gratuitamente al teléfono...”, y a través de las cuales el consumidor podrá informarse.

Agrega el art. 6º que, para estos casos, también serán de aplicación los requisitos establecidos en el art. 4º, punto 1, apart. c), incs. i) a iv), según se trate del medio a través del cual se realice la publicidad de la promoción, esto es: gráfico, televisivo y cinematográfico, radial o digital (Internet) (35).

#### IV.4. Síntesis

Por lo expuesto, podemos sintetizar que el marco regulatorio vigente en la actualidad respecto de los premios, regalos, concursos, certámenes y sorteos que se entreguen o realicen para promocionar un bien o un servicio, se encuentra

(34) Originalmente previstos en el dec. 1153/1997, complementado por la res. 89/1998 de la ex Secretaría de Industria, Comercio y Minería y, posteriormente, en el dec. 961/2017.

(35) De acuerdo con la norma referida, los requisitos de la publicidad para cada medio, son:

i. Medio gráfico: La referencia a la página web y/o línea telefónica deberá ser proporcionada con caracteres tipográficos no inferiores a dos milímetros (2 mm) de altura o, si ésta estuviera destinada a ser exhibida en la vía pública, el dos por ciento (2 %) de la altura de la pieza publicitaria. La letra será legible, clara y no deberá confundir al lector.

ii. Medio televisivo y cinematográfico: La referencia a la página web y/o línea telefónica deberá consignarse con caracteres tipográficos de altura igual o mayor al dos por ciento (2 %) de la pantalla.

iii. Medio radial: La referencia a la página web y/o línea telefónica deberá proporcionarse en forma clara y audible.

iv. Medio digital (Internet): La referencia a la página web y/o línea telefónica deberá proporcionarse con caracteres tipográficos que sean fácilmente legibles, acorde con el dispositivo utilizado.

regido por el dec. 961/2017, la res. 915-E-2017 de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción (reformada por la res. 248/2019 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Producción y Trabajo) y por la res. 89/1998 de la ex Secretaría de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos (36).

#### V. Normas aplicables del Código Civil y Comercial de la Nación y de la LDC

No hay dudas de que el vínculo jurídico que se establece entre el proveedor que promociona sus productos mediante el ofrecimiento de premios, regalos o a través de la participación en certámenes, concursos o sorteos o de cualquiera de las modalidades que no encuadren dentro de las prohibiciones del art. 14 del dec. 274/2019 y siempre y cuando cumpla con la totalidad de los requisitos que la reglamentación le impone, constituye un contrato o una relación de consumo en los términos de los artículos 1093 y 1092 del Cód. Civ. y Com. y 3º de la LDC.

Resulta claro que quien reciba un regalo o premio (sin intervención del azar) por la adquisición de un bien o la contratación de un servicio, se vincula con el proveedor mediante un contrato de consumo, lo mismo que aquel consumidor que entregue bienes a título de rescate de envases o partes integrantes del producto vendido. Del mismo modo, debe ser considerada como una relación de consumo entre proveedor y consumidor, aquella que surja con motivo de la participación de este último en un concurso, certamen o sorteo —de cualquier naturaleza—, organizado por el proveedor para promocionar sus productos, aun en el caso en el cual el consumidor participe de manera gratuita, es decir, sin haber adquirido el producto efectivamente promocionado (37). Por otra

(36) Teniendo en cuenta que el art. 7º fue derogado por la res. 915/17 (art. 2º) y en cuyo lugar deberá estarse a las previsiones contenidas en el punto 1, apart. c), incs. i) al iv) del art. 4º de dicha resolución.

(37) Así lo entendió la jurisprudencia de la CNCiv., sala K, 4/7/2008, en los autos “Machuca, Augusto A. c. Pepsico de Argentina SRL”, LL 2008-F-519, al decir que “... no cabe duda (...) que las partes han estado unidas por una relación de consumo, puesto que, se trata de un sistema de publicidad destinado a la captación de



parte, el art. 3° de la LDC, expresamente establece que las disposiciones de la ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo y, en particular, las leyes de Defensa de la Competencia y de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen.

Caracterizadas estas prácticas comerciales como contratos o relaciones de consumo, les resultan aplicables muchas de las normas contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación y en la LDC y destinadas a proteger al consumidor o usuario.

En este sentido, ante la duda en la interpretación de las bases o condiciones del concurso o sorteo, o de alguna de las disposiciones legales aplicables, deberá estarse por la más favorable para el consumidor. De igual manera deberá interpretarse el contrato de consumo y, cuando existan dudas sobre los alcances de la obligación de este último, se adoptará la que resulte menos gravosa para él (38).

Claramente, y tal como lo señala Lorenzetti (39), los sorteos, concursos o certámenes constituyen contratos efectuados por adhesión a condiciones generales de contratación, pre redactadas unilateralmente por el proveedor y, respecto de la difusión que se haga de las bases y condiciones del sorteo, concurso, certamen o promoción, resulta plenamente aplicable el régimen sobre el deber de información y sobre publicidad. De este modo, dichas bases y condiciones, así como todo lo relativo a estas prácticas comerciales, deberán ser informadas por el proveedor de manera cierta, clara, detallada, con la claridad necesaria para su comprensión y gratuita para el consumidor, conforme lo dispuesto por los arts. 1100 del Cód. Civ. y Com. y 4° de la LDC.

Con respecto a la publicidad que el proveedor realice sobre estas promociones y prácticas comerciales, va de suyo que rigen todas las normas

un mayor número de clientes, lo que indudablemente produce mayores ingresos económicos.”

(38) Arts. 1094 y 1095 del Cód. Civ. y Com. y 3° de la LDC.

(39) LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 139.

aplicables a la publicidad, tanto las del Código Civil y Comercial de la Nación y las de la Ley de Defensa del Consumidor, como las contenidas en el DNU 274/2019 y sus reglamentarias y complementarias, en atención a que el fin que pretende el nuevo régimen de lealtad comercial es evitar que los consumidores y usuarios sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de bienes o servicios, mediante publicidades engañosas que vulneren sus derechos a ser informados de manera clara y veraz. En este sentido, la publicidad referida a cualquiera de las prácticas previstas en el art. 14 del DNU mencionado, no solo deberán observar, para su licitud, la totalidad de los requisitos establecidos por la normativa reglamentaria detallada en el punto anterior de este trabajo sino que, además, no podrá contener inexactitudes ni ocultamientos que puedan inducir a error, engaño o confusión acerca de las características o propiedades tanto del bien o servicios, como de las condiciones de su comercialización, ni ser abusiva, discriminatoria o inducir al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad (40). Por otra parte, tal cual lo disponen los arts. 8° de la LDC y 11.03 del Cód. Civ. y Com., las precisiones formuladas en las publicidades, anuncios, prospectos y/o en cualquier otro medio de difusión, se tendrán por incluidas en el contrato con el consumidor, siendo obligatorio su cumplimiento para el proveedor oferente (41).

Siendo este tipo de prácticas, como ya lo dijéramos, contratos por adhesión a condiciones generales, les resulta aplicable el régimen de cláusulas abusivas previsto, tanto en la Ley de

(40) Arts. 11 del DNU 274/2019 y 1101 del Cód. Civ. y Com.

(41) CNCiv, sala K, 4/7/2008, en los autos “Machuca, Augusto A. c. Pepsico de Argentina SRL”, LL 2008-F-519, se dijo que “en consecuencia, la relación jurídica existente entre las partes solo puede entenderse dentro del contexto del contrato de consumo, resultando de aplicación extensiva el art. 8° de la normativa aludida, que dispone que las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares, u otros medios de difusión obligan al oferente y se tiene por incluidas en el contrato con el consumidor, debiendo admitirse que toda persona que adquiera el producto participante del concurso o lo obtenga del lugar asignado al efecto tiene derecho a participar del mismo”.

Defensa del Consumidor, como en el Código Civil y Comercial.

Del mismo modo y tal como lo señala Alejandro Chamatropulos (42), estas “...modalidades de incentivo de ventas (como las promociones) deben ser analizadas con rigor, porque aun cuando hayan sido autorizadas por las autoridades administrativas de aplicación en la materia, operan sobre la psicología de los consumidores mediante técnicas inductoras, afectando su libre determinación respecto a la elección de los bienes a adquirir”, pudiendo claramente resultar prohibidas por impedir o limitar la libertad de contratar del consumidor, de acuerdo con lo previsto por el ya citado art. 1099 del Cód. Civ. y Com.

Es sumamente interesante la equiparación que realiza Barocelli (43) de estas prácticas comerciales con las operaciones que se realizan fuera de los establecimientos comerciales previstas por el art. 32 de la LDC. En tal carácter, les serían aplicables los arts. 32 y 34 de dicho cuerpo legal, así como los arts. 1105 a 1116 del Cód. Civ. y Com., debiendo formalizarse por escrito y contando el consumidor o usuario con el derecho de arrepentimiento o de revocación de manera gratuita y sin responsabilidad para sí. En un trabajo más profundizado (44), el mismo autor señala como supuestos de relaciones de consumo perfeccionadas a distancia “...4) los contenidos, aplicaciones, promociones, concursos o sorteos que se perfecciona la adhesión del consumidor mediante la conformidad o el envío de uno o varios SMS, MMS, descarga u otros métodos que generan suscripciones o adhesión a sistemas de cobro; (...) 7) las relaciones de consumo cuyo perfeccionamiento se da por vía informática (...) comprendemos a contrataciones realizadas en páginas de Internet mediante el uso de tarjetas

de crédito u otros modos de pago, las plataformas de comercio electrónico (...) adquisición de cupones de descuento recibidos por correo electrónico, redes sociales, en sitios de internet u otros, etcétera”.

El desarrollo permanente y la velocidad con la que la era digital y las nuevas tecnologías van penetrando y modificando las prácticas comerciales, los hábitos de consumo, las formas de relación humana y comercial, las modernas modalidades de contratación y los modos en los que se perfecciona el consentimiento, nos imponen miradas que se ajusten a los nuevos paradigmas sociales y jurídicos que nos permitan ir readecuando las respuestas jurídicas que permitan eliminar las desigualdades entre proveedores cada vez más profesionalizados frente a consumidores cada vez más vulnerables, procurando una mayor y más eficaz protección de estos últimos.

## VI. Carácter de la infracción y sanciones

Un aspecto a tener en cuenta de la nueva regulación de lealtad comercial y que involucran a las prácticas comerciales prohibidas por el art. 14 del dec. 274/2019, es que estas conductas no deben necesariamente causar un daño actual o concreto al consumidor o usuario. Es suficiente con su potencialidad para ocasionarlo para que queden subsumidas dentro de la prohibición y, por ello, pasibles de ser sancionadas por la autoridad de aplicación.

Así lo ha reconocido la sala II, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal al referir que “Cabe agregar, que la Corte Suprema ha interpretado que la ‘infracción no requiere comprobación de un perjuicio concreto al consumidor, ya que bata con que se incurra en algunas de las conductas descriptas en la norma, con aptitud para inducir a error, engaño o confusión, para que se configure la infracción, con prescindencia de la producción del resultado’ (confr. Fallos 324:2006). Conviene recordar que este tipo de infracciones, son de aquellas denominadas ‘formales’, donde la verificación de los hechos hace nacer por sí la responsabilidad del infractor. En efecto, no se requiere daño concreto sin simplemente el incumplimiento de lo prescrito por la ley, ya

(42) CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Estatuto del consumidor comentado*, 2ª ed. aumentada, actualizada y reelaborada, La Ley, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 492.

(43) BAROCELLI, Sergio S., “Prácticas comerciales”, cit., p. 317.

(44) BAROCELLI, Sergio S., “Relaciones de consumo fuera de los establecimientos comerciales y a distancia”, en ROJO, Martina L. (coord.), *Temas actuales de protección al consumidor*, Ediciones Universidad del Salvador, Buenos Aires, 2015, ps. 140-141.

que se trata de los ilícitos denominados de ‘pura acción’ u ‘omisión,’ por lo que su apreciación es objetiva” (45).

Que de igual modo lo ha expresado la autoridad de aplicación en oportunidad de sancionar infracciones a la reglamentación referida a la publicidad de promociones y concursos diciendo “Que, resulta oportuno recordar que las infracciones como la examinada en las presentes revisten el carácter de ‘formales,’ para cuya tipificación y sanción la existencia de intención o de daño a los presuntos consumidores o a los competidores no resulta relevante. Como regla general sólo se requiere la simple constatación, sin que se adviertan en este caso razones significativas por las que se justificaría un apartamiento de aquel principio” (46).

El art. 57 la sanciones de las que será pasible aquella persona humana o jurídica, y que consisten en:

a) apercibimiento;

b) multa por un monto equivalente a entre uno y diez millones de unidades móviles.

A los efectos del presente decreto, defínase a la “Unidad Móvil” como unidad de cuenta. El valor inicial de la unidad móvil es el establecido en la ley 27.442, y será actualizado automáticamente cada un (1) año utilizando la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) que publica el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), o el indicador de inflación oficial que lo reemplace en el futuro (47).

(45) CNFed. en lo Contencioso administrativo, sala II, 21/8/2012, en autos “Bodegas Argentina AC c. Estado Nacional - DNCI”.

(46) Subsecretaría de Comercio Interior del Ministerio de Producción de la Nación, disp. DI-2018-63-APN-SSCI#MP y DI-2018-70-APN-SSCI#MP, 18/7/2018.

(47) El art. 85 de la ley 27.442 establece que “a los efectos de la presente ley defínase a la unidad móvil como unidad de cuenta. El valor inicial de la unidad móvil se establece en veinte (20) pesos, y será actualizado automáticamente cada un (1) año utilizando la variación del índice de precios al consumidor (IPC) que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) o el indicador de inflación oficial que lo reemplace en el futuro. La actualización se realizará al último día hábil de cada año, entrando en vigencia

La actualización se realizará al último día hábil de cada año, entrando en vigencia desde el momento de su publicación la Autoridad Nacional de la Competencia de dicha Ley en su página web.

c) suspensión del Registro Nacional de Proveedores del Estado por hasta cinco (5) años;

d) pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de los que gozare; y

e) clausura del establecimiento por un plazo de hasta treinta (30) días.

Las sanciones enumeradas podrán imponerse en forma independiente o conjunta, de acuerdo con las circunstancias del caso; y cuando la conducta sancionada involucre publicidad engañosa, la sanción puede incluir la rectificación, agravándose la multa impuesta si el infractor no subsana la publicidad engañosa.

Hay que destacar que, con respecto a las sanciones establecidas en el antiguo régimen de lealtad comercial, además de haberse agregado el apercibimiento como sanción, se ha elevado considerablemente el monto máximo de las multas que pueden imponerse y que, actualmente, significa elevar el máximo de estas de los 5 millones de pesos previstos en el art. 18 de la derogada ley 22.802, a la suma de 200 millones de pesos, según el establecido en el inc. b) del dec. 274/2019 en función de la “Unidad Móvil”, mecanismo al que se recurre acertadamente para evitar desactualizaciones de los montos de la sanción.

Respecto de los criterios de graduación de las sanciones, el art. 58 dispone que estos estarán dados por la gravedad de la infracción; el daño causado a todas las personas afectadas por la actividad prohibida; el beneficio obtenido por todas las personas involucradas en la actividad prohibida; el efecto disuasivo; el valor de los activos involucrados al momento en que se cometió la violación; la intencionalidad; la duración; la participación del infractor en el mercado; el

desde el momento de su publicación. La Autoridad Nacional de la Competencia publicará el valor actualizado de la unidad móvil en su página web”.

tamaño del mercado afectado; la duración de la práctica y los antecedentes del responsable, así como su capacidad económica. Resulta interesante la inclusión en la parte final del artículo de los efectos atenuantes que puede tener, al momento de evaluar la gravedad de la sanción, la colaboración que preste el presunto infractor con la Autoridad de Aplicación en el conocimiento o investigación de la conducta que se le imputa. Por el contrario, la reincidencia agravará la sanción, que de acuerdo con el art. 59 del dec. 274/2019, será considerada una circunstancia agravante de la conducta y cuyo efecto inmediato será que la sanción a aplicar no podrá ser inferior a la previamente impuesta. La norma finaliza definiendo como reincidente a quienes, habiendo sido sancionados por una infracción, incurran en otra de igual especie dentro del término de tres años.

## VII. Conclusiones

De modo general, podemos afirmar que el DNU representa un intento por revitalizar las herramientas de lealtad comercial, modernizándolas para que funcionen conjunta y coordinadamente con los regímenes de defensa de la competencia y de defensa del consumidor.

A través de su dictado, el Poder Ejecutivo, pretendió conformar un plexo de regulaciones que actúen e intervengan en la relación entre proveedores y consumidores, como en las que se verifican entre estos y el mercado.

El anterior régimen establecido por la ley 22.802 se hallaba desactualizado y se mostraba incapaz de ofrecer una respuesta eficaz a problemáticas modernas que el comercio actualmente refleja y que se encuentran estrechamente relacionadas con la consolidación de la sociedad de consumo y con el desarrollo de las nuevas tecnologías y de la era digital, dejando sin control y sin reproche legal a un gran número de prácticas desleales, abusivas o ilícitas.

En lo estrictamente vinculado con la modalidad de promoción de bienes y servicios mediante el ofrecimiento de premios y regalos, o de la participación en certámenes, concursos y sorteos, el nuevo régimen se ha limitado únicamente a transcribir textualmente como el art. 14

del dec. 274/2019, el viejo art. 10 de la derogada ley 22.802.

Donde efectivamente se han verificado escasas modificaciones, pero modificaciones al fin, es en el marco regulatorio del art. 14, que en la actualidad se encuentra enmarcado por el dec. 961/2017, la res. 915-E-2017 de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción (reformada por la res. 248/2019 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Producción y Trabajo) y por la res. 89/1998 de la ex Secretaría de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos.

También es de destacar que otra de las modificaciones importantes traídas por el nuevo régimen de lealtad comercial, puede hallarse en el aumento de los montos previstos para las multas que eventualmente se impongan, agravando significativamente esta sanción con la evidente intención de disuadir a los sujetos pasivos del régimen, de la realización de conductas o prácticas consideradas desleales por el decreto y entre las cuales se incluyen los premios, regalos, concursos, certámenes y sorteos que se entreguen o realicen para promocionar un bien o un servicio determinado.

Finalmente, es de esperar que, luego de la sanción de la ley 27.442 de Defensa de la Competencia y del nuevo Régimen de Lealtad Comercial estatuido por el DNU 274/2019, orientados a brindar un marco moderno y sólido tendiente a mejorar la competencia en el mercado, pueda completarse lo que con enorme acierto José Sahian define como “un trípode normativo” (48) que contemple una protección moderna de los consumidores y usuarios, a través de la elevación y posterior sanción legislativa del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor elaborado por una Comisión de expertos en la materia integrada por Carlos Hernández, Gabriel Stiglitz, Belén Japaze, Fernando Blanco Muiño, Leonardo Lepíscopo, Federico Ossola, Sebastián Picasso, Gonzalo

(48) SAHIÁN, José H., “Novedosa regulación de la competencia desleal en el decreto 274/19 de Lealtad Comercial”, LL edición especial: decreto de Lealtad Comercial del 22/5/2019, Buenos Aires, 2019, p. 23; LL Online: AR/DOC/1599/2019.

Sozzo, Carlos Eduardo Tambussi, Roberto Vázquez Ferreyra, Javier Wajntraub y María Eugenia D'Archivio, y que fue presentado ante el Consejo Federal de Consumo (COFEDEC) (49)

(49) El Consejo Federal del Consumo (COFEDEC) es un organismo de carácter institucional y federal que promueve la participación, el diálogo y la construcción de una agenda común entre todos los actores provinciales y nacionales a fin de coordinar, elaborar y promover políticas públicas unificadas en la protección, defensa, educación y promoción de los derechos de los consumidores. Está integrado por las autoridades de aplicación de todas las provincias, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y por la autoridad

en la ciudad de La Plata, el pasado 6 de diciembre de 2018.

de aplicación nacional. Funciona desde el año 1996 y fue institucionalizado a partir de la res. 464/2017 de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción de la Nación que, lo instituye en el ámbito de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción. Con acierto y a propuesta del COFEDEC, el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor lo ha incluido en su articulado, detallando en los arts. 140 a 143 su finalidad, integración, misiones y funciones y su sostenimiento, otorgándole el protagonismo que, como único organismo federal de defensa del consumidor, orgullosamente ostenta.



# La identificación del producto como una manifestación de la obligación de informar

---

MARÍA PAULA ARIAS (\*) Y JULIETA B. TRIVISONNO (\*\*)

## I. Consideraciones preliminares

El 22 de abril del corriente año se publicó en el Boletín Oficial el decreto de necesidad y urgencia 274/2019 (en adelante el “DNU”), el cual, por un lado, deroga la ley 22.802 de Lealtad Comercial y, por otro, resistemiza la materia en setenta y siete artículos, relativos a la regulación de la competencia desleal, la publicidad, las promociones, la información en el comercio, la autoridad de aplicación, las sanciones y el procedimiento administrativo.

El DNU se propone asegurar la lealtad y transparencia en las relaciones comerciales, así como también garantizar el acceso a la información esencial sobre los productos y servicios comercializados en el país por medios físicos o digitales, en interés de todos los participantes

del mercado (art. 1º). A su vez, de acuerdo con lo que se observa en los considerandos, entre las finalidades del DNU se encuentran: a) mejorar las condiciones de competitividad de la economía, b) simplificar y dinamizar el comercio; definir una regulación integral y sistematizada de la competencia desleal —supliendo el vacío legal existente en la materia—, c) complementar la regulación de la ley 27.442 en el control de las conductas de los agentes que operan en el mercado, d) simplificar la normativa sobre publicidad comercial e identificación de mercaderías, posibilitando el establecimiento de mecanismos que faciliten al comerciante el cumplimiento de las normas, y al consumidor el acceso a la información, etcétera.

No obstante haber recibido críticas de diversa índole —v.gr., algunos cuestionamientos sobre su constitucionalidad (1)—, el DNU realiza aportes significativos, entre los que se destaca la regulación de la competencia desleal en forma sistemática, mediante la consagración de cláusula general (art. 9º) y de supuestos específicos que pueden calificarse como actos de competencia desleal (art. 10) (2). En esta línea, se ha

---

(\*) Profesora Adjunta de Derecho del Consumidor y de Derecho de los Contratos en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; magíster en Derecho Privado, graduada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; presidenta del Instituto de Protección Jurídica del Consumidor del Colegio de Abogados de Rosario; integrante del Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Rosario.

(\*\*) Profesora Adjunta de Derecho del Consumidor y de Derecho de los Contratos en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; magíster en Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del Derecho y Derecho de la Integración de la Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”; graduada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; integrante y secretaria del Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Rosario.

---

(1) En este sentido, puede verse: ARANOVICH, Fernando C., “Decreto de Lealtad Comercial. Un ‘burladero’ de los precios”, LL del 22/5/2019, p. 2; LL Online: AR/DOC/1532/2019.

(2) En este sentido, puede verse: SANTARELLI, Fulvio G., “El abuso de dependencia económica. Una figura en vías de consolidación”, LL del 24/6/2019, p. 1; SAHIAN, José, “Novedosa regulación de la competencia desleal en el decreto 274/2019 de Lealtad Comercial”, LL del 22/5/2019, p. 19; LL Online: AR/DOC/1599/2019.

señalado que el DNU, intenta revitalizar y actualizar las herramientas de lealtad comercial, que junto a la defensa de la competencia y del consumidor conforman el marco normativo que rige las relaciones entre proveedores y consumidores en el mercado (3).

Realizada esta breve introducción, cabe señalar que el presente trabajo tiene por finalidad efectuar un análisis preliminar acerca de la regulación de la identificación de los productos en el marco del DNU (arts. 16 a 22), en una lectura sistemática con el deber de información que pesa en el mercado sobre los proveedores en el ámbito de la defensa del consumidor.

## II. La razón de ser de la exigencia de la identificación del producto

El mercado, en tanto constituye un ámbito de intercambio de bienes y servicios, requiere de normas que lo organicen (4). No se trata de un orden natural guiado por una “mano invisible”, sino que su existencia misma depende de una elección de política legislativa que implica una opción por un sistema económico determinado por sobre los demás posibles, y su regulación por medio de normas que aseguren la concurrencia e impidan abusos resultantes de la disparidad de poder contractual (5).

Las bases o lineamientos sobre los que se asienta la regulación del mercado se hallan en la Constitución Nacional, en el núcleo de las disposiciones que se denomina en la doctrina “constitución económica”. Entre estas normas, se encuentra el art. 42, incorporado a la Carta Magna con la reforma de 1994, en la que se profundiza la recepción del constitucionalismo social. Este artículo, luego de consagrar los derechos fundamentales de los consumidores y usuarios, establece que las autoridades proveerán “a la defensa de la competencia contra toda

forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos...”

Así, la regulación del mercado se construye desde y hacia el consumidor y se asienta en el “trípode legislativo” conformado por la Ley de Defensa de la Competencia, de Lealtad y Comercial y de Defensa del Consumidor (6). Por su parte, la defensa de la competencia se ocupa de controlar y prohibir aquellas conductas que impacten en la conformación y estructura del mercado (v.gr., fusiones, adquisiciones, control de monopolios, abuso de posición dominante, etc.), desde una mirada general, comprensiva de la oferta en un mercado relevante. Actúa, entonces, en la relación entre competidores, pero indirectamente protege al consumidor. En cambio, la competencia desleal regula las conductas de los proveedores en el mercado, vedando aquellas que —por inducir a engaño, confusión, etc.— atenten contra el interés de los consumidores y de los restantes proveedores. La mirada recae, no solo en la relación entre proveedores (v.gr., abuso de dependencia económica), sino también en el vínculo entre proveedor-consumidor (v.gr., publicidad engañosa) (7). Por último, la defensa del consumidor se dirige a la tutela de este en virtud de considerarlo un débil estructural frente al proveedor y al mercado en general. La interacción de estos tres pilares se refleja, entre otras cuestiones, en el art. 3° de la ley 24.240 que establece la integración normativa de la defensa del consumidor con los regímenes de lealtad comercial y defensa de la competencia.

En este contexto, la temática de la identificación de los productos en el mercado cumple una función de gran relevancia, en tanto se vincula con la concreción del deber de información, con distintos matices en cada una de las disciplinas referidas. Así, desde el derecho del consumidor la función de este deber —que adquiere la jerarquía de obligación— radica en corregir la asimetría existente entre consumidor-proveedor (profano-experto); y en el ámbito de la lealtad comercial y la defensa

(3) DEL PINO, Miguel - PERUZZOTTI, Mariano, “Nuevo régimen de lealtad comercial en Argentina”, LL del 22/5/2019, p. 12; LL Online: AR/DOC/1544/2019.

(4) SANTARELLI, Fulvio G., “Contrato y mercado”, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 68.

(5) TOBÍAS, José W., “Persona y mercado”, en Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, LL 2012-B-632. En sentido similar puede verse: SANTARELLI, Fulvio G., “Contrato y mercado”, cit., ps. 68-69.

(6) SANTARELLI, Fulvio G., “El abuso de dependencia económica...”, cit., ps. 1 y ss.

(7) Ídem.



de la competencia, el deber de informar tiene por finalidad tratar de evitar que un proveedor mediante omisión de información o engaño al consumidor desvíe a su favor o conserve a sus clientes en perjuicio de otros proveedores (8).

En virtud de lo señalado, cabe afirmar que la normativa de identificación de los productos y el deber de informar remiten al principio de transparencia, que en su carácter de directriz debe inspirar el conjunto de normas que se ocupan de la regulación del mercado. Se ha señalado que un mercado transparente “es aquel en que todos los intervinientes tienen la máxima información sobre las condiciones de mercado y esa información es igual y veraz para todos”; es decir, que la transparencia implica que “todos los agentes económicos saben: i) qué productos, bienes o servicios están disponibles; ii) a qué precio; iii) en qué lugar; y vi) bajo qué condiciones” (9).

El principio de transparencia es receptado en forma expresa en nuestro Código Civil y Comercial en el ámbito de la contratación bancaria. Allí se incluyen algunos lineamientos a fin de orientar las prácticas en el sector, los cuales resultan aplicables se trate o no de una relación de consumo (arts. 1378 a 1383). Asimismo, recientemente, el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor —en adelante ALDC—, que contiene un valioso núcleo de principios en los que se asienta la disciplina, consagra dicha directriz al señalar que “el sistema de protección del consumidor provee todo lo conducente al logro de la transparencia de los mercados. El Estado controla las distorsiones que afectan la distribución, condiciones de venta, calidad y precios de bienes y servicios” (art. 5º, inc. 4º). En el ámbito del ALDC se consideran manifestaciones de este principio: la integración de la política de protección del consumidor con las reglas de lealtad comercial y defensa de la competencia (art. 28); la posibilidad de anular

el contrato si se contravienen las normas de defensa de la competencia o lealtad comercial (art. 41) y el carácter abusivo de las prácticas que condicionan la adquisición de un producto o servicio a la adquisición de otro (10).

### III. La obligación de informar en general y la información a través de la identificación del producto en particular

El derecho del consumidor consagra el derecho a una información adecuada y veraz como derecho fundamental de los consumidores y usuarios en lo más alto de la pirámide jurídica (art. 42, CN). Por su parte, el nuevo Cód. Civ. y Com. en su art. 1100 regula la obligación de informar estableciendo que “el proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión”.

Asimismo, el art. 4º de la LDC reformado por la ley 27.250 dispone que “el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición”.

(8) JAGOU, Vanesa - ABDELNABE VILA, María Carolina, “Incorporación expresa del principio de mercado transparente en materia de defensa del consumidor”, en SANTARELLI, Fulvio - CHAMATROPULOS, Alejandro (dirs.), *Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Homenaje a Rubén S. Stiglitz*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2019, ps. 149 y ss.

(9) Ídem.

(10) STIGLITZ, Gabriel - BLANCO MUIÑO, Fernando - D'ARCHIVIO, María Eugenia - HERNÁNDEZ, Carlos A. - JAPAZE, María Belén - LEPÍSCOPO, Leonardo - OSOLA, Federico - PICASSO, Sebastián - SOZZO, Cósimo Gonzalo - TAMBUSI, Carlos E. - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto - WAJNTRAUB, Javier H., “Sobre algunas claves e innovaciones del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, en SANTARELLI, Fulvio - CHAMATROPULOS, Alejandro (dirs.), *Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, ps. 1 y ss.

A mayor abundamiento, el art. 37, *in fine*, de la LDC preceptúa que “en caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario”. El art. 41 del ALDC es casi una réplica de la norma transcrita.

En otras palabras, la normativa vigente tiende a que el consumidor tenga un conocimiento acabado de todo lo relacionado con los bienes y servicios que constituirán el objeto del contrato a celebrar, las condiciones de comercialización y toda otra circunstancia relevante. Dicho conocimiento va a permitir que preste un consentimiento reflexivo y que luego se encuentre en condiciones de utilizar el producto de manera adecuada para sí y para la sociedad. Por ello, también se exige que la información sea proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión. Allí, la norma pone la lupa en el destinatario de la esta y, por ende, la intensidad y el modo en que debe ser suministrada variará teniendo en mira a quien va dirigida (11).

Adviértase que el art. 37, *in fine*, de la LDC al facultar al consumidor a solicitar la nulidad del contrato por violación al deber de informar y la transgresión de la Ley de Lealtad Comercial reconoce implícitamente que, en dichos supuestos, el consumidor podría estar prestando un consentimiento viciado.

La información relevante y que debe compartirse es aquella cuya omisión puede entrañar un vicio en el consentimiento, es decir, la que de conocerse hubiera llevado a no celebrar el contrato o a celebrar uno diferente. Por otra parte, la carencia de información puede llevar a que la contraparte utilice el bien objeto del contrato de manera errónea con el consi-

guiente perjuicio que puede ocasionarle. De esta manera, la obligación de informar debe cubrir básicamente dos aspectos: a) evitar daños —muchas veces a través del deber de advertencia— y b) evitar la inferioridad negocial que puede generarse si no se suministran los datos relevantes del negocio o se suministran datos erróneos (12).

Sin embargo, tal es el caudal de información que actualmente existe y tan rápidas son algunas relaciones contractuales en nuestros días que se torna prácticamente imposible que el cocontratante desinformado pueda aprender completamente todo el contenido del mensaje que se le debería transmitir. Por ello, el informante debe procurar que la otra parte acceda a la mayor información posible para lo cual deberá seleccionar qué y cómo transmitirla. Aun así, en algunos casos, además de que la comunicación puede ser dificultosa, también puede resultar antieconómica. Surgen entonces, como complemento del deber de información, las llamadas garantías legales u obligatorias (art. 11, LDC, modif. ley 24.999). El conocimiento por parte del consumidor de la existencia de una obligación legal de observar estándares mínimos de calidad o de asegurar determinadas prestaciones, es información que se le ha transmitido, pero no porque el proveedor haya cumplido con una obligación de comunicar a su cargo, sino porque el Estado ha dispuesto la observancia de esos deberes y los ha comunicado a través de las leyes (13).

Esto mismo es lo que ocurre con los requisitos pautados por el DNU para la identificación del producto. Cada uno de los datos que se exige sean consignados como el modo en que debe hacerse cada mención constituyen una comunicación en sí. En otras palabras, no solo reviste el carácter de información el mensaje que se transmite —nombre; país de producción o fabricación; calidad, pureza o mezcla; medidas netas de su contenido— sino también el

(12) QUAGLIA, Marcelo C., “El subconsumidor y el deber de información”, en ARIAS, María Paula - URRUTIA, Liliana A. B. (coords.), *Protección jurídica de los subconsumidores*, Juris, Rosario, 2017, p. 74.

(13) OSSOLA, Federico - VALLESPINOS, Gustavo, *La obligación de informar*, Advocatus, Córdoba, 2001, ps. 102 y ss.

(11) Existe una obligación agravada de informar cuando el consumidor resulta ser un hipervulnerable por ser un niño, una persona con discapacidad, un anciano, un analfabeto, etcétera.

contexto y el canal en los cuales se desarrolla la información —etiqueta, envase o envoltorio— o el código —idioma, signos, tamaño de letra, etcétera—.

El título III del DNU dedicado a la “Información en el comercio”, contiene en su capítulo I las normas relativas a los recaudos de identificación que deben cumplir en sus rotulados, envases, envoltorios o etiquetas los productos que se comercialicen en el país (arts. 16 a 22). Con ello, se desarrolla el despliegue de la obligación de informar vinculado a las características de los productos y mercaderías.

Entre otras cuestiones, el DNU exige que conste en el rotulado la siguiente información: a) el nombre del producto, el país donde fueron producidos o fabricados, su calidad, pureza o mezcla y las medidas netas de su contenido (art. 16); b) la indicación “Industria Argentina” o “Producción Argentina” en caso de productos fabricados y comercializados en el país (art. 17); c) en caso de productos de origen extranjero que sufran en el país un proceso de fraccionado, armado, terminado u otro análogo que no implique una modificación en su naturaleza, deberán llevar una leyenda que indique dicho proceso y serán considerados como de industria extranjera (art. 19). A su vez, es preciso que todas las indicaciones contenidas en los rotulados o envases se hallen en idioma nacional, salvo vocablos extranjeros de uso común en el comercio, de las marcas registradas o de signos que tengan aptitud marcaría (art. 20).

Los sujetos alcanzados por las disposiciones relativas a la identificación de los productos —que resultan responsables por la veracidad de las indicaciones—, no son solo los fabricantes o productores de las mercaderías, sino también los envasadores, los que encomendaren envasar o fabricar, fraccionadores e importadores de estas (art. 21). Asimismo, se dispone que los comerciantes deberán abstenerse de comercializar los productos que no cumplan con esta normativa, resultando responsables de la veracidad de las indicaciones consignadas en los envases cuando no exhiban la documentación que individualice fehacientemente a los verdaderos responsables de su fabricación, fraccionamiento, importación o comercialización (art. 21, párr. 2º). Como puede apreciarse, el ámbito subjetivo

de aplicación de estas normas sobre rotulado y etiquetado de los productos resulta amplio, en tanto abarca a los diversos agentes que intervienen en la elaboración de los productos y su colocación en el mercado. Sin embargo, los alcances de la responsabilidad pueden resultar diversos según el rol que cumpla cada uno de los sujetos mencionados.

No obstante haberse valorado positivamente la intención de simplificar la regulación vinculada a la identificación de mercaderías en resguardo del derecho a la información del consumidor, cabe observar que la normativa del DNU reproduce en los arts. 16 a 22 las disposiciones que al respecto contenía la derogada ley 22.802 (arts. 1º a 6º) (14). Por su parte, el art. 16, párr. 3º del DNU remite a la reglamentación del decreto a los fines de establecer los medios a través de los cuales será suministrada la información prevista en los incisos de dicho artículo. En la res. 248/2019 del Ministerio se reglamentan algunas cuestiones vinculadas a la autoridad de aplicación, los procedimientos administrativos, la publicidad y las promociones, sin hacer referencia alguna a cuestiones vinculadas a la rotulación y etiquetado.

Si bien es cierto que el DNU deja fuera del régimen de identificación de productos al viejo art. 5º de la ley 22.802, la conducta allí prohibida se inscribe en el marco más amplio de lo dispuesto en el art. 10 inc. a) que considera como acto de competencia desleal “Actos de engaño: inducir a error sobre la existencia o naturaleza, modo de fabricación o distribución, características principales, pureza, mezcla, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o compra, disponibilidad, resultados que pueden esperarse de su utilización y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que correspondan a los bienes y servicios”. La temática resulta central en el ámbito de la identificación de los productos, en tanto tales conductas transgreden el deber de com-

---

(14) DEL PINO, Miguel - PERUZZOTTI, Mariano, “Nuevo régimen de lealtad comercial...”, cit., ps. 12 y ss.; SAHIAN, José, “Novedosa regulación...”, cit., ps. 19 y ss.; HEREDIA QUERRO, Sebastián, “Información en el comercio, publicidad y promociones empresariales en el ‘nuevo’ régimen de competencia desleal”, LL del 22/5/2019, p. 15; LL Online: AR/DOC/1405/2019.

portamiento leal en el mercado. Cabe mencionar, a modo ejemplificativo, que en base al viejo art. 5° se confirmó una multa impuesta a un proveedor por considerarse que la inclusión en los rótulos de ilustraciones relativas al limón induce a confusión al consumidor si la bebida contiene la fruta en cantidad menor a la reglamentaria, aunque se hubiese incorporado una leyenda en la que se expresaba la proporción realmente utilizada (15).

Desde una visión crítica del DNU se ha señalado que en materia de identificación de productos no existen innovaciones que merezcan ser destacadas y que se ha perdido una buena oportunidad para incorporar la semaforización en las normas de rotulación de alimentos, siguiendo el sistema adoptado en Chile (16). En realidad, parece más apropiado que la normativa de lealtad comercial contenga lineamientos generales vinculados al etiquetado, en tanto la heterogeneidad de productos que se comercializan en el mercado hace casi imposible que puedan contemplarse todas las particularidades. Piénsese en los productos alimenticios, cosméticos, de limpieza, los medicamentos, etc. Cada uno de ellos posee características que exigen contar con una reglamentación propia y detallada; es lo que ocurre, v.gr., con el Código Alimentario (17).

En lo que respecta al rotulado de alimentos, el Ministerio de Salud y Desarrollo Social, se encuentra trabajando en un proyecto que contempla la posibilidad de adoptar un sistema de etiquetado frontal. En noviembre de 2018 se emitió un informe titulado “Etiquetado nutricional frontal de alimentos” (18), que analiza los diversos sistemas existentes, compara ven-

tajas y desventajas, y recomienda adoptar un sistema de advertencias, similar a los que ya se encuentran vigentes en Chile (2016), Perú y Uruguay (2018). En dicho informe se explica que el etiquetado frontal de los alimentos “es una información que se presenta de manera gráfica en la cara principal o frente del envase de los productos con el objetivo de garantizar una información veraz, simple y clara al consumidor respecto del contenido nutricional de los alimentos y bebidas no alcohólicas con el fin de mejorar la toma de decisiones con relación al consumo de alimentos” (19). La finalidad está en lograr un acceso más eficaz a la información nutricional y brindar los elementos necesarios al consumidor que le permitan la elección de productos más saludables —si es que así lo desea— y le faciliten la compra.

En concordancia con estas ideas, sería posible delinear algunas pautas generales que puedan incorporarse en la normativa de lealtad comercial —o en la reglamentación correspondiente— que resulten aplicables a todo tipo de producto y se dirijan a favorecer la adopción de sistemas de etiquetado frontal y/o el uso de componentes gráficos a fin de facilitar el acceso a la información y su comprensión por parte del consumidor. A su vez, esta cláusula general debería hacer remisión a la reglamentación específica desarrollada para cada tipo de producto en particular. Esto produciría mayores niveles de efectividad en la información, en tanto aquello que es fácilmente visible aporta un mayor grado de certeza acerca del efectivo conocimiento por parte del consumidor. Es decir, si bien resulta dificultoso que la normativa sobre lealtad comercial pueda contemplar el sistema de etiquetado de cada producto, puede incluirse en esta una cláusula general que obligue a contar con sistemas de etiquetado que resulten más efectivos en la transmisión de la información y permitan alcanzar mayores niveles de transparencia por medio de indicaciones que tengan alto grado de visibilidad y transmitan una información asequible, comprensible para el consumidor. Un sistema de tales características permitiría cumplir con el estándar fijado en el art. 1100 del Cód. Civ. y Com. en el que se

(15) CNPenal Económico, sala B, 29/6/2006, “Aguas Danone de Argentina SA”, LL Online: 70029793.

(16) HEREDIA QUERRO, Sebastián, “Información en el comercio...”, cit., p. 15.

(17) El Código Alimentario argentino puede consultarse en: <https://www.argentina.gob.ar/anmat/codigoalimentario>. Su capítulo V se titula “Normas para la rotulación y publicidad de los alimentos” (arts. 220 a 246).

(18) A fin de consultar el informe citado puede accederse al siguiente link: [http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000001380cnt-2019-06\\_etiquetado-nutricional-frontal-alimentos.pdf](http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000001380cnt-2019-06_etiquetado-nutricional-frontal-alimentos.pdf).

(19) Ministerio de Salud y Desarrollo Social, informe “Etiquetado nutricional frontal de alimentos”, p. 7.

exige que la información sea “proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión”. La reglamentación a la cual remite el art. 16 del DNU podría abocarse a la recepción de una cláusula general como la descripta.

Por otra parte, los componentes gráficos que informen y alerten al consumidor resultan acordes a las limitaciones que puedan presentar los consumidores hipervulnerables, tales como niños, ancianos, analfabetos o personas con limitaciones visuales que no puedan dar lectura a las etiquetas. Un ejemplo de tal situación se encuentra en la causa “Hubbard-Hall Chem. Co. v. Silverman” (20) de Estados Unidos, en la cual dos trabajadores originarios de Puerto Rico fallecen al haber estado expuestos durante todo un día de trabajo a la inhalación de un producto insecticida para fumigar. Cabe destacar que en la presentación del producto se detallaba claramente qué peligros aparejaba el bien para los seres humanos, así como también la necesidad de la utilización de guantes, máscaras y ropa especial para su tratamiento. No obstante, los trabajadores fallecidos no entendían la lengua inglesa escrita, razón por la cual no utilizaron la debida protección. El tribunal entendió que el fabricante debió prever que tales productos eran manejados por trabajadores del campo, de limitada formación y habilidad para leer por lo que, sin perjuicio del texto escrito, se debió incorporar un símbolo o gráfico adecuado a la instrucción de estas personas que evidenciara la peligrosidad del producto (v.gr., una calavera y unos huesos, etc.), entendiéndose incumplido por tanto el deber de información en el supuesto de marras.

Asimismo, el rotulado de los productos no solo se vincula a la información, sino que también guarda relación con otros derechos fundamentales del consumidor, tales como el derecho a la salud y la seguridad (art. 42 de la CN). Esta relación entre información por medio del etiquetado, la salud y la seguridad del consumidor puede advertirse con claridad en “Madrid, Manuel c. Sánchez, Claudia y ots. s/daños y per-

juicios” (21). En este caso, una persona ingirió accidentalmente un producto desengrasante, cuyo envase no contenía la composición química ni el antídoto a utilizar en esos casos. A fin de obtener una indemnización, inició acción de daños contra el fabricante. En primera instancia se rechazó la demanda por entender que había existido culpa de la víctima. No obstante, la Cámara revocó el decisorio y condenó al demandado con fundamento en la ley 24.240. Se resolvió que el fabricante que no especificó en el envase la composición química del bien, debe responder por el agravamiento de las lesiones padecidas por el actor en razón de su ingesta accidental, pues, si bien el daño se produce de forma inmediata, de contarse con la información relativa a la composición del producto y su toxicidad, el consumidor hubiese sido tratado de forma más urgente e inmediata y hubiera existido la posibilidad de que las secuelas fueran menores, máxime cuando la determinación de sus componentes puede llevar horas o días.

#### **IV. El envasado, envoltorio o etiquetado como un medio de publicidad comercial**

Como se ha expresado la finalidad de las exigencias legales de individualización del producto es la obligación de informar que recae sobre el proveedor y la necesidad que exista transparencia en el comercio.

Sin embargo, muchas veces el contenido del etiquetado, envoltorio o envasado constituye un medio de publicidad comercial para poder colocar rápida y eficientemente el producto en el mercado. Es por ello, que postulamos un concepto amplio de publicidad en cuanto a los medios o recursos utilizados para cumplir con dicha finalidad.

Similar sentido es el que le confieren al término publicidad los modernos ordenamientos. Así, la directiva 450/1984 del Consejo de Europa establece en su art. 2.1. que “publicidad es toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal, con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de

(20) United States Court of Appeals, First Circuit, 1965. Ver en NOEL, Dix W. - PHILLIPS, Jerry J., *Products liability. Cases and materials*, 2ª ed., St. Paul, Minnesota, 1982, ps. 500 y ss. <https://h2o.law.harvard.edu/collages/2844>.

(21) C4ªCiv., Com., Minas, de Paz y Trib. Mendoza, 19/9/2014, “Madrid, Manuel c. Sánchez, Claudia y ots. s/daños y perjuicios”, LL Online: AR/JUR/55076/2014.

servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones”. Esta definición es seguida casi textualmente por el art. 2º de la ley general de publicidad española 34/1988.

Por su parte, el art. 39 de la ley venezolana de 1992 entiende por publicidad la “difusión masiva o restringida de mensajes destinados a dar a conocer las características, ventajas, cualidades o beneficios de cualquier tipo de bienes o servicios, con el fin de estimular su compra, uso o consumo, bien sean estos fabricados o prestados por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, de carácter público o privado”.

En definitiva, el jurista Ricardo Lorenzetti considera que “la publicidad es una forma de comunicación producida por una persona física o jurídica, pública o privada, con el fin de promover la contratación de productos o servicios” (22).

En tal sentido, el art. 11 del DNU al regular la publicidad engañosa dispone que “Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”. Así, la norma al utilizar el término “presentación” incluye el etiquetado o el rotulado, en envasado y el envoltorio del producto.

De este modo en un precedente jurisprudencial se vinculó el rotulado con la publicidad por medios gráficos y televisivos efectuada por la firma Pepsico de Argentina SRL que podía llevar a confusión a su destinatario respecto de la real naturaleza del producto que se estaba publicitando. Se intentaba promocionar una bebida no gasificada sin alcohol en lugar de agua como parecía surgir del aviso (23). Como

consecuencia de la mencionada campaña publicitaria y del rotulado, los tribunales confirmaron la resolución (24) que impuso multa a la empresa en cuestión por considerarse que la marca H20h! posee una similitud marcada con la fórmula química del agua —que es conocida por el hombre común y no solo por el grupo de expertos de la química— y el sonido correspondiente a su pronunciación.

La publicidad y rótulo cuestionados nombraban al producto de manera inexacta, lo que llevaba al eventual consumidor a creer en forma inmediata que el producto publicitado sería agua cuando en realidad no lo era. Por ende, puede considerarse que mediante la mencionada inexactitud se podía inducir a error, engaño o confusión respecto de la naturaleza o propiedades del producto que se pretendía lanzar al mercado.

Por otro lado, muchas veces en los etiquetados suelen utilizarse imágenes o representaciones para atraer la atención del consumidor e inducirlo a la adquisición del producto. En esos supuestos, también el rotulado constituye un recurso para publicitar el producto y en la medida que incluya información debe ser veraz además de reunir las pautas exigidas por la legislación vigente.

En dicha inteligencia, la jurisprudencia (25) ha confirmado la multa impuesta a la firma Pepsico de Argentina SRL por haberse constatado que aquella efectuó publicidades del producto “Pepsi Twist”, por las cuales incluyó ilustraciones de un gajo de limón y fotografías de limón, y publicidades del producto “Mirinda”, con la representación gráfica de una naranja,

5% de jugo de limón, fortificada con vitaminas B3, B5 y B6 y de sabor lima limón. Con 50% menos de gas que Seven Up y Seven Up Light. 7UP es marca registrada de 7UP International”. Por otra parte, en el rótulo del producto se leía: “Suavemente gasificada. H20h!. 7oUP.”; y, en caracteres tipográficos menos destacados: “Bebida sin alcohol dietética con 5% de jugo de limón. Este producto contiene 50% menos gas que Seven Up y Seven Up Light”.

(24) CNPenal y Económico, sala B, 14/9/2007, “Pepsico de Argentina SRL s/int. ley 22.802”, Revista digital Microjuris MJJ18409.

(25) CNPenal Económico, sala B, 20/7/2006, “Pepsico de Argentina SRL”, cita online 35004323.

(22) LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, t. III, p. 103.

(23) El contenido de la publicidad era el siguiente: “Llega H20h! de 7UP. Suavemente gasificada. Cero azúcar. Con el sabor lima limón de 7UP.”; y, al pie de aquel aviso publicitario, en caracteres tipográficos menos destacados: “Bebida sin alcohol dietética con

conducta que, según el director de Comercio Interior, induciría a error, engaño o confusión al consumidor en virtud de que tales representaciones gráficas no deberían haberse incluido en el rótulo ni en las publicidades en cuestión, toda vez que el Código Alimentario argentino —art. 998—, establece que para la utilización de representaciones gráficas de frutas, las bebidas deberán contener un porcentaje mínimo del 25% v/v de jugo de limón y del 50% v/v en el caso de las frutas restantes (26).

En similar sentido, en otro precedente jurisprudencial (27) se confirmó la multa impuesta a Aguas Danone Argentina SA por incluir en los rótulos de sus productos ilustraciones de dos rodajas de limón y en consignar frases contradictorias, toda vez que en un sector del rótulo se promocionaba el producto como natural y en otro se indicaba que se trataba de agua mineralizada artificialmente y que contenía químicos no naturales; ello en virtud de la posibilidad que conllevan las aludidas ilustraciones y expresiones de inducir a error, engaño o confusión al potencial consumidor respecto de la naturaleza, calidad, pureza o mezcla de los productos y de sus propiedades o características (28).

En definitiva, en la comercialización masiva de productos las partes del potencial contrato no se encuentran comunicadas de un modo directo, sino que el oferente difunde sus declaraciones a través del producto y la información inserta en su etiquetado. Dichos mensajes insertos en el rotulado crean un ambiente para que el consumidor actúe en consecuencia. Así, las precisiones insertas suelen inducir al consumidor a celebrar el contrato constituyendo una modalidad de publicidad comercial y como tal no debe ser engañosa ni abusiva (art. 1101 del Cód. Civ. y Com.).

---

(26) El rótulo del producto cuya publicidad se cuestionaba indicaba que el contenido de jugo de limón es de solo el 3,1%, y el contenido de jugo de naranja en el rótulo del producto 'Mirinda Naranja' es del 10%...

(27) CNPenal Económico., sala B, 29/6/2006, "Aguas Danone de Argentina SA", cita online 70029793.

(28) Las leyendas del rótulo versaban: "Bebida sin alcohol dietética marca 'Ser' calcio y magnesio - lima limón" y "Bebida sin alcohol con 5% de jugo de limón Limonada 'Villa del Sur'".

## V. Una manifestación del principio de consumo sustentable

El art. 22 del DNU dispone con relación a las máquinas, equipos y/o artefactos y sus componentes consumidores de energía que se comercialicen en la República Argentina que deberán cumplir los estándares de eficiencia energética que, a tales efectos defina la Autoridad de Aplicación previa intervención de la Secretaría de Gobierno de Energía del Ministerio de Hacienda. La citada Secretaría definirá para cada tipo de producto, estándares de niveles máximos de consumo de energía y/o niveles mínimos de eficiencia energética, en función de indicadores técnicos y económicos.

La mencionada norma exige el cumplimiento de estándares de eficiencia energética dando una respuesta frente al impacto nocivo ejercido por los patrones irracionales de consumo sobre los recursos naturales y haciéndose eco del mandato constitucional que surge del art. 41 de la Carta Magna en cuanto preceptúa que "las autoridades proveerán a la protección de este derecho —a un medioambiente sano—, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales". En tal sentido, los mencionados estándares constituyen un piso que deberá ser respetado aunque los proveedores podrán aumentar u optimizar dichos niveles de eficiencia.

En esta misma inteligencia, se sitúa y debe comprenderse al principio de acceso al consumo sustentable. Al respecto se recuerda que la ley 24.240 receptó dicho principio, y ahora, el Cód. Civ. y Com. ha mejorado su encuadre metodológico, desde que lo explicita en el art. 1094, en directa relación con el "principio de protección al consumidor". El criterio seguido es ponderable, desde que no se concibe uno sin el otro, ya que no podría predicarse una tutela absoluta o irrestricta del consumidor sin riesgo de desquiciar el ambiente y violentar el pacto intergeneracional, del mismo modo que resulta innegable que el resguardo del ambiente, la biodiversidad y el hábitat,

contribuyen al mejoramiento de la calidad de vida individual y social (29).

Por su parte, el ALDC incorpora el principio de consumo sustentable en el art. 5° como uno de los principios rectores del sistema de protección del consumidor preceptuando que “el sistema de protección de consumidor, de conformidad con el Derecho Internacional Ambiental y las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, impulsa la protección ambiental y en particular el consumo y la producción sustentables, en función de las necesidades de las generaciones presentes y futuras. Para ello, entre otras medidas, favorece la minimización del uso de materias primas y energías no renovables, así como la generación de la menor cantidad de residuos y el aumento del uso de energías o materias primas renovables o productos de reciclaje”.

Las definiciones sobre consumo sustentable coinciden en mencionar aspectos tales como: satisfacer las necesidades humanas; favorecer una buena calidad de vida mediante estándares de vida digna; actuar tomando en cuenta las generaciones futuras; considerar el impacto de los productos que se consumen a lo largo del ciclo de vida; minimizar el uso de los recursos, la generación de residuos y la contaminación (30). Y justamente con la norma del art. 22 del DNU se tiende a minimizar el uso de un recurso como lo es la energía eléctrica tomando en cuenta las generaciones futuras. Por supuesto que, si el proveedor mejora el piso mínimo exigido por dicha norma, debería informar al consumidor para que pueda tomar una decisión sustentable.

Como se ha señalado, la obligación de informar de los proveedores, comprende en su contenido la obligación de informar sobre los aspectos ambientales de los productos y servicios ya que el principio del consumo sustenta-

ble, en su función interpretativa e integradora, permite argumentar la ampliación del contenido de la obligación de información de los proveedores cuando la legislación exige que se informe sobre “todo lo relacionado con las características esenciales del bien o servicio (...) y toda otra circunstancia relevante para el contrato” (31).

En tal sentido, el soporte material de esa información ambiental puede ser el mismo producto a través de su etiqueta o envoltorio, u otros documentos que deben ser entregados al consumidor como el “documento de venta” o texto contractual, el certificado de garantía, el manual de instrucciones, entre otros (32). Así, una herramienta útil para informar al consumidor sobre datos relevantes asociados a riesgos, incertidumbres o cuestiones ambientales, son las etiquetas ecológicas. Entre sus ventajas se señala que se trata de símbolos sencillos, simples, que facilitan la transmisión de información al consumidor y, por lo tanto, podrían favorecer la adecuada comprensión del mensaje. Aunque la eficacia de las etiquetas ecológicas depende fuertemente de la elaboración de programas de educación al consumidor, con un diseño y ejecución adecuados (33).

En definitiva, para lograr un consumo sustentable es necesario un enfoque sistemático y la cooperación de todos los participantes de la cadena de valor, desde cómo los productores optimizan los procesos de manera sustentable para reducir su huella ambiental —tal como lo preceptúa el art. 22 del DNU—, hasta las decisiones que toma el consumidor acerca de cómo elegir un producto, qué hace con él y su impacto ecológico asociado (34).

(31) BIANCHI, Lorena, “Del principio de sustentabilidad ambiental al principio del consumo sustentable, revisando el derecho a la información”, RDAMB. 49; LL Online: AR/DOC/3403/20172016.

(32) *Ibidem*, p. 1.

(33) GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Lorena - TOLOSA, Pamela, “Principio de consumo sustentable: implicancias en relación con el deber de información y herramientas para su eficacia”, en SANTARELLI, Fulvio G. - CHAMATROPULOS, Alejandro (dirs.), *Comentarios al Anteproyecto...*, cit., ps. 170 y ss.

(34) ARIAS, María Paula, “Consumo sustentable. Con especial referencia a la publicidad ecológica”,

(29) HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., “Derivaciones del principio de acceso al consumo sustentable en las relaciones de consumo”, SJA del 20/9/2017, p. 117; RDAMB. 55, 28/9/2018, p. 57; LL Online AR/DOC/4063/2017.

(30) CAFFERATTA, Néstor A., “Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial”, RCyS, año XVII, nro. 4, abril de 2015, p. 273.



## VI. Síntesis conclusiva

Luego de haber finalizado este análisis preliminar acerca de las normas vinculadas a la identificación de los productos en el marco del DNU, cabe formular las siguientes conclusiones:

a) El DNU realiza aportes significativos, entre los que se destaca la sistematización y actualización de la regulación de la competencia desleal, consagrando una cláusula general de actos de competencia desleal (art. 9º) y una serie de supuestos específicos (art. 10).

b) La identificación de los productos cumple una función de gran relevancia en el mercado, en tanto se vincula a la concreción de la obligación de informar en la relación de consumo y contribuye a lograr un comportamiento leal de los proveedores entre sí y frente al consumidor, al impedir que se incurra en omisiones, engaños o se propicien confusiones. Este doble rol resulta acorde con el principio de transparencia de los mercados, contemplado en el Código Civil y Comercial de la Nación en el marco de la contratación bancaria e incluido en el catálogo de principios del ALDC.

c) Cada uno de los datos que se exige sean consignados para la identificación del producto como el modo en que debe hacerse cada mención constituyen una comunicación en sí. No solo reviste el carácter de información el mensaje que se transmite —nombre; país de producción o fabricación; calidad, pureza o mezcla; medidas netas de su contenido— sino

también el contexto y el canal en los cuales se desarrolla la información —etiqueta, envase o envoltorio— o el código —idioma, signos, tamaño de letra, etc.—.

d) Muchas veces el contenido del etiquetado, envasado o envoltorio constituye un medio de publicidad comercial para poder colocar rápida y eficientemente el producto en el mercado. Es por ello, que se postula un concepto amplio de publicidad en cuanto a los medios o recursos utilizados para cumplir con dicha finalidad.

e) En la comercialización masiva de productos las partes del potencial contrato no se encuentran comunicadas de un modo directo, sino que el oferente difunde sus declaraciones a través del producto y la información inserta en su etiquetado. Dichos mensajes insertos en el rotulado crean un ambiente para que el consumidor actúe en consecuencia. Así, las precisiones insertas suelen inducir al consumidor a celebrar el contrato constituyendo una modalidad de publicidad comercial y como tal no debe ser engañosa ni abusiva (art. 1101 del Cód. Civ. y Com.).

f) El art. 22 del DNU exige el cumplimiento de estándares de eficiencia energética dando una respuesta frente al impacto nocivo ejercido por los patrones irracionales de consumo sobre los recursos naturales y haciéndose eco del mandato constitucional que surge del art. 41 de la Carta Magna. En tal sentido, los mencionados estándares constituyen un piso que deberá ser respetado aunque los proveedores podrán aumentar u optimizar dichos niveles de eficiencia. Por supuesto que, si el proveedor mejora el piso mínimo exigido por dicha norma, debería informarlo al consumidor para que pueda tomar una decisión sustentable y, las etiquetas ecológicas, constituyen una herramienta útil a dichos fines.

---

Anuario Revista de Derecho del Consumidor, t. II, IJ Editores, enero 2019, p. 14; Revista de Derecho del Consumidor nro. 4, 18/4/2018, LL Online IJ-CDLXXXI-II-580IJ.



**ACCIONES JUDICIALES  
Y REPARACIÓN DE DAÑOS**  
.....



# Daños y perjuicios según el Decreto de Necesidad y Urgencia de Lealtad Comercial

---

DIEGO P. POVOLO (\*)

## I. Introducción

El 22 de abril de 2019 se publicó el decreto de necesidad y urgencia 274, denominado de Lealtad Comercial, en adelante el DNU.

Este deroga la ley 22.802 y sus modificatorias (art. 72), aunque establece que sus normas reglamentarias y complementarias —de la ley 22.802— “se entenderán reglamentarias y complementarias del presente decreto”.

Luego, el 23 de mayo, el DNU fue reglamentado por la res. 248/2019 de la Secretaría de Comercio Interior, el cual modifica algunas de dichas normas reglamentarias.

En sus considerandos se expresa: “Que la regulación de la competencia desleal prevista por el decreto N° 274/2019 debe entenderse complementaria a la prevista por la ley N° 27.442 de Defensa de la Competencia y a la protección que otorgan los derechos de propiedad industrial, como las patentes y marcas, en los casos que una invención o signo no se encuentra protegido por tales derechos”, concordantemente con los considerandos del propio DNU.

---

(\*) Abogado recibido con Diploma de Honor (UB); exvocal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia por dos períodos y vicepresidente II; máster en Finanzas de Univ. del CEMA; máster en Derecho Empresario de la Univ. Austral; tesorero del Colegio de Abogados de San Isidro; profesor en la Maestría en Derecho Empresarial (MADE), UADE y en el Premaster de la Univ. Austral y CUDES. Primer puesto en el concurso del Consejo de la Magistratura para la Sala Especializada en Defensa de la Competencia en la Cámara Federal Civil y Comercial (orden de mérito provisorio C. 415).

No me referiré en el presente trabajo a evaluar las circunstancias, oportunidad, necesidad y/o conveniencia del dictado del DNU, ni su constitucionalidad en general.

Para ello podrá leerse a otros prestigiosos colegas que opinaron en forma favorable, p. ej., Miguel del Pino y Mariano Peruzzotti(1) o José Sahián(2), así como quienes opinaron en forma desfavorable tales como Fernando Aranovich(3) y Luis Barry(4).

La idea aquí es concentrarse en las soluciones adoptadas con relación a reparación de daños y perjuicios generados por violaciones a las normas de lealtad comercial, para tratar de entenderlas en su aplicación práctica y reflexionar sobre ellas.

---

(1) DEL PINO, Miguel - PERUZZOTTI, Mariano, “Nuevo Régimen de lealtad comercial en Argentina”, LL edición especial: decreto de Lealtad Comercial del 22/5/2019, p. 12; LL Online: AR/DOC/1544/2019.

(2) SAHIÁN, José H., “Novedosa regulación de la competencia desleal en el decreto 274/2019 de Lealtad Comercial”, LL edición especial: decreto de Lealtad Comercial del 22/5/2019, p. 19; LL Online: AR/DOC/1599/2019.

(3) ARANOVICH, Fernando, “Decreto de Lealtad Comercial. Un burladero de los precios”, LL edición especial: decreto de Lealtad Comercial del 22/5/2019, p. 2; LL Online: AR/DOC/1532/2019.

(4) BARRY, Luis D., “Competencia desleal y el Servicio de Conciliación previa para las relaciones de Consumo”, LL edición especial: decreto de Lealtad Comercial del 22/5/2019, p. 4; LL Online: AR/DOC/1443/2019.

## II. Las disposiciones del DNU sobre daños y perjuicios

El art. 65 del DNU establece: “Las personas humanas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por este decreto, podrán ejercer la acción de reparación de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia”.

A su vez el art. 66 dispone: “La resolución de la Autoridad de Aplicación sobre la violación a este Decreto hará cosa juzgada. La acción de reparación de daños y perjuicios que tuviere lugar con motivo de la resolución firme dictada por la Autoridad de Aplicación tramitará de acuerdo al proceso sumarísimo establecido en el Capítulo II del Título III, del Libro segundo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El juez competente, al resolver sobre la reparación de daños y perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la resolución de la Autoridad de Aplicación, dictada con motivo de la aplicación del presente Decreto”.

## III. Cosa juzgada. Recursos cuando se desestima la denuncia

La primera observación que cabe realizar es que dichos artículos prácticamente transcriben lo dispuesto por la Ley de Defensa de la Competencia, 27.442, en sus arts. 62 (antes 51 de la ley 25.156) y 63.

Solo se extrajo en el art. 66 del DNU, en su primera oración, la frase “una vez que quede firme”, cuando se refiere a la resolución de la Autoridad de Aplicación y su efecto de cosa juzgada.

A primera vista, se podría pensar que esta exclusión es inocua ya que resultaría obvio entender que solo puede tener efecto de cosa juzgada una resolución de un funcionario público integrante del Poder Ejecutivo, luego de que pueda ser revisada por tribunal judicial, pero he aquí que el art. 53 del DNU solo prevé la apelación de las resoluciones sancionatorias y no las que desestiman la denuncia o investigación de oficio.

Es decir, que si se sigue la interpretación literal del DNU, cuando un Subsecretario de Polí-

ticas de Mercado Interno, conforme delegación de la res. 248/2019 de la Secretaría de Comercio Interior en su art. 2º, resuelva la desestimación de la denuncia, o el archivo de las actuaciones, no podría recurrirse la medida y, por ende, tampoco reclamarse daños y perjuicios por la conducta investigada ya que dicha resolución tendría efectos de cosa juzgada.

Desde ya entiendo que esta interpretación es inadmisibles y su constitucionalidad sería muy cuestionable.

En primer lugar, porque la decisión de un funcionario designado por el PEN, sin ninguna garantía de independencia y con el rango de subsecretario, estaría ejerciendo potestades jurisdiccionales, sin posibilidad de revisión del Poder Judicial. Me cuesta encontrar algo más alejado de los requisitos exigidos por la CSJN en el caso “Ángel Estrada” (5), sobre todo considerando que la investigación se la encomienda al Director de Lealtad Comercial con atribución para designar instructores sumariantes para la tramitación de los sumarios (art. 1º, res. SCI 248/2019).

En segundo lugar, al establecer el DNU en su art. 33, que la resolución que dispone la desestimación de la denuncia por incomparecencia a su ratificación será inapelable, da lugar a una interpretación integral, por la cual se entiende, *a contrario sensu*, que si la desestimación es por otro motivo sí puede ser apelada (y en la desestimación por falta de ratificación no hay investigación alguna que pueda generar cosa juzgada).

En igual sentido, al regular el DNU los recursos de reposición, en su art. 40 establece que “El recurso de reposición procederá contra las resoluciones dictadas sin sustanciación, con el fin de que quien la hubiere dictado, proceda a revocarla por contrario imperio. (...) La resolución que recaiga será ejecutoria, a menos que el recurso hubiera sido deducido junto con el de apelación en subsidio, y este sea procedente. Este recurso tendrá efecto suspensivo solo cuando la resolución recurrida fuere apelable con ese efecto”.

(5) CS, Fallos 328:651.

Es decir, que en dicho art. 40, el mismo DNU está previendo que hay otras resoluciones que pueden ser apeladas, más allá de las sancionatorias previstas en el art. 53, y la desestimación de una denuncia, o cualquier otra que ponga fin al proceso, siempre es de una relevancia tal, que debe poder ser apelada.

Considero que las resoluciones que desestimen la denuncia serán pasibles de recurso de apelación ante la justicia, tal como se establece en las normas de Defensa de la Competencia, en su art. 66, inc. d), de la ley 27.442, aplicables por analogía y por el expreso reconocimiento de norma complementaria de esta por parte del DNU.

Finalmente, cabe recordar aquí las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, que a mi entender deberán interpretarse armoniosamente con las disposiciones del DNU, en especial el art. 1776 cuando determina: “La sentencia penal condenatoria produce efectos de cosa juzgada en el proceso civil respecto de la existencia del hecho principal que constituye el delito y de la culpa del condenado”. Y el art. 1777 que establece: “Si la sentencia penal decide que el hecho no existió o que el sindicado como responsable no participó, estas circunstancias no pueden ser discutidas en el proceso civil. Si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil”.

Asimismo, el art. 1778 que manifiesta: “Las excusas absolutorias penales no afectan a la acción civil, excepto disposición legal expresa en contrario”. Y el art. 1780 que determina: “La sentencia penal posterior a la sentencia civil no produce ningún efecto sobre ella, excepto en el caso de revisión. La revisión procede exclusivamente, y a petición de parte interesada, en los siguientes supuestos: a) si la sentencia civil asigna alcances de cosa juzgada a cuestiones resueltas por la sentencia penal y ésta es revisada respecto de esas cuestiones, excepto que derive de un cambio en la legislación; (...) c) otros casos previstos por la ley”.

#### IV. Procedimientos

En cuanto a las normas de procedimientos, el art. 66 del DNU remite al proceso sumarísimo establecido en el capítulo II del título III, del Libro segundo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Cabe remarcar que se está legislando sobre normas de procedimiento, las cuales no han sido delegadas por las provincias a la Nación, y menos al PEN.

En la jurisdicción nacional deberá estarse al art. 498 del Cód. Proc. Civ. y Com., debiéndose tener en cuenta la abreviación de plazos de su inc. 3) “Todos los plazos serán de tres días, con excepción del de contestación de demanda, y el otorgado para fundar la apelación y contestar el traslado memorial, que será de cinco días”.

En las jurisdicciones provinciales, a mi entender, habrá que estar al Código Procesal de cada una de ellas. Por ejemplo, en la Provincia de Buenos Aires, a su art. 496.

En este caso, los plazos son aún más cortos, dado que en su inc. 2º establece que “todos los plazos serán de 2 días, salvo el de contestación de la demanda que será de 5 días y el de la prueba, que fijará el juez”.

Dicho art. 496 del Cód. Proc. Civ. y Com. Buenos Aires da la posibilidad al juez de aplicar este tipo de procedimiento o no al establecer: “...el juez teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida, resolverá de oficio y como primera providencia si corresponde su trámite según las normas del juicio sumarísimo...”. Ello en consonancia con su art. 321 que establece: “...Si de conformidad con las pretensiones deducidas por el actor no procediere el trámite del juicio sumario o sumarísimo, el juez resolverá cuál es la clase de proceso que corresponde. La resolución no será recurrible”.

Por ende, entiendo que en cada caso el juez analizará cuál es la clase de procedimiento más adecuado, buscando siempre el más abreviado posible de acuerdo con las circunstancias y sus propias normas procesales.

## V. Prescripción

En cuanto a la prescripción el art. 55 del DNU establece que “las acciones que nacen de las infracciones previstas en este Decreto prescriben a los tres (3) años contados desde que se cometió la infracción. En los casos de conductas continuas, el plazo comenzará a correr desde el momento en que cesó la comisión de la conducta en análisis.

Para el caso de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios contemplada en el presente decreto, el plazo de prescripción, según corresponda, será de: a) dos (2) años a contarse desde que (i) se cometió o cesó la infracción o (ii) el damnificado tome conocimiento o pudiere ser razonable que tenga conocimiento del acto o conducta que constituya una infracción al presente decreto, que le hubiere ocasionado un daño; o b) un (1) año desde que hubiera quedado firme la decisión sancionatoria de la Autoridad de Aplicación.

Nuevamente se repiten las disposiciones de la ley 27.442 de Defensa de la Competencia, en este caso con plazos más abreviados (en dicha norma la prescripción de la acción por las infracciones es a los 5 años —art. 72—, y para acción de daños 3 y 2 años conforme con los incs. a) y b) del segundo párrafo del mismo artículo).

En cuanto a la interrupción de la prescripción el art. 56 del DNU establece que “los plazos de la prescripción se interrumpen: a) Con la denuncia. b) Por la comisión de otro hecho sancionado por el presente Decreto. c) Con la imputación prevista en el artículo 38 del presente Decreto”.

Pero he aquí que el art. 38 del DNU no hace mención a imputación alguna. Solo hace referencia a la prueba.

A mi entender, debería haberse puesto antes de lo allí expresado un artículo análogo al 41 de la ley 27.442 que establece: “concluida la instrucción del sumario o vencido el plazo de ciento ochenta (180) días para ello, el Tribunal de Defensa de la Competencia, previa opinión del Secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas, resolverá sobre la notificación a los presuntos responsables para que en un

plazo de veinte (20) días efectúen su descargo y ofrezcan la prueba que consideren pertinente”.

En el DNU se menciona la imputación en su art. 37, junto con la decisión de procedencia de apertura del sumario, no quedando claro si la Autoridad debe expedirse sobre las dos cosas en la misma resolución —antes de la tramitación de dicho sumario— o en una segunda resolución, al concluir el trámite del sumario.

Todas estas cuestiones, aún las relacionadas al trámite administrativo por la infracción a las normas del DNU, tendrán influencia en la consiguiente acción de daños y perjuicios, tanto para establecer el inicio del cómputo de la prescripción, por ejemplo, en el caso del año desde que hubiera quedado firme la decisión sancionatoria de la Autoridad de Aplicación, como para la interrupción, dado que si se cierra la causa por prescripción no se logra el efecto de la cosa juzgada, al menos en toda su extensión. Desde ya considero que las pruebas producidas en el ámbito administrativo podrán hacerse valer en el juicio de daños y perjuicios.

Por lo expuesto, hubiera sido deseable que se incluyera en el DNU una disposición similar a la dispuesta en el último párrafo del art. 73 de la ley 27.442 que reza: “Para el caso de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios contemplados en el artículo 62 de la presente ley, los plazos de prescripción se suspenderán cuando la Autoridad Nacional de la Competencia inicie la investigación o el procedimiento relacionado con una infracción que pudiere estar relacionada con la acción de daños. La suspensión de los plazos terminará cuando quede firme la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia o cuando de otra forma se diere por concluido el procedimiento”.

## VI. Acciones judiciales

Dispone el art. 61 del DNU que “contra el acto de competencia desleal y la publicidad prohibida, el afectado podrá ejercitar las siguientes acciones:

”1) Acción de cese del acto, o de prohibición del mismo.

”2) Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto de compe-



tencia desleal. El resarcimiento podrá incluir la publicación de la sentencia.

”3) Medidas cautelares.

”El proceso se regirá por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Será competente para entender en estas causas la Justicia Nacional en lo Civil y Comercial Federal o la Justicia Federal que corresponda en el interior del país. Las acciones previstas en este artículo, cuando se refieran a un mismo acto, podrán ser ejercitadas por los afectados sin necesidad de instar previamente el procedimiento administrativo previsto en el Capítulo II de este Título. Si el afectado optara por instar el procedimiento administrativo, una vez iniciado éste, caducará la acción judicial, excepto la acción de reparación de daños”.

En primer lugar, debo advertir que se está legislando sobre competencia jurisdiccional mediante un DNU, lo que puede ser cuestionable constitucionalmente.

En segundo lugar, llama la atención que, para la acción de daños y perjuicios derivada de infracciones a las normas de Defensa de la Competencia, la ley 27.442 remite a la justicia ordinaria —no federal— en su art. 62, mientras que en cuestiones de lealtad comercial, donde el conflicto se plantea más entre privados, sin necesidad de afectación al interés económico general, como sucede en Defensa de la Competencia, se establezca la competencia de la Justicia Federal.

Más llama la atención que el mismo DNU en su art. 65, como vimos, aplica la misma fórmula que la ley 27.442, al permitir “ejercer la acción de reparación de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia”. En concordancia con el art. 1102 del Cód. Civ. y Com.

Es decir, el mismo DNU establece dos jurisdicciones competentes, por un lado, la federal y, por otro, la ordinaria, sin armonización prevista entre ambas disposiciones. ¡Evidentemente fue un decreto sancionado con urgencia!

No estoy omitiendo que el último párrafo del art. 61 establece una opción para el afectado, que se basa en instar el procedimiento administrativo, para el análisis de la eventual sanción y sobre todo de la determinación del hecho

ilícito y su consecuente efecto de cosa juzgada, o no instar dicho procedimiento administrativo y plantear toda la cuestión ante un juez federal, para que allí se determine sobre la existencia del hecho ilícito y sus consecuencias para el demandante y demandado en cuanto a su responsabilidad —no ya la sanción administrativa— pero sí la acción de cese del acto o prohibición de este, la acción de resarcimiento y medidas cautelares.

Es decir, que frente a un hecho ilícito de competencia desleal o publicidad prohibida que genera un daño y/o perjuicio, el afectado podrá:

a) Hacer la denuncia ante la Autoridad de Aplicación del DNU, y una acción de resarcimiento ante el juez federal —art. 61—;

b) Iniciar la acción de resarcimiento junto con la de cese o prohibición del acto ante el juez federal —art. 61—; o

c) Hacer la denuncia ante la Autoridad de Aplicación del DNU, y una acción de resarcimiento ante el juez de la justicia ordinaria —arts. 30 y 65—.

Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de iniciar acciones de resarcimiento luego de una resolución sancionatoria de la Autoridad de Aplicación en cuyo proceso no hubiera participado, tanto por ante el juez federal o el juez de la justicia ordinaria.

Más allá de las acciones civiles se podrá considerar la denuncia o querrela en los términos del art. 159 del Cód. Penal(6), o alguna otra figura penal si fuera el caso, por ejemplo el art. 289, inc. 1)(7) o el art. 300, inc. 1)(8), o las emergen-

(6) “Art. 159.— Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, el que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratarse de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial”.

(7) “Art. 289.— Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: 1. El que falsificare marcas, contraseñas o firmas oficialmente usadas o legalmente requeridas para contrastar pesas o medidas, identificar cualquier objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido, y el que las aplicare a objetos distintos de aquellos a que debían ser aplicados”.

(8) “Art. 300.— Serán reprimidos con prisión de seis (6) meses a dos (2) años: 1. El que hiciere alzar o bajar el precio de las mercaderías por medio de noticias falsas,

tes de leyes especiales como ser la de Marcas y Designaciones —22.362—, Confidencialidad —24.766—, Propiedad intelectual —11.723—. No ocurre lo mismo con la Ley de Defensa de la Competencia ya que ha sido establecida como opción excluyente y excluida de las infracciones consideradas en el DNU(9).

Pero volviendo a las acciones civiles, en los casos a) y c) encuentro como positivo que la

negociaciones fingidas o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla o de no venderla sino a un precio determinado”.

(9) DNU: “Art. 7º — Concurrencia de figuras. Un acto podrá ser calificado como acto de competencia desleal y sancionado conforme a las disposiciones de este Título sin perjuicio de la aplicación de las sanciones establecidas por otras normas.

“En las formas y condiciones que establezca la reglamentación, quedan exceptuados de lo previsto en el párrafo anterior los actos alcanzados por la Ley Nº 27.442 de Defensa de la Competencia, que no podrán ser juzgados ni sancionados en virtud del presente Decreto”.

Res. SCI 248/201819, art. 3º: “El Título I del Decreto Nº 274/19 será de aplicación siempre que el acto o conducta prevista en el artículo 9º o 10 de dicho Decreto no resulte alcanzado por la Ley Nº 27.442 de Defensa de la Competencia.

“No podrán plantearse procedimientos administrativos simultáneos ante la Autoridad Nacional de la Competencia —o ante la ex Comisión Nacional de Defensa de la Competencia o la Secretaría de Comercio Interior, hasta tanto aquella esté constituida y en funcionamiento— y ante la Dirección de Lealtad Comercial por los mismos actos o conductas.

“En los casos en los que se hayan denunciado o iniciado de oficio investigaciones correspondientes a presuntas conductas alcanzadas por la Ley Nº 27.442 en las que se haya instruido sumario conforme al artículo 39 de dicha ley, la resolución dictada por la Autoridad Nacional de la Competencia —o la ex Comisión Nacional de Defensa de la Competencia o la Secretaría de Comercio Interior, hasta tanto aquella esté constituida y en funcionamiento— bajo la Ley Nº 27.442, produce efectos de cosa juzgada a los efectos del Decreto Nº 274/19, y esas circunstancias no podrán ser nuevamente discutidas en la acción o procedimiento administrativo previsto en el mencionado decreto.

“Si la resolución dictada bajo la Ley Nº 27.442 desestima por improcedente la denuncia o archiva las actuaciones previo a la apertura de sumario, de acuerdo con lo previsto en los artículos 38 y 39 de dicha ley y el Decreto Nº 480 de fecha 23 de mayo de 2018, el interesado podrá plantear ante la Dirección de Lealtad Comercial si los mismos hechos implican una infracción al artículo 10 del Decreto Nº 274/19”.

Autoridad de Aplicación tiene amplias facultades de investigación, otorgadas por el art. 26 del DNU, por lo que podría obtener pruebas que difícilmente se puedan alcanzar en una acción judicial, sobre todo cuando no se conoce de antemano cuál es o dónde se encuentra la prueba. Incluso las pruebas que la parte podrá ofrecer en la instancia administrativa serán más amplias que en una acción judicial. Todo ello amén de la especialidad de la Autoridad de Aplicación, aunque no hay garantía legal que los funcionarios a cargo serán abogados o si quiera profesionales.

La desventaja en estos casos, podría estar dada porque los hechos no encuadren específicamente en algunos de los supuestos previstos en el art. 10 del DNU, atento a que el último párrafo del mismo establece que “La enumeración precedente es taxativa a los fines de la imposición de sanciones por parte de la Autoridad de Aplicación...”, por lo que no sería investigada, mientras que continúa diciendo que es “enunciativa a los fines de la promoción de acciones judiciales por los afectados, en cuyo caso el juez podrá también aplicar la cláusula general establecida en el artículo 9º de este Decreto, para los supuestos no previstos expresamente en este artículo”.

Otra complicación se presentaría en el caso de que la investigación quede en manos de un instructor sumariante designado por la Dirección de Director de Lealtad Comercial, o por el mismo Director (art. 1º, res. SCI 248/2019), y a su criterio los hechos no constituyan una infracción y, por ende, nunca propongan al Subsecretario de Políticas de Mercado Interno, la aplicación de una sanción y, por tanto, la determinación de un hecho ilícito, sumando a ello la falta de previsión de la posibilidad de apelar las resoluciones que desestiman las denuncias según lo expuesto en el punto III.

La ventaja de iniciar cualquier acción ante la justicia estaría dada por la independencia de esta.

La ventaja de iniciar la acción ante un juez federal, se daría por el hecho de que muy probablemente intervenga en la segunda instancia la misma Cámara de Apelaciones que revea la sanción administrativa (salvo cuestiones territoriales).

La ventaja de iniciar la acción ante la justicia ordinaria puede estar dada de la mano de la proximidad del tribunal.

Por todo lo expuesto habrá que analizar en cada caso sus circunstancias para definir qué camino elegir.

También deberán tenerse en cuenta las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación con referencia a las acciones.

En efecto, considero aplicables al caso el art. 1774 que establece la independencia de las acciones: “La acción civil y la acción penal resultantes del mismo hecho pueden ser ejercidas independientemente” y el art. 1775 que determina la suspensión del dictado de la sentencia civil: “Si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, con excepción de los siguientes casos: a) si median causas de extinción de la acción penal; b) si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado; c) si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad.

## VII. Legitimación

La legitimación activa es amplia. “Cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal o publicidad prohibida, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo anterior” (art. 62, inc. 1º).

Y también dichas acciones podrán ser ejercidas por: “a) Las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros conforme lo dispuesto en el artículo 10 ter del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, aprobado por la Ley Nº 17.011. Y b) Las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor”. Siempre que el acto de competencia desleal perseguido afecte directamente a los intereses de los consumidores (art. 62, inc. 2º).

En la reglamentación se expresa en su art. 21 que “las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor, estarán legitimadas para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 62 del Decreto Nº 274/19, en caso de infracción a los Títulos II y III de dicho decreto, y siempre que se afecten directamente los intereses de los consumidores”.

Esta reglamentación de ninguna manera podría entenderse que limita el ejercicio de la acción a las asociaciones en caso de infracción al Título I —Competencia Desleal—, sino que el condicionante “que se afecten directamente los intereses de los consumidores” también se aplica a los casos de infracción al título II —Publicidad y Promociones— y al título III —Información en el Comercio—.

Si bien en la Argentina no se encuentran legisladas específicamente las acciones de clase, encontramos su basamento en nuestra Constitución Nacional (arts. 42 y 43), en la Ley de Defensa del Consumidor (arts. 3º, 52, 54 y concs.) y antecedentes jurisprudenciales (“PADEC c. Swiss Medical SA s/nulidad de cláusulas contractuales”, “Halabi” y otros) y ahora en este DNU.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante sus acordadas 32/2014 y 12/2016, aprobó un “Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos”, que fija reglas que ordenan el trámite de este tipo de procesos en los tribunales nacionales y federales de todo el país, a fin de asegurar la eficiencia práctica del Registro Público de Procesos Colectivos, creado en 2014 por el Máximo Tribunal (10).

Por lo expuesto, más allá de que una ley daría el marco óptimo para este tipo de acciones, entiendo que, dada la situación actual, es perfectamente posible llevar adelante procesos en procura de la reparación de daños y perjuicios mediante acciones de clases cuando se dan las circunstancias requeridas.

Debemos recordar que la Ley de Defensa del Consumidor en su art. 3º establece: “Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el pro-

(10) <https://www.cij.gov.ar/nota-20757-La-Corte-Suprema-aprob--un-reglamento-de-actuaci-n-en-procesos-colectivos.html>.

veedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”.

Por ende, el DNU integra dicha ley y serán aplicables también sus disposiciones en los arts. 52, en especial cuando dispone: “En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas...” y en su art. 54.

La legitimación pasiva también es amplia, aun con una novedad grave a mi entender.

El art. 63 del DNU establece: “1) Las acciones previstas en el artículo 61 podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal o haya cooperado a su realización. 2) Si el acto de competencia desleal es realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones deberán dirigirse contra el principal”.

Este segundo inciso, a mi entender, será también cuestionable constitucionalmente dado que está excluyendo de responsabilidad a quien realiza un hecho ilícito solo por hacerlo como dependiente de otra persona, o estar contratado por otra persona.

No quiero afirmar que se trataría de una suerte de “ley de obediencia debida”, pero sí que va contra la esencia de todo el derecho civil en cuanto a la responsabilidad ya que altera el principio de quien produce un daño debe responder por sus consecuencias.

Por otra parte, si quien tiene que ejecutar el hecho ilícito, sabe de antemano que no tendrá responsabilidad personal, estará mucho más dispuesto a realizarlo.

Imaginemos que un vendedor dependiente o con otro tipo de contratación, remunerado

por comisiones, induzca a “error respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, los bienes o servicios propios, de manera tal que se considere que éstos poseen un origen distinto al que les corresponde” —art. 10, inc. b)— a pesar de que su “principal” le había hecho firmar un documento que expresamente le prohibía hacerlo (amén de la existencia del DNU).

Dicho vendedor no podría ser demandado según el inc. 2° del art. 63, y el principal pretenderá sostener que él hizo todo lo posible para evitar que se cometa el ilícito. A mi entender, ambos deberían ser responsables por la correcta aplicación de las normas de fondo y la Constitución Nacional.

Cabe recordar que la Ley de Defensa de la Competencia establece en su art. 65 que “Cuando más de una persona sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el damnificado, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan”.

Asimismo en su art. 57 determina que “Las personas jurídicas son imputables por las conductas realizadas por las personas humanas que hubiesen actuado en nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona jurídica, y aun cuando el acto que hubiese servido de fundamento a la representación sea ineficaz” y en el art. 58: “Cuando las infracciones previstas en esta ley fueren cometidas por una persona jurídica, la multa también se aplicará solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona jurídica que por su acción o por la omisión culpable de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción.

”En tal caso, se podrá imponer sanción complementaria de inhabilitación para ejercer el comercio de uno (1) a diez (10) años a la persona jurídica y a las personas enumeradas en el párrafo anterior.

”La solidaridad de la responsabilidad podrá alcanzar a las personas controlantes cuando por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen

contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción”.

Todas estas normas, a mi entender, debieron ser incorporadas en el DNU, y no se entiende por qué no se lo hizo, máxime cuando gran parte de su articulado se basa en la ley 27.442.

### **VIII. Carga de la prueba en publicidad comparativa**

Establece el art. 64 del DNU que “En las controversias originadas por la infracción al inciso m) del artículo 10 y a los artículos 11 y 15 de este Decreto, el juez, en el momento de decidir la apertura a prueba, podrá requerir de oficio al demandado para que aporte las pruebas relativas a la exactitud y veracidad de las indicaciones o manifestaciones realizadas. Cuando dicha prueba no sea aportada, el juez podrá estimar que las indicaciones o manifestaciones enjuiciadas son inexactas o falsas”.

Se genera de esta manera una suerte de inversión de carga de la prueba, al requerir a quien realizó una publicidad comparativa que demuestre con pruebas la veracidad de sus expresiones. De alguna manera sería compatible con el instituto de las pruebas dinámicas y se genera una presunción en contra de quien realizó la publicidad, que admite prueba en contrario.

### **IX. El Código Civil (Cód. Civil) y el Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.)**

Cabe recordar, que el art. 1071 del Cód. Civil, establecía que “la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos”.

En el Código Civil y Comercial de la Nación, dentro de los principios del título preliminar, se establece que “los derechos deben ser ejercidos de buena fe (art. 9º). “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. (...) El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización” (art. 10).

Especialmente, el art. 11 determina: “lo dispuesto en los artículos 9º y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mer-

cado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales”.

El art. 1068 del Cód. Civil establecía que “habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria”.

Según el art. 1069, el daño comprende no solo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este código se designa por las palabras “pérdidas e intereses”.

Del juego armónico de lo establecido por dicho artículo y los arts. 519 a 522, surge que el lucro cesante es la ganancia o utilidad de la que resultó privado el acreedor a raíz del acto ilícito.

Mientras que el art. 1072 establecía que “el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este código “delito”, el art. 1077 determinaba que “todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona”.

Según el art. 1078 del Cód. Civil, “la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima”. Y según el art. 1081, “la obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal”.

Por su lado, el Cód. Civ. y Com. establece en su art. 1737 que “hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

El art. 1738, determina que “la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad

personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.

El art. 1739, establece que “para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”.

Finalmente, el art. 1740, consagra la reparación plena al establecer: “la reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero”.

Por lo expuesto, se puede apreciar que las normas del Código Civil ya se podrían haber aplicado para la determinar la responsabilidad y reparación de los daños ocasionados por violaciones a las de lealtad comercial.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, mantiene y amplía dichas responsabilidades al establecer en sus principios la prohibición del abuso de la posición dominante en el mercado, prever acciones preventivas y garantizar una reparación plena.

Asimismo, estableció en el título III, del Libro Tercero, normas referidas a las relaciones de consumo, en especial al trato digno, equitativo, no discriminatorio y a la igualdad de contratación (arts. 1096 a 1099), a la información y a la publicidad (arts. 1100 a 1103) y cláusulas abusivas (arts. 1117 a 1122), a los que me remito.

Pero lo que viene a esclarecer el DNU es la determinación del hecho como ilícito. Es decir, permite superar el escollo del art. 1066 del Cód. Civil (11), o la interpretación que se le quiera dar

(11) “Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto”.

a los hechos en base a los arts. 1718, inc. 1º; 1720 y concs. del Cód. Civ. y Com. (12).

Por ello, resulta plausible la norma general del art. 9º del DNU (13) y los supuestos particulares del art. 10 (14).

(12) “Art. 1718.— Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho. Está justificado el hecho que causa un daño: a) en ejercicio regular de un derecho. Art. 1720.— Consentimiento del damnificado. Sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles”.

(13) “Constituye un acto de competencia desleal toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo”.

(14) “Se consideran actos de competencia desleal, los siguientes:

”a) Actos de engaño: Inducir a error sobre la existencia o naturaleza, modo de fabricación o distribución, características principales, pureza, mezcla, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o compra, disponibilidad, resultados que pueden esperarse de su utilización y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que correspondan a los bienes y servicios.

”b) Actos de confusión: Inducir a error respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, los bienes o servicios propios, de manera tal que se considere que éstos poseen un origen distinto al que les corresponde.

”c) Violación de normas: Valerse efectivamente de una ventaja significativa derivada de competir mediante el incumplimiento de normas legales.

”d) Abuso de situación de dependencia económica: Explotar la situación de dependencia económica en que pueda encontrarse una empresa cliente o proveedora que no disponga de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad en el mercado. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente, de forma regular, otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

”e) Obtención indebida de condiciones comerciales: Se considerará desleal la obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones no recogidas en el acuerdo pactado o sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales.

”f) Venta por debajo del costo: La venta por debajo del costo de fabricación o por debajo del precio de adquisición, cuando forme parte de una estrategia en-

En especial las figuras más novedosas como ser la de abuso de situación de dependencia económica —inc. d)— previamente tratada con profundidad y en extenso por el Dr. Fulvio Santarelli en su obra *Contrato y Mercado* (15), a la que me remito y recomiendo.

Así como la obtención indebida de condiciones comerciales —inc. e)— y la inducción a la infracción contractual —inc. k)— o los actos de discriminación —inc. l)—.

caminada a dificultar la entrada al mercado o eliminar a un competidor del mercado.

"g) Explotación indebida de la reputación ajena: Realizar actos que aprovechen indebidamente la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de otro.

"h) Actos de imitación desleal: La imitación de bienes y servicios o iniciativas empresariales será considerada desleal cuando resulte idónea para generar confusión respecto de la procedencia de los bienes o servicios o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

"i) Actos de denigración: Menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación de otro competidor, a no ser que las aseveraciones sean exactas, pertinentes y verdaderas.

"j) Violación de secretos: Divulgar o explotar, sin autorización de su titular, secretos empresariales ajenos a los que se haya tenido acceso, legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente. A estos fines, será considerada desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

"Será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto.

"A los fines de este supuesto, la aprobación del registro o de la autorización de comercialización establecida al amparo de los procedimientos de aprobación para productos similares establecidos en el artículo 5° de la Ley N° 24.766, por parte de la autoridad administrativa local, no se considerará un acto de competencia desleal.

"k) Inducción a la infracción contractual: Inducir a empleados, proveedores, clientes o demás obligados a infringir obligaciones contractuales contraídas con un competidor.

"l) Actos de discriminación: El tratamiento discriminatorio de compradores cuando el vendedor o distribuidor haya publicado una lista de precios, a no ser que medie causa justificada.

"m) La publicidad comparativa en infracción a lo dispuesto en el artículo 15".

(15) SANTARELLI, Fulvio G., *Contrato y mercado*, La Ley, Buenos Aires, 2018, ps. 238 y ss.

Por el contrario, no se termina de entender la inclusión en el inc. f), del supuesto de venta por debajo del costo, ya que no se alcanza a vislumbrar un caso que encuadre en dicho supuesto y no en los incs. k), o d), del art. 3° de la Ley de Defensa de la Competencia (16).

## X. Conclusiones

El DNU a mi criterio tiene aciertos y errores en cuanto a su relación con la responsabilidad de quienes infringen sus normas, y las acciones de daños y perjuicios emergentes de los hechos prohibidos por las mismas.

El principal acierto es la determinación como hechos ilícitos, tanto los descriptos en forma genérica en su art. 9°, como en gran parte de los supuestos particulares del art. 10, ya que las conductas comerciales-empresariales siempre estuvieron un paso adelante de las normas vigentes y no se podría abarcar todos los supuestos en una enumeración taxativa.

También resulta positivo que quien tenga que reclamar tenga un abanico de opciones para elegir la que considere más conveniente en cada caso conforme con sus circunstancias.

Lo mismo ocurre con respecto a la amplia legitimación activa reconocida no solo para la persona damnificada sino también para las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros conforme con lo dispuesto en el art. 10 ter del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, y las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor.

Considero recomendables para los casos en que estén comprometidos derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, la utilización de acciones

(16) "k) Enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios; d) Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste".

de clase, que se están aplicando cada vez en más casos, aunque sería óptimo que se las reglamentara mediante una ley específica.

En cuanto a las cuestiones objetables o a mejorar podemos encontrar las siguientes.

Resulta recomendable que se establezca expresamente que la desestimación de una denuncia, o cualquier otra que ponga fin al proceso, siempre podrán ser apeladas por el denunciante.

En cuanto a las normas de procedimiento podrán fijarse las del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para la jurisdicción nacional o federal, debiendo remitirse a las normas procesales provinciales en caso de que intervenga la justicia ordinaria.

No obstante, no debería legislarse sobre competencia jurisdiccional mediante un DNU, lo que puede ser cuestionable constitucionalmente.

Debería aclararse en el procedimiento administrativo en qué momento se dicta la resolución de imputación, así como la remisión del art. 56, inc. c) a la supuesta imputación del art. 38.

Hubiera sido deseable que se incluyera en el DNU una disposición similar a la dispuesta en el último párrafo del art. 73 de la ley 27.442 que suspende los plazos de prescripción cuando se

inicia la investigación o el procedimiento relacionado con una infracción que pudiere estar relacionada con la acción de daños.

No resulta admisible que se pretenda restringir la acción por un acto de competencia desleal realizado por un trabajador u otro colaborador en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales. Debería eliminarse el inc. 2º del art. 63, el cual considero cuestionable constitucionalmente.

Debería establecerse que cuando las infracciones fueren cometidas por una persona de existencia ideal, la multa también se aplicará solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona que, por su acción o por la omisión culpable de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción. Asimismo, que la solidaridad de la responsabilidad podrá alcanzar a las personas controlantes cuando por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción.

Por todo lo expresado, resulta deseable que este DNU sea revisado y corregido por el Congreso Nacional, sancionando la ley correspondiente.



# Resarcimiento de daños y perjuicios por actos de deslealtad comercial

---

DIEGO F. MARTINOTTI (\*)

## I. Introducción

El presente trabajo analiza las novedosas estipulaciones en materia de daños y perjuicios introducidas por el decreto de necesidad y urgencia 274/2019, que regula la lealtad en las relaciones comerciales y que fuera publicado en el Boletín Oficial el pasado 22 de abril de 2019 (en adelante el “decreto de Lealtad Comercial”, “decreto” o simplemente “DLC”).

La emisión del decreto respondió, según se lee en sus considerandos, a la falta de sistematización y escaso alcance de la regulación de la competencia desleal en nuestro país y a la inexistencia de una norma general que unifique las conductas desleales.

Esta nueva norma viene a sustituir la ley 22.802, que reguló por 36 años la materia. El principal objetivo del decreto de Lealtad Comercial es que quienes compiten en el mercado lo hagan de forma leal y honesta, ofreciendo productos y servicios de calidad a precios justos. De este modo, podemos decir que la lealtad comercial es una disciplina orientada a desincentivar, mediante el uso de sanciones, la competencia a través de medios

indebidos o ilegítimos (1). El decreto sanciona una serie de actos que persiguen una doble finalidad de protección, tanto de empresarios que compiten en un mismo mercado o que son parte de una misma cadena de valor, así como la protección de quienes consumen sus productos y servicios.

Esto nos lleva a un primer análisis acerca de cómo se inserta la regulación de lealtad en las relaciones comerciales en nuestro derecho, en particular, en lo que hace a las normas de defensa del consumidor y de defensa de la competencia.

## II. Lealtad comercial, defensa del consumidor y defensa de la competencia

El art. 42 de la CN establece que las autoridades proveerán a la protección de los derechos de los consumidores y a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales. Esta norma ha sido la base sobre la cual la doctrina ha analizado la interacción entre la defensa de la competencia y la defensa de los consumidores, hablando de un “diálogo de fuentes” (2). Así se ha dicho que “mientras

---

(\*) Abogado (UBA). Máster en Derecho (LL. M) de la University of Pennsylvania (Filadelfia, USA); máster en Derecho Privado Europeo della Università di Roma La Sapienza; posgrado en Derecho Procesal Civil de la Fundação Getúlio Vargas. Socio del estudio ELZEN Abogados.

(1) NAZAR ANCHORENA, Marco F. L., “Propuestas de reforma a la ley 22.802 de Lealtad Comercial. Hacia una regulación integral de la competencia desleal”, LL del 8/4/2019; LL Online: AR/DOC/701/2019.

(2) Ver los trabajos de MARQUES, Claudia L. - CERDEIRA, Juan J., “Diálogo y vinculación entre las normas de defensa de la competencia y del consumidor, desde la perspectiva argentino-brasileña” y KRIEGER, Walter,

la Ley de Defensa del Consumidor busca proteger al consumidor en forma directa en cuanto parte débil de la relación de consumo, la Ley de Defensa de la Competencia protege al consumidor de manera indirecta, a través de la protección de la competencia en un sistema de libre mercado” (3). La Ley de Defensa de la Competencia pone el foco en las empresas proveedoras de bienes y servicios buscando resguardar la libre competencia dentro de un mercado prohibiendo los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan como efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante teniendo en miras evitar el perjuicio para el interés económico general.

Por su parte, la redacción actual del art. 3º de la Ley de Defensa del Consumidor, según fuera reformado por la ley 26.361, establece que las disposiciones de dicha ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo “en particular la ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia (hoy ley N° 27.442) y la ley N° 22.802 de Lealtad Comercial (hoy decreto 274/2019) o las que en el futuro las reemplacen”.

Ahora bien, ¿cómo se inserta la regulación de Lealtad Comercial en este contexto? Es indudable que esta última regulación complementa a las dos primeras y por ello comparto la opinión del autor que sostiene que se debería tomar aquí una “visión poliédrica del mercado” y que la relación de la Leyes de Defensa del Consumidor (ley 24.240), de Defensa de la Competencia (ley 27.442) y de Lealtad Comer-

cial (decreto 274/2019) deberían estudiarse de “forma sistémica” (4).

Dentro de este juego de normas, la regulación de Lealtad Comercial se ocupa de reglar la forma en que las empresas coexisten en un determinado mercado y compiten buscando incrementar su *market share*, o cuota de mercado. La normativa de lealtad comercial sanciona toda acción u omisión que, utilizando medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, tal como lo describe el art. 9º del DLC.

La Secretaría de Comercio Interior, dependiente del Ministerio de Producción y Trabajo, reglamentó el decreto de Lealtad Comercial mediante res. 248/2019 del pasado 23 de mayo, y aclaró en sus considerandos que la regulación de la competencia desleal prevista en el DLC debe entenderse “complementaria” a la prevista en la ley 27.442 y a la protección que otorgan los derechos de propiedad industrial, como las patentes y marcas.

Esta interacción entre la Ley de Defensa de la Competencia y el DLC está ulteriormente regulado en el art. 7º del DLC, el cual establece que

“Un acto podrá ser calificado como acto de competencia desleal y sancionado conforme a las disposiciones de este Título sin perjuicio de la aplicación de las sanciones establecidas por otras normas (...) quedan exceptuados de lo previsto en el párrafo anterior los actos alcanzados por la Ley N° 27.442 de Defensa de la Competencia, que no podrán ser juzgados ni sancionados en virtud del presente Decreto”.

Es decir, una conducta desleal puede infringir más de una norma (el caso paradigmático es el de la Ley de Marcas) y, en consecuencia, podría existir una superposición de encuadramientos que provenga de dichas normas. Sin embargo, si tal conducta encuadra dentro de algunos de los actos alcanzados por la Ley de Defensa de

“Relaciones y complementariedad entre el Derecho del Consumidor y la Defensa de la Competencia”. Ambos trabajos publicados en TREVISÁN, Pablo - DEL PINO, Miguel - CHAMATROPULOS, Demetrio A. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2018.

(3) Ver comentario de RÓPOLO, Esteban, en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor, comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, p. 218.

(4) BERTAZZI, Juan C., “Publicidad comparativa en la nueva legislación de Defensa de la Competencia. Interpretación y juego de normas”, en LL edición especial, decreto de Lealtad Comercial, del 22/5/2019.

la Competencia, el decreto de Lealtad Comercial le da prioridad a este último régimen y establece la imposibilidad de aplicar las normas de Lealtad Comercial.

De hecho, la mencionada res. 248/2019 de la Secretaría de Comercio Interior prohíbe el inicio de procedimientos administrativos simultáneos por los mismos actos o conductas, ante la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia y la Dirección de Lealtad Comercial. Dicha norma va más allá y estipula que la resolución dictada por la Autoridad Nacional de la Competencia (o su equivalente actual, hasta tanto aquella entre en funcionamiento) produce efectos de cosa juzgada a los fines del decreto de Lealtad Comercial, con la consecuente prohibición de plantear las mismas circunstancias en el procedimiento previsto en esta última norma (5).

---

(5) Art. 3° de la res. 248/2019, Secretaría de Comercio Interior. — El Título I del Decreto N° 274/19 será de aplicación siempre que el acto o conducta prevista en el artículo 9° o 10 de dicho Decreto no resulte alcanzado por la Ley N° 27.442 de Defensa de la Competencia. No podrán plantearse procedimientos administrativos simultáneos ante la Autoridad Nacional de la Competencia —o ante la ex Comisión Nacional de Defensa de la Competencia o la Secretaría de Comercio Interior, hasta tanto aquella esté constituida y en funcionamiento— y ante la Dirección de Lealtad Comercial por los mismos actos o conductas. En los casos en los que se hayan denunciado o iniciado de oficio investigaciones correspondientes a presuntas conductas alcanzadas por la Ley N° 27.442 en las que se haya instruido sumario conforme al artículo 39 de dicha ley, la resolución dictada por la Autoridad Nacional de la Competencia —o la ex Comisión Nacional de Defensa de la Competencia o la Secretaría de Comercio Interior, hasta tanto aquella esté constituida y en funcionamiento bajo la Ley N° 27.442—, produce efectos de cosa juzgada a los efectos del Decreto N° 274/19, y esas circunstancias no podrán ser nuevamente discutidas en la acción o procedimiento administrativo previsto en el mencionado decreto. Si la resolución dictada bajo la Ley N° 27.442 desestima por improcedente la denuncia o archiva las actuaciones previo a la apertura de sumario, de acuerdo con lo previsto en los artículos 38 y 39 de dicha ley y el Decreto N° 480 de fecha 23 de mayo de 2018, el interesado podrá plantear ante la Dirección de Lealtad Comercial si los mismos hechos implican una infracción al artículo 10 del Decreto N° 274/19.

### III. Las provisiones del decreto de Lealtad Comercial en materia de daños y perjuicios

Bajo el título “Acciones judiciales”, el decreto contiene diversas normas relativas al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por los actos de deslealtad comercial. En este sentido, el decreto de Lealtad Comercial introduce una novedad regulando las acciones de daños y perjuicios. Estas acciones se encontraban ya presentes en la práctica por aplicación del derecho común, aun cuando no se encontraban expresamente prevista en la ley 22.802.

De este modo, el art. 61 del DLC estipula que “contra el acto de competencia desleal y la publicidad prohibida, el afectado podrá ejercitar las siguientes acciones: (...) 2) Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto de competencia desleal. El resarcimiento podrá incluir la publicación de la sentencia...”

Por su parte, el art. 65 del DLC reza “Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios. Las personas humanas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por este Decreto, podrán ejercer la acción de reparación de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia”.

Y finalmente, en lo que entiendo será el punto más controvertido, el art. 66 regula la cosa juzgada en los siguientes términos: “La resolución de la Autoridad de Aplicación sobre la violación a este Decreto hará cosa juzgada. La acción de reparación de daños y perjuicios que tuviere lugar con motivo de la resolución firme dictada por la Autoridad de Aplicación tramitará de acuerdo al proceso sumarísimo establecido en el Capítulo II del Título III, del Libro segundo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El juez competente, al resolver sobre la reparación de daños y perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la resolución de la Autoridad de Aplicación, dictada con motivo de la aplicación del presente Decreto”.

Pasamos en el próximo punto, al análisis de los artículos señalados y su relación con la responsabilidad civil, tal como normada en nuestro actual derecho positivo.

#### IV. La responsabilidad civil en el marco de los actos de deslealtad comercial

##### IV.1. Presupuestos de la responsabilidad civil

Sabido es que en nuestro derecho la obligación de resarcir reconoce cuatro presupuestos, ellos son: (1) la antijuridicidad; (2) el daño; (3) la causalidad; y (4) los factores de atribución de la responsabilidad.

Veremos a continuación algunos de los presupuestos de la responsabilidad civil aplicados a los actos de deslealtad comercial sin entrar en el detalle de cada uno de ellos, sino procurando resaltar las novedades introducidas por el decreto y los elementos que se vislumbran que podrían presentar mayor conflictividad.

##### IV.2. Los actos de deslealtad comercial como actos antijurídicos

Tal como se refirió en la introducción, la normativa de lealtad comercial persigue una doble protección, tanto de los empresarios que compiten en un mismo mercado o que participan de una misma cadena de comercialización, como de los consumidores de los bienes y servicios que producen o fornecen estos empresarios. En virtud de ello, en el art. 10 del DLC encontramos una serie de actos considerados de “competencia desleal” que por su naturaleza pueden causar daños a empresarios, a consumidores o a ambos a la vez.

Los actos enunciados por el art. 10 son: i) actos de engaño; ii) actos de confusión; iii) violación de normas; iv) abuso de situación de dependencia económica; v) obtención indebida de condiciones comerciales; vi) venta por debajo del costo; vii) explotación indebida de la reputación ajena; viii) actos de imitación desleal; ix) actos de denigración; x) violación de secretos; xi) inducción a la infracción contractual; xii) actos de discriminación; y xiii) la publicidad comparativa.

Estas 13 conductas son descriptas y detalladas en el citado artículo con carácter meramente enunciativo a los fines de la promoción de las acciones judiciales por los afectados (6).

(6) Tal como da cuenta el último párrafo del art. 10 del DLC, la enumeración de las 13 conductas es “taxativa a los fines de la imposición de las sanciones por

Es decir, podría el juez aplicar la cláusula general del art. 9º para encuadrar como “dañoso” actos que no se encontraren comprendidos en la enunciación anterior.

Referiré aquí brevemente a algunas de las características comunes de dichas conductas, entre las cuales encontramos la potencialidad de generar un daño al competidor que sufre la conducta en cuestión. Sin embargo, algunas de las conductas parecerían afectar a participantes en el mercado que se encuentran en un nivel distinto dentro de la cadena de valor de un mismo producto. Me refiero aquí al “abuso de dependencia económica” (7) y la “obtención indebida de condiciones comerciales bajo la amenaza de ruptura de la relación comercial” la cuales presumen la existencia de una relación comercial de tipo contractual.

En este sentido, el art. 62 del DLC incorpora en su primer inciso como sujetos legitimados para iniciar las acciones judiciales, incluyendo la de resarcimiento de daños y perjuicios, a cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten “directamente perjudicados o amenazados” por el acto de competencia desleal.

La otra categoría que podría ver sus derechos afectados y, por ende, encontrarse legitimada para solicitar la correspondiente compensación de daños y perjuicios, es la de los consumidores, los cuales podrían reclamar de manera individual o a través de las asociaciones de protección del consumidor. La parte final del art. 62 DLC supedita la legitimación en este último caso, a que el acto de competencia desleal “afecte directamente los intereses de los consumidores”.

Ahora bien, entiendo que no todas las conductas previstas en el art. 10 DLC pueden dar

parte de la Autoridad de Aplicación y enunciativa a los fines de la promoción de acciones judiciales por los afectados, en cuyo caso el juez podrá también aplicar la cláusula general establecida en el artículo 9º de este Decreto, para los supuestos no previstos expresamente en este artículo”.

(7) Para un análisis detallado de esta figura ver el trabajo de SANTARELLI, Fulvio G., “El abuso de dependencia económica. Una figura en vías de consolidación”, LL del 24/6/2019.

lugar a un reclamo de daños por parte de los consumidores. De hecho, algunas de dichas conductas presentan la paradoja que se da en algunos ilícitos anticompetitivos, esto es, que el consumidor podría verse beneficiado por la conducta, cuanto menos en un primer momento. Tal es el caso de la venta por debajo del costo que conlleva necesariamente un precio más bajo para el consumidor en la fase inicial de la conducta (8).

En resumidas cuentas, los actos de competencia desleal previstos en los artículos 9° y 10° del DLC son actos antijurídicos que presentan un común denominador, esto es, su potencialidad dañosa. Sin embargo, dichos actos tienen características heterogéneas que dan lugar al nacimiento de diversos tipos de responsabilidad (contractual o extracontractual) (9), variando el sujeto perjudicado según la conducta.

Hablamos de potencialidad dañosa ya que el art. 8° DLC establece que no será necesario acreditar la generación de un daño para que la conducta en cuestión se encuentre prohibida. Basta con que la conducta tenga la potencialidad de dañar para que entre dentro de la prohibición del art. 4° DLC. Una situación similar a la que se presenta en el derecho de la competencia donde existen conductas que pueden configurar ilícitos, pero que no causan daños a los particulares (10).

---

(8) Sabido es que esta conducta persigue la finalidad de dificultar la entrada o eliminar a un competidor en el mercado y es necesariamente seguida por una conducta posterior de aumento de precios o imposición de condiciones aprovechando el carácter monopólico de quien ha conseguido eliminar la competencia o evitar su ingreso al mercado.

(9) Entiendo que la responsabilidad que nace del “abuso de dependencia económica” y de la “obtención indebida de condiciones comerciales bajo la amenaza de ruptura de la relación comercial” es de tipo contractual. Esto sin perjuicio de ser consciente de que actualmente este desdoblamiento ha quedado desdibujado.

(10) TREVISÁN, Pablo, “Reparación de daños por conductas anticompetitivas a la luz de la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, en TREVISÁN, Pablo - DEL PINO, Miguel - CHAMATROPULOS, Demetrio A. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., p. 436. El autor afirma: “existen conductas que, sin perjuicio de su ilicitud, no causan daños a los particulares, situación que se da cuando los efectos

Sin embargo, si esto último es cierto a los fines de la prohibición de los actos, no sucede lo mismo cuando analizamos los posibles reclamos de daños y perjuicios que se desprenden de dichos actos. Esto ya que el daño es el “eje en torno al cual gira todo el fenómeno resarcitorio y, sin lugar a duda alguna, es un requisito ineludible” (11). Es por esto que se ha dicho que sin daño, no hay responsabilidad civil porque no hay nada para indemnizar.

Por todo ello, entiendo relevante la distinción hecha por el decreto de Lealtad Comercial entre las conductas que tienen potencialidad dañosa, las cuales entran dentro de la prohibición establecida en la normativa de lealtad comercial y aquellas conductas que, configurando un acto de deslealtad comercial, producen un daño efectivo. Únicamente en estos últimos supuestos nace el deber de reparar.

### *IV.3. El daño y el nexa causal en los actos de deslealtad comercial*

El decreto de Lealtad Comercial establece en su art. 65 que la acción de resarcimiento de daños y perjuicios como consecuencia de los actos prohibidos serán ejercidas conforme con las normas del derecho común.

En este sentido, rige en el derecho argentino el principio según el cual todo daño injusto debe ser reparado (art. 1716, Cód. Civ. y Com.). Dicha reparación comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante y la pérdida de chances e incluye, siempre según el art. 1738 del Cód. Civ. y Com., especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida. Entre los requisitos para la procedencia

---

de un acuerdo restrictivo no llegan a concretarse en el mercado. En estos casos, habiéndose presentado un claro daño al interés general, podrá sancionarse administrativamente, pero no corresponderá la sanción desde el punto de vista civil”.

(11) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “Los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo Código”, en CALVO COSTA, Carlos A. (dir.), *Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2016, t. V, p. 33.

de la indemnización, el art. 1739 del Cód. Civ. y Com. establece que debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente, así como la resarcibilidad de la pérdida de chance.

En este punto debemos volver a la distinción antes planteada, entre los legitimados para el inicio de las acciones de responsabilidad civil, según se trate de proveedores o consumidores, siguiendo aquí las definiciones brindadas por los arts. 1º y 2º de la ley 24.240.

El término “proveedor” parecería ser el más adecuado para utilizar aquí ya que tal como lo señala el párr. 2º del art. 5º DLC la aplicación de las conductas de deslealtad comercial no quedan supeditadas a la existencia de una relación de competencia entre los sujetos del acto de competencia desleal.

#### *IV.3.1. El daño a los proveedores*

La principal barrera que parecería erigirse ante el proveedor que pretende el resarcimiento del daño proveniente de actos de deslealtad comercial, es sin lugar a duda, la prueba del daño.

Los tribunales han reconocido en algún caso que, si bien el hecho llevado a su conocimiento era reprochable, la falta de acreditación del daño material por parte de quien había sido víctima del ilícito impedía abrir la reparación pecuniaria (12).

(12) CNCom., sala B, 14/3/1980, “Brown Boveri Sudamericana SA c. Ruffa, Mario y otra”, LL 1980-B-411. En el caso, los demandados instalaron un taller de reparación de turbo compresores gracias a la información que habían adquirido mientras trabajaban en relación de dependencia para la actora y, una vez finalizada la relación laboral, enviaron cartas a la clientela de la actora presentándose como exempleados y ofreciendo servicios a precios menores. Entiendo que la conducta encuadraría hoy, entre otras, en la “explotación indebida de la reputación ajena” (art. 10º inc. g) del DLC). En otro caso, si bien el tribunal no encontró ilicitud o deslealtad en la campaña publicitaria, dejó sentado que “no puede haber resarcimiento sin daño y, en estos autos, Kimberley Clark Argentina SA no produjo ningún elemento de convicción sobre la invocada desviación de clientela o la disminución de sus propias ventas...” (CNFed. Civ. y Com., sala I, 20/4/2009, “Kimberley Clark Argentina SA c. Topsy SA”, LL Online: 70057061).

En efecto, resulta sumamente complejo para una empresa acreditar un daño tal como una baja en las ventas. Así, en otro caso la jurisprudencia ha sostenido que la sola comisión de un acto de publicidad contrario a la moral o buenas costumbres no genera derecho a obtener reparación si la víctima no prueba el daño y, en virtud de ello, ha flexibilizado el criterio sosteniendo que “en esta materia no se debe ser excesivamente riguroso en su apreciación por ser la desviación de clientela un elemento sutil, de muy difícil prueba”. De este modo, el tribunal acudió a la prueba de presunciones para fijar el resarcimiento (13).

Otro extremo que resulta difícil acreditar al momento de solicitar una reparación de los daños y perjuicios sufridos por el acto de deslealtad comercial, es que el daño sufrido, vale decir la pérdida de ventas y la consecuente disminución de la cuota de mercado, se debió a la acción desleal de la contraparte. En este caso, resulta de difícil acreditación el nexo de causalidad entre la conducta desleal y el perjuicio sufrido (14).

En virtud de lo anterior, algún autor ha sostenido que, si se quisiera atenuar el problema de la ausencia de reparación de los daños, se podría exigir al actor simplemente la prueba de una correlación estadística e invertir la

(13) CNFed. Civ. y Com., sala II, 30/12/1972, “Relojes Rolex Argentina SA c. Orient SA y otro”, LL 147-233; LL Online: 35022801. El tribunal acudió a las presunciones para considerar que la actora experimentó daño y sostuvo “creo que en esta materia debe aceptarse que el solo hecho de efectuar propaganda comparativa ilícita acarrea la presunción de que ocasiona daño mediante captación de clientela y, por tanto, debe recurrirse a fijarlo a la directiva del art. 165 Cód. Proc. Civ. Com. Pretender una prueba acaba del monto es de hecho sumamente difícil”.

(14) En “Bodegas J. Edmundo Navarro Correas SA c. Agro Industrias Cartellone SA”, el Dr. Craviotto sostuvo que “cierto es que la actora ha disminuido sus ventas, pero no sólo con relación al vino Pinot Noir (producto que había sufrido la publicidad comparativa) sino a toda su producción, (...) dentro de esa caída general de su producción, se advierte la relativa al vino en cuestión, pero no es menos cierto que no se ha probado la relación causal, es decir, que la disminución de sus ventas haya sido consecuencia del desplazamiento de su clientela a la demandada” (CNFed. Civ. y Com., 22/3/1991, sala I, LL 1991-C-531).

carga de la prueba en cuanto a la causalidad. De este modo, una vez demostrada la pérdida de ventas durante la emisión de la publicidad desleal, la carga se invertiría y sería el demandado quien debería acreditar la existencia de otras causas que produjeron la caída de dichas ventas (tales como una crisis económica, aumento de precios, cambio de preferencia de los consumidores, entre otros) (15).

El decreto de Lealtad Comercial no ha ido tan lejos en este punto; sin embargo, ha dado un paso adelante en lo que hace a la carga de la prueba del daño en supuestos de publicidad comparativa y publicidad engañosa.

El art. 64 del DLC dispone que en las controversias originadas por infracción al régimen de publicidad comparativa y de publicidad engañosa, el juez podrá requerir de oficio al demandado que aporte las pruebas relativas a la exactitud y veracidad de las indicaciones o manifestaciones realizadas y si el demandado no aportare estas, el juez podrá estimar que dichas indicaciones o manifestaciones fueron “inexactas o falsas”.

Esto constituye sin duda alguna un primer paso en el camino hacia la facilitación de las acciones de resarcimiento de los daños y perjuicios por actos de deslealtad comercial. Sin embargo, no puedo dejar de señalar que es solo eso, un primer paso y que no resuelve los problemas que se vieron anteriormente en cuanto a dificultad probatoria del daño y del nexo de causalidad, con el agregado de que la regla del art. 64 DLC resulta aplicable únicamente a los casos de publicidad antes referidos (16).

#### IV.3.2. Daño a consumidores

Sabemos que una característica que de manera recurrente se puede encontrar en los daños a los consumidores es la afectación masiva de estos y el daño de bajo valor individual, pero

(15) PAPAYANNIS, Diego M., “Daño injusto y compensación en la publicidad comparativa”, SJA del 23/6/2010, LL Online: 0003/015013.

(16) La inversión de la carga de la prueba, solo tiene lugar, conforme con lo establecido en el art. 64 DLC en el caso de las infracciones al inc. m) del art. 10 y art. 15 (“publicidad comparativa”) así como en los casos del art. 11 (“publicidad engañosa”).

que en su conjunto puede representar cifras muy relevantes. En este sentido, la doctrina ha propugnado por la introducción de herramientas jurídicas como los daños punitivos, de los que nos ocuparemos más adelante, y de las llamadas “acciones de clase o grupo”.

Los daños generados por los actos sancionados por el decreto de Lealtad Comercial no escapan al comentario formulado en el párrafo anterior y, sin perjuicio de casos puntuales en los cuales el valor de los bienes en juego pueda ser elevado, los actos de competencia desleal enumerados en el art. 10 DLC tienen potencialidad de dañar a un gran número de consumidores con un bajo nivel de incidencia del daño a nivel individual.

Es por eso por lo que considero acertada la legitimación que el art. 62 LDC da a las asociaciones de protección de consumidores para el inicio de acciones de daños y perjuicios. En efecto, esta norma que para algunos podría considerarse sobreabundante, da claridad y evita inútiles discusiones, además de facilitar el inicio de acciones allí donde el interés individual del consumidor es bajo, pero el impacto del daño a nivel general, elevado.

Por último, dijimos más arriba que no todos los actos de deslealtad comercial afectan a los consumidores, y por ese motivo el art. 62 DLC supedita la legitimación antes referida para el inicio de acciones a “que el acto de competencia desleal perseguida afecte directamente los intereses de los consumidores”.

#### IV.4. La cosa juzgada administrativa

El art. 66 DLC establece que la resolución de la autoridad de aplicación sobre la violación del decreto “hará cosa juzgada” a los fines de la acción de reparación de daños y perjuicios, la cual tramitará por vía del proceso sumarísimo y el juez deberá fundar su fallo en la conducta, hechos y calificación jurídica que hubiere hecho dicha autoridad de aplicación. La norma es prácticamente idéntica a la contenida en el art. 63 de la ley 27.442 de Defensa de la Competencia (17).

(17) Art. 63, ley 27.442. — “La resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la violación a esta

Considero encomiable el fin perseguido por la norma, tendiente a la celeridad en la resolución de las acciones de daños y perjuicios una vez que ha existido un procedimiento administrativo en el cual el imputado de un acto de deslealtad comercial ha tenido la oportunidad de defensa, incluyendo la de producción de prueba.

Sin embargo, la norma dará seguramente lugar a discusiones y cuestionamientos en cuanto a la terminología utilizada (copiando aquella prevista en la Ley de Defensa de la Competencia) puede contraponerse con el orden positivo argentino. En efecto, la norma afirma que la decisión administrativa “hará cosa juzgada”, esto es que la resolución en cuestión proveniente de la Autoridad de Aplicación (que es siempre un órgano administrativo dependiente del Poder Ejecutivo nacional) impedirá al Poder Judicial entrar en el mérito acerca de los aspectos ya decididos en sede administrativa. Es decir, no podría el Poder Judicial efectuar un encuadramiento diverso al realizado por la Autoridad Administrativa de las conductas, los hechos y la calificación jurídica de estos.

Entiendo que darle a la decisión de una autoridad administrativa el carácter de cosa juzgada podría encontrarse reñido con el art. 109 de nuestra Constitución Nacional toda vez que se está detrayendo a la jurisdicción de las facultades concedidas por nuestra Carta Magna y expandiendo los efectos de un acto administrativo a la órbita del Poder Judicial. Esta restricción de las facultades de conocimiento del juez, son a mi juicio, sumamente cuestionables y darán seguramente lugar a planteos de inconstitucionalidad en el marco de las acciones de daños y perjuicios.

ley, una vez que quede firme, hará de cosa juzgada sobre esta materia. La acción de reparación de daños y perjuicios que tuviere lugar con motivo de la resolución firme dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, tramitará de acuerdo al proceso sumarísimo establecido en el capítulo II del título III, del libro segundo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El juez competente, al resolver sobre la reparación de daños y perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, dictada con motivo de la aplicación de la presente ley”.

Tal como lo afirmaba Chiovenda, la cosa juzgada en sentido sustancial consiste en la indiscutibilidad de la existencia de la voluntad concreta de la ley reconocida en la sentencia (18). Es decir, la cosa juzgada está íntimamente relacionada con la facultad del juez de decidir los asuntos traídos a su conocimiento y los efectos que su decisión debe tener en el futuro. Es por esto que en nuestro derecho se ha dicho que la cosa juzgada es un atributo de la sentencia judicial (19), que no siendo susceptible de ser atacada ni alterada dentro o fuera del proceso otorga la certeza definitiva de la “verdad legal” impuesta por la autoridad del Estado (20).

Por otro lado, otro problema que plantea la aplicación de la norma consiste en entender cuál sería el alcance de la cosa juzgada en el proceso judicial en el cual el actor no intervino en el procedimiento administrativo. Esto está íntimamente vinculado al límite subjetivo de la cosa juzgada, es decir, que la inmutabilidad de la sentencia vale solo entre las partes. Entiendo que el tema amerita una discusión más profunda que excede el marco del presente trabajo.

Asimismo, un interrogante que la norma en cuestión ha planteado es que esta da el carácter de cosa juzgada a la decisión de la Autoridad de Aplicación, pero no impide al juez que entiende en la acción de daños y perjuicios dictar un fallo antes que dicha Autoridad se expida (21). Esta solución podría implicar una decisión judicial que efectúe un análisis pleno del caso, sin la limitación de la cosa juzgada sobre la conducta,

(18) CHIOVENDA, Giuseppe, *Principii di Diritto Processuale Civile*, Casa Editrice Dott, Eugenio Jovene, Napoli, 1965, p. 906.

(19) Algunos autores consideran que no sería un atributo de la sentencia sino una simple creación del ordenamiento jurídico que puede o no acordar tal calidad a los pronunciamientos judiciales (PALACIO, Lino Enrique, *Derecho procesal civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. V, p. 480). Sin embargo, debo notar que aún esta doctrina se refiere a una calidad de pronunciamientos judiciales y no de decisiones administrativas.

(20) EISNER, Isidoro, “Contenido y límites de la cosa juzgada”, LL 1981-A-35.

(21) La parte final del art. 61 DLC establece: “Las acciones previstas en este artículo, cuando se refieran a un mismo acto, podrán ser ejercitadas por los afectados sin necesidad de instar el procedimiento administrativo previsto en el Capítulo II de este título”.



hechos y la calificación jurídica y que decidiera de manera diversa a la posterior resolución de la Autoridad de Aplicación (22). En este caso no se evitaría el escándalo de encontrarnos con una decisión judicial que, a modo de ejemplo, determine la procedencia de daños y perjuicios encuadrando la conducta del agente en uno de los incisos del art. 10 DLC, mientras que la Autoridad de Aplicación, siempre a modo de ejemplo, considere que no existió violación alguna de dicha norma. Recuerdo aquí que el decreto nada dice en cuanto a los efectos de la cosa juzgada en esta situación, y ante tal silencio, entiendo la Autoridad de Aplicación no se encontraría vinculada por la decisión del juez.

Será seguramente este un tema que dé origen a múltiples debates.

#### IV.5. Daños punitivos

Ya vimos en el presente trabajo cómo el sistema de reparación de daños no funciona como un verdadero desincentivo de las conductas de deslealtad comercial, vistas las dificultades existentes para probar el daño y el nexo causal entre este y la conducta desleal. De este modo, quien comete un acto de deslealtad comercial puede efectuar un frío cálculo de los beneficios que dicho acto puede acarrearle y realizar conscientemente la conducta visto el beneficio económico que obtendría. Es por ello que desde la doctrina se ha propugnado la implementación de otros medios complementarios para lograr una óptima disuasión, entre ellos, los daños punitivos (23).

Pero antes de entrar en el tema, creo conveniente señalar que la actualización de las sanciones aplicables conforme con el art. 57 DLC y su expresión en unidades móviles, con la referencia al art. 85 de la ley 27.442, constituirá un elemento útil de disuasión en la medida que permitirá mantener las sanciones actualizadas en un escenario inflacionario (24).

(22) BERTAZZI, Juan C., "Publicidad comparativa...", cit.

(23) PAPAYANNIS, Diego M., "Daño injusto y compensación...", cit.

(24) El art. 85 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que "El valor inicial de la unidad móvil se establece en veinte (20) pesos, y será actualizado automáticamente cada un (1) año utilizando la variación

Sin embargo, el decreto de Lealtad Comercial no ha hecho mención de los daños punitivos o multa civil, a diferencia de lo que ha sucedido con la nueva Ley de Defensa de la Competencia. Esta última norma ha introducido los daños punitivos al interno del capítulo relativo a la reparación de los daños y perjuicios por violación a la citada ley en los siguientes términos: "Art. 64.— Las personas que incumplan las normas de la presente ley, a instancia del damnificado, serán pasibles de una multa civil a favor del damnificado que será determinada por el juez competente y que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan" (25).

Ahora bien, por el juego de las normas de lealtad comercial, defensa de la competencia y defensa del consumidor al que referimos al inicio de este trabajo, podemos encontrarnos con que actos de deslealtad comercial puedan ser pasibles de la aplicación de daños punitivos. Tal sería el caso de las conductas que, conforme con el art. 7º DLC, fuesen calificadas como actos de competencia desleal, pero en virtud de dicho artículo fueren juzgadas y sancionadas conforme con las estipulaciones de la ley 27.442, vista la expresa inclusión en dicho cuerpo normativo de los daños punitivos.

En igual sentido, si el perjudicado fuese un consumidor, podría pedir la aplicación de daños punitivos en el marco del proceso judicial para el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del acto de deslealtad comercial. Esto

---

del índice de precios al consumidor (IPC) que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) o el indicador de inflación oficial que lo reemplace en el futuro. La actualización se realizará al último día hábil de cada año, entrando en vigencia desde el momento de su publicación. La Autoridad Nacional de la Competencia publicará el valor actualizado de la unidad móvil en su página web".

(25) Para un análisis de los daños punitivos en el derecho *antitrust* argentino, se remite a la lectura del trabajo de CHAMATROPULOS, Demetrio A., "Los daños punitivos en las normas de protección de la competencia y de los consumidores: análisis comparativo", en TREVISÁN, Pablo - DEL PINO, Miguel - CHAMATROPULOS, Demetrio A. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., p. 457.

en virtud de la estipulación expresa contenida en el art. 52 bis de la ley 24.240 (26).

Sin embargo, no podría reconocerse daños punitivos a favor del proveedor que reclama por la vía judicial la indemnización de los daños y perjuicios sufridos siendo víctima de un acto de competencia desleal que no configura ninguno de los ilícitos previstos en la ley 27.442 (por ejemplo, la publicidad comparativa en violación del art. 15 DLC). Esto ya que no se aplicaría a dicha relación ninguna de las dos normas que prevén hoy los daños punitivos en nuestro ordenamiento y existe, en mi opinión, la imposibilidad de aplicar analógicamente la figura en cuestión (27).

(26) Art. 52 bis, ley 24.240.— “Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”.

(27) MARTINOTTI, Diego F., “La aplicación analógica de los daños punitivos”, LL 2016-A, 135.

Es claro que este juego de normas, y la falta de una inclusión expresa de los daños punitivos para los actos de deslealtad comercial, genera una situación de desigualdad que lleva a desincentivar determinadas conductas con relación a ciertos sujetos (aquellos que podrían reclamar daños punitivos) y a efectuar el frío cálculo financiero con relación a la comisión de ciertas conductas que impactan a sujetos que no se encuentran facultados para solicitar la multa civil.

## V. Palabras finales

En el presente trabajo intenté formular las primeras reflexiones acerca del resarcimiento de daños y perjuicios en el marco del decreto de Lealtad Comercial. Lejos de agotar el tema, procuré señalar las cuestiones salientes que plantea la nueva norma. Quedan para un análisis sucesivo otros aspectos relevantes, tales como la contradicción que parecería desprenderse de la competencia judicial planteada por el art. 61 y aquella que surge del art. 65 DLC.

Por otro lado, estoy convencido de que, en lo que a daños y perjuicios respecta, el punto más controvertido del decreto será el reconocimiento de la calidad de cosa juzgada que tendrá la decisión de la autoridad de aplicación y sus efectos sobre las acciones judiciales que se planteen posteriormente para el resarcimiento de daños y perjuicios. Este será sin duda alguna el tema que más debate generará en un futuro inmediato.

**ENFOQUE ECONÓMICO  
DE LA COMPETENCIA DESLEAL**  
.....



# Nuevo Régimen de Lealtad Comercial en la Argentina: algunas consideraciones económicas

---

EDUARDO STORDEUR (H.) (\*)

## I. Introducción

Curiosamente, los economistas poco se han ocupado de la regulación de la competencia desleal, lo que constituye toda una sorpresa, puesto que desde hace algunas décadas se han dedicado con esmero a examinar casi todas las áreas del derecho, aun aquellas que no tienen contenido económico explícito (1). El derecho de lealtad comercial, por el contrario, tiene contenido económico explícito, en el sentido de que regula actos o conductas que operan en los mercados y su correcta aplicación requiere, al menos, cierta elemental familiaridad con conceptos y herramientas económicas (2).

---

(\*) Director y profesor de la Maestría en Derecho y Economía de la Universidad Torcuato Di Tella y Vocal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC).

(1) Me refiero al desarrollo del Derecho y Economía o Análisis Económico del Derecho, de alto impacto en la academia y en el campo regulatorio, en especial, en los Estados Unidos.

(2) Dependiendo seguramente del tipo de conducta examinada y su contexto. Probablemente, como reflexiona Klein, esto se debe, en parte, a que para los economistas el término “desleal” o competencia “injusta” (para ser fiel a la denominación de esta área del derecho en los Estados Unidos) resulta algo extraña a la profesión económica: las transacciones voluntarias se asumen convenientes para las partes y también para los consumidores. En este contexto, en general, la “justicia o deslealtad” son términos algo extraños al análisis económico. Ver KLEIN, Benjamin, “Transaction Cost Determinants of ‘Unfair’ Contractual Arrangements”, *The American Economic Review*, vol. 70, nro. 2, Papers and Proceedings of the Ninety-Second Annual

La finalidad de este trabajo consiste, precisamente, en examinar desde el enfoque económico algunos aspectos centrales del nuevo régimen de lealtad comercial conforme con el decreto de necesidad y urgencia 274/2019, que deroga la Ley de Lealtad Comercial 22.802 en la República Argentina.

El decreto establece un marco regulatorio integral y sistematizado de la competencia desleal que contiene una variedad de disposiciones de fondo y de forma que no pueden ser examinados, siquiera de manera telegráfica, en un artículo de estas dimensiones. Por esa razón, este trabajo preliminar, solo se ocupa de examinar desde el enfoque económico sus aspectos centrales, en particular, su racionalidad económica de fondo, el sentido de la cláusula general del art. 9º, la excepción del art. 7º, párr. 2º y el análisis, necesariamente algo superficial y telegráfico, de los supuestos particulares introducidos en el art. 10. Dado que muchas veces

---

Meeting of the American Economic Association (May, 1980), ps. 356-362. Para un análisis económico en esta área del derecho, ver, por ejemplo, LACROIX, Sumner - MIKLIUS, Walter - MAK, James, “The New Standards of Unfair Competition: an Economic Analysis of the Du Pont v. FTC Litigation”, *Haw. Law Review* 457 (1987); TESLER, Lester G., “Abusive Trade Practices: an Economic Analysis”, *Law & Contemporary Problems* 30, p. 495 (1966), aunque este último se ocupa centralmente de conductas propias del derecho de la competencia. Ver también, entre otros, ELISE, Nelson - WRIGHT, Joshua D., “Judicial Cost-Benefit Analysis Meets Economics: Evidence from State Unfair and Deceptive Practices Laws” (January 23, 2018), *Antitrust Law Journal*, vol. 81, nro. 3, 2017.

es aventurado considerar los efectos probables de una disposición en materia de regulación del comercio, sin considerar el contexto, y la experiencia institucional puede enriquecer el enfoque económico, solo voy a considerar aspectos muy generales de estos supuestos especiales.

Es decir, debe quedar claro que no me voy a ocupar en este trabajo de muchos aspectos importantes de la ley, como, por ejemplo, los referidos en los capítulos III y IV que regulan la publicidad, promociones y la información comercial tales como identificación de producto y denominaciones de origen, entre otros. Tampoco, aunque más interesantes, me voy a ocupar de los capítulos referidos a procedimiento y sanciones o el modo en el cual el decreto interactúa con el régimen de defensa de la competencia, conforme con la res. 248, que escapan a la finalidad de este trabajo.

Con esa intención, el presente trabajo se organiza como sigue: la primera parte desarrolla una breve introducción al derecho de lealtad comercial, en particular con el propósito de mostrar el modo en el cual esta rama del derecho en la experiencia comparada fue cada vez incorporando más el interés público expresado en un correcto funcionamiento de los mercados y menos, o de modo algo indirecto, en general, los intereses particulares de los agentes de mercado. Esto en línea con la idea moderna de que la finalidad de la ley consiste, en general, en proteger las condiciones en las cuales los consumidores toman decisiones y solo de manera indirecta, el interés privado de los agentes de mercado (3).

En esta parte del trabajo voy a intentar identificar el tipo de falla de mercado que usualmente intenta regular el derecho de la competencia desleal, en la idea de que esto puede contribuir a una mejor comprensión económica de esta parte del sistema legal y a distinguirla de otras partes próximas de este sistema, como el dere-

cho de defensa de la competencia o el derecho del consumidor, y que permite contribuir a su mejor aplicación (4).

En esta parte también voy a sugerir la racionalidad de la cláusula general y la excepción a la aplicación del decreto cuando aplica la Ley de Defensa de la Competencia 27.442, aprovechando también para desarrollar algunas consideraciones sobre las relaciones entre defensa de la competencia y competencia desleal.

En la segunda parte, de manera muy breve, se examinan los aspectos esenciales de los supuestos especiales contenidos en el art. 10 del decreto, es decir las conductas que, de modo no taxativo, están expuestas en la normativa. Solo a fines analíticos, voy a distinguir tres tipos de figuras: (1) las clásicas de esta rama del derecho, que básicamente regulan externalidades e intentan disminuir los costos de transacción, todo lo cual favorece, además, la competencia en los mercados; (2) las asociadas o próximas a infracciones del derecho de la competencia; y finalmente, (3) las relativas al ejercicio abusivo de la dependencia económica, la que debería ser ejecutada, como voy a sugerir, con extrema cautela (5). Si bien en algún punto todas se ocupan de proteger las posiciones competitivas de los agentes de mercado con el objeto de proteger la competencia y la mejor toma de decisiones por parte del consumidor, estimo analíticamente conveniente distinguir las conductas listadas en estas tres categorías.

(4) Aun cuando, como he señalado, otros valores diferentes al buen funcionamiento del mercado podrían tener peso. Pero aun para estas metas, el análisis económico es todavía tan importante como la comprensión del tipo de fallas que intenta resolver esta parte del sistema legal. Pero esto requiere otro artículo. No obstante, cuando hay lesión privada a un agente de mercado, usualmente hay también lesión a la capacidad de elegir de los consumidores, de modo que, al menos en la generalidad de los casos, no debería haber un divorcio importante entre estas dos metas.

(5) Voy a dejar de lado algunas conductas de las enunciadas en el art. 10, tales como la violación de normas y la revelación de secretos comerciales, dado que esto requeriría más de lo que puedo examinar en este artículo y presenta cierta atipicidad respecto del resto de las conductas.

(3) Por cuestiones metodológicas voy a asumir en este trabajo que la eficiencia del mercado es, al menos, una meta primordial de esta parte del derecho, sin que esto implique un examen a fondo del asunto. Creo que, dado que esta interpretación es muy corriente, el trabajo tiene valor aun cuando la eficiencia no sea el único valor en este campo del derecho.

## II. Fundamentos económicos de la competencia desleal

El derecho de la competencia desleal consiste en una parte del sistema jurídico que tiene por designio desalentar, por medio de sanciones y compensaciones, conductas que ocurren en la práctica comercial y que están en capacidad de lesionar la posición competitiva de agentes económicos o de consumidores. En la actualidad, muchos autores creen que el objetivo último de la ley es proteger a los consumidores, sea de forma directa o bien de modo indirecto, protegiendo las posiciones competitivas de las firmas que conforman el mercado, lo que tiene relación con su evolución histórica en Europa continental (6).

El origen del derecho de la competencia desleal se vincula, históricamente, con la protección de las marcas y los signos distintivos de las empresas. En el siglo XIX se promulgan las primeras leyes sobre marcas, proceso que culmina con el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883. La competencia desleal surge y se desarrolla inicialmente como una rama del derecho civil extracontractual, fundamentalmente en la jurisprudencia francesa, destinada a proteger los signos distintivos de las empresas, puesto que su uso indebido por terceros implica el aprovechamiento de estos de la reputación de un competidor (7).

Es decir, comenzaron a surgir reglas que establecían el modo en el cual se debía competir, las que se extendieron por Europa (fundamentalmente por medio de la jurisprudencia francesa y alemana) estableciendo una serie de reglas de

conducta en los mercados, con la idea de proteger a las empresas de acciones desleales de competidores. Es decir, se buscaba proteger a los empresarios del daño privado, en la idea de que el interés de los consumidores se hallaba protegida de manera indirecta, dada la protección a la empresa, quien tenía la acción contra quien ejercía el acto desleal (8).

En paralelo al desarrollo de la competencia desleal en Europa, sobre fines del siglo XIX en los Estados Unidos surge la legislación anti-monopolio, que recién después de la Segunda Guerra Mundial será adoptada en Europa. Mientras, en materia de lealtad comercial, en estos momentos iniciales, lo que importa es el daño al competidor, en el derecho de la competencia o de defensa de la competencia lo que se tutela es la propia estructura y funcionamiento del mercado visto como un todo, es decir, el nivel de rivalidad en los mercados. Con la influencia del derecho de la competencia en Europa cambia progresivamente el enfoque del derecho de la competencia desleal pasando de un derecho que tiende a la protección de los intereses privados de las empresas a un sistema que tiene como finalidad, la protección del sistema económico, lo que llevó a diversos cambios en su estructura (tales como la legitimación más amplia, aceptación del daño potencial y otras disposiciones típicas del derecho que tiene por propósito tutelar el interés público).

En esta dirección, algunas conductas que se consideraban prohibidas comienzan a ser consideradas lícitas, como algunas formas menores de imitación, puesto que, si bien estas conductas pueden perjudicar a un competidor, también pueden introducir mayor competencia beneficiando a los consumidores. Una vez que se incorpora al consumidor, otras conductas, antes consideradas legítimas, como la publici-

---

(6) En Estados Unidos la competencia desleal se regula a través de una combinación de leyes federales y estatales, incluidas las sentencias judiciales de acuerdo con el derecho común. La base constitucional es la conocida "Cláusula de Comercio", que proporciona la base para la regulación de la competencia desleal del Congreso. Ver, ELISE, Nelson - WRIGHT, Joshua D., "Judicial Cost-Benefit...", cit. Entre otras cosas este artículo muestra que el análisis económico de los jueces no siempre es el más correcto.

(7) Ver, BULLARD, Alfredo - PATRÓN, Carlos, "El otro poder electoral: Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal", *Themis*, nro. 39, 1999, de donde tomo la parte histórica contenida en esta introducción.

---

(8) Ver la Exposición de Motivos de la ley alemana de 1909 donde claramente se establece que "La tutela del público de los consumidores (...) no constituye el objeto directo de una ley contra los actos de competencia desleal, si bien es cierto que las normas que están destinadas a reforzar la confianza en las relaciones recíprocas entre los empresarios, van indirectamente a coincidir con los intereses de sus compradores". Tomado de BULLARD, Alfredo - PATRÓN, Carlos, "El otro poder electoral...", cit.

dad engañosa, comienzan a ser examinadas, sin embargo, con más cautela (9).

Con este nuevo enfoque, a los fines de reputar un acto como desleal no basta con mirar si hay afectación a la posición competitiva de un competidor, sino también considerar los efectos en el mercado, en particular si lleva a un mercado más competitivo que favorezca a los consumidores. La protección del empresario es más un medio que un fin, dentro del derecho de la competencia desleal contemporánea, lo cual tiene pleno sentido desde el enfoque económico (10).

Un modo de describir, desde el enfoque económico, la función de esta parte del sistema legal, es afirmando que tiene como propósito corregir ciertas fallas del mercado, en particular externalidades entre los agentes de mercado, con la finalidad de evitar que los consumidores tomen decisiones equivocadas, conforme con sus propias preferencias. Identificar el tipo de imperfecciones de mercado que esta rama del derecho intenta corregir, permite introducir conceptos más precisos que pueden ser de utilidad en la aplicación de la ley y es consistente con el enfoque económico del derecho en general.

Con el fin de simplificar, me voy a ocupar, en esta primera parte, fundamental pero no exclusivamente, de las conductas más clásicas dentro del derecho de la competencia desleal, aquellas que implican una afectación negativa de la posición competitiva de un agente de mercado por medio de engaño, denigración, confusión, imitación o explotación de ideas o reputación

(9) Ver, BULLARD, Alfredo - PATRÓN, Carlos, "El otro poder electoral...", cit. Esta primera parte histórica está tomada de este trabajo.

(10) Esto admite una exploración más profunda, pero no creo que usualmente haya un divorcio demasiado grande entre una mirada más del tipo basada en el daño privado al agente económico y la mirada más moderna basada en el daño al sistema económico, que nuestro ordenamiento parece incorporar, puesto que en la mayor parte de los casos cuando hay lesión al interés privado del agente de mercado queda configurada una lesión potencial al consumidor. Sin embargo, esto merece un examen más detallado.

ajena, en general (que están listadas en el art. 10 del decreto) (11).

La racionalidad económica de estas disposiciones iniciales del derecho de la lealtad comercial es bastante simple y refiere a una meta tradicional en otras ramas del derecho, puesto que tiene como objetivo internalizar externalidades en el ámbito mercantil, en contextos donde los consumidores, como es usual, están menos informados sobre los productos que los vendedores (12). El derecho de la competencia desleal introduce sanciones, que funcionan como incentivos, con la finalidad, en general, de evitar que se lesione la posición competitiva de un agente de mercado, de forma tal que pueda afectarse la capacidad de elegir de los consumidores, lo cual es una condición central para la competitividad de los mercados. Otra modalidad es que se intenta internalizar externalidades con la intención de impedir que la afectación de las posiciones competitivas de los agentes del mercado, incrementen los costos que operan el mercado por parte de los consumidores, es decir, incrementando el costo de las transacciones (13).

En algunas conductas típicas que sanciona lealtad comercial el objetivo consiste en inducir a la internalización de una externalidad nega-

(11) Los capítulos III y IV se ocupan de la publicidad y las promociones y de la información comercial tales como identificación del producto y denominaciones de origen, cuestiones que no voy a examinar en este artículo, tampoco el capítulo referido a procedimiento y sanciones, que, aunque interesantes, escapan a la finalidad de este trabajo.

(12) De hecho, un elemento central para la aplicación de la ley consiste en examinar el grado de información de los consumidores. Cuanto menor sea la información en el mercado relevante, más probable una infracción.

(13) El concepto de costos de transacción fue introducido en la teoría económica por Ronald H. Coase para explicar la existencia de la empresa y aspectos fundamentales del derecho. En general, el costo de transacción es el costo de emplear el mercado. Uno de los costos que componen el costo de transacción es el costo de información respecto de las características y precios de los bienes que el consumidor desea comprar. Ver, COASE, Ronald H., "The Nature of the Firm", *Economica*, N. S., nro. 4(16), 1937, ps. 386 y "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, nro. 3, 1960, ps. 1 y ss.



tiva, por ejemplo, la denigración de un competidor por parte de otro o la publicidad comparativa, lo que puede inducir a una mala toma de decisiones por parte de los consumidores, afectando el proceso competitivo o bien la confusión por lo cual una empresa se aprovecha de modo gratuito de los esfuerzos y renombre de otra empresa, de la cual es competidora, buscando parecerse a esta para que pueda desviar clientela a su favor. Este estado de cosas, además, genera ineficiencias en el proceso de mercado ya que los precios no pueden expresar de modo tan fiel las preferencias de los consumidores, quienes no pueden tomar decisiones informadas.

Otras conductas típicas que constituyen infracciones al régimen de competencia desleal, en general, tienen como meta inducir a las empresas a no aprovecharse de inversiones o innovaciones hechas por otras personas o empresas. Conductas que tienen como finalidad aprovecharse de la reputación de otro, copiando por ejemplo de manera muy fiel el diseño de un producto de la competencia, aun cuando no necesariamente viola un derecho de propiedad intelectual, afecta una inversión de la empresa afectada que es útil para el correcto funcionamiento de los mercados. La ausencia de un derecho de la competencia desleal podría generar incentivos para este tipo de conductas que inhiban, al menos en parte, innovaciones en productos, procesos de producción o comercialización, que son parte importante de la competencia en los mercados.

Pero el criterio para definir si dicha conducta es o no violatoria de un régimen de competencia desleal, siempre que la eficiencia de los mercados sea una finalidad, debería ser si esta conducta puede llevar creíblemente a que los consumidores tomen decisiones no consistentes con sus preferencias. Por eso es por lo que, usualmente, la imitación de las iniciativas de otros competidores se considera una práctica permitida, siempre que no induzca a errores en los consumidores. Copiar innovaciones de competidores puede mejorar la competencia y la eficiencia de los mercados y esto es algo que el sistema legal debería fomentar, salvo cuando haya afectación para los consumidores. Por ejemplo, si copiar una práctica o una innovación de modo tal que haya confusión con el pro-

ducto de un competidor opera una infracción al régimen de competencia desleal.

Por ejemplo, una de las conductas sancionadas de manera más general y uniforme en todas las regulaciones sobre competencia desleal tanto en la Argentina, como en el derecho comparado, opera cuando una empresa confunde su marca con la de otra empresa, generando no solo un costo al consumidor de manera directa sino además al competidor que ve disminuida sus ventas y el propósito del derecho de competencia desleal es que el infractor se haga cargo, por medio de sanciones, del costo que genera a la sociedad, es decir, que internalice la externalidad (14).

Entonces, para que exista infracción en esta materia es necesario, además de un acto o conducta en el proceso de mercado, que haya afectación a la posición competitiva de una empresa en ese mercado y, además, de manera fundamental, que haya lesión potencial al bienestar de los consumidores. El correcto empleo de la ley, siempre que la eficiencia sea un valor, requiere examinar los efectos de una conducta tomando en cuenta los costos que enfrentan los consumidores para adoptar una decisión de consumo correcta.

Otro modo de explicarlo es que las leyes intentan disminuir los costos de transacción con el fin de poner más en claro el concepto, queda incluido dentro del concepto de costos de transacción, p. ej., buscar con quién contratar, negociar el contrato y obtener la aplicación de una sanción en caso de incumplimiento, todos costos que son parte del proceso de mercado. Un modo de ver la cuestión es que esta área del sistema legal tiene como objetivo evitar externalidades significativas que afecten el proceso de competencia, reduciendo los costos de transacción.

Por otra parte, protegerse de daños de este tipo implica incurrir en costos adicionales de transacción (p. ej., a fines de proteger la marca, evitar confusiones o comprar con mayor diligencia por parte de los consumidores) lo cual

---

(14) Dejo abierto el tema de qué componentes deben incluirse en la multa, dado que ello excede la finalidad de este trabajo.

tiene efectos negativos en los mercados. En este sentido, el fundamento de muchas conductas clásicas que regula la competencia desleal es, en alguna medida, similar a aquellas que regulan la protección de los derechos de propiedad intelectual, al menos en aquellas en las cuales un competidor se apropia del esfuerzo o inversión de otro competidor, p. ej., desarrollando mejores métodos productivos y canales de distribución o diseñando productos que implican mejoras en los mercados. Del mismo modo, las empresas invierten con el objetivo de que su producto sea correctamente distinguido, lo cual baja costos de búsqueda del consumidor e incentiva una mejor producción por parte del productor. Estos son esfuerzos típicamente competitivos que pueden verse amenazados por actos desleales en el comercio. Cuanto más costoso sea introducir una mejora y más fácil sea para los competidores aprovechar de manera indebida de los esfuerzos de los competidores, más grande será el tamaño de la ineficiencia derivado de estas prácticas.

Esta caracterización permite diferenciar al derecho de la competencia desleal de otras ramas del derecho que regulan también el comercio. En este sentido, el derecho de la competencia o de defensa de la competencia, el derecho del consumidor y el derecho de lealtad comercial tienen, al menos en buena medida, como norte el bienestar del consumidor, solo que se ocupan de corregir diferentes fallas de mercado y, usualmente, lo hacen de manera diferente. Por ejemplo, mientras el derecho de la competencia y el de lealtad comercial, en general, lo hacen por medios indirectos, protegiendo el proceso de competencia antes que, al consumidor en forma directa, el derecho del consumidor lo hace de modo directo protegiendo a los consumidores en sus relaciones con los oferentes.

El derecho de la competencia o de defensa de la competencia, por ejemplo, regula el ejercicio del poder de mercado con para proteger cierto nivel de competencia efectiva en los mercados y el derecho de la lealtad comercial tiene como meta (central, en sus figuras más típicas) tutelar el proceso competitivo evitando costos y beneficios externos entre los agentes de mercado que puedan lesionar su posición competitiva, con el objetivo de proteger la capacidad de elegir de los consumidores, evitando el incremento del

costo de las transacciones (es decir, el costo de usar el mercado).

Distinguir el fundamento y finalidad de estas dos áreas del derecho, tan próximas, es fundamental para una aplicación correcta del decreto, no solo porque (algo improbable) cualquier acto de los listados en el art. 10 y otras conductas no listadas, que regula la competencia desleal pueden eventualmente configurar una infracción a la Ley de Defensa de la Competencia, por lo cual este no aplica (conf. art. 7º, 2º párr.). Por otra parte, como he señalado, algunas de las conductas que regula de manera explícita el decreto, listadas por ejemplo en el art. 10, constituyen conductas muy típicas del derecho de la defensa de la competencia, tales como discriminación de precios, precios predatorios y violación de normas con ventaja competitiva sustantiva, todas reguladas de manera explícita en la ley 27.442 de Defensa de la Competencia. De modo que la aplicación correcta del régimen de Lealtad Comercial requiere una comprensión de su función económica y también de las condiciones de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.

Por ejemplo, dada la finalidad y estructura de la Ley de Defensa de la Competencia, es lógico, que sea una condición para que una empresa sea sancionada por conductas anticompetitivas que esta posea posición de dominio en el mercado, mientras que esa condición no es necesaria para sancionar una empresa en materia de competencia desleal, simplemente porque solo cuando hay posición de dominio es posible que una empresa afecte con su proceder al proceso de competencia en conjunto, en tanto esa condición no es necesaria para la procedencia de una infracción en materia de competencia desleal.

El derecho de defensa de la competencia regula, en general, de manera *ex post*, problemas asociados al ejercicio indebido del poder de mercado, falla de mercado que opera cuando una empresa o firma o consumidor puede influir, de manera determinante, en el precio o las condiciones de contratación en general. La ineficiencia usual, en este caso es, p. ej., que un cartel puede colocar un precio por arriba del precio de mercado limitando la cantidad de transacciones y determinando que quienes

compran paguen más por los productos. Esto implica una ganancia para las empresas que conforman el cartel, que es mayor a la que hubiesen obtenido en un contexto de competencia, pero es menor a la pérdida que generan a los consumidores afectados (tanto los que no hacen las transacciones consecuencia del mayor precio, como aquellos que pagan más perdiendo el excedente correspondiente).

Por el contrario, el derecho de la competencia desleal se ocupa de introducir incentivos, por medio de la amenaza de sanciones, es decir también por medio de la regulación *ex post*, a los fines de impedir que un agente de mercado pase costos (externalidades negativas) a otros agentes de mercado o se beneficie sin pagar los costos (viajero gratuito) de sus esfuerzos o renombre, lo cual también tiene potencialmente un efecto que lleva a ineficiencias en los mercados, con afectación al interés de los consumidores. Pero está claro que su racionalidad es completamente distinta a la del derecho de defensa de la competencia. Mientras el poder de mercado hace referencia a la capacidad de un operador de mercado de influir de manera unilateral en los precios (y otras condiciones de mercado) y su mal empleo puede llevar a desplazar competidores afectando la competencia, una externalidad negativa consiste en un costo no compensado que una persona pasa a otra, como ocurre, por ejemplo, en un accidente o un caso de polución, pero también, en un acto de denigración de un competidor, es decir, manifestaciones que sean aptas para menoscabar el crédito o renombre de otro agente en el mercado.

También, como se ha señalado, regula casos donde un agente de mercado puede incorporar indebidamente beneficios derivados del esfuerzo o renombre de otro agente de mercado, por ejemplo, la imitación de las prestaciones de una empresa, siempre que ese acto tenga efecto en el sentido de que pueda generar confusión sobre la procedencia del producto o el establecimiento comercial. Esto, tanto como la denigración, afecta la calidad de la toma de decisiones por parte de los consumidores, incrementando el costo de las transacciones y el nivel de competitividad.

Al mismo tiempo, dado que no hay un conjunto determinado de externalidades completo y limitado que pueda generar el tipo de daño que se intenta disuadir, tiene pleno sentido que la lista del art. 10 sea solo taxativa, tal como sucede, por razones similares, con el art. 3º de la Ley de Defensa de la Competencia(15). Son casos donde necesariamente deben operar tipos abiertos, por lo cual cobra importancia fundamental el análisis económico y el desarrollo de requisitos para la calificación de conductas como infracciones. En este sentido, es claro que una figura con tipos abiertos se puede interpretar mejor una vez que se comprende la finalidad económica de esta parte del sistema jurídico, fundamental, en particular, dada la generalidad con la que (tanto en el decreto como en las leyes de derecho comparado) está expresado el tipo general en materia de lealtad comercial.

La corrección de estas fallas de mercado con el objetivo de proteger la calidad de la toma de decisiones de consumo es la racionalidad económica del derecho de lealtad comercial, que permite aplicar el decreto de modo tal que no se afecte la competencia en los mercados, sea protegiendo de manera indebida agentes ineficientes, alentando el oportunismo y la búsqueda de rentas en los mercados, todo lo cual tiende a incrementar los costos y los precios para el consumidor. La finalidad debe ser internalizar externalidades, y no permitir que agentes económicos ineficientes pasen costos a otros agentes económicos y consumidores.

En decir, siempre que la eficiencia sea un valor, es conveniente reiterarlo, el *test* final para establecer cuándo hay una infracción a esta normativa debe ser que el consumidor razonable o medio no esté en condiciones de tomar, consecuencia del acto reputado desleal, decisiones consistentes o, más claro, que se vea inducido a error como consecuencia del acto investigado.

El potencial operador desleal racional que enfrenta sanciones del tipo que establece el régimen de competencia desleal tiene buenos o

---

(15) Ver los comentarios al respecto de OTAMENDI, Jorge, "La competencia desleal" en *Revista del Derecho*, año 3, nro. 2, 1998.

correctos incentivos para no dañar (esto es, internalizar el costo externo) siempre que el costo esperado (la magnitud de la sanción multiplicada la probabilidad subjetivamente percibida por el de ser sancionado) sea mayor al beneficio esperado. Esto depende en buena medida de la magnitud de las penas y de la probabilidad de la sanción percibida en el mercado por competencia desleal. Dado que se busca inducir a internalizar externalidades tiene sentido que las penas sean grandes, pero sustantivamente menores que en defensa de la competencia, donde el tamaño de la ineficiencia (y del beneficio esperado por el infractor) es mucho mayor, puesto que la infracción opera sobre un mercado en general. Además, es probable que la probabilidad de detectar, por ejemplo, un cartel, sea mucho menor que detectar infracciones en materia de competencia desleal, donde hay personas, afectadas directas, interesadas, como lo son los agentes de mercado perjudicados, lo que también justifica penas más grandes, a los fines de mantener la disuasión. Por otra parte, aun cuando el derecho de la competencia desleal lleva o puede llevar a daños al interés económico general o a los consumidores, esta nota es característica y está más pronunciada en defensa de la competencia, donde se pide que haya una lesión, al menos potencial, al funcionamiento del mercado en general.

Dado que el propósito del derecho de competencia desleal es que el potencial dañador o infractor internalice los costos de su conducta, el análisis económico tiene pleno sentido a los fines de tomar en cuenta, de manera precisa, cuáles son los costos que las infracciones tienen no solo para los agentes de mercado competidores o proveedores afectados sino, además, para los consumidores (16). En los casos donde los principales afectados sean los consumidores, en una forma en la cual es difícil o muy difícil de detectar, es cuando probablemente mayor deban ser las sanciones, dado el tamaño del daño, la ganancia esperada de la infracción

(16) No puedo ingresar ahora en detalles con respecto a las características de la multa o compensación óptima. Por otra parte, para facilitar la analogía con el derecho de la competencia, cuya ejecución en la Argentina es completamente administrativa, no quiero hacer referencia a la ejecución privada de esta rama del derecho.

y la baja probabilidad de que la infracción sea detectada y sancionada, puesto que los consumidores de manera aislada tienen pocos o muy pocos incentivos para iniciar las acciones correspondientes; a diferencia de lo que ocurre con un competidor que tiene altos incentivos y donde es muy simple de detectar la infracción, siendo esta muy visible para el competidor.

Estas externalidades, por ejemplo, un acto de confusión o denigración, generan costos para el mercado y afectan su eficiencia. Cuanto más grande sea este aspecto, claramente más grande debe ser la multa, puesto que esta debe ser mayor que la ganancia esperada, la que tiene relación positiva con el impacto de la conducta desleal en el mercado. Un acto de confusión con una empresa grande puede llevar a grandes ganancias a favor del productor, pero al mismo tiempo, a un daño importante al resto de los agentes de mercado.

En suma, la finalidad del derecho de la competencia desleal, en sus figuras más típicas, consiste en internalizar externalidades capaces de afectar la posición competitiva de una agente de mercado, de forma tal que esto pueda afectar las decisiones de los consumidores, induciéndolos a error. Dado que las elecciones de los consumidores constituyen un aspecto central de la eficiencia de los mercados, esta parte del sistema jurídico, con independencia de su capacidad para evitar daños privados, permite mercados más competitivos, reduciendo costos de transacción. Esto permite, aplicar mejor la normativa, a muchos fines, por ejemplo, respecto de la tipicidad de los potenciales actos o conductas, su correcta interacción con otras partes del sistema legal, como defensa de la competencia y, entre otros varios aspectos, la estimación correcta de las sanciones y compensaciones (17).

(17) La sección 5 de la Ley de la Comisión Federal de Comercio prohíbe “actos o prácticas desleales o engañosas que afecten el comercio”. Es interesante que en la misma sección la ley de la FTC establece un estándar de costo beneficio para evaluar cuándo hay una infracción al comercio justo o equitativo. En esencia, requiere que el daño a los consumidores sea sustancial, que no puede ser evitado por los consumidores de modo razonable y que no sea compensado por los beneficios de la práctica presuntamente desleal. Esto tiene la ventaja de evitar aplicaciones de la norma que podrían

### III. Sobre las conductas en particular

En esta parte del artículo voy a hacer referencia a la racionalidad económica de sancionar algunas de las conductas más típicas del derecho de la competencia desleal, dejando de lado otras que por su atipicidad o complejidad requieren un examen demasiado detallado y extenso para este trabajo, más bien de naturaleza general e introductorio (18).

Siguiendo las legislaciones en la materia en el derecho comparado, a fines de establecer qué tipo de conductas constituyen infracciones al régimen de lealtad comercial, el decreto emplea una cláusula general prohibitiva, listando solo a modo enunciativo algunas de las conductas más frecuentes o típicas. Esto tiene pleno sentido, dado que, como ocurre en el derecho de la competencia, no es posible conocer por anticipado todos los actos o conductas que pueden constituir infracciones al régimen de competencia desleal (19). Sí ofrece, como es frecuente, una lista no taxativa de las conductas o infracciones más usuales y frecuentes.

---

afectar negativamente a los consumidores. Ver ELISE, Nelson - WRIGHT, Joshua D., "Judicial Cost-Benefit...", cit. En este artículo se muestran, además, ciertas deficiencias de los jueces empleando el análisis económico a los fines de detectar cuándo hay una infracción a la competencia desleal.

(18) Como he señalado, en esta parte me ocupo de manera central, aun no exclusiva, de las conductas típicas de la lealtad comercial, dejando de lado otras que voy a examinar más adelante o algunas que no voy a examinar en este artículo, por ejemplo, la violación de secretos, que merece un examen más parecido al de derecho de patentes, puesto que en este caso se busca incentivar la inversión en los mercados para lo cual es necesario proteger la información productiva en los mercados, o la violación de normas para que el infractor obtenga ventajas competitivas, conducta también sancionada por la Ley de Defensa de la Competencia.

(19) Tanto el Congreso de los Estados Unidos como la jurisprudencia de ese país reconocieron la imposibilidad de definir de antemano todas las prácticas desleales. "It is impossible to frame definitions which embrace all unfair practices. There is no limit to human inventiveness in this field. Even if all known unfair practices were specifically defined and prohibited, it would be at once necessary to begin over again. If Congress were to adopt the method of definition, it would undertake an endless task". H. R. Conf. Rep. Nro. 1142, 63d Cong., 2d Sess., 19 (1914). "FTC v. Sperry & Hutchinson Co.", 405 U.S. 233, 239-44 (1972).

Entre estas, se destacan, las clásicas figuras por las cuales una empresa puede lograr ventajas sobre otras afectando la posición de sus competidores y de ese modo, la capacidad de decisión de los consumidores y el correcto funcionamiento de los mercados, a las que hice referencia en el título anterior. Refiero a conductas tales como explotar de manera indebida la reputación o esfuerzos ajenos o la imitación de bienes y servicios o iniciativas empresariales que induzcan a confusión en los consumidores. En igual línea, el nuevo régimen, sanciona prácticas con capacidad de inducir a error o engaño sobre las características, condiciones de comercialización o el origen de productos o servicios. Igualmente, se sancionan actos que tengan por finalidad la denigración de la competencia, salvo aquellos que resulten de aseveraciones verdaderas y exactas, la violación de secretos empresariales hechas con el ánimo de obtener provecho o perjudicar, la inducción (a empleados, proveedores, clientes, etc.) a incumplir contratos con competidores y la publicidad comparativa.

La normativa de lealtad comercial incluye, además, típicas conductas que están expresamente listadas en la Ley de Defensa de la Competencia, como la venta por debajo del costo, p. ej., para eliminar competidores, la discriminación de precios sin justificación y la violación de normas con la finalidad de obtener ventajas competitivas.

El decreto contempla, además, conductas que implican el abuso de la dependencia económica de un agente de mercado por otro, verticalmente relacionados, y que tiene antecedentes diversos en el derecho comparado. Esta conducta requiere que la firma bajo dependencia no tenga alternativas equivalentes para ejercer su actividad, entre otras condiciones que se examinan más adelante.

Voy inicialmente a considerar las conductas clásicas en materia de lealtad comercial, algunas de las cuales ya han sido objeto de comentarios, para luego examinar aquellas que tienen mayor proximidad con conductas propias de defensa de la competencia, para finalmente considerar estas figuras referidas al abuso de dependencia económica, en la idea de que esta exposición es consistente con la (algo) diferente racionalidad económica de estas conductas.

Las más clásicas figuras del derecho de la competencia desleal, tales como el engaño, la denigración y comparación, están ya incluidas en el Convenio de París. Mientras, como se ha comentado, el engaño implica generar información falsa con respecto a la calidad o atributos de los propios productos, la denigración supone lo mismo, pero con respecto a los bienes y servicios de una firma competidora. El engaño tiene por efecto inducir a los consumidores a comprar los propios productos de quien lo practica, afectando al consumidor, quien naturalmente no tiene perfecta información de la calidad y atributos del producto, a los competidores honestos que pueden perder cuota de mercado y al funcionamiento del mercado en general.

Un mercado es más competitivo y eficiente no solo cuando hay competencia por el lado de la oferta sino, además, cuando los consumidores pueden tomar decisiones correctas que transmitan de mejor forma sus preferencias. Si los precios no se mueven conforme con las preferencias genuinas de los consumidores, el sistema de mercado no puede generar por medio de las variaciones en los precios los incentivos correctos a los productores. Aun cuando una conducta de este tipo podría potencialmente tener efectos anticompetitivos de escala, en los términos que exige la Ley de Defensa de la Competencia, con lo cual no se aplicarían las disposiciones del decreto de Lealtad Comercial, esto es sumamente improbable, configurando una típica figura de competencia desleal.

Generar información falsa con respecto a la calidad o atributos de los productos del competidor, es decir la degradación, tiene en los mercados efectos similares al caso anterior, puesto que incrementa los costos de información por parte de los consumidores que se pueden ver inducidos a tomar decisiones no correctas en términos de sus propias preferencias. Esto es un costo directo, una externalidad negativa que el emisor de la falsa información pasa de manera directa al competidor, que puede ver reducidos sus ingresos y al consumidor, generando ineficiencias en los mercados. Como en el caso anterior, a cierta escala, llevada adelante por una empresa con posición de dominio y dados ciertos efectos, esta conducta podría tipificar una infracción al régimen de defensa de la competencia, pero (fundamentalmente

por efectos) sería bastante poco probable, al menos en mercados geográficos importantes. La comparación inapropiada y sesgada con los productos del competidor tiene el mismo efecto y es poco probable que, en los hechos, una conducta de este tipo tipifique en la ley 27.442, siendo un caso más bien representativo de lealtad comercial. Como en el caso anterior, se trata de un costo externo que una empresa pasa a otra empresa y a los consumidores, afectando la eficiencia de los mercados, elevando el costo de información y la calidad en la toma de decisiones de los consumidores.

La confusión y explotación del renombre ajeno constituyen prácticas que tienen por objetivo, por parte de quien las comete, obtener un beneficio a costa del esfuerzo de un competidor, generando costos directos en los consumidores que pueden tomar decisiones no correctas en términos de sus preferencias y, como en los casos antes comentados, afectando el funcionamiento del mercado, elevando los costos de las transacciones. En este caso una empresa actúa como “viajero gratuito” de otra empresa, aprovechando su renombre o confundiendo sus productos con los de un competidor, aprovechando también sus esfuerzos en la mejora del producto, en una práctica que puede afectar además el derecho de marcas. En estos casos quien se confunde con un competidor o se aprovecha de su renombre, no solo obtiene beneficios de las mejoras comerciales de la competencia, sino que además impone costos a esta y a los consumidores, como en los casos anteriores, afectando la eficiencia de los mercados, puesto que es condición fundamental que los consumidores puedan distinguir las empresas y sus productos a los fines del buen funcionamiento del proceso de mercado.

Hay en cambio otras conductas tipificadas en el régimen de Lealtad Comercial que se acercan a conductas típicas en materia de defensa de la competencia, en particular la discriminación de precios y la venta por debajo del costo. En estos casos estimo poco probable que haya casos de importancia en el ámbito del derecho de la competencia desleal, puesto que estas figuras solo pueden afectar a los consumidores de manera sustancial cuando son llevados adelante por empresas que detentan significativo poder

de mercado, por lo menos en la generalidad de los casos.

Los casos más importantes de discriminación de precios son los de tercer grado, los que usualmente requieren, para su racionalidad, que quien lo práctica tenga posición de dominio en el mercado relevante. La intención del discriminador de precios consiste en reducir el excedente del consumidor con el fin de maximizar la ganancia, para lo cual es necesario que esté en condiciones de segmentar el mercado en grupos y cobrar a los compradores de estos grupos diferentes precios por el mismo bien o servicio.

Las condiciones para que la discriminación de precios de esta naturaleza funcione de manera eficaz es la existencia del poder de mercado de parte de quien la ejerce, la referida segmentación por grupos de compradores y la imposibilidad de arbitraje entre los diversos grupos de consumidores, lo cual, creo, pone más cerca esta conducta del derecho de la competencia o de defensa de la competencia que de la competencia desleal. Es que si una empresa sin posición de dominio, condición para que opere la normativa sobre Lealtad Comercial, resuelve discriminar precios colocándolos muy caros a sus productos, la demanda debería simplemente trasladarse a la competencia, la que ciertamente impide este tipo de conductas.

En aquellos casos donde la discriminación tiene por efecto la exclusión de un rival en el mercado, es claro que esta conducta, dado el propósito y efectos (con independencia de las razones antes expuestas) deberían ser, normalmente, objeto del derecho de la defensa de la competencia, tal como está regulada en la ley 27.442 en el caso de la Argentina, puesto que (entre otras razones) para lograr ese efecto es necesario contar con posición de dominio en el mercado. De modo que veo poco probable, en general, la aplicación de esta figura, en el campo del derecho de la competencia desleal, por lo menos en los casos de importancia, en el tipo de discriminación de precios que más daño puede causar a los consumidores.

En suma, la discriminación de precios que puede afectar la eficiencia del mercado de manera más relevante, usualmente opera bajo condiciones muy restrictivas. En general, es

necesaria la existencia de posición de dominio, la empresa debe estar en capacidad de distinguir a los clientes según la intensidad de su demanda y es necesario que la empresa esté en capacidad de impedir el arbitraje, con el fin de que los clientes que compran el producto a precios más bajos no vendan a aquellos que están dispuestos a pagar precios más altos. Es probable que, dados estos elementos, y en especial la existencia (en general) de posición de dominio como condición para que esta práctica afecte negativamente a los consumidores de modo sustantivo, muchos de estos casos o la gran mayoría sean objeto de la ley 27.442 de Defensa de la Competencia, al menos en los de discriminaciones de precios relevantes. Sin embargo, muchas veces es difícil o riesgoso divorciar los efectos de una práctica del contexto y es claro que el asunto requiere o admite un análisis más detallado a los fines de un examen más complejo, por ejemplo, que tenga en cuenta tipos de discriminación y niveles de información en los mercados, entre otros elementos, algo que no puedo desarrollar en este breve trabajo.

Igual nivel de cautela, creo, procede respecto de la depredación o venta bajo el costo, una figura típica e inaugural del derecho de la competencia moderno, aun cuando últimamente algo en desuso, fundamentalmente por las condiciones extremas en las cuales es racional para un competidor incurrir en esta. Lo central de esta conducta consiste en que una empresa fija un precio por debajo del costo, con la intención de excluir a empresas competidoras del mercado, eliminar alguna iniciativa competitiva de estas o bien evitar el ingreso de un nuevo competidor en el mercado. La finalidad de esta práctica consiste en incrementar el precio del producto, una vez practicada la exclusión, para compensar las pérdidas incrementando el beneficio en el largo plazo, lo que resultará en precios más elevados y menor competencia, con afectación al bienestar de los consumidores. Sin embargo, a los fines de que se logró excluir o eliminar el ingreso de nuevos competidores, dada la necesaria escala de la práctica, parece necesario (aun cuando no indispensable) que esta sea llevada adelante por una empresa con posición de dominio en el mercado. Si la empresa no tiene poder de mercado es posible que no esté en condiciones de excluir y menos aún de recuperar en

el improbable caso de que haya operado la exclusión, ya que siempre habrá otras firmas que estarán compitiendo. En cualquier caso, todavía este tipo de conducta parece más propia del derecho de defensa de la competencia que de la competencia desleal, puesto que es por medio de la exclusión y el aprovechamiento de su posterior poder de mercado, el modo usual en el cual se daña a los consumidores. En principio, la depredación por parte de una empresa que no tiene poder de mercado no debería causar daño a los consumidores y de hecho tampoco (al menos significativa) a la posición competitiva de las firmas competidoras.

Como en todas las figuras, pero con especial cautela en esta, tiene que existir una clara teoría del daño basada en la evidencia y en buena teoría económica que avale una sanción a una empresa. Si la probabilidad de ocurrencia de estas conductas es demasiado baja en materia de defensa de la competencia, es aún menos probable un caso de depredación que constituya una infracción al derecho de competencia desleal, siempre que no se desee lograr resultados socialmente indeseables, en particular proteger a empresas ineficientes a expensas de los consumidores.

La hipótesis más probable sería un caso de depredación sin posición de dominio en el mercado, lo que es altamente improbable y, en muchos casos, se asume el riesgo de impedir prácticas competitivas que favorecen a los consumidores. Una empresa entrante que no tiene posición de dominio en el mercado podría intentar obtener una cuota mayor por medio de una política de precios agresiva, lo que podría tener efectos competitivos en el mercado. Puede elegir ingresar al mercado ofreciendo descuentos especiales o promociones, aun cuando le cueste rentabilidad a corto plazo, puesto que espera por medio de estas estrategias comerciales incrementar las ventas en el largo plazo, por lo cual la venta bajo el costo puede consistir en una inversión temporal que beneficia a los consumidores. Sancionar cualquier iniciativa de esta naturaleza podría tener el indeseable y obvio efecto de proteger los altos precios de empresas ya establecidas, en algunos casos con posición de dominio en el mercado. Esto en particular es desafiante cuando la empresa no tiene poder de mercado y no busca presumiblemente excluir la competencia del mercado.

Es posible pensar en un caso de una empresa entrante, verticalmente integrada, con capacidad financiera y que, además, opera en varios mercados, con alta rentabilidad. Dada su necesidad de ingresar al mercado de modo exitoso planea competir por medio de una agresiva política de precios y condiciones, lo cual beneficia a los consumidores, pero las empresas instaladas presentan una demanda por competencia desleal aduciendo venta bajo el costo y presentan evidencia de pérdida de rentabilidad con los consiguientes costos para el sector. Es poco probable que en un caso como el descrito haya pérdida de bienestar del consumidor, aunque sí (y esa es la idea de la competencia) pérdida de posición competitiva de las empresas instaladas en el mercado. En todo caso, una mirada demasiado amplia de esta figura puede tener efectos indeseables, afectando el bienestar del consumidor, ya que estos terminan subsidiando la ineficiencia de las empresas instaladas, anulando además incentivos para la inversión e innovación en el sector.

En general, como ocurre también con las conductas unilaterales en materia de defensa de la competencia, es conveniente examinar estas con detenimiento y solamente proceder a la investigación y eventual sanción cuando la teoría del daño es clara, sea analíticamente consistente y esté debidamente probada. Para esto lo mejor es examinar de manera lo más precisa posible el efecto en el bienestar de los consumidores y evitar que especulaciones terminen estableciendo una regla de aplicación de la figura que opere finalmente como un mecanismo para proteger competidores ineficientes. Para esto, en muchos casos, a los fines de examinar de manera correcta los efectos, es necesario definir mercados, sea empleando las técnicas o los antecedentes del derecho de defensa de la competencia, a los fines de evitar el empleo económicamente irracional de estas figuras. Hay evidencia, por ejemplo, en los Estados Unidos, en el cual leyes que buscan proteger al consumidor de prácticas injustas, terminan afectando negativamente el bienestar de los consumidores (20).

(20) De hecho, no es para nada extraño que en la búsqueda por proteger al consumidor se termine logrando precisamente lo contrario. En los Estados Unidos, por ejemplo, la creciente cantidad de litigios



Las conductas probablemente más delicadas para el funcionamiento de los mercados son aquellas que consisten en el abuso de la dependencia económica, alguna de las cuales están listadas en el decreto, puesto que se asume el riesgo de que el gobierno intervenga en transacciones libres que son la esencia del sistema de precios. La injerencia gubernamental en los mercados, dada la capacidad de una empresa de imponer condiciones a otra, podría finalmente terminar protegiendo productores ineficientes, alentando el oportunismo, incrementando el costo de las transacciones con proveedores importantes con poder de negociación y generando inseguridad jurídica, todo lo cual tiene un efecto negativo en la eficiencia.

Si la injerencia gubernamental es alta y frecuente, además, esto debería incrementar ineficiencias asociadas a búsqueda de rentas por parte de los agentes del mercado que tienen más incentivos para litigar y cabildear para producir de manera eficiente y competitiva. Este efecto puede ser grande en una economía tan poco estable, usualmente con alta inflación, como ocurre en la Argentina, donde muchos agentes económicos pueden simplemente intentar emplear la ley para lograr alguna forma de compensación por desbalances propios de la macroeconomía, por ejemplo, el cambio de precios relativos como consecuencia de una devaluación (21).

Debido a que un intercambio más eficiente conduce a un beneficio potencial más grande, en la economía del derecho se asume que las

---

que no cumplen ninguna función social y por la cual los consumidores pagan indirectamente a través de precios más altos y menos innovación. Ver, COOPER, James C. - SHEPHERD, Joanna, "State Unfair and Deceptive Trade Practices Laws: An Economic and Empirical Analysis" (January 13, 2017), *Antitrust Law Journal*, vol. 81, nro. 3, 2018.

(21) Esta ineficiencia ocurre cuando las empresas o personas en general gastan recursos en obtener rentas por medio del cabildeo en vez de obtener beneficios satisfaciendo mejor las necesidades de los consumidores en los mercados. Para los artículos clásicos, ver, TULLOCK, Gordon, "The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft", *Western Economic Journal*, vol. 5, nro. 3, ps. 224, 1967. Ver también, KRUEGER, Anne, "The Political Economy of the Rent-Seeking Society", *American Economic Review*, vol. 64, nro. 3, ps. 291 y ss., 1974.

partes presumiblemente deberían negociar términos eficientes, mutuamente satisfactorios. Presunción que seguramente no es válida en todos los casos, pero que es bastante más probable cuando las partes son comerciantes profesionales. En este sentido, la mayoría de las disposiciones contractuales (fundamentalmente entre expertos informados) sirven para asignar riesgos entre las partes contratantes, es decir, para asignar costos que son solo probables y que pueden afectar el valor de la contratación o relación comercial.

En teoría, las negociaciones voluntarias entre agentes de mercado que tienen buena información y conocen el mercado, deberían generar contratos eficientes que maximicen sus excedentes y permitan competencia en los mercados, generando menores costos a los consumidores. En muchos de estos contratos, dado el peso de una parte en la cadena valor, puede ocurrir que no haya demasiada negociación, sino más bien ofertas unilaterales, más próximas al tipo de contratos de adhesión. Sin embargo, usualmente estos contratos son conocidos de antemano en la práctica comercial y, en muchos casos, especialmente cuando hay buena información, es bastante probable que estas condiciones sean eficientes y convenientes para los consumidores. En la generalidad de los casos, prohibir o restringir condiciones contractuales entre comerciantes expertos, porque alguno de los términos puede ser demasiado costoso para algunos de ellos, podrían tener el efecto indeseable de incrementar los precios que deben pagar por los bienes y servicios. La dependencia económica debería tener especialmente en cuenta el riesgo de operar con fines redistributivos ineficientes que finalmente pueden afectar negativamente al consumidor.

Existe el riesgo de aplicar esta normativa conforme con las demandas de corto plazo, sin tomar en cuenta los potenciales efectos para los consumidores, forzando así contratos o provisiones y condiciones contractuales que se estiman correctas, pero que pueden generar más costos que beneficios en el largo plazo. En el extremo, un empleo populista de un decreto como este puede generar altísimos costos para la eficiencia de los mercados, en particular, por medio de la aplicación de estas figuras que permite a la autoridad la regulación de los contra-

tos que son la base sobre la cual se estructuran los mercados.

Un examen integral que tome en cuenta no solo el corto plazo, sino también los incentivos de largo plazo debería ser la medida a los fines de aplicar de manera correcta la Ley de Competencia Desleal siempre que el bienestar de los consumidores sea el objetivo de la ley. En este sentido, es necesario pensar no en resultados de las decisiones respecto de conflictos puntuales entre eslabones de una industria, sino en los incentivos que una regla como la empleada al momento de resolver el conflicto genera para la economía en su conjunto. En el corto plazo hay muchas medidas que pueden beneficiar a los consumidores, pero es necesario pensar en el mediano y largo plazo, siendo prudentes a los fines de no desalentar a las empresas a invertir e innovar, una consecuencia inevitable cuando de modo recurrente se afectan los contratos entre las partes, simplemente porque el contrato y la vigencia plena del derecho de propiedad constituyen los mecanismos para asegurar que el empresario obtenga el valor de su inversión.

Probablemente, algunas técnicas empleadas en economía del derecho para revelar de modo más preciso la eficiencia de diversas cláusulas contractuales, podría operar como un primer *test* aproximativo de cuándo se debe emplear esta regla; luego, un segundo *test* debería consistir en el examen de largo plazo de los efectos de ese tipo de intervención en el mercado.

En concreto, el decreto incluye entre las conductas del art. 10 la regulación de la dependencia económica en que se pueda encontrar una empresa cliente o proveedora que no disponga de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad en el mercado, una figura legal actualmente en desarrollo en el derecho comparado, en ocasiones regulada por el derecho de la competencia y en otros casos por el de lealtad comercial (22). La meta es regular el uso indebido del mayor poder contractual por parte de las empresas que tienen alto impacto en el mercado, sean grandes proveedoras o, muy fre-

cuente, grandes compradoras, como las grandes cadenas de supermercados.

A los fines de definir la existencia de dependencia es necesario demostrar que una de las partes de una transacción no cuenta con una alternativa equivalente, lo que determina la situación de dependencia de la parte fuerte de la relación. Además, opera la presunción *iuris tantum*, de que dicha relación de dominio existe cuando, por ejemplo, un proveedor concede ventajas extraordinarias e infrecuentes, que no concede a otros agentes de mercado en una situación similar. La dependencia económica opera en relaciones comerciales verticales en las cuales una de las partes puede imponer condiciones comerciales gravosas e inusuales, como sería el caso, por ejemplo, para un proveedor a un distribuidor grande, descuentos especiales, plazos muy largos de pago u otras condiciones (23). Probablemente, por el lado del proveedor, es probable que esta figura se invoque con mayor frecuencia en aquellas relaciones comerciales en las cuales un agente de mercado depende de la compra de una marca muy conocida, fundamental para operar en un mercado determinado (24).

Según se puede observar en el derecho comparado y está en la letra del decreto, el criterio empleado consiste en examinar si hay alternativas equivalentes de comercialización. El criterio puede ser más de tipo cualitativo o cuantitativo como el porcentaje de las ventas que representa una relación comercial para la parte supuestamente afectada. Mientras más grande sea la facturación, mayor debería ser la situación de dependencia. También del examen de las condiciones comerciales usuales se observa que cuanto más lejos de la norma más probable también que las autoridades encuentren que ha mediado una infracción.

(23) Para un análisis del monopsonio en el caso del derecho antimonopolio, ver NOLL, Roger G., "Buyer power' and Economic Policy", *Antitrust Law Journal*, vol. 72, nro. 2, 2005, ps. 589 y ss.

(24) Hay antecedentes en el derecho comparado, sobre todo en Alemania, Francia y España. Ver, por ejemplo, GARCÍA ALONSO, Juan A., "El abuso de la situación de dependencia económica en el Derecho Español", en ORTIZ BLANCO, Luis - LEÓN JIMÉNEZ, Rosario, *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, vol. 4, Madrid, ps. 389 y ss.

(22) Para un panorama muy completo, ver International Competition Network, "Report on Abuse of Superior Bargaining Power", 2008.

A nivel del procedimiento analítico hay demasiadas ambigüedades, pero en general, siguiendo la experiencia comparada, definida la existencia de dependencia económica, se debe examinar si quien detenta mayor poder de negociación efectivamente incurrió en abuso, lo cual, según el derecho comparado, puede ocurrir en una variedad de situaciones, como la imposición de descuentos extraordinarios o la negativa de proveer artículos indispensables para el giro comercial y extensos plazos para efectuar pagos, entre otras condiciones gravosas. A mi juicio, a fines de evitar que la ley sea utilizada con fines cortoplacistas o meramente distributivos, bajo la retórica de la dependencia, debería además mostrarse que hay afectación al menos de largo plazo a los consumidores. De otro modo, si es simplemente un asunto entre partes, bien puede resolverse por las reglas comunes de los contratos.

En otros términos, debería mostrarse, siempre que la eficiencia sea una meta, que el problema no constituye un caso privado que solo atañe a las partes, sino que tiene efectos en los mercados o, para ser más preciso, propiamente en los consumidores. Con estos antecedentes y dada la redacción del artículo sería necesario demostrar que hay dependencia, que se abusa de ella y además que hay efectos negativos para los consumidores. En general, es conveniente que, si hay visiones encontradas en materia de justicia contractual en el comercio, estos problemas se resuelvan aplicando normas generales sobre los contratos, apelando a principios generales tales como la obligación de actuar de buena fe, entre otros.

La conducta expresada en el art. 10 inc. e) referida a la obtención indebida, bajo amenaza de ruptura de las relaciones de condiciones comerciales no contempladas en el contrato, ni fundadas en los usos y costumbres, consiste en el derecho comparado, en un caso de abuso de posición de dependencia económica (25).

---

(25) Ver, por ejemplo, el art. 16 b) de la LCD de España que refiere expresamente a este supuesto. El art. 16.3 de la LCD introduce otras hipótesis. En nuestro caso, el decreto establece que se considera desleal "la obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras

Como en el caso de la conducta anterior, para que un acto de esta naturaleza pueda considerarse desleal debe existir dependencia económica en el sentido antes referido, en esencia, que no dispongan de alternativas equivalentes en el mercado que les permita el ejercicio de su actividad. Como en el caso anterior, es necesario definir el mercado relevante a los fines de determinar la existencia de dependencia económica y los efectos. Requiere también que haya cierto poder de mercado o al menos cierto poder de compra o venta en el mercado, tal que sea posible la desigualdad de posiciones en la relación proveedor-cliente de modo que configure el dominio a que hace referencia el decreto y es necesario también que haya abuso de esta situación de dependencia, es decir una exigencia injustificada en el pacto o contrato o en los usos y que, al mismo tiempo, sea desproporcionada.

Esta conducta constituye una forma más de abuso de dependencia económica que puede manifestarse también de otros modos, por ejemplo, la discriminación no justificada en la relación proveedor-cliente o, la imposición de cláusulas que impiden distribuir productos de la competencia u otros del tipo, siempre que se pueda mostrar que haya carencia de fuentes de suministro suficientes y razonables y que la conducta no esté justificada.

Este ejercicio requiere, creo, extremada cautela, dada la novedad del instituto, la ambigüedad del concepto de dependencia económica y los riesgos de que el decreto se emplee con la finalidad de proteger agentes económicos ineficientes, haciendo pagar su ineficiencia a los consumidores, los que además tienen usualmente menos capacidad de *lobby* que las empresas, dado su número, dispersión de intereses y altos costos de transacción que enfrentan para unificar estrategias en defensa de sus intereses. Siempre que la eficiencia sea un valor, o al menos un valor importante para el régimen de lealtad comercial, sería fundamental adoptar extrema cautela en el empleo distributivo de esta regla legal en los eslabones del

---

condiciones de cooperación comercial no recogidas en el acuerdo pactado sin razones fundadas en los usos o costumbres comerciales". Este es casi idéntico al referido artículo de la ley española.

mercado, lo cual puede generar eficiencias que finalmente paguen los consumidores. Debe recordarse que una de las metas expresas del decreto es la protección del buen funcionamiento del mercado, cuya finalidad consiste, precisamente, en llevar los factores de la producción a manos de quienes pueden hacer mejor uso de ellos, todo en beneficio de los consumidores (26). Es decir, un mal empleo de esta ley puede llevar a resultados indeseables desde el punto de vista de la eficiencia: la noble intención de evitar abusos por parte de las cadenas de supermercados con sus proveedores puede implicar mayores costos al consumidor.

Otro aspecto fundamental, siempre que se aplica el decreto, consiste en examinar si no aplica la Ley de Defensa de la Competencia, aun cuando en este caso, dada la evidencia comparada, es muy probable que la figura aplique a agentes económicos con cierto poder de mercado, de manera tal que puedan ser insustituibles en la cadena para otros operadores, pero que no detenten posición de dominio y otros elementos que hagan aplicable la ley 27.442. En la experiencia comparada, aun cuando no se puede descartar la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia (en el sentido que exige nuestra ley), muestra que esta conducta configura situaciones en las cuales existe una importante asimetría de poder en las relaciones entre diversos agentes económicos en distintos eslabones del mercado.

---

(26) Es que hay una tradición intelectual, que tuvo peso en defensa de la competencia, que el juez Posner asocia con el "derecho antimonopolio populista" y que tiene como meta la protección de la pequeña empresa. En este sentido, hay legislaciones y antecedentes sobre la aplicación del derecho del consumidor a las empresas. Sería un error regresar a esa concepción de la regulación del comercio, puesto que tiene efectos distributivos (que se pueden lograr en general mejor por medio de otras herramientas) sin afectar o afectando menos a los consumidores. De hecho, en algunos países, en particular de Europa continental, esta figura está incluida en las leyes de derecho de la competencia o bien son ejecutadas por las agencias de competencia (aunque no a nivel de la Unión). Para una temprana descripción de esta figura en el campo del derecho de la competencia, ver, JENNY, Frédéric, "The Coming out' of Superior Bargaining Power in the Antitrust World", en Barry E. Hawk, ed., *International Antitrust Law & Policy*, Juris Publishing, Nueva York, 2009.

Por este último motivo y, además, porque es necesario examinar las alternativas disponibles para los agentes, las prácticas y los efectos de la conducta, es conveniente, al menos para casos complejos, que de manera inicial se proceda a la definición del mercado relevante, de modo análogo al caso de definición de mercados para conductas anticompetitivas del derecho de la competencia. Además de un sólido y tradicional análisis económico es conveniente mirar los antecedentes del derecho comparado a los fines de examinar bien las condiciones de aplicación de esta peligrosa figura que puede incrementar los costos de operar en los mercados, generando además inseguridad jurídica. Es posible que la autoridad pueda aprovechar toda la experiencia en este campo a los fines de aplicar de manera económicamente racional la dependencia económica.

En este sentido, cabe destacar que algunas legislaciones, como el Código Comercial francés, requieren de hecho que haya afectación al mercado y se exige una previa definición de mercado, aun cuando este requisito no es obligatorio en todas las jurisdicciones donde se aplica esta figura. La necesidad de definir mercados y mostrar efectos negativos limita mucho el rango de aplicación de la norma y evita que sea una fuente distributiva ineficiente o de política comercial de corto plazo (27).

Dada la aplicación más frecuente de esta figura legal, se deben examinar las condiciones en las cuales el monopsonio genera distorsiones en el mercado de insumos capaces de generar costos a los consumidores y aplicar esto a los casos en particular, previa definición del mercado y concurrencia de los elementos que tipifican la conducta. Lo mismo ocurre del lado de la oferta, cuando sea el caso, para lo cual es necesario también definir mercados como paso previo y no solo para establecer si hay conducta típica, sino para examinar los efectos.

Entiendo que aun cuando la finalidad de la norma pueda consistir en ofrecer a las empre-

---

(27) Ver BAKHOUM, Mor, "Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance", in NIHOUL, Paul, *Abuse Regulation in Competition Law: Past, Present and Future*, Edward Elgar Publishing, 2015.

sas herramientas adicionales a las clásicas que brinda el sistema legal, más efectivas y quizás rápidas de ejecutar, a los fines de lograr cierto equilibrio en la contratación, el empleo de esta figura debería ser en extremo cauteloso. Además de las ineficiencias señaladas, las empresas pueden modificar sus prácticas y contratos a los fines de minimizar su riesgo legal frente a una ley de estas características, pero también pueden pasar esos costos y riesgos a los precios, en algunos casos perjudicando al consumidor. En un extremo, la inseguridad jurídica puede afectar seriamente la inversión y la innovación en los mercados.

Parece loable defender a las empresas que dependen económicamente de sus proveedores o compradores intentando cubrir casos donde las normas de defensa de la competencia no regulan, pero los usos de esas normas difícilmente sean gratuitos y es conveniente examinar detenidamente los efectos e incentivos que la regla genera en el caso y para el futuro. En particular será necesario que la jurisprudencia genere un criterio de abuso que sea claro, preciso, restrictivo y operativo, que se especifique la prueba que se debe presentar a los fines de mostrar que efectivamente ha existido ese abuso y, más importante aún, que se muestre que del abuso sigue una lesión al proceso de mercado con afectación potencial a los consumidores.

Creo que el examen de los efectos es fundamental, dado que los elementos que introduce la ley son algo amplios. Son demasiados los casos donde puede haber ausencia de alternativas razonablemente equivalentes, disponibles dentro de un plazo razonable, en condiciones y costos razonables, dada la existencia de muchos mercados donde no hay gran cantidad de competidores.

La esencia del mercado son los contratos libres y, en general, estos deberían mirarse como si las partes, *ex ante*, hubiesen querido que sean interpretadas para maximizar excedentes, para que no haya regulaciones excesivas, ni intromisiones administrativas ni judiciales ineficientes, que afecten el proceso de asignación basada en la libre contratación que caracteriza al mercado. Si los agentes económicos anticipan altos costos por inseguridad

en los contratos, por ejemplo, con proveedores, estos podrían cargar esos riesgos en el precio, o tomar otras medidas, todas las cuales pueden ser costosas, no solo para quienes contratan en los distintos eslabones de la cadena, sino finalmente para la economía en general. Como muchas veces sucede con la sobrerregulación, los mayores costos podrían ser finalmente absorbidos precisamente por las partes que se quería proteger. Esto requiere una mirada económica dinámica sobre los mercados que, en particular, exige mirar más allá de la transacción, algo que no siempre es simple si limitamos el análisis a las simples intuiciones.

#### IV. Conclusión

Este trabajo preliminar sobre la materia tiene por finalidad examinar desde el enfoque económico algunos aspectos centrales del nuevo régimen de lealtad comercial. En la primera parte se intentó describir el tipo de falla de mercado que usualmente regula esta rama del derecho, en la idea de que esto puede contribuir a su mejor aplicación.

En este sentido se describió esta parte del sistema legal, como aquella que, desde el enfoque económico, tiene por finalidad internalizar externalidades en el ejercicio del comercio, con el objetivo principal de asegurar que los consumidores tomen decisiones informadas. Otro objetivo es internalizar externalidades y bajar el costo de transacción (es decir el costo que enfrentan los consumidores por usar el mercado). Todo esto, desde luego, contribuye a la eficiencia de los mercados.

Adicionalmente, se sugirió la racionalidad de la cláusula general y la excepción a la aplicación del decreto cuando aplica la Ley de Defensa de la Competencia 27.442, examinando también el modo en el cual la normativa sobre lealtad comercial opera en conjunto con la Ley de Defensa de la Competencia, para lo cual es fundamental comprender la diferente racionalidad económica de ambas normativas.

En la segunda parte se examinan los aspectos centrales de la racionalidad económica de las conductas contenidas en el art. 10 del decreto, para lo cual, a simples fines analíticos, se distin-

guieron las figuras clásicas del derecho de lealtad comercial, de aquellas más próximas a conductas propias del derecho de la competencia, para concluir con el examen de la dependencia económica en las relaciones comerciales. Si bien todas estas figuras, protegen la posición competitiva de los agentes económicos, a fines analíticos tenía sentido esta distinción. En par-

ticular, se puso especial énfasis en interpretar el nuevo régimen de lealtad comercial, para que este no sea empleado a fines de proteger agentes económicos ineficientes bajo la retórica de la “lealtad”, generando costos que luego deben ser afrontados, en la mayor parte de los casos, por los desprotegidos consumidores, generando ineficiencias en los mercados.

# La lealtad comercial como herramienta de defensa del individuo. La competencia leal desde el análisis económico

---

FEDERICO FERREYRA MARQUESTO (\*)

## I. La idea de mercado

Las sociedades, en nuestra concepción actual, descansan sobre un conjunto de convenios que permiten instrumentar la mejor asignación de bienes y servicios. Esto es, comerciar entre los miembros de la comunidad sobre la base de la apreciación individual que cada sujeto tiene sobre cada bien (1). Es en el punto de encuentro de estas apreciaciones, donde se configura el

equilibrio del mercado (2). Este punto de equilibrio es el modo en que las necesidades de los miembros de la sociedad son satisfechas de la forma más eficiente (3), si el mismo es alcanzado libremente siguiendo los mejores intereses de cada jugador.

En las sociedades primitivas, imaginemos un mercado en la plaza, como el Ágora griego, quien tenía olivos en su casa y ofrecía su fruto a quienes estaban dispuestos a pagarle por ellos más que su propia valoración. Es indiferente si esa mayor valoración devenía de una adición del comprador a las olivas, o que el vendedor tuviese muchas o no le gustasen. Lo que se destacaba, es que entre las partes no hacía falta muchas reglas para negociar. Esto por dos motivos. Primero se trataba de transacciones simultáneas y, en segundo lugar, ambas partes

---

(\*) Abogado (Univ. de Buenos Aires y Univ. Autónoma de Madrid), Magíster en Análisis Económico del Derecho (Univ. Torcuato di Tella y University of Law London), MBA (Univ. Torcuato di Tella y Rotterdam School of Management). Doctorando e Investigador en U. de Buenos Aires. Docente Universitario en Universidades Públicas y Privadas de Argentina y Latino América. Asesor y apoderado de empresas. Socio FBG Consultora.

(1) Esto se funda sobre las Teoría de la demanda y de la Oferta. La primera explica que los consumidores tienen necesidades de distinta naturaleza y complejidad, que satisfacen adquiriendo bienes o servicios. Estas son ilimitadas, mientras que sus recursos están limitados. Esta circunstancia condiciona su toma de decisiones, donde perseguirá maximizar su satisfacción, asignándole la menor cantidad de recursos a la mayor adquisición de bienes. Así a menor precio de un bien, mayor consumo. Por otra parte, la teoría de la oferta explica que quien ofrece bienes en el mercado, intentan maximizar sus ganancias, estando dispuestos a ofrecer más en la medida que su ganancia marginal sea mayor. Así a mayor precio, mayor oferta de un bien. COOTER, Robert - ULEN, Thomas, *Law and Economics*, 5th Edition, Pearson, Boston, 2007, cap. 2.

---

(2) Entenderemos a este en los términos del art. 1º DNU 274/2019 "(...) A los fines de este Decreto, se entiende por 'mercado' al ámbito en el cual los oferentes y demandantes de un bien o servicio realizan una (1) o más transacciones comerciales (...)".

(3) Eficiencia no significa que los precios son siempre correctos, sino que, cuando no lo son, se adaptan con bastante rapidez, a fin de minimizar los excedentes de consumidores y oferentes. Una teoría menos extrema sobre la eficiencia de los mercados postula, entonces, que no hay oportunidades de arbitraje persistente. Con esa definición, el mercado racional no es un mito. MALKIEL, Burton, "The Price is (Usually) Right", *The Wall Street Journal*, Sección de Opinión, 10 de junio de 2009. Traducción: Isaac Fainstein y Juan José Cruces.

de la negociación contaban con buena (plena) información de esta.

Al ser una transacción simultánea, no había obligatoriedad de las promesas preejecución. El comprador entregaba sus denarios, solo cuando recibía las olivas. Si después de pagar, el vendedor verificaba que no tenía la cantidad demandada, bastaba con la simple restitución por incumplimiento contractual, devolviendo el dinero. Y, en el hipotético caso de algún defecto en las olivas, la responsabilidad del vendedor por el desperfecto del producto se limitaba a reponer aceitunas o a restituir el dinero.

Desde el punto de vista de la información, tanto el vendedor como el cliente contaban con una sólida información respecto de la transacción, *per se*, y del mercado en general. La calidad del producto se verificaba a simple vista o probando una muestra. Las cantidades se corroboraban con balanzas poco tecnificadas. El estado del mercado, productos y precios<sup>(4)</sup> de los competidores, podían compararse sin más que recorriendo la plaza. La afluencia de la gente ese día era un buen indicador de la demanda global. Y, el acceso físico como técnico al mercado, permitía la entrada y salida de nuevos jugadores.

Entonces los elementos que daban lugar a este modelo de mercado perfecto eran: (i) homogeneidad en los productos, (ii) suficiente y adecuada información, (iii) pluralidad de oferentes y demandantes y (iv) libertad en el acceso al mercado.

En ese contexto las modificaciones en las preferencias de los jugadores, marcaba las cantidad y precios de la oferta y la demanda. Un aumento artificial del precio conducía a una reducción

en la demanda y, consecuentemente, el precio se reducía. Un aumento en la demanda impulsaba a un aumento en el precio, lo que atraía a nuevos oferentes, acomodándose entonces el precio, aumentando la oferta, etc. Y así continuamente, el juego de precios y cantidades se resolvían de la forma más eficiente, el modo de satisfacer las necesidades de los interlocutores.

Pero este modelo se alejó cada vez más de nuestra realidad comercial. Por un lado, porque las transacciones simultáneas no son la mayoría en la economía moderna, sino las transacciones a término. Ejemplos de ello son el encargo del trabajo a un carpintero, una compra a distancia, o la contratación de cualquier servicio, todo lo cual abre una diversidad de cuestiones vinculadas a garantizar el cumplimiento de la entrega o del pago.

A su vez, desde el punto de vista de la información entre las partes, la igualdad entre oferentes y demandantes se ha desdibujado. Con respecto al conocimiento de los productos en sí mismos, la asimetría surgida en la revolución industrial se ha magnificado con la revolución tecnológica, pudiendo escasamente un consumidor juzgar componentes o procesos productivos de los bienes que consume. En cuanto al estado general del mercado y competidores, si bien pareciere que la tecnología nos da acceso a mayor cantidad de información, ante la pluralidad de propuestas, oferentes y modalidades de consumo, lo opuesto tiene lugar.

En ese contexto podemos agrupar a los bienes en tres grupos con respecto a la información que el consumidor tiene previo a la transacción. Están los (i) *Bienes de búsqueda*: son aquellos que el demandante es capaz de evaluar correctamente antes de la adquisición, ya sea porque ya lo conoce, o bien al no ser un producto complejo. Imaginemos nuestra decisión de comprar una resma de papel cuya marca ya hemos utilizado. Definimos por su lado como (ii) *Bienes de experiencia*, a aquellos que solo pueden ser evaluados con el consumo, esto es, después de realizada la transacción, como ser una cena. Aunque no hayamos abonado, ya hemos ingresado en el contrato, una vez que ordenamos y empezamos a comer. Con la repetición de la experiencia, estos se tornarán en algún momento bienes de búsqueda, y sabremos efectivamente

(4) Tal como explican MENGER, Karl, *Principios de economía política*, Unión Editorial, Madrid, 1983, BÓHM-BAWERK, Eugene, *La teoría de la explotación*, Mirasierra, Madrid, 1976, VON MISES, Ludvig, *La acción humana*, Unión Editorial, Madrid, 1980, los precios en un mercado competitivo transmiten información completa acerca de los valores relativos de los bienes y servicios. Ello desde que no solo expresan la valoración subjetivamente de las personas involucradas, sino también su relación con la estructura institucional, al incorporar el costo de oportunidad y los materiales involucrados en su producción, etcétera.



cómo valorar aquel servicio que vamos a buscar antes de la transacción específica. Existen a su vez (iii) *Bienes de credibilidad*, donde la capacidad de evaluarlos es difusa, y mayoritariamente depende de nuestra confianza en el proveedor, como sería el caso de una consulta médica.

Surgen a la luz de estos elementos dos inconvenientes para nuestra capacidad individual de convenir respecto del intercambio de bienes y servicios. Por un lado, cómo lidiar ante el incumplimiento de la otra parte en obligaciones que ya no son simultáneas. Por otro, cómo tomar adecuadamente decisiones, cuando no contamos con la totalidad de la información necesaria, o bien del producto o del contexto.

## II. Evaluando consumir

El motivo para consumir un bien, e ingresar en una negociación por este, se funda en la creencia del individuo de que estará mejor con dicho bien (o servicio) que en su estado actual (sin él). Esta toma de decisión se funda, en que los sujetos se comportan como sujetos racionales en los términos de la teoría general de precios, y así persiguen maximizar su bienestar. Entonces el sujeto tras racionalmente evaluar los elementos involucrados en la transacción, solo la llevará adelante, si su ejecución genera un ingreso mayor al costo de ejecutarla (esto es, tiene un beneficio marginal positivo). Dicho costo, no deberá contemplar solamente el desembolso efectivo e inmediato, sino también sus costos asociados. Podríamos resumir la evaluación en:

$$X \leq Y - P - C$$

Donde  $X$  equivale a la realización de un acto (p. ej., una compra o contratación, emprender un negocio, etc.),  $Y$  es el ingreso o ganancia generada por el acto  $X$ ,  $P$  es el precio o desembolso inmediato, y  $C$  son los costos de ejecución de la acción. En particular el costo de oportunidad, esto es los beneficios a los que no podrá acceder por haber realizado la acción  $X$ , en lugar de otra. Está implícito en el concepto de escasez de los recursos, que si decido utilizar uno (tiempo o dinero) para un fin, no podré simultáneamente utilizarlo para otro.

En nuestro ejemplo simplificado de mercado, la valoración de cada individuo interviniente a

fin de realizar esta evaluación y decidir, si poder contratar o no, era sencilla. En la realidad actual económica, sin embargo, esta posibilidad de poder evaluar libremente  $Y$ ,  $P$  y  $C$ , se ve ofuscada.

A los fines de este artículo, y sin desmerecer otras causas, nos centraremos principalmente en los motivos vinculados a la información y desinformación del consumidor individual. Podríamos agrupar estas entre (i) la asimetría de la información entre el productor y consumidor, que no le permiten fijar adecuadamente el ingreso ( $Y$ ) que le genera la adquisición. (ii) Las operaciones que no permiten adecuadamente fijar el precio real ( $P$ ) a erogar por el particular. Y (iii) la imposibilidad del particular de evaluar adecuadamente los costos o alternativas a la transacción propuesta ( $C$ ).

## III. El derecho como herramienta de corrección

Aun a riesgo de ser simplista, y sin querer dar por tierra con siglos de estudio sobre filosofía del derecho y teoría de justicia, nos limitaremos aquí, a referir al derecho (5) como herramienta de corrección del mercado (6). Así el andamiaje

(5) Nos referiremos al derecho, no solo a la legislación vigente, sino también a la clasificación del conjunto de usos, criterios, valores y costumbres que permiten establecer una representación del universo, mejorar la capacidad de previsión y anticipar las consecuencias de determinados supuestos de hecho. Cf. LEPAGE, Henri, *Mañana el Liberalismo*, Madrid, Espasa Calpe, 1980, Epílogo.

(6) En ese sentido GHERSI, Enrique, en "El costo de la legalidad", Estudios de Legalidad, Universidad Francisco Marroquín, explica que el propósito económico fundamental del derecho es reducir los costos de transacción, pero que la misma ley también tiene un costo, que el autor denomina "costo de la legalidad". Esto se funda, tal como explica COASE, Ronald, en "The Problem of the Social Cost", *Journal of Law and Economics*, (1960) 3, 1-44, en cuatro supuestos. El primero, donde el mercado es un mecanismo costoso en el que no se pueden adoptar todas las decisiones. El segundo, que toda transacción cuesta algo a quien la realiza (en términos de tiempo y la adquisición de la información). Tercero, en cuanto más compleja es una economía, mayores serán los costos de transacción. Y cuarto, el derecho como institución media para reemplazar al mercado en aquellas funciones en que los costos lo harían inviable. En similar sentido, Cf. CARBONIER, Jean, *Derecho Flexible. Para una sociología no rigurosa del derecho*, Tecnos, Madrid, 1974.

legal de un territorio tendrá por fin generar los incentivos para promocionar las conductas que entienda favorables al desarrollo de la sociedad, y desincentivar aquellas que reputa desfavorables (7).

Ello desde que, así como entendíamos que los sujetos que ingresan al mercado a fin de contratar bienes y servicios actúan como jugadores racionales, quienes ofrecen dichos servicios también lo hacen. Así, estos solo llevarán adelante una acción, si su ejecución genera un ingreso mayor al costo de ejecutarla. Como dijimos antes, dicho costo, no deberá contemplar solamente el desembolso efectivo e inmediato, sino las potenciales sus consecuencias negativas. Cualquier oferente de bienes, pretenderá maximizar su ganancia, o bien minimizando costos o ampliando su margen ganancia por cada unidad.

Allí donde la reducción de sus costos genere un daño a terceros, por ejemplo, ahorrándose los costos de tratamiento de sus desperdicios (8), el derecho deberá imponerle una sanción tal, que torne el cumplimiento de la norma, más eficiente en términos económicos que su incumplimiento (9).

(7) Confer. OGUS, Anthony, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press: The Clarendon Law Series, Oxford 1994, ps. XV, 355. Allí el autor explica que la función del legislador es reconocer las necesidades económicas de regulación, tanto para alentar objetivos de eficiencia y distribución. Ello considerando que la resolución judicial de las diferencias es un costo agregado importante a la sociedad, de modo tal que las normas deben ser tales que resulten por sí mismas incentivos adecuados y suficientes para las conductas.

(8) En economía se conoce a estos daños como externalidades. Estos son actos cuyas consecuencias negativas (aunque también pueden ser positivas), no son internalizadas plenamente por su causante. En el caso del ejemplo, a fin de no asumir la totalidad de los costos que implica limpiar los residuos, el productor que los vuelca sin tratar a un río, socializa los costos de su tratamiento, debiendo encargarse de ellos la sociedad en general que deberá en algún momento limpiar el río. Ello por su parte, le permite reducir el C en su ecuación de producción. Confr. TORRES LÓPEZ, Juan, *Análisis Económico del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 21.

(9) Lo opuesto pasa con las conductas que deseamos incentivar. Así, un plan de promoción económica, por el contrario, intenta tornar eficientes actividades que *ab initio* no lo son, p. ej., por su riesgo, carga impositiva,

Ello desde que finalmente, una sanción, en términos económicos puede ser analizada como un costo más en una cadena de producción (10). Más aún, es un costo potencial y no efectivo, dado que no hay certeza (en la pureza del término) de que la sanción vaya a ser aplicada.

Podría entonces proponer una formulación preliminar de esta afirmación como:

$$X \leq Y - [C + (F \times I)]$$

Donde X equivale a la realización de un acto (p.ej., un negocio, una venta, abonar o no una deuda, la omisión de la declaración de un impuesto, etc.), Y es el ingreso o ganancia generada por el acto X, C son los costos de ejecución de la acción X, F es la frecuencia de condena en caso de estarse incumpliendo una norma, e I es la intensidad de la condena por el incumplimiento (en caso de ser aplicada). Para este último elemento, deberá contemplarse la magnitud global de la sanción. En ese sentido, de contemplarse como sanción una multa y una interrupción en una actividad comercial, deberán sumarse al desembolso efectivo a la pérdida esperada por no poder comercializar el producto afectado. De allí, que, si el resultante de nuestra ecuación implica que X es menor a cero, no es conveniente en términos económicos la ejecución de la acción. Por el contrario, si el resultante es mayor a cero, la ejecución de la acción generaría ganancia.

De la expresión de esta idea como fórmula puede sencillamente identificarse que el costo de las acciones a evaluar es un condicionante

etcétera. O'BOYLE, E., "Homo Socio-Economicus: Foundational to Social Economics and the Social", en *Review of Social Economy*, nro. 52, 1994, ps. 286-313.

(10) Explica Hayek que en los casos en que la coacción sea evitable, el único efecto de la ley consistirá en alterar los medios a disposición de los individuos, pero nunca en determinar sus propios propósitos. Entonces el vínculo de sujeción que se estima inherente al imperio de la ley solo será un análisis racional de costos y beneficios por los individuos. Cf. HAYEK, Friedrich A., *Derecho, legislación y libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1978, t. I, ps. 177-181.

fundamental en la elección de “ejecutar o no ejecutar” (11).

#### IV. Marco normativo de protección del mercado

Con estas ideas básicas en mente, podemos entonces proceder a evaluar el derecho disponible en función a la operatoria del mercado. Podremos aquí distinguir entre preceptos que persiguen salvaguardar (a) priorizar y proteger la capacidad de individuo de comprender el contexto de modo genérico, y (b) normas que específicamente persiguen la eficiencia del mercado por intermedio de la protección del tomador individual de decisiones.

##### IV.1. Formación de la voluntad

###### IV.1.1. Elementos

El derecho privado argentino, en particular tras la modificación de su Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.), incorpora los mismos elementos desarrollados más arriba al momento de evaluar la concertación de negocios. Ello desde que presupone para la materialización de actos jurídicos, el consentimiento de las partes en involucrarse en este (12). Dicho consentimiento se funda en tres elementos internos (13) que dan lugar a que el acto sea voluntario: (i) el discernimiento, (ii) la intención y (iii) la libertad (art. 260, Cód. Civ. y Com.).

Podemos definir al (i) discernimiento como a la facultad de conocer en general, a partir del conocimiento histórico acumulado en la sociedad; como hacer uso de la matemática, del lenguaje y las costumbres (14). Es en este sentido que el Código Civil y Comercial de la Nación lo

refiere como una aptitud general (15). Por (ii) intención entenderemos en oposición a la aptitud concreta de gobernar el acto en el que se está participando (16). La misma se funda sobre el conocimiento específico sobre aquello respecto de lo que se está decidiendo, ya sea en su concepción, en la reflexión sobre el mismo, o su resolución. Así lo evidencia el Código Civil y Comercial de la Nación que ve afectado este elemento por los errores conceptuales o de forma (17), ya sean propios del sujeto o inducidos por terceros (18). Finalmente, (iii) será la opción de elegir de modo irrestricto (19) en mérito de su razonamiento lo que referiremos como libertad (20).

A su vez, el art. 1003, Cód. Civ. y Com., requiere que el objeto del contrato debe ser susceptible de valoración económica, esto es, debe responder a los intereses razonados de las partes, aun cuando no sea patrimonial. Dicha apreciación, como expresión de la voluntad de las partes, tiene incluso prelación sobre las normas que regulan la contratación (art. 962).

(15) Por ejemplo, cuando se habla de la capacidad de derecho general en el art. 22, de la capacidad presunta de ejercicio del derecho en el art. 23, o privación de la razón en el art. 261 y sus causas, como causantes de nulidad absoluta de los actos.

(16) GHERSI, Carlos - WEINGARTEN Celia, *Manual de contratos civiles...*, cit., p. 20, estos autores citan a Freitas quien explica que “La distinción entre el conocimiento particular (...) y el discernimiento en general, explica lo que yo entiendo por intención. El discernimiento aplicado a un acto que se ha practicado, como ya lo he dicho, es lo que yo llamo intención (...) es la tendencia, dirección de la voluntad esclarecida por el discernimiento”.

(17) En particular cuando se ve truncada la validez del acto por errores esenciales de hecho (art. 265), al no poder verse expresado en este la voluntad del sujeto.

(18) Ejemplo de esto, es la mención del dolo, como un vicio del acto jurídico (art. 271) al aseverar cosas que no son o disimular las que sí. Ello en particular cuando la acción dolosa fue determinante de la intención (art. 272).

(19) Ello claro está con las salvedades dadas por el contexto individual de cada sujeto (p. ej., no será contrario a la libertad la limitación a delinquir, a que se le otorgue la nacionalidad de un país a aquel que no cumple con sus requisitos, ni las restricciones en el estilo de vida que imponga las realidades presupuestarias propias).

(20) En el art. 276 se establece la fuerza y la intimidación, los límites a la libertad de elegir, como los vicios de la voluntad.

(11) STORDEUR, Eduardo, *Análisis Económico del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 376.

(12) Art. 957 Cód. Civ. y Com.: Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

(13) Cabe a su vez la referencia a elementos externos, como la manifestación tal como se indica en GHERSI, Carlos - WEINGARTEN Celia, *Manual de contratos civiles, comerciales y de consumo*, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 15.

(14) *Ibidem*, ps. 15-17.

Ello con la salvedad de aquellas definidas como indispensables, que son justamente las destinadas a resguardar la formación de la voluntad individual.

#### IV.1.2. Contratación

Sin perjuicio de la enormidad de contrataciones que tienen lugar en cualquier mercado sobre una base de paridad entre las partes, donde cada una establece las condiciones en un pie de igualdad, no puede negarse la relevancia de las contrataciones de carácter binario en la economía moderna. Esto es, contrataciones donde el adquirente de un bien o servicio opta entre contratar en las condiciones dadas, o no contratar, sin que haya posibilidad de cuestionar las condiciones de dicho contrato. Allí es, frente a decisiones del tipo binarias, donde surge el carácter de normas indispensables referidas previamente, donde el Código Civil y Comercial de la Nación persigue proteger las bases sobre las cuales se forma la voluntad. Esta norma regula las garantías mínimas para la expresión de la voluntad individual en los contratos paritarios (art. 987), los contratos de consumo (art. 1093), y los contratos de adhesión (art. 984). Estas categorías, no son necesariamente excluyentes unas de otras. Tanto es así que, en la práctica habitual del comercio, la mayoría de las contrataciones de consumo, se llevan adelante por medio de contratos de adhesión.

Con respecto a los mismos, a sabiendas del menor poder de negociación de quien simplemente adscribe el contrato (21), se exigen claridad y autosuficiencia en las cláusulas (art. 985), se priorizará las que pudieran elegirse o negociarse (art. 986), interpretándose o eliminándose aquellas que pudieren resultar contrarias a quien no participó en su redacción (arts. 987 y 988). Se evidencia entonces la prioridad para el legislador de garantizar la expresión de la voluntad de los individuos en el intercambio comercial.

#### IV.2. Regulación y eficiencia

A la luz de lo expuesto previamente, existe un interés válido del legislador, en aras del interés

social, en perseguir la eficiencia del mercado. Ello para lograr la mayor satisfacción del mayor grupo de individuos, direccionando el mercado hacia aquel modelo donde cada jugador puede decidir razonablemente sobre sus recursos, considerando los ingresos, precios y costos.

En ese sentido, el sistema legal argentino cuenta con tres subsistemas normativos específicos que, desde su órbita particular, persiguen apuntalar este objetivo (22).

##### IV.2.1. Defensa del Consumidor

Haciéndose eco del avance de las estructuras de comercialización, y las asimetrías en la información y capacidad de negociar en 1993, se dicta La Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (en adelante LDC), y al año siguiente (1994) se le da jerarquía constitucional (23).

Allí se identifica al consumidor o usuario (24) de bienes y servicios como a un sujeto en una

(22) Cabría aquí adicionar tanto las normas del Código Civil y Comercial de la Nación que persiguen salvaguardar los derechos del consumidor, o las regulaciones mínimas especiales de cada normativa especial como la Ley de Seguros (SOBRINO, Augusto, *Consumidores de seguros*, La Ley, Buenos Aires 2009, cap. II) o el Código Aeronáutico (FARINA, Juan M., *Derecho de consumidores y usuarios*, p. 37, citado por BIANCHI, Daniel, cit., eDial.com, 28/11/2014, cuando en el desarrollo de su teoría asimila a los pasajeros o turistas en viaje internacional a los usuarios, sujetos pasivos del Derecho de Defensa del Consumidor), sin embargo, limitamos nuestra exposición a las tres normas referidas para no tornarla inagotable.

(23) En 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su res. 39/248, incluye estos cambios en su expresión de motivos, y establece las directrices para las normativas protectorias de estas categorías.

(24) Tanto el art. 1º LCD y el art. 1092 del Cód. Civ. y Com. se refieren a que la relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor, siendo este último una persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final. Frente a aquella postura que inicialmente se había referido que el consumidor lo era a los bienes y el usuario a los servicios, la doctrina actualmente se inclina por definir: a) Consumidor-contratante: supuesto de quien celebra un contrato de consumo, por derivación, comprende a los cesionarios de la posición contractual y al tercero beneficiario. b) Usuario parte de una relación de consumo y beneficiarios: comprende a quien, sin celebrar un contrato, utiliza el bien, siendo parte de la relación de consumo. c) Adquirentes

(21) GHERSI, Carlos - WEINGARTEN, Celia, *Manual de contratos civiles...*, cit., p. 25.

situación de particular vulnerabilidad frente al mercado. Ello principalmente por dos asimetrías marcadas en la dinámica económica. Primero: quien elige ante la decisión binaria de comprar o no comprar, no tiene la misma capacidad de expresar su voluntad respecto de los términos en los que decide participar, ni cuenta con la misma información o al menos la información adecuada, para poder evaluar la conveniencia de la transacción (p. ej., beneficios del producto, inconvenientes potenciales, etc.). En segundo lugar, frente a casos de insatisfacción por el producto, incumplimiento parcial o total por el proveedor, la magnitud de los daños padecidos podría tornar antieconómico el reclamo de la reparación por vías jurisdiccionales. Esto a su vez, se vio magnificado por los cambios tecnológicos y de estrategia de comercialización. Así los primeros dieron lugar a técnicas más agresivas de captación de clientes, donde ya el individuo recibe en su teléfono o dispositivo móvil publicidades y ofertas de venta (25). Mientras que los segundos, por medio de herramientas propias de la psicología de la conducta (26) y otras técnicas han generado una sensación de satisfacción exacerbada y de

---

o usuarios posteriores: quienes, sin ser parte, adquieren un bien o servicio. d. Expuestos a una relación de consumo: no es contratante, ni usuario, ni contratante. Sobre este punto recomendamos leer, LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, ps. 125-127, y HERNÁNDEZ, Carlos A., "La noción de consumidor y su proyección sobre la legitimación para accionar", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2009-1, p. 200.

(25) Esta necesidad comercial y los mecanismos tecnológicos han cambiado el contexto de consumo, dando lugar a la distinción entre consumidor activo y pasivo. Siendo el primero aquel que se acerca a un comerciante por una transacción que la busca, mientras que el segundo es aquel que recibe ofertas y se ve influenciado por ellas. Esta posibilidad de trasladar la oferta allí a donde este cliente da lugar a que estas puedan ser recibidas indiscriminadamente por cualquiera. Esto si bien conlleva una gran oportunidad de negocio, también acarrea una gran responsabilidad.

(26) KAHNEMAN, David, en "A Perspective on Judgment and Choice", Princeton University, *American Psychologist*, 2003, p. 703, explica que las decisiones no son totalmente racionales, dado que los individuos no evalúan todas las alternativas posibles, sino que buscan una alternativa que sea satisfactoria (mínimamente) sin que precisamente sea la mejor.

evaluaciones sesgadas (27) por clientes y usuarios, donde toman decisiones sobre la base de comparaciones entre productos que les son impuestas (28). Esto a su vez se ve apuntalado por la obsolescencia programada de productos, o la percibida fruto de las modas y demandas generadas. Donde parece rehén de las ofertas que recibe. Todo lo cual conduce al surgimiento de la figura del consumidor hipervulnerable (29).

Para morigerar estas situaciones la LDC persigue principalmente tres objetivos: (i) establecer pautas mínimas de información a proveer en diferentes situaciones (30), y en caso de omi-

---

(27) THALER, Richard H. - SUNSTEIN, Cass R., *Un pequeño empujón (nudge). El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*, Taurus, Madrid, 2005.

(28) Tversky y Kahneman explican que, en ciertos contextos, por ejemplo, en casos de incertidumbre o escasa información, el juicio humano realiza una serie de acercamientos heurísticos y no un cálculo racional. Esta forma rápida para tomar decisiones se activa de modo automático, con menor gasto de recursos atencionales mínimos. Esto puede arrastrar a prejuicios, tendencias o errores sistemáticos, p. ej., una predisposición a considerar factores irrelevantes o ignorar factores relevantes. Un ejemplo de ello es el sesgo de WYSIATI (de la sigla en inglés "lo que ves es todo lo que hay") muy habitual en campañas publicitarias. TVERSKY, Amos - KAHNEMAN, Daniel, "Rational Choice and the Framing of Decisions", *The Journal of Business*, vol. 59, nro. 4, part 2: *The Behavioral Foundations of Economic Theory*, oct. 1986, ps. S251-S278.

(29) La Directiva de la Unión Europea de 16/2005, y las Directrices de Naciones Unidas de 2015, coinciden en caracterizar como consumidor hipervulnerable aquel que, por su edad, educación, su condición de migrante o turista, se vea en una situación aún más desventajosa frente al comerciante. En la Argentina al día de hoy no hay norma que expresamente defina a estos consumidores. La doctrina sin embargo ya comienza a ver que en la especial protección a grupos más débiles indicada por la Constitución Nacional (art. 75, inc. 23) y la LDC (art. 60), están las bases para esta nueva categoría. Tan palpable es esta nueva realidad, que la misma fue incluida en el proyecto de Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor del año 2018, en su art. 184, donde se establece una ampliación de la frontera del concepto de consumidor. En la misma dirección apunta el nuevo Código Civil y Comercial, cuando regula las contrataciones fuera del local comercial, la publicidad y las obligaciones precontractuales, la necesidad de educación financiera o la protección a turistas.

(30) Ejemplo de ello son las pautas mínimas para las publicidades art. 8º LDC, o de los contratos, art. 10 LDC.

sión interpretar la conducta a favor del consumidor (31), (ii) incentivar el cumplimiento por prestadores, (ii.a) estableciendo un sistema de resolución de conflicto que torne económico, y viable (32), el reclamo de cumplimiento por los consumidores (33) y (ii.b) imponiendo un sistema de sanciones (34) relevantes en caso de incumplimiento.

Es entonces que este subsistema, persigue beneficiar al mercado, poniendo foco en la relación existente entre el consumidor final y el proveedor de bienes y servicios.

#### *IV.2.2. Defensa de la competencia*

En un mercado libremente competitivo, en general, cada empresa competidora tratará de atraer a los consumidores al bajar sus precios y mejorar la calidad de sus productos o servicios. La competencia y las oportunidades de ganancias que brinda, también estimulan a las empresas a encontrar nuevos innovadores y más eficientes métodos de producción.

Como vimos anteriormente, uno de los presupuestos del mercado eficiente, es que los bienes sean ofrecidos y demandados por un gran número de vendedores o compradores relativamente pequeños, ninguno de los cuales espera (o puede) influir el precio con su accionar individual.

La protección de la competencia se realiza a través de distintos instrumentos. Estos pueden clasificarse en tres principalmente: (i) sanciones por conductas anticompetitivas, (ii) control

de operaciones de concentración y (iii) abogacía de la competencia (35). Estas son ejecutadas en la Argentina por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

La ley 27.442 de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) persigue justamente garantizar esta situación del mercado. Ello definiendo, interrumpiendo (36), previniendo (37) y, en su caso, sancionando las prácticas vinculadas con la producción o intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado. Ello con el objetivo de garantizar el interés económico general (en adelante IEG). Entenderemos por tal el correcto funcionamiento del mercado, en aras de la protección del excedente del consumidor. Si no hay afectación a este, no hay aplicación de la LDC, por ejemplo, competencia o diferencias entre particulares (actos de mayor oferta u otras operaciones que afecten los intereses de un comerciante sin afectar el IEG). Si no hay afectación actual o potencial IEG no hay aplicación de la norma (38).

Entre las conductas distorsivas vedadas podemos destacar (a) la fijación de precios (39), (b) arreglos de licitaciones (40), o (c) distribución de clientelas (41), todas las cuales persi-

(31) Art. 3° LDC, art. 1094 y 1095, Cód. Civ. y Com., Interpretación a favor del consumidor y prelación normativa.

(32) COASE, Ronald, "The Problem of the Social Cost", *Journal of Law and Economics*, (1960) 3, 1-44.

(33) Por ejemplo, disponiendo en el art. 10 bis las alternativas ante el incumplimiento, que a su vez podrán ser ejecutadas en el sistema arbitral de consumo (dec. 276/1998, reglamentado por la res. 212/1998 de la Sec. de Industria, Comercio y Minería), o en las dependencias del Consumo Protegido (COPREC).

(34) Por ejemplo, las multas del art. 8° bis por la incorporación de cláusulas abusivas. A su vez reconocerá la aplicación de daños, y de daños punitivos, como así la personería de organizaciones de consumidores y las acciones de clase.

(35) Actividades dirigidas a promocionar la cultura de competencia: difusión de las leyes de competencia, formulación de mejores prácticas, estudios sobre las condiciones de competencia en sectores específicos.

(36) Adicionalmente a la orden de cesar en la acción vedada, puede ordenarse la liquidación o disolución de la empresa.

(37) En particular es interesante el trabajo de evaluación y control respecto de la fusión o adquisición de empresas, que requiere la aprobación previa de la Comisión Nación de Defensa de la Competencia para tener lugar.

(38) Confr. Rossi, Federico, "Curso de defensa de la competencia en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal", del 10 de junio de 2019.

(39) Cuando dos o más competidores acuerdan el precio a cobrar, su aumento, o pisos mínimos.

(40) Acuerdo entre competidores donde se acuerdan en qué condiciones y a cuál licitación se presentarán.

(41) Distribución de clientes y prospectos por áreas geográficas u otro criterio.

güen la eliminación de la competencia<sup>(42)</sup>, permitiendo fijar precios o cantidades artificiales que no serían alcanzadas por el mercado, reduciendo así el excedente del consumidor (esto es, incrementando los precios y reduciendo la satisfacción de necesidades de la sociedad en general). Algo similar tiene lugar cuando se identifica un (d) abuso de la posición dominante<sup>(43)</sup>, donde la restricción de la competencia puede también conducir a cantidades o precios artificiales. A fin de efectivizar estas conductas, la norma prevé sanciones que van desde multas<sup>(44)</sup> hasta la inhabilitación para ejercer el comercio o ser proveedor del estado<sup>(45)</sup>.

Fácilmente podemos en este régimen, identificar las conductas que el legislador pretende desincentivar, así como el mecanismo por intermedio del cual espera hacerlo. Sin embargo, es dable destacar que se requiere atravesar el filtro de la afectación del IEG. De allí que si bien las

sanciones pautadas pueden ser de las más relevantes que contenga el ordenamiento jurídico (recordemos el concepto de I), la frecuencia (f) pareciera ser baja. De allí que el jugador individual (oferente o demandante) del mercado puede no percibir los beneficios del régimen a simple vista<sup>(46)</sup>.

#### IV.2.3. Regulación de la lealtad comercial

Recientemente, se ha dictado el decreto de necesidad y urgencia 274/2019<sup>(47)</sup> (en adelante DLC), que reemplaza el régimen de Lealtad Comercial anterior de la ley. 22.802.

El objetivo directo y principal de las leyes de competencia es proteger y promover esa condición de rivalidad que debe operar entre los agentes participantes en el mercado.

En esta norma confluye la acción contra y entre proveedores, como en el caso de la defensa de la competencia, y la acción por particulares respecto de su caso individual como en el caso de defensa del consumidor. Es por esta particularidad que nos detendremos a analizar el contenido de esta norma desde la óptica de los elementos utilizados para las decisiones racionales, *Y*, *P* y *C*, desde la óptica de los consumidores, y *F* e *I* para el caso de los sujetos pasivos de las sanciones, dado que las conclusiones arribadas serán de aplicación a los subsistemas referidos previamente.

##### IV.2.3.1. Velando por la comprensión de *Y*

A fin de que los consumidores puedan válidamente tomar decisiones racionales fundadas, deben poder tener un adecuado entendimiento del grado de satisfacción (*Y*) que les generará la adquisición de un bien o servicio determinado, tal lo analizado respecto de los actos voluntarios en el Cód. Civ. y Com. Ello desde que sobre la base de este ingreso (*Y*) se calculará su bene-

(42) Podemos agrupar a estas en las conductas de tipo oligopólicas o de cartelización según las características de cada una. También entre estas conductas encontramos las integraciones de mercado, ya sean horizontales o verticales.

(43) Confr. art 1º, 3º, 5º, 6º LDC, donde una empresa con un poder sustancial sobre un mercado puede ejercer unilateralmente la fijación del precio, cantidad o calidad de los productos (explotación de consumidores), o excluir el ingreso de nuevos jugadores. La existencia de una posición dominante no es ilegal *per se*, dado que puede tener su fundamento en motivos de eficiencia como en gran parte de los servicios públicos. El abuso de dicha posición sí, y debe probarse, ya que no se presume. Entre las conductas que permiten evidenciar este abuso se encuentran; la fijación de precio de reventa, la venta atada, el establecimiento de exclusividades o cláusulas de no competencia, la discriminación injustificada de precios, la negativa injustificada de venta, el establecimiento de precios predatorios, abusivos, etc. Otra vez, en todos estos casos debe demostrarse el perjuicio al IEG, y la falta de justificación económica.

(44) Las multas pueden alcanzar hasta 30% del volumen de negocios, o el doble del beneficio económico de la operación, con un tope dinerario (al día de la redacción de esta exposición, de \$ 5.280.000.000).

(45) La inhabilitación para ejercer el comercio irá de 1 a 10 años. La suspensión en el registro de proveedores del estado será de 5 a 8 años. En ambos casos, por reincidencia en el plazo de 10 años, se duplicarán las sanciones. Las autoridades de la infractora, como directores, gerentes administradores, síndicos, miembros del comité de vigilancia serán solidariamente responsables.

(46) Aunque el jugador individual no lo perciba, estas leyes prohíben prácticas comerciales que privan irrazonablemente a los consumidores de los beneficios de la competencia, con precios más altos para productos y servicios inferiores como resultado. Confr. "La coacción antimonopolios y el Consumidor", U.S. Departamento de Justicia de EE.UU., Washington, DC 20530.

(47) El 22 de abril de 2019, se publicó en el Boletín Oficial el decreto de necesidad y urgencia 274/2019.

ficio marginal una vez deducida la erogación inicial y demás costos asociados.

En este sentido, el DLC avanza en los requisitos de información a detallar por el proveedor (título III). Así da las pautas de cómo deben identificarse los productos al consumidor (art. 16), en cuanto a su denominación, procedencia (art. 17) u origen (art. 23), calidad, medidas, peso (48), nivel de consumo (49), e idioma utilizado (art. 20). Más aún faculta a la autoridad de aplicación para reglamentar aquellos valores, montos, y detalles vinculados a la comercialización de bienes (50) y su control que no estén comprendidos en esta o en otras normas (art. 26). Ello con el fin de minimizar las lagunas normativas, y no depender de la buena fe (51) del criterio de los proveedores en términos de provisión de información.

Adicionalmente, sanciona las conductas que conducen a la distorsión del mercado, limitando la información del consumidor o tergiversándola, o acotando el acceso al mercado (art. 10 que las individualiza como actos de competencia desleal). Entre estos se destaca engañar o generar confusión sobre las características de bienes o servicios provistos (sobre cualquiera de sus características sean esencia-

les o no, en la medida que estas afectan la toma de decisión por el sujeto individual).

En el mismo orden de ideas, brinda las pautas generales para la publicidad (art. 11), las promociones y sorteos, dado el valor de ellas en la toma de decisiones, debiendo esta ser precisa y acorde a los parámetros del resto del cuerpo de la normativa (52). Precisa a su vez que se tildará de engañosa aquella publicidad en la que la información suministrada sea incomprensible y, por ende, conduzca al error (53). Veda a su vez la norma (art. 14) cualquier acción promocional que desvirtúe la apreciación del valor del bien a adquirir, ya sea por sorteos o el otorgamiento de premios, incluso en las operaciones de rescate de envases o acciones de fidelización.

Queda en evidencia entonces cómo por intermedio de la provisión y calidad de información, la nueva norma vela por la adecuada apreciación de la satisfacción del individuo.

#### IV.2.3.2. *Protegiendo el verdadero valor de P*

Tal como explicáramos previamente, cualquier acción que (i) límite el acceso de operadores al mercado, (ii) límite el acceso de bienes al mercado, o (iii) distorsión en la estructura de acceso al mercado (p. ej., costos o comercialización) de un bien, tendrá consecuencias en el precio del bien; y usualmente favorecerá el excedente del productor en desmedro del excedente del consumidor (54).

En ese sentido entre las acciones definidas como competencia desleal (art. 10) se identifican aquellas que implican un abuso al límite en el acceso al mercado por nuevos jugado-

(48) Ello con salvedades especiales si se tratare de productos donde la calidad pueda apreciarse a simple vista, estén destinados exclusivamente a la exportación (art. 18), hayan sufrido alteraciones en varios países (art. 19), etcétera.

(49) El art. 22 define que en la comercialización de equipos que utilicen energía eléctrica deberá indicarse su nivel de consumo, de acuerdo con los estándares que firme la Secretaría de Gobierno de Energía.

(50) Referencia a unidades de venta, venta a peso, márgenes de tolerancia con relación a volúmenes y pesos reales respecto de los declarados. Por otro lado, la autoridad establecerá los parámetros para la medición y control de estos.

(51) Como se explica en GARCÍA LONG, Sergio, "La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado", Pontificia Universidad Católica del Perú, nro. 37, julio 2017, ps. 113-134, varios plexos normativos tanto del *Common Law*, como del sistema civilista (codificado), han avanzado en la reglamentación detallada en la mayoría de las esferas, a fin de reducir la discreción de las partes, y el consecuente costo de dirimir judicialmente si dichos actos se ajustan o no al derecho.

(52) Esto es, sanciona cualquier publicidad que pueda conducir a errores o engaños en los mismos términos que el art. 10 incs. a) y b).

(53) Ello en el mismo sentido que los arts. 1101 y 1102 del Cód. Civ. y Com., y la res. 915/2017 de la Secretaría de Comercio y sus modificatorias. Donde se establece entre otras cosas tamaños de la caligrafía, velocidad en la elocución y demás elementos.

(54) Nos referiremos a estos excedentes como a la diferencia que el consumidor estaba dispuesto a abonar por un bien, o un productor recibir por él en un mercado, respecto del verdadero precio que habría tenido lugar en el libre juego el mercado competitivo.



res(55). Desde el abuso de una situación de dependencia económica (inc. d)) donde la contraparte no tenga clientes o proveedores alternativos, donde puedan ejercerse amenazas de finalización de la relación (inc. e)), o donde puedan realizarse discriminaciones no justificadas en términos de costos (inc. i)), dando lugar a la recarga de precios, descuentos, condiciones de venta, pago o distribución extraordinarias que de otro modo no serían habituales en el mercado.

A su vez, se mencionan como acciones de competencia desleal, relacionadas a la distorsión de la estructura de costos tanto la obtención de beneficios devenidos del incumplimiento normativo (inc. c)) (56), como la venta por debajo del costo (inc. f)). El primer caso implica la reducción del precio por medio de la omisión del cumplimiento normativo, que puede tener dos consecuencias, o dar lugar a una ganancia extraordinaria, o bien permitir la colocación de productos en el mercado a un precio artificial. La segunda puede implicar la imposición de una barrera (artificial) (57) de acceso al mercado por nuevos competidores, o incluso, forzar un efecto de exclusión del este. En cualquiera de estos casos, sería una acción reprochable en los términos de la norma.

Surge entonces de lo expuesto que el DLC entre sus objetivos, protege el verdadero valor del precio a abonar por los consumidores individuales.

#### IV.2.3.3. *Garantizando la evaluación de C*

Los costos asociados a una decisión dependerán en gran medida del tipo de decisión, y en

(55) Si bien en la redacción a los fines de identificar las conductas, se mezclan descripciones de causas y consecuencias.

(56) En términos económicos esto se denomina externalidades, donde en lugar de asumir los costos de la legalidad, se decide trasladarlos a la sociedad, y reducir los costos de la operación.

(57) Nos referimos a barreras artificiales de acceso al mercado, en oposición a aquellas definidas como naturales. En estas, hay un motivo de eficiencia de mercado, que conduce a que este sea rentable para pocos prestadores (p.ej. los mercados con grandes inversiones iniciales, y beneficios en el largo plazo, con demandas acotadas por la cantidad de demandantes).

su caso, la operación comercial que conlleve. Nos interesa en este punto, abordar el costo de oportunidad implícito en cada decisión. Ello sobre la base de que los recursos son finitos y el hecho de optar por utilizarlos para un fin implican necesariamente la renuncia a su uso alternativo con otra finalidad. En este sentido, el DLC propone proteger la apreciación del individuo en su toma de decisiones respecto de los usos alternativos (C) a su decisión.

Este objetivo es perseguido por el DLC al incluir entre las conductas vedadas (art. 10) todas aquellas que impliquen el uso de la imagen, marca, o productos de los competidores. Esto tanto cuando se pretenda utilizar en beneficio propio la reputación de otros (inc. g)) o sus diseños o iniciativas empresariales (imitación) (inc. h)), o en perjuicio de terceros (difamación) (inc. i)). Todo esto pretende evitar las acciones que, por medio de engaños, tornen más interesantes para el individuo un bien o servicio frente a bien alternativo que deja de lado.

A mayor abundamiento, y siendo consistente con el límite de que solo puede haber revisión de la publicidad *ex post*, no prohíbe la publicidad comparativa, sino que la regula (art. 15). Esta será lícita si no induce a error o confusión, sobre las mismas bases ya vistas. Para ello requiere que los bienes comparados satisfagan las mismas necesidades y se evalúen sobre bases objetivas, que la información se centre en las ventajas del producto y no en desacreditar a la competencia, ni aproveche indebidamente su reputación.

#### IV.2.3.4. *Estableciendo la intensidad (I) y frecuencia (F) de la sanción*

Una vez definidas las conductas a incentivar y desincentivar respectivamente, queda a la norma definir los elementos que componen la sanción.

En cuanto a la Intensidad de la sanción (I) se detalla (art. 57) un conjunto de sanciones incrementales a imponerse de forma independiente o conjunta, que van desde apercibimiento, retribución de la publicidad, multa (58), suspen-

(58) Con un límite máximo de 10 millones de unidades móviles, cuyo valor será fijado y actualizado anual-

sión del Registro Nacional de Proveedores del Estado (hasta por 5 años), pérdida de privilegios impositivos o crediticios, y hasta la clausura del establecimiento (hasta 30 días). La graduación de las sanciones se evaluará (art. 58) con respecto a la gravedad de la infracción, los daños causados, el beneficio obtenido, la intencionalidad, duración y demás detalles de la acción, así como la intencionalidad del infractor, la existencia de reincidencia (art. 59), o el concurso de infracciones o desobediencia a la orden de cese en la infracción (art. 60).

Si bien no hay elementos en cuanto a la experiencia colectada aún con la aplicación de las sanciones previstas en la norma ante la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Producción y Trabajo, sí se puede notar que la norma prevé pautas que persiguen ampliar el elemento F. Ello desde que la experiencia demuestra que a pesar de la intensidad de las sanciones, no es eficiente como elemento disuasorio si no hay frecuencia en su aplicación (en términos matemáticos, no importaría el monto que apliquemos a I, si la F es un valor muy cercano a 0, y por tanto no genera una modificación significativa de nuestra estructura de costos al decidir infringir o no una norma). En este orden de ideas el DLC prevé, adicionalmente a las investigaciones sumarias a través de la Secretaría, la posibilidad de acciones judiciales por medio de los particulares.

Tanto es así que se torna relevante la ampliación del sujeto pasivo, con respecto de otros subsistemas, al permitir que la aplicación de la norma pueda ser solicitada por cualquier interesado, consumidores y proveedores (a diferencia del régimen de Defensa del Consumidor) aún sin la afectación del IEG (art. 62) (a diferencia del régimen de Defensa de la Competencia), solicitando tanto el cese de la acción como medidas cautelares y reparación por daños (art. 61).

mente por el Índice de Precios al Consumidor (IPC). El monto de una Unidad Móvil para 2019 es de 26,40 pesos (valor publicado en el Boletín Oficial del 25/4/2019).

Adicionalmente hay lugar para una clara ampliación de la cantidad de reclamos. Por un lado, al ampliar el listado de conductas reprochables definido por la ley, dándole carácter enunciativo para las acciones jurisdiccionales impulsadas por particulares (art. 10, *in fine* (59)). Por otro, al facilitar los medios para la interposición de reclamos. Ello considerando la habilitación de una vía digital a distancia para los mismos (art. 69)(60).

## VI. Conclusión

Dejando de lado los debates vigentes sobre la técnica legislativa, unicidad de instrumentos o delegación de jurisdicciones en la materia, entendemos que cabe destacar la utilidad del régimen de Lealtad Comercial como herramienta para la defensa del de los intereses individuales.

Ello considerando que el régimen actual:

- a. Define a las personas como tomadores de decisiones racionales (evaluando Y, P y C).
- b. Promueve el intercambio de bienes, fruto de dichas evaluaciones, al vedar las conductas que tergiversen el funcionamiento eficiente del mercado, ya sea por la restricción de acceso este, o por la distorsión de la información.
- c. Desincentiva las conductas contra el mercado imponiendo sanciones progresivas (I) y ofreciendo una ampliación en la base de posibilidades para solicitar su aplicación (f).
- d. Subsidiariamente, permite la reparación de los perjudicados en caso de que la función disuasoria preventiva no resultase efectiva.

(59) Ello en oposición a los reclamos impulsados ante y por las autoridades administrativas donde el listado de conductas del art. 10 tendrá carácter taxativo.

(60) Donde se concibe el establecimiento del el Sistema Electrónico de Resolución de Conflictos, como instancia previa, facultativa y gratuita para los consumidores y usuarios que funcionará sobre la plataforma ya existente del COPREC.

# Análisis económico de la competencia desleal (\*): el caso colombiano y la revisión de la norma argentina

---

JAVIER F. FRANCO MONGUA(\*\*) Y DIEGO F. REY-GUERRERO(\*\*\*)

## I. Introducción

El presente texto se desarrolla con motivo de la promulgación del decreto de necesidad y urgencia 274 de 2019 sobre Lealtad Comercial de la República Argentina, desde la legislación colombiana sobre la materia, así como del Análisis Económico del Derecho (AED), se realiza una aproximación que busca brindar herramientas y referentes en el tema para su aplicación en la Argentina.

Se inicia dando una revisión a lo que constituye el AED, desde la perspectiva clásica y sus autores referentes, así como desde la corriente denominada “Behavioral”, la cual ha tomado relevancia en los últimos años.

---

(\*) Este capítulo es el resultado del proyecto de Investigación titulado “El derecho de la competencia y la protección al consumidor”, código JGC2018-DER-15, desarrollado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad La Gran Colombia (Bogotá), institución financiadora del proyecto.

(\*\*) Abogado de la Universidad Libre. Sociólogo, Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Económico Comparado Univ. París I, Panteón, Sorbona. Estudios doctorales Universidad de París IX (Dauphine). Docente investigador en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad La Gran Colombia (Bogotá). Profesor de Tiempo Completo (asociado) en la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada (Sede Bogotá) y de posgrados en la Universidad Libre, Universidad del Rosario y Universidad Nacional de Colombia.

(\*\*\*) Abogado Universidad Militar Nueva Granada (Bogotá). Estudiante de Ciencias Económicas Universidad Nacional de Colombia.

A partir de esto, se da un recuento del derecho de la competencia y el derecho de la competencia desleal desde la economía y la regulación en Colombia, realizando la diferenciación entre ellos.

En este mismo apartado se aborda la importancia de buscar escenarios de competencia perfecta en los mercados, así como las consecuencias de los escenarios en los que se presentan ineficiencias.

El punto de partida de la legislación colombiana es la ley 256 de 1996, motivo por el cual se describen las conductas constitutivas de competencia desleal, contenidas en ella y sus aspectos procesales más relevantes.

En el último apartado se da una comparación entre el decreto 274 de 2019 y la ley 256 de 1996, en el cual se evidencia su amplia similitud, lo cual lleva a hacer las consideraciones desde el AED, a final de este texto, aplicables a ambas legislaciones, ya que desde lo económico este tema obedece a la expedición de incentivos en contra de actos que pueden ser catalogados como fuentes de responsabilidad civil o derecho de daños.

## II. El análisis económico del derecho clásico

En la introducción a su obra titulada *La prueba civil*, Francisco Carnelutti (1), advertía que para él fue necesario salir de la casa del derecho

---

(1) CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1955.

para entenderla mejor desde afuera. Así para algunos de nosotros ha sido necesario ver el derecho desde las ciencias sociales y económicas, para poder comprender un poco más a las instituciones jurídicas. Desde autores liberales clásicos como el propio Smith, Ricardo, Weber, Durkheim, Bentham, Spencer y desde la visión de Marx y Engels, la relación entre las instituciones que regulan la sociedad, el derecho y la economía devinieron en objeto de estudio para distintas disciplinas.

A mediados siglo XX nació el llamado análisis económico del derecho (en adelante AED) —*law and economics* en la versión inglesa— como una forma de estudiar las instituciones jurídicas tales como la responsabilidad civil —derecho de daños—, los contratos, el derecho penal y el funcionamiento de los tribunales, entre otros. Para Núñez Trujillo (2) hay varias vertientes o escuelas en esta área del saber con diferentes énfasis de estudio o perspectivas metodológicas:

*La vieja economía institucional:* Frank Knight creía importante estudiar la naturaleza humana y los comportamientos de las personas, tales como el riesgo moral. Núñez Trujillo (3) lo define así:

“El riesgo moral surge cuando una de las partes contractuales aprovecha la variación en las circunstancias después de la celebración del contrato para obtener beneficios no anticipados. Tal es el caso de los asegurados en seguros de daños, que suelen tender a observar menor precaución en el cuidado de sus bienes una vez que ellos están asegurados puesto que saben que la aseguradora deberá responder” (4).

Posteriormente John R. Commons se interesó por el papel de la acción colectiva y las instituciones en la toma de decisiones no individuales. Así esta escuela tenía una visión acerca de la importancia de elementos institucionales coer-

citivos para resolver los conflictos de interés en el mercado.

Otra corriente dentro del AED es la denominada *Escuela de Chicago* en la que hay autores que desde los años 30 del siglo XX, se preocuparon por la relación entre el mercado, sus fallas y la regulación legal. Así para Pinzón (5), el economista Henry Calvert Simons fue el primero en dictar un curso de análisis económico de las políticas públicas en la escuela de leyes de Chicago, a través del cual estudiaba problemas como los monopolios, aunque confiaba mucho más en el poder del mercado que en las fallas del Estado.

Posteriormente apareció otro autor, de nombre Aaron Director, quien continuó los estudios sobre las instituciones y el marco legal para el mejor funcionamiento del mercado.

El mayor exponente de esta “Escuela de Chicago” es el profesor Ronald Coase, quien obtuvo el Premio Nobel de Economía en 1991. Coase escribió varios textos que han sido considerados clásicos dentro de la economía y fundadores del análisis económico del derecho, tales como la “Comisión Federal de Telecomunicaciones”, “La naturaleza de la empresa y el problema del coste social”. Para Schenone (6):

“Coase mostró que el orden jurídico es mucho más que un conjunto de normas restrictivas o imperativas con efectos directos y predecibles: su contenido tiene efectos que exceden aquello que ordinariamente advierten el legislador o el juez, y puede contribuir en forma decisiva a la mayor eficiencia o ineficiencia de la economía en general. La ponderación de los costos de transacción, las externalidades y la definición de derechos de propiedad (en el sentido económico de la expresión) permitían una nueva visión de la importancia de la ley, que el autor expuso (...) El trabajo de Coase no incluyó la enunciación de ningún teorema: el

(2) NÚÑEZ TRUJILLO, Antonio J., “Antecedentes y principios fundamentales del análisis económico de la ley”, en AA.VV., *Colección de Derecho Económico, homenaje a Enrique Low Murtra*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, ps. 62-123.

(3) *Ibidem*, p. 77.

(4) *Ibidem*, p. 77.

(5) PINZÓN CAMARGO, Mario A., *Aproximaciones al análisis económico del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010; p. 47.

(6) ROJAS, Ricardo M. - SCHENONE, Osvaldo - STORDEUR, Eduardo, *Nociones de análisis económico de derecho privado*, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 2012, p. 50.

llamado “teorema de Coase” es una deducción de sus lectores(...) Un principio que subyace en el teorema de Coase es que cualquier externalidad es finalmente un problema de indefinición de derechos de propiedad (...) el problema (...) es que existen muchas situaciones de indefinición de derechos de propiedad, y los costos de transacción existen, y en algunos casos suelen ser una barrera para que las personas puedan negociar. Entonces, el sistema legal puede ser explicado como un mecanismo para eliminar o reducir externalidades, y disminuir o lidiar con problemas de altos costos de transacción”.

Otro Premio Nobel de Economía llamado Douglas North representa la versión más reciente del Estudio de las Instituciones, llamado el “Neo-Institucionalismo”, que es otra vertiente dentro del AED.

En el institucionalismo la variable institucional es importante porque permite evaluar a los agentes las posibilidades de éxito económico y eficiencia a partir del análisis de las posibilidades que tiene el agente. Así, un empresario que tenga una concesión que se ha otorgado bajo unas reglas específicas, espera que ellas se cumplan. Hace un cálculo racional (7) a partir de las probabilidades de éxito o fracaso, con presupuestos sobre el cumplimiento de los contratos y la existencia de un marco institucional de ejecución en caso de que existan incumplimientos. Para Pinzón:

“Al analizar las implicaciones del concepto de eficiencia al interior de la NEL, se comienza por mencionar que, en el caso de esta escuela, las instituciones cumplen un papel fundamental para la toma de decisiones, ya que demarcan el derrotero o espectro de posibilidades que debe ‘evaluar’ el agente (8)”.

En este caso, las instituciones formales y, en mayor medida, las no formales, se encargan de completar la racionalidad limitada de los agentes, ya que les “permite a la gente cumplir con un proceso diario de hacer intercambios sin tener que pensar, exactamente, en

(7) WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1997.

(8) PINZÓN CAMARGO, Mario A., *Aproximaciones...*, cit., p. 47.

cada punto y casa instancia, de los términos de intercambio” (9).

Así, para Pinzón, el objeto de estudio de la eficiencia en esta corriente, en segunda instancia, resulta ser el entramado, ambiente, o matriz institucional, en cuanto a su incidencia con los procesos de toma de decisiones e intercambio (10).

Para el neoinstitucionalismo una de las preocupaciones principales es la forma cómo los contratos se observan en el mundo real y cómo estos se desarrollan. Para Mercurio y Medema:

“La elección de los arreglos contractuales depende de varios factores, entre ellos el costo de las transacciones, el riesgo, los arreglos jurídicos/políticos, las costumbres sociales y los activos técnicos que intervienen en el proceso de contratación. La nueva economía institucional plantea que el objetivo de los agentes involucrados en el proceso de contratación es seleccionar o dividir la forma contractual (dentro de los límites de lo que es permitido-exigible por ley) de los enfoques de la contratación que pueden identificarse dentro de esta nueva economía —el enfoque de derechos de propiedad/agencia y el enfoque de costes de transacción—” (11).

La llamada *Escuela de New Heaven* contrasta con la Escuela de Chicago, porque además de buscar la eficiencia en el funcionamiento de los mercados empieza a preguntarse por los problemas de equidad. El exponente más destacado fue Guido Calabresi, autor de una obra muy conocida titulada *El costo de los accidentes: Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Para Pinzón:

“En este libro Calabresi diferencia entre tres tipos de costos asociados a los accidentes, frente a los cuales se deben diseñar mecanismos que

(9) NORTH, Douglas. <https://www.elcato.org/241/2003>; <https://www.elcato.org/instituciones-ideologia-y-desempeno-economico> (15/7/2019).

(10) PINZÓN CAMARGO, Mario A., *Aproximaciones...*, cit., p. 47.

(11) MERCURIO, Nicholas - MEDEMA, Steven G., “Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism”, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1997, p. 141.

atenúen los costos o las pérdidas relacionadas con cada uno de ellos, denominados en su orden por el autor como costes primarios, secundarios y terciarios.

“El primer grupo de los costos se relaciona con los que se generan por la ocurrencia y gravedad de los accidentes (...) Con respecto de estos costes resulta interesante la propuesta de análisis desde el punto de vista de la toma de decisiones, frente al tipo de riesgos que debe afrontar una sociedad y cómo se deben manejar (...) Los costos secundarios se derivan de la ocurrencia de los accidentes, ya que ellos representan una pérdida de riqueza para la sociedad (...). Finalmente, encontramos los costos relacionados con los procesos administrativos en que debe incurrir el Estado para buscar la disminución de los dos costos anteriores” (12).

Calabresi y, en general, la llamada Escuela de New Heaven, reconocen la importancia de la intervención estatal para poder obtener no solamente eficiencia sino justicia, ante situaciones concretas, especialmente cuando se presentan fallas que el mercado no puede resolver por sí mismas (13).

### III. El análisis económico del derecho *behavioral*

El análisis económico del derecho clásico se fundaba en la idea de la economía acerca de un modelo de ser humano llamado *homo economicus*: racional, egoísta, y maximizador. Pero hay una serie de autores como Daniel Kahneman, Amos Tversky y Richard Thaler que han creado un cuerpo de textos que han merecido el reconocimiento de la academia y la obtención de dos Premios Nobel de Economía (Kahneman y Thaler).

Para Monroy Cely

“Con todo, si desde la perspectiva económica tradicional el comportamiento se explica a partir del paradigma de la elección racional, que en últimas designa al *homo economicus*, y desde

la perspectiva del B. E. se parte de la síntesis de las desviaciones sistemáticas de tal paradigma, entonces, puede afirmarse que desde esta última perspectiva no es dable hablar de un *homo economicus*. Sobre este particular, vale decir que varios autores han sustituido el título de *homo economicus* por el de *Econs* para referirse a aquellos sujetos de los que habla la economía tradicional, y simultáneamente han sustituido el título de *homo sapiens* por el de *humanos* para designar a aquellos sujetos cuyo comportamiento se describe desde la perspectiva del Behavioral Economics” (14).

Así, en ocasiones, hay situaciones en que los individuos valoran más las pérdidas que las ganancias, que dieron lugar a la llamada teoría de la perspectiva. Thaler presenta el ejemplo de cómo un hombre honorable no se arriesga a vender por menos de 200 dólares una botella de vino por la que jamás pagaría más de 100. A partir de este tipo de enfoques se han realizado estudios aplicados en el derecho (15).

### IV. El derecho de la competencia y el derecho de la competencia desleal desde la economía y la regulación en Colombia

La economía de mercado se funda en la existencia de fundamentos como la propiedad privada, la libertad de empresa, la libre iniciativa y la competencia. Ahora bien, como en casi todos los campos de la vida, el derecho ha intervenido para regular aspectos tales como la competencia.

A continuación, presentaremos de forma esquemática, los principales aspectos relacionados con la regulación de la competencia en Colombia. Para ello hay que tener en cuenta dos áreas del derecho que regulan la competencia, el derecho de la competencia y el derecho de la competencia desleal:

(14) MONROY CELY, Daniel, “Behavioral Economics: orígenes, metodología y herramientas de trabajo”, *Entramado*, vol. 10, nro. 2, julio-diciembre, 2014, ps. 184-206.

(15) Ver: FRANCO-MONGUA, Javier F., “Deontologismo y consecuencialismo: visiones y actuaciones de economistas y juristas. Estudio del caso colombiano desde el Análisis Económico del Derecho”, Universidad Libre, Bogotá, 2011.

(12) PINZÓN CAMARGO, Mario A., *Aproximaciones...*, cit., 47.

(13) MERCURO, Nicholas, - MEDEMA Steven G., “Economics and the Law...”, cit., p. 82.

- *Derecho de competencia*: derecho antimonopolio, derecho contra las conductas restrictivas de la competencia.

- *Derecho de la competencia desleal*: esta explicación se hará en una matriz de análisis, pero previamente se harán algunas consideraciones desde la ciencia económica al tema de la competencia antes de ver los aspectos jurídicos anteriormente enunciados.

## V. La competencia perfecta y su importancia para el mercado y los consumidores

Un mercado es perfectamente competitivo si los actores de ese mercado son tomadores de precios, esto es, que por sí solos no pueden determinar si el precio y los bienes o servicios que uno u otro productor venden en ese mercado son equivalentes. Así, para Varian, “en un mercado competitivo, cada una de las empresas considera que el precio es independiente de sus propios actos, si bien son los actos de todas las empresas considerados en su conjunto los que determinan el precio de mercado” (16).

Cuando hay competencia perfecta los ciudadanos se benefician porque los empresarios tratarán de ofrecer productos de mejor calidad y a menores precios; pues tienen el objetivo de ganar más usuarios o consumidores.

De otro lado los comerciantes también se benefician porque al existir competencia deben mejorar sus índices de productividad y calidad, y de esa forma pueden ganar más consumidores, aumentar sus ventas y por ende sus utilidades.

## VI. Los mercados sin competencia perfecta

Sin embargo, no todos los mercados en el mundo real cumplen las condiciones de ser mercados perfectamente competitivos por diversas razones, pero se pueden resumir en dos fundamentalmente:

“En primer lugar, las industrias tienden a tener menos vendedores cuando existen economías importantes de producción a gran escala y costos decrecientes. Bajo estas condiciones, las empresas grandes sencillamente pueden

producir más económicamente y luego vender por debajo del precio de empresas pequeñas que no pueden sobrevivir así. En segundo, los mercados tienden a la competencia imperfecta cuando existen “barreras de entrada” que dificultan a los nuevos competidores ingresar a una industria. En algunos casos las barreras pueden surgir de leyes o reglamentos gubernamentales que limitan el número de competidores. En otros, pueden estar presentes factores económicos que hagan costosa la entrada de un nuevo competidor al mercado” (17).

Pero la competencia imperfecta también puede darse por que no existen suficientes compradores en el mercado y, en consecuencia, los pocos que existan pueden aprovecharse de esa circunstancia para pagar precios más bajos a los productores.

	UNO	DOS	POCOS
Productores	MONOPOLIO	DUOPOLIO	OLIGOPOLIO
Consumidores	MONOPSONIO	DUOPSONIO	OLIGOPSONIO

Estos mercados se caracterizan porque en cada caso concreto, uno o unos pocos de los agentes pueden por sí solos, o coludidos, lograr imponer los precios —de venta o de compra— o las condiciones en las que las personas pueden realizar negocios en esos mercados específicos.

Los monopolios son la forma más conocida de restricción a la competencia y se dan cuando solo hay un productor de bienes o un prestador de servicios. Pero “el monopolio puro es un caso raro, pero en muchos mercados solo hay unas pocas empresas que compiten entre sí. En esos mercados, las relaciones entre las empresas pueden ser complejas y a menudo implican decisiones estratégicas (...) En todo caso, las empresas pueden influir en el precio y observar que les resulta rentable cobrar un precio superior al corte marginal. Estas empresas tienen *poder de monopolio*” (18).

(17) SAMUELSON, Paul - NORDHAUSS, William, *Microeconomía con aplicaciones a Latinoamérica*, 19ª ed., McGraw-Hill, México, 2010.

(18) PINDYCK, Robert - RUBINFELD, Daniel, *Microeconomía*, 5ª ed., Prentice Hall, Madrid, 2001, p. 335.

(16) VARIAN, Hal R., *Análisis microeconómico*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1998.

## VII. Los oligopolios y la teoría de juegos. El peligro de la cartelización

Como lo vimos en el cuadro anterior, los monopolios no son la única forma de mercados no competitivos. Existen otros como los oligopolios.

“En los mercados oligopolísticos, el producto puede o no estar diferenciado. Lo que importa es que solo unas cuantas empresas producen la mayor parte o toda la producción total. En algunos mercados oligopolísticos, algunas o todas las empresas obtienen considerables beneficios a largo plazo porque las barreras de entrada dificultan o impiden la entrada de otras. El oligopolio es un tipo de estructura del mercado que está muy extendido. Ejemplos de industrias oligopolísticas son los automóviles, la siderurgia, el aluminio, los productores petroquímicos, el equipo eléctrico y las computadoras” (19).

Los productores en los mercados de oligopolio pueden comportarse como competidores, pero también pueden terminar haciendo acuerdos anticompetitivos para lograr beneficios mutuos. Algunas de las formas en que pueden coludir contra la competencia, son, entre otras:

- Acuerdos anticompetitivos de precios.
- Acuerdos anticompetitivos de reparto geográfico o sectorial de mercados.
- Acuerdos anticompetitivos de fijación de cuotas de mercado.
- Precios predatorios contra terceros competidores.
- Acuerdos anticompetitivos de distribución.
- Abuso de posición dominante.

El comportamiento de los productores involucrados en circunstancias de mercados imperfectamente competitivos se ha intentado *modelar* mediante el uso de herramientas de la ciencia económica, de la estadística y la probabilidad y de las matemáticas, llegando a surgir un campo del conocimiento denominado *la*

*teoría de las decisiones dependientes o teoría de juegos:*

“Cualquier situación en la que los individuos deban hacer elecciones estratégicas donde el resultado final dependa de lo que cada persona elija se puede considerar como un *juego*. Todos los juegos tienen tres elementos básicos: (1) jugadores; (2) estrategias y (3) rendimientos. Los juegos pueden ser cooperativos, en los que los jugadores pueden alcanzar acuerdos vinculantes, o no cooperativos, en los que no es posible alcanzar dichos acuerdos” (20).

## VIII. Las diferencias entre el derecho de la competencia y la competencia desleal (matriz comparativa)

En este punto llegamos al derecho con relación a la competencia. El derecho históricamente ha tenido dos enfoques acerca de cómo regular la competencia, las que por razones de brevedad a continuación se explican de forma esquemática, buscando la mayor claridad posible.

Pero para contextualizar diremos que el derecho de la competencia, llamado también derecho antimonopólico, o derecho contra las conductas restrictivas de la competencia, tiene por objeto proteger la competencia en los mercados, buscando que los agentes en estos no coludan con el fin de afectar los intereses de productores o principalmente de competidores, a través de prácticas como los acuerdos anticompetitivos de precios, de repartos geográficos o sectoriales de mercados, fijación de cuotas de mercado, de distribución, abuso de posición dominante o precios predatorios.

Con una fuerte base en la legislación estadounidense, en ese momento un país mayormente conformado por pequeños agricultores, el derecho de la competencia tiene su origen en el *Sherman Act*, la cual surgió debido a que la presión política de este importante número de pequeños empresarios y agricultores hizo que el gobierno norteamericano, en el año 1890 promulgara una regulación en materia de la competencia (*Sherman Act*), mediante la cual

(20) NICHOLSON, Walter, *Teoría microeconómica. Principios básicos y ampliaciones*, 8ª ed., Thomson, España, 2005, p. 250.

(19) *Ibidem*, p. 441.



se prohibían la conformación de monopolios, limitando el poder económico y prohibiendo toda restricción al comercio (*restraint of trade*) (21), ello con el fin de proteger las condiciones de competencia, garantizando el libre desarrollo del mercado y, por lo tanto, promoviendo la innovación, ya que solo en un mercado altamente competitivo la innovación puede dar a los pequeños competidores ventajas frente los más grandes.

A su vez, para Jiménez Valderrama(22), los objetivos del derecho de la competencia versan en cinco puntos fundamentales:

- 1) Proteger el sistema de mercado.
- 2) Promover el bienestar del consumidor.
- 3) Promover la innovación y el progreso tecnológico.
- 4) Garantizar la libertad de empresa.
- 5) Evitar la concentración del poder económico.

En el caso argentino, “la primera ley argentina de defensa de la competencia fue sancionada en 1923. Sus dos primeros artículos se asemejan bastante a los arts. 1º y 2º de la Ley Sherman estadounidense” (23), lo que en concordancia con lo antes mencionado con respecto a la Sherman Act, le dan un punto de inicio semejante a las dos legislaciones estudiadas.

Ambas cuentan con arraigo constitucional, en sus respectivas Cartas (ver tabla en la página siguiente).

Para Franco-Mongua “el derecho de la competencia busca evitar que los agentes en el mercado tomen decisiones por sí solos o mediante acuerdos con otros, la restrinjan, llegando a afectar a los consumidores, especialmente con

alzas en los precios. Los acuerdos de “cooperación” —que en ocasiones son anticompetitivos— pueden ser horizontales, los que se dan entre competidores, o verticales, entre empresas de diversos niveles de la cadena productiva” (24).

De otro lado del derecho de la competencia desleal se tiene un “ordenamiento dirigido no solo a resolver los conflictos entre los competidores, y además como instrumento de orden y control de conductas en el mercado (...) (la) ley no solo protege los intereses privados de los competidores, sino también los colectivos de los consumidores y el interés público del Estado, que debe velar por la preservación de un sistema económico de competencia adecuada” (25).

Se pretende evitar que los comerciantes y otros agentes se comporten de forma desleal con el fin de proteger la buena fe y los usos honestos en las prácticas comerciales e industriales en mercados concurrenciales (competitivos).

En el caso colombiano, la normativa acerca de la competencia desleal tiene su punto de origen en los arts. 75, 76 y 77 del Cód. de Comercio Colombiano (dec. 410 de 1971), actualmente derogados por la ley 256 de 1996, sucintamente en su momento manifestaban:

El art. 75, daba cuenta de manera taxativa de los hechos constitutivos de competencia desleal, y dejaba de manera general en su numeral noveno, la generalización de “(...) cualquier otro procedimiento similar a los anteriores, realizado por un competidor en detrimento de otros o de la colectividad, siempre que sea contrario a las costumbres mercantiles” (26).

(21) JIMÉNEZ VALDERRAMA, Fernando, *Derecho de la competencia*, Legis, Bogotá D.C., 2019, p. 8.

(22) *Ibidem*, ps. 11-14.

(23) Banco Interamericano de Desarrollo y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. *Derecho y Política de la competencia en América Latina Exámenes inter-pares en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú*, Source OECD, 2007, p. 11.

(24) FRANCO-MONGUA, Javier F., “Comentarios a la columna del Dr. José Miguel De La Calle. La fijación de precios de reventa en Colombia”, *Ámbito Jurídico*, 2 de septiembre de 2015; <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/administrativo-y-contratacion/la-fijacion-de-precios-de-reventa-en-colombia> (13/7/2019).

(25) MEDINA VERGARA, Jairo, *Derecho Comercial. Parte general*, 5ª ed., Temis, Bogotá, 2013, p. 349.

(26) Congreso de la República de Colombia. Decreto 410. Bogotá D.C., 1971.

Constitución Política de Colombia	Constitución de la Nación Argentina
<p><b>Artículo 333.</b> La actividad económica y la iniciativa privada son libres, (...). La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.</p> <p>El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (27).</p>	<p><b>Artículo 42.</b> Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.</p> <p>Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. (...) (28).</p>

El art. 76, daba cuenta de las sanciones por la realización de los anteriores actos, “el perjudicado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se le indemnicen los perjuicios causados y se conmine en la sentencia al infractor (...)” (29), en su momento dicha indemnización debía ser perseguida por vía ordinaria ante un juez en una acción de responsabilidad civil extracontractual.

El art. 77, hacía recuento de las conductas que en materia de propaganda se consideraban actos de competencia desleal, “Prohíbese la propaganda comercial que tienda a establecer competencia desleal a otros productores o distribuidores de mercancías, en general, o servicios de igual o similar naturaleza (...)” (30).

En su momento, estos tres artículos constituyeron el grueso de la materia en Colombia, sin embargo, “la ausencia de doctrina nacional implicó recurrir a la poca foránea que llegaba al país. Nuestra ley de competencia es claramente

inspirada y a veces calcada de la legislación española de 1991, por lo tanto, es posible concluir que la doctrina de ese país (...) sería perfectamente aplicable a nuestra legislación” (31).

Lo cual llevó en su momento a la expedición de la actual norma en la materia, la ley 256 de 1996, en la cual se busca garantizar la libre y leal competencia económica, dando cumplimiento a lo adoptado en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883, en lo referente a los actos de competencia desleal, “Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal” (32).

Enseguida, mediante una matriz, presentaremos la diferencia entre ambos tipos de derecho en el caso de Colombia (ver tabla en la página siguiente).

(27) Congreso de la República de Colombia. Constitución Política de Colombia, Legis, Bogotá D.C., 1991.

(28) Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Constitución de la Nación Argentina, Buenos Aires.

(29) *Ibidem*.

(30) *Ibidem*.

(31) DE LA CRUZ CAMARGO, Dionisio M., *La competencia desleal en Colombia, un estudio de la ley*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2014, p. 15.

(32) Congreso de Colombia 1994.

	<b>DERECHO DE COMPETENCIA</b>	<b>DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL</b>
<b>Objeto</b>	Proteger la libre competencia en el mercado y prohibir las prácticas que restrinjan o afecten la competencia.	Garantizar la libre y leal competencia económica y evitar prácticas desleales y contra la buena fe, los usos honestos en las materias comerciales e industriales.
<b>Marco normativo en Colombia</b>	Ley 155 de 1959. Decreto 2153 de 1992. Ley 1340 de 2009.	Convenio de París. Ley 178 de 1994 (mediante la cual se ratifica el Convenio de París). Ley 256 de 1996. Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso).
<b>Sujetos protegidos</b>	Los consumidores y el mercado competitivo. Art. 78, inc. 2º Constitución Política de Colombia.	Se aplica tanto a comerciantes como a otros participantes en el mercado. Por eso la ley (art. 3º, ley 256/1996) no exige que cuando se aplique esta, exista necesariamente una relación de competencia entre los sujetos activos y pasivos de los actos de competencia desleal.
<b>Derechos y principios protegidos</b>	Libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de iniciativa privada. Derecho a un mercado en condiciones de competencia.	Buena fe (comercial). Lealtad en las relaciones comerciales.
<b>Conductas reguladas</b>	Se regulan las conductas que puedan restringir la competencia en el mercado tales como (decreto 2153 de 1992, art. 47): <ul style="list-style-type: none"> <li>• Fijar directa o indirectamente los precios de bienes y servicios.</li> <li>• Determinar las condiciones de venta o condiciones de comercialización que sean discriminatorias para con terceros.</li> <li>• Repartir mercados entre productores o entre distribuidores.</li> <li>• Asignar cuotas de producción o cuotas de suministro.</li> <li>• Asignar, repartir o limitar fuentes de abastecimiento de insumos productivos.</li> <li>• Limitar desarrollos técnicos.</li> <li>• Subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que no constituirían el objeto del negocio, o los acuerdos para lograr ventas atadas.</li> <li>• Abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.</li> <li>• Coludir en licitaciones o concursos públicos o lograr la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.</li> <li>• Impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.</li> </ul>	Se regulan comportamientos constitutivos de competencia desleal en un contexto de mercado y con fines concurrenciales (competitivos). (Ver las conductas constitutivas de competencia desleal (...) el Convenio de París y la ley 256 de 1996, siguiente título de este documento).

COMPETENCIA DESLEAL. ANÁLISIS DEL DECRETO 274/2019

	<b>DERECHO DE COMPETENCIA</b>	<b>DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL</b>
<b>Órganos competentes</b>	Superintendencia de Industria y Comercio.	Jueces del Circuito y Superintendencia de Industria y Comercio con funciones jurisdiccionales (art. 24, Código General del Proceso). (Ver las acciones en casos de competencia desleal de la ley 256 de 1996 al Código General del Proceso, siguiente título de este documento).
<b>Tipos de acciones</b>	Funciones de inspección, vigilancia y control.	Acción declarativa y de condena. Acción preventiva y de prohibición (ver las acciones en casos de competencia desleal de la ley 256 de 1996 al Código General del Proceso, siguiente título de este documento).

**IX. Las conductas constitutivas de competencia desleal, el Convenio de París y la ley 256 de 1996**

Como se expresó anteriormente la Ley de Competencia Desleal colombiana tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica, evitar prácticas desleales y contra la buena fe y los usos honestos en las materias co-

merciales e industriales. Un aspecto importante es que en la redacción de la ley 256 de 1996, en general, se sancionan tanto las acciones deliberadas conducentes para cometer actos de competencia desleal (conductas que tengan por objeto) y otras, sin que necesariamente tengan por objeto (no necesariamente deliberadas), si tienen efectos con relación a la competencia desleal.

<b>ART.</b>	<b>NOMBRE DE LA CONDUCTA</b>	<b>CARACTERIZACIÓN</b>
7°	<b>Prohibición general</b>	Se prohíben los actos que violen la buena fe comercial, las sanas costumbres mercantiles, al principio de los usos honestos en materia industrial o comercial, o que busque vulnerar la libertad de elección del consumidor.
8°	<b>Actos de desviación de la clientela</b>	Se prohíben los actos que busquen desviar la clientela de la actividad, prestaciones o establecimientos ajenos si esta viola las costumbres y los usos comerciales honestos.
9°	<b>Actos de desorganización</b>	Se sancionan los actos que busquen desorganizar la empresa ajena.
10	<b>Actos de confusión</b>	Se sancionan las conductas que buscan confundir a las personas con respecto a la actividad, prestaciones o establecimiento de otro.
11	<b>Actos de engaño</b>	Se prohíben los actos encaminados a engañar al público sobre las prestaciones o establecimiento ajenos, presumiéndose la comisión de la conducta cuando el sujeto activo difunde informaciones falsas incorrectas u omite las verdaderas.

ART.	NOMBRE DE LA CONDUCTA	CARACTERIZACIÓN
12	Actos de descrédito	Se sancionan las conductas conducentes a difundir aseveraciones incorrectas o falsas u omisión de las verdaderas que tengan por objeto o como <i>efecto desacreditar la actividad, prestaciones o establecimientos ajenos, salvo que sean informaciones exactas</i>
13	Actos de comparación	Se prohíbe comparar prestaciones, actividades o establecimiento de alguien con los de un tercero, cuando la comparación se haga sobre informaciones incorrectas o falsas o se omitan las verdaderas, y se hagan comparaciones sobre aspectos que son análogos.
14	Actos de imitación	En general la imitación de prestaciones o actividades ajenas es libre, a menos que se trate de unas imitaciones exactas que genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento irregular de la reputación ajena.
15	Explotación de la reputación ajena	Se prohíbe el aprovechamiento de la reputación comercial, industria o profesional ajena; incluyendo el uso no autorizado de distintivos ajenos.
16	Violación de secretos	Se sancionan la divulgación o explotación de secretos industriales o comerciales ajenos, sin importar si se obtuvieron de forma legítima o mediante el espionaje o procedimientos análogos.
17	Inducción a la ruptura contractual	Se prohíbe por desleal la inducción a la ruptura de los contratos de los trabajadores, proveedores o clientes de un competidor con el fin de eliminarlo del mercado.
18	Violación de normas	Se sancionan las conductas encaminadas a obtener ventajas competitivas a partir de las violaciones de normas jurídicas.
19	Pactos desleales de exclusividad	Se prohíben la inclusión de cláusulas de exclusividad en contratos de suministro que busquen excluir a competidores del mercado o restringir la competencia.

## X. Aspectos procesales

En la legislación colombiana, la norma base procedimental, el Código General del Proceso (ley 1564 de 2012), atribuye para el manejo de los asuntos relacionados a la competencia desleal la competencia a los jueces civiles o Superintendencia de Industria y Comercio.

Las superintendencias son órganos creados a partir de la “constitución de 1991(...) fueron ubicadas después de los ministerios y los departamentos administrativos en la estructura de la administración nacional, (...) El modelo, con

influencia norteamericana en cuanto al nombre y la inspección de actividades privadas de tipo económico” (33).

Y el art. 116 de la Constitución Política de Colombia permite que algunas autoridades administrativas cumplan funciones jurisdiccionales:

Art. 116. (Modificado por el art. 1º del Acto Legislativo 3 de 2002. Inciso modificado por el

(33) VIDAL PERDOMO, Jaime - MOLINA BETANCUR, Carlos, *Derecho administrativo*, 15ª ed., Legis, Bogotá, 2019, p. 135.

art. 26 del Acto Legislativo 2 de 2015). El nuevo texto es el siguiente: “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

”El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

*”Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.*

”Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley” (34).

En el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio, “es la autoridad administrativa en materia de protección de la competencia de forma exclusiva y excluyente, sin importar el sector de la economía de que se trate, pues esta fue la intención del legislador y así ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional” (35).

Así el art. 24 del Código General del Proceso dispone:

*“Art. 24. Ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas. Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas:*

”1. La Superintendencia de Industria y Comercio en los procesos que versen sobre:

”a) Violación a los derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor.

”b) Violación a las normas relativas a la competencia desleal

”(...) Parágrafo 1o. Las funciones jurisdiccionales a que se refiere este artículo, generan competencia a prevención y, por ende, no excluyen la competencia otorgada por la ley a las autoridades judiciales y a las autoridades administrativas en estos determinados asuntos.

”Cuando las autoridades administrativas ejercen funciones jurisdiccionales, el principio de inmediación se cumple con la realización del acto por parte de los funcionarios que, de acuerdo con la estructura interna de la entidad, estén habilitados para ello, su delegado o comisionado” (36).

Y las acciones que se describen a continuación, están enmarcadas en sus funciones, acción preventiva o de prohibición y acción declarativa y de condena:

A través de estas acciones, el juez civil del circuito o la SIC revestida de funciones jurisdiccionales pueden declarar la nulidad total o parcial de contratos o acuerdos que contengan cláusulas anticompetitivas o la responsabilidad civil de los infractores, bien sea con base en una decisión administrativa, originada en un proceso administrativo sancionador, o en forma directa (37).

(34) Constitución Política de Colombia, [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991\\_pr003.html#116](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr003.html#116) (25/7/2019).

(35) RAMÍREZ-TORRADO, María Lourdes - HERNÁNDEZ-MEZA, Nelson, “Análisis de las funciones administrativas y jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia”, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, nro. 41, julio-diciembre, 2018, ps. 317-350.

(36) Código General del Proceso [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html#24](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#24) (25/7/2019).

(37) *Ibíd.*

## XI. Las acciones en casos de competencia desleal de la ley 256 de 1996 al Código General del Proceso

	ACCIÓN PREVENTIVA O DE PROHIBICIÓN	ACCIÓN DECLARATIVA Y DE CONDENA
Marco normativo	Artículo 20, numeral 2.	Artículo 20, numeral 1.
Naturaleza jurídica	Acción de carácter preventivo.	Acción de carácter indemnizatorio.
Objeto	Tiene legitimación la persona que piense que puede verse afectada por actos de competencia desleal, para solicitarle al juez que evite la concreción de conductas que aún no se han dado y aunque no se haya producido los efectos de esta.	Mediante esta acción el afectado busca que se declare la ilegalidad de la conducta, que la autoridad ordene remover los efectos y se indemnicen los daños sufridos.
Órganos competentes	Juez Civil o Superintendencia de Industria y Comercio (Código General del Proceso, art. 24).	Juez Civil o Superintendencia de Industria y Comercio (Código General del Proceso, art. 24).

### XI.1. Medidas cautelares y pruebas

El art. 31 de la ley 256 de 1996 y los arts. 589 y 590 del Código General del Proceso, regulan tanto la práctica de medidas cautelares como las pruebas extraprocerales.

En el primer caso, el punto más interesante es que el juez tiene un amplio margen para dar órdenes con relación a las medidas cautelares pertinentes. Esto en el derecho procesal se conoce como medidas cautelares genéricas o innominadas.

No se restringe a una lista cerrada (embargo, secuestro, inscripción de la demanda) sino que corresponde al juez valorar cuál es la orden que puede dictar para cumplir con el objetivo de prevenir la conducta de competencia desleal. En el derecho francés se les conoce como *injonctions*.

Igualmente, el derecho procesal colombiano se rige por el principio de libertad probatoria, y solo para ciertos contratos y procesos por excepción se requiere de tarifa legal o solemnidades *ab substantiam actus* (38).

(38) Como la escritura pública y su registro en la Oficina de Instrumentos Públicos en el caso del contrato de Compraventa de bienes inmuebles, la escritura

### XII. El caso argentino

Respecto a la regulación en derecho de la competencia desleal, el decreto de necesidad y urgencia 274 de 2019, presenta una verdadera novedad en el tema, ya que antes de su promulgación, no existía en la Argentina “un cuerpo legal orgánico que se refiera a los actos de competencia desleal. Hay normas directamente aplicables y específicamente referidas a la competencia desleal, algunas provienen del derecho interno, otras del derecho internacional, adoptadas como legislación (...). Entre las primeras están los arts. 159 y 289, inc. 1º del Cód. Penal, las normas de la ley 22.802 de Lealtad Comercial, las normas de la ley 22.362 sobre Marcas y Designaciones, y las normas de la ley 24.766 de Confidencialidad” (39).

Situación que a su vez es reconocida en las consideraciones de dicho decreto, “la regulación de la competencia desleal se caracteriza por su falta de sistematización y escaso alcance, no existiendo una norma general que unifique

constituye el título y el registro el perfeccionamiento del modo de la tradición.

(39) OTAMENDI, Jorge, “La competencia desleal”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, nro. 2, octubre, 1998, p. 3.

las conductas desleales” (40), la cual a la par de la ley 27.442 de 2018, sobre defensa de la competencia, constituyen las últimas medidas legislativas en aras de proteger la libertad comercial.

El caso argentino no deja de ser paradigmático en la materia como lo resalta, H. Sahian (41), citando a Nazar Anchorena (42), ya que, en la regulación argentina con respecto a este tema, hay un vacío legal, es que tan solo en Sudamérica encontramos:

- La ley 256 de Competencia Desleal de Colombia de 1996.
- La ley 20.169 de Chile de 2007.
- El decreto legislativo 1044 de Competencia Desleal de Perú de 2008.
- La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado del 13/10/2011 del Ecuador.

Con lo cual la promulgación de esta norma pone al corriente de la tendencia latinoamericana a la regulación argentina sobre este tema.

Sin embargo, y tal como se menciona más adelante en el presente documento, con respecto al uso de la cláusula general o prohibición general por parte de los operadores jurídicos en derecho de la competencia desleal, las vicisitudes propias de estos temas solo son visualizadas a través de pronunciamientos de carácter judicial, toda vez que la innovación y el ingenio propio de la empresa privada es a su vez el motor de las acciones que se configurarán bajo una revisión atenta de un operador jurídico como actos de competencia desleal, ya que la inventiva genera escenarios no fácilmente predecibles a los legisladores.

(40) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Infoleg, 2019; <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/320000-324999/322236/norma.htm> (17/7/2019).

(41) Edición especial: decreto de Lealtad Comercial, 2019.

(42) Cfr. NAZAR ANCHORENA, Marcos F. L., “Propuestas de reforma a la ley 22.802 de Lealtad Comercial. Hacia una regulación integral de la competencia desleal”, LL del 8/4/2019, p. 1.

### XIII. El decreto de necesidad y urgencia 274 de 2019, con respecto a la ley 256 de 1996

A continuación, se relacionan los puntos de encuentro entre la norma argentina y la colombiana, a pesar de las notables semejanzas la norma argentina presenta puntos inexistentes en la colombiana por el contexto económico en la cual es expedida.

La norma argentina contiene a su vez regulaciones acerca de la identificación, rotulación y envasado de productos, en su finalidad se resalta “asegurar la lealtad y transparencia en las relaciones comerciales y garantizar el acceso a información esencial sobre los productos y servicios comercializados” (43), mientras la norma colombiana tiene como objetivo “garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado” (44).

Con respecto al ámbito de aplicación objetivo, en ambos casos en el art. 4º de cada norma se identifica que será el mercado, sin embargo, en la norma argentina será con fines competitivos mientras que, en la colombiana con fines concurrenciales, en ambos casos se hace referencia a similar fin, tal como se relaciona a continuación:

ARGENTINA	COLOMBIA
<b>Art. 4º (...)</b> en el mercado y con fines competitivos (...).	<b>Art. 4º (...)</b> en el mercado y con fines concurrenciales. (...)
La finalidad competitiva del acto se presume cuando éste resulte objetivamente idóneo para obtener, mantener o incrementar la posición competitiva en el mercado de quien lo realiza o de un tercero. (...)	La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero. (...)

(43) Decreto de necesidad y urgencia 274 de 2019, art. 1º.

(44) Ley 256 de 1996, art. 1º.



Con relación al ámbito de aplicación de las normas, ambas son extensivas al establecer que “todas las personas humanas o jurídicas, de carácter público o privado, con o sin fines de lucro, que participen en el mercado” (45) y “tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado” (46), a su vez en las dos normas se aclara que no es necesaria la existencia de una relación de competencia entre los sujetos del acto de competencia desleal, para que sea posible la aplicación de la respectiva norma.

En ambas normas se desarrolla una cláusula general o prohibición general, como se transcribe a continuación.

**PROHIBICIÓN - CLÁUSULA GENERAL -  
PROHIBICIÓN GENERAL**

**Art. 7º (...)** Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial. (...) se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado (...).

**Art. 8º (...)** Están prohibidos los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten, el medio a través del cual se realicen y el mercado en el que tengan lugar. (...) **Art. 9º (...)** Constituye un acto de competencia desleal toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo (...).

Para Cruz Camargo (47) existen tres modelos de legislaciones con respecto a la competencia desleal, a saber; primero, aquellas que contro-

lan estas conductas con el uso de la cláusula general; segundo, sistemas que presentan una lista detallada de conductas consideradas de índole desleal; tercero, sistemas mixtos compuestos por una cláusula general y una lista de conductas.

Lo cual asigna a la legislación colombiana la de tipo mixto, y dado la similar estructura del decreto 274 de 2019, la norma argentina también se encontraría como parte de los sistemas de índole mixto.

Y es que la importancia de la cláusula general o prohibición general, radica en ser “el cierre al sistema, esto es, aquella norma en la que se pueden tipificar todas aquellas conductas atípicas, por no poderse subsumir en alguno de los comportamientos específicos” (48), por lo cual no debe entenderse esta como de carácter residual a la norma, no intenta ser un detalle más dentro de la legislación, en dirección contraria se presenta como una de las dos alternativas a la interpretación del operador jurídico frente a conductas de dudosa lealtad, la primera será buscar su tipificación a las conductas descritas de manera taxativa en la norma y la segunda asignar un carácter de desleal a conductas que bajo la interpretación cumplan lo enunciado en la cláusula general o prohibición general.

Para Jiménez Valderrama (49), respecto a la utilización e interpretación de este tipo de cláusula se han conformado dos sectores doctrinales, el primero denominado corriente fenomenológica, el cual se basa en los datos empíricos objetivamente verificables de las prácticas comerciales regulares, para asignar carácter desleal o no, a conductas en evaluación, es decir prima el uso de lista de precios, registros de transacciones bancarias o soportes contables de los implicados en las conductas; a su vez, en sentido contrario, existe la corriente deontológica, en la cual prima la evolución de conductas respecto a los criterios de buena fe comercial, sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial o comercial.

(45) Decreto de necesidad y urgencia 274 de 2019, art. 5º.

(46) Ley 256 de 1996, art. 3º.

(47) DE LA CRUZ CAMARGO, Dionisio M., *La competencia desleal en Colombia...*, cit., p. 250.

(48) *Ibíd.*, p. 251.

(49) JIMÉNEZ VALDERRAMA, Fernando, *Derecho de la competencia*, p. 83.

## COMPETENCIA DESLEAL. ANÁLISIS DEL DECRETO 274/2019

Ahora a la par de la cláusula general o prohibición general, ya que las dos normas referentes pertenecen al sistema mixto de regulación de competencia desleal, en cada uno existe una relación detallada de conductas; mientras en la norma colombiana cada acto o conducta, doce en la ley 256 de 1996, se encuentra desarrollado en un artículo, en el decreto 274 de 2019, todos los actos se encuentran desarrollados en los incs. a) hasta el m) dentro del art. 10, conformando trece actos reputados de competencia desleal.

En nueve de los trece actos considerados por el decreto 274 de 2019, como de competencia

desleal, se evidencia una gran similitud, con los actos contemplados en la ley 256 de 1996 colombiana, tal como se evidencia a continuación, de manera respectiva en cada cuadro se encuentra el título del literal de la norma argentina seguido del título de la cláusula en la que se contempla la conducta en la norma colombiana y respectivamente hacia abajo cada literal de la norma argentina, acompañada del artículo de la norma colombiana con la cual tiene mayor similitud, se han transcrito los apartados más importantes de cada una de las normas evidenciando su similitud:

### ACTOS DE ENGAÑO / ACTOS DE ENGAÑO

**a)** Inducir a error sobre la existencia o naturaleza, modo de fabricación o distribución, características principales, pureza, mezcla, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o compra, disponibilidad, resultados que pueden esperarse de su utilización y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que correspondan a los bienes y servicios.

**Art. 11 (...)** la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

### ACTOS DE CONFUSIÓN / ACTOS DE CONFUSIÓN

**b)** Inducir a error respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, los bienes o servicios propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen distinto al que les corresponde.

**Art. 10 (...)** se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

### VIOLACIÓN DE NORMAS / VIOLACIÓN DE NORMAS

**c)** Valerse efectivamente de una ventaja significativa derivada de competir mediante el incumplimiento de normas legales.

**Art. 18 (...)** la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa.

### EXPLOTACIÓN INDEBIDA DE LA REPUTACIÓN AJENA / EXPLOTACIÓN DE LA REPUTACIÓN AJENA

**g)** Realizar actos que aprovechen indebidamente la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de otro.

**Art. 15 (...)** el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. (...)

#### ACTOS DE IMITACIÓN DESLEAL / ACTOS DE IMITACIÓN

**h)** La imitación de bienes y servicios o iniciativas empresariales será considerada desleal cuando resulte idónea para generar confusión respecto de la procedencia de los bienes o servicios o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

**Art. 14.** La imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley.

No obstante, la imitación exacta y minuciosa de las prestaciones de un tercero se considerará desleal cuando genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena. (...)

#### ACTOS DE DENIGRACIÓN / ACTOS DE DESCRÉDITO

**i)** Menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación de otro competidor, a no ser que las aseveraciones sean exactas, pertinentes y verdaderas.

**Art. 12.** (...) la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

#### VIOLACIÓN DE SECRETOS / VIOLACIÓN DE SECRETOS

**j)** Divulgar o explotar, sin autorización de su titular, secretos empresariales ajenos a los que se haya tenido acceso, legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente. A estos fines, será considerada desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

Será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto. (...)

**Art. 16** (...) la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta Ley.

Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan. (...)

#### INDUCCIÓN A LA INFRACCIÓN CONTRACTUAL / INDUCCIÓN A LA RUPTURA CONTRACTUAL

**k)** Inducción a la infracción contractual: Inducir a empleados, proveedores, clientes o demás obligados a infringir obligaciones contractuales contraídas con un competidor.

**Art. 17** (...) la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena sólo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos.

**LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN INFRACCIÓN A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 15.  
PUBLICIDAD COMPARATIVA / ACTOS DE COMPARACIÓN**

**m)** La enumeración precedente es taxativa a los fines de la imposición de sanciones por parte de la Autoridad de Aplicación y enunciativa a los fines de la promoción de acciones judiciales por los afectados, en cuyo caso el juez podrá también aplicar la cláusula general establecida en el artículo 9º de este Decreto, para los supuestos no previstos expresamente en este artículo.

(...)

**Art. 15.** Publicidad comparativa. A los efectos de este Decreto, se considerará publicidad comparativa a la publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor, o a su marca, o a los productos o servicios ofrecidos por él.

La publicidad comparativa estará permitida si cumple con la totalidad de las siguientes condiciones:

- a) No inducir a error, engaño o confusión, entre el anunciante y un competidor, o entre los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor.
- b) Comparar bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad, y que dicha comparación se realice en forma objetiva, entre una o más características esenciales, pertinentes, representativas y comprobables de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio.
- c) Su finalidad sea la de informar las ventajas de los bienes o servicios publicitados.
- d) No desacreditar ni denigrar los derechos de propiedad intelectual e industrial o circunstancias de algún competidor.
- e) No obtener indebidamente ventaja de la reputación de una marca de algún competidor o de las denominaciones de origen de bienes de algún competidor.
- f) No presentar un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos.
- g) En el supuesto de bienes amparados por una denominación de origen, indicación geográfica o denominación específica, la comparación sólo podrá efectuarse con otros bienes de la misma denominación.

**Art. 13** (...) se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omite las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables.

Algunos de los actos considerados en el decreto 274 de 2019, como de competencia desleal, no encuentran semejanza con los contemplados por parte de la ley 256 de 1996 de Colombia, estos actos propios de la legislación argentina evidencian por una parte las necesidades particulares de la economía argentina, en especial en lo referente al manejo inflacionario y, por otra parte la intención especial de la norma, ya que además del evidente interés en la protección e impulso de las dinámicas del libre mercado, esta norma también busca promover el desarrollo de la economía argentina, y es que el escenario de su promulgación no es otro que el de la urgencia, como manifiesta C. Aranovich, con respecto a la promulgación del decreto de necesidad y urgencia 274 de 2019.

“Nótese también que la alegada urgencia se manifiesta luego de casi cuatro años durante los cuales, sin perjuicio del grave deterioro económico originado en la anterior y prolongada administración nacional, los precios al consumidor medidos según el índice de precios al consumidor elaborado por el Indec aumentaron, el 41%, el 25% y el 48%, en tanto que el aumento interanual al mes de abril de 2019 alcanza a más del 50%” (50).

Estos actos son el abuso de situación de dependencia económica, la obtención indebida

(50) ARANOVICH, Fernando C., “Decreto de lealtad comercial: un ‘burladero’ de los precios”, LL edición especial, decreto de Lealtad Comercial del 22/5/2019.

de condiciones comerciales, la venta por debajo del costo y los actos de discriminación, todos ellos no encuentran semejanza con la legislación colombiana, sin embargo, y volviendo a lo anteriormente desarrollado, en la fijación de estas conductas como actos de competencia desleal, evidencian la importancia de la inclusión de cláusulas generales o prohibición general, ya que sin estar taxativamente descritos en la norma colombiana, si en el criterio del operador jurídico encargado se evidencian tipos como los descritos en el decreto 274 de 2019, estos pueden ser declarados desleales.

Ahora, después de haber hecho un recuento del análisis económico del derecho, al inicio de este texto desde las perspectivas clásicas hasta el llamado *behavioral law and economics*, la pregunta es: ¿cuál es la aplicación del AED al caso de la competencia desleal? La competencia desleal —como se mostró a lo largo de este texto— busca garantizar la libre y leal competencia económica y evitar prácticas desleales y contra la buena fe, los usos honestos en las materias comerciales e industriales, tal como lo prescribe la ley 256 de 1996 de Colombia, a su vez en consonancia con la prohibición general y los fines del decreto 274 de 2019; desde el punto de vista jurídico, cuando un comerciante es víctima de actos de competencia desleal como los que se han descrito no tenemos más que una especie del derecho de responsabilidad que algunos autores han llamado derecho de daños.

Si se observa la redacción de la norma colombiana, en varios de los artículos de la ley 256 de 1996, se advierte la conducta que “tenga por objeto o como efecto”; ello significa que, si hay objeto en la conducta, hay dolo civil, intención, es decir, el acto es deliberado. En cambio, si la conducta se da como “efecto” significa que quien dentro del proceso eventualmente sea posiblemente señalado como responsable no tuviera la intención de cometerla, la consecuencia se puede presentar por alguna de las causales de “culpa”, p. ej., negligencia, impericia, imprudencia.

En cualquiera de los dos casos lo que corresponde es aplicar el análisis de la responsabilidad civil o de daños. Al respecto nos ilustra el profesor Acciarri:

“La denominación Derecho de Daños es relativamente novedosa en el Derecho latinoamericano y en todo el *Civil Law*. Su relación con la responsabilidad civil tradicional no es, por cierto completamente sencilla (...) En un sentido diferente sin embargo, se emplea el nombre de Derecho de Daños para abarcar un sector del Derecho que incluye, además de la responsabilidad civil clásica, otras instituciones que puedan categorizarse como remedios o respuestas jurídicas frente a acontecimientos dañosos en curso o a la amenaza de que se produzcan, pero que exceden la clásica posibilidad indemnizatoria” (51).

A pesar de que consideramos más precisa la denominación “derecho de daños” como lo explica el profesor Acciarri, el estándar en la literatura y las traducciones de las obras canónicas al español de autores como Cooter y Ulen se acerca al de responsabilidad civil o los ilícitos culposos.

Cooter y Ulen (52), señalan que la economía encontró un nicho vacante en la “ecología intelectual” del derecho. El AED abrió un espacio interdisciplinario para el debate entre economía y derecho, donde un abogado puede empezar a considerar las leyes como incentivos para modificar el comportamiento (53) y como instrumentos de políticas públicas (54), y los economistas podían empezar a absorber teorías jurídicas, como la de la volición en materia contractual.

El AED, lejos de ser una visión reduccionista del derecho, rechaza la supuesta “autonomía del derecho”, y propone una interpretación menos formalista y más amplia, según la cual el derecho no evoluciona siguiendo una lógica interna, sino en respuesta a las presiones políticas y económicas del entorno social. Por otra parte,

(51) ACCIARRI, Hugo A., “El análisis económico del derecho de daños”, en COOTER, Robert - ACCIARRI, Hugo A., *Introducción al análisis económico del derecho*, Civitas, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012, ps. 184-221.

(52) COOTER, Robert ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 2016, p. 15.

(53) Haciendo referencia a los precios implícitos.

(54) Haciendo referencia a los eficiencia y distribución.

el enfoque pragmático y empirista, por lo que se refiere sobre todo a la economía experimental, de la ciencia económica permite que el AED, a diferencia de otras escuelas jurídicas, construya y compruebe modelos de comportamiento humano.

Por otra parte, el enfoque objetivo y pragmático del AED ayudaría a demoler el nocivo “tótem” subjetivista que, según Posner(55), han posicionado los realistas y críticos legales estadounidenses y, según el cual no se puede decidir en derecho sobre la base de principios desvinculados de quien decide; es aquí donde el AED aportaría criterios de decisión impersonales, sujetos a comprobación y control aun en casos altamente politizados, cargados de emociones o de tabúes.

Tomando el ejemplo estándar del accidente de tránsito, podemos observar las reglas de responsabilidad civil.

#### XIV. Reglas de responsabilidad

Con el fin de evitar accidentes se pueden establecer algunas reglas de responsabilidad atribuibles a cada agente (conductores, peatones, etcétera). Ver cuadro en página siguiente.

#### XV. Responsabilidad civil y regla de Hand

Una de las áreas de trabajo más importantes del AED es el de responsabilidad civil, por cuasidelitos, que como observamos en la explicación de Acciarri corresponde al derecho de daños. La idea de estas normas es ver la eficacia de las normas en lograr que los individuos actúen de forma más precavida. Para ello puede utilizarse el siguiente ejemplo:

Ud. cría una especie de pez en un lago artificial. Ud. requiere tener un sistema eléctrico adicional (planta eléctrica) que garantice que no existan cortes de fluido para evitar que el motor que proporciona oxígeno al agua no falle, pues podría terminar por afectar la vida de los peces. Ud. puede “medir” la utilidad del sistema eléctrico a partir de calcular los costos que surgirían de la pérdida económica que implicaría la

muerte de los peces (accidente). Ello se podría resumir en la siguiente fórmula:

$P$  (Probabilidad de la muerte de peces como consecuencia de una falla eléctrica) \*  $L$  (Pérdida - Loss en inglés económica por el valor de cada pez). Supongamos que la  $P=0.001$  y  $L=\$ 10.000$ ; por lo tanto, el costo sería de  $\$ 10=PL$  sumando a esto los costos de administración del riesgo (aseguradora, en el caso que exista, pero por su extensión se omite esto aquí). Esto significa que el beneficio de tener un sistema eléctrico adicional (planta eléctrica) es igual a  $PL=\$ 10$  porque es el daño que Ud. está evitando (accidente). Ahora suponga que el costo del sistema eléctrico adicional (planta eléctrica) es igual a  $\$ 8$  al año, este costo de precaución se llamará  $B$ .

Por lo tanto, Ud. preferirá tener el sistema eléctrico adicional dado que el beneficio ( $\$ 10$  que evita perder como consecuencia del “accidente”) es mayor que el costo del sistema eléctrico adicional (planta eléctrica,  $\$ 8$ ). Si el costo de la planta llega a ser superior a  $\$ 10$ , Ud. preferirá asumir el riesgo del accidente, por ser más barato dejar el alea del accidente que intentar tener un sistema que lo evite.

El ejemplo podría tener las mismas cifras  $P=0.001$  y  $L=\$ 10.000$ ; pero con otro riesgo:

$P$  (probabilidad de que Ud. pierda un dedo como consecuencia de un accidente de carro), con el mismo costo  $P=0.001*L=10.000$ . Pero el procedimiento más barato para que no llegue a existir un accidente es que otro conductor (un tercero) conduzca a menor velocidad, lo que para ese tercero tiene un costo de  $B=\$ 8$  por el tiempo que pierde. Como es posible que el tercero (conductor) no podría negociar individualmente y *ex ante* con *todas* las posibles víctimas del accidente, resulta necesaria la intervención del sistema legal para poder determinar que ese conductor es responsable de los daños si ocurre un accidente. Por lo tanto, para ese conductor será más barato ( $\$ 8$ ) ir más lento y no arriesgarse a cometer una acción que termine un accidente ( $\$ 10$ ).

Este análisis se resume en la fórmula de Hand que ideó el juez Learned Hand. Teniendo en cuenta lo que significan  $P$ ,  $L$  y  $B$  como se explicó, tenemos que el conductor será descuidado solo si es más barato el costo de prevenir el accidente que cometer la conducta riesgosa.

(55) POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2013.

REGLA (56)	CARACTERÍSTICA	FÓRMULA	CRÍTICA
<b>Responsabilidad objetiva o estricta</b>	El causante se hace responsable del daño independientemente del nivel de precaución o su nivel de actividad. El causante se hace responsable de los daños del accidente y su obligación es siempre igual al daño.	El nivel óptimo de precaución será ( $x^*$ ) tal que haga mínima la suma de los gastos de precaución y el daño esperado. En consecuencia, el causante internaliza los efectos de la precaución y adopta los que hace mínimos los costos del accidente. La víctima no tiene ningún incentivo para evitar el accidente.	Es ineficiente pues solo una de las partes (causante) será precavido.
<b>Ausencia de responsabilidad o regla de no responsabilidad</b>	Independientemente de su grado de precaución no es responsable por los daños. En consecuencia, no hay ningún incentivo para que las personas (causantes) sean precavidas.	Al no existir ningún incentivo para el potencial causante del accidente, este no tomará ningún nivel de protección ( $x=0$ ) y será la víctima quien asuma los costos y debe ser prevenida.	Es ineficiente pues solo una de las partes (víctima) será precavido.
<b>Responsabilidad por culpa o por negligencia</b>	Se establece una regla de negligencia: la conducta dependerá de un nivel de precaución estándar ( $x'$ ) que lo exime de responsabilidad.	Hay responsabilidad en la medida en que el agente no cubra el nivel mínimo de precaución o estándar de precaución para ser eximido de los daños. Se crean así dos zonas: a) una zona prohibida por debajo de los valores del nivel mínimo de precaución. ( $x'$ ) b) Una zona permitida, por encima del valor del nivel mínimo de precaución ( $x'$ ).	
<b>Responsabilidad por negligencia contributiva</b>	El causante puede evitar la responsabilidad demostrando que la precaución adoptada por la víctima fue inferior al estándar.	El victimario tiene culpa $X_i < X_i^*$ y la víctima no tiene culpa, $X_v \geq X_v^*$ entonces el victimario no es responsable. El victimario no tiene culpa, $X_i \geq X_i^*$ , o la víctima tiene culpa, $X_v < X_v^*$ el victimario no es responsable.	
<b>Negligencia comparativa</b>	El pago de los daños se reparte entre la víctima y el causante de manera proporcional a cada uno en el accidente.	El victimario tiene culpa, $X_i < X_i^*$ , y la víctima no tiene culpa, $X_v \geq X_v^*$ El victimario asume el 100%. El victimario no tiene la culpa, $X_i \geq X_i^*$ , y la víctima tiene culpa, $X_v < X_v^*$ la víctima asume el 100%.	

(56) Construido a partir de RUBIO, Mauricio y de POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho*, cit.

Lo que se busca entonces es obtener normas que incentiven comportamientos que eviten accidentes, por ejemplo, de tránsito. Pero la fórmula de Hand puede ser ineficaz, y lo que terminan haciendo los jueces es evaluando la capacidad de las personas para evitar el accidente y para ello se crea la noción de persona *razonable*, que en el sistema romano germánico (Código Civil) llamamos *buen padre* de familia, porque es posiblemente muy difícil para un juez calcular los valores de P y L de la fórmula de Hand.

## XVI. Conclusiones

La competencia es una característica de la economía de mercado que tiene como efectos mejorar la calidad y las condiciones del precio de productos y servicios para los consumidores en el mercado.

La competencia no siempre es perfecta, porque en algunas ocasiones unos pocos agentes (productores o consumidores) pueden influir individualmente o en grupo sobre el precio de los bienes y los servicios en el mercado.

El derecho de competencia o antimonopolio busca proteger la libre competencia en el mercado y prohibir las prácticas que la restrinjan o afecten.

El derecho de competencia desleal busca garantizar la libre y leal competencia económica y evitar prácticas desleales y contra la buena fe y los usos honestos en las materias comerciales e industriales.

La ley determina tanto las prácticas restrictivas de la competencia como las conductas constitutivas de competencia desleal, así como los aspectos procesales en torno a dicha regulación.

En la regulación colombiana como en la argentina referente a la competencia desleal, se desarrolló un sistema de naturaleza mixta en el cual se da uso de la denominada cláusula general o prohibición general de los actos de competencia desleal y a su vez se da una relación de actos tipificados como desleales al ser realizados en el mercado.

En ambas regulaciones (colombiana y argentina), la ley establece una estándar con conduc-

tas tipificadas: se permite que los comerciantes o cualesquiera participantes del mercado compitan libremente, con una serie de casos en que la actividad entra en zona de prohibición:

- Actos de desviación de la clientela.
- Actos de desorganización.
- Actos de confusión.
- Actos de engaño.
- Actos de descrédito.
- Actos de comparación.
- Actos de imitación.
- Explotación de la reputación ajena.
- Violación de secretos.
- Inducción a la ruptura contractual.
- Violación de normas.
- Pactos desleales de exclusividad.

Todos estos actos en ambas legislaciones son considerados desleales.

Existen una serie de actos, abuso de situación de dependencia económica, la obtención indebida de condiciones comerciales, la venta por debajo del costo y los actos de discriminación, propios de la legislación argentina, que no encuentran relación alguna con el desarrollo de la materia en Colombia, sin embargo, dichos actos podrían ser evaluados como desleales desde la cláusula general o prohibición general.

La descripción precisa de conductas busca que en la circunstancia de que una persona entra en la “zona de prohibición” ello tenga consecuencias de responsabilidad, la que debe ser declarada por el juez. En algunos casos habrá lo que en la tabla que resumimos llamamos “responsabilidad por culpa o por negligencia”: cuando la conducta tuvo un objetivo. Había intención de dañar al comerciante con actos tipificados como de competencia desleal.

Las normas se redactaron —para ambas legislaciones— de tal manera que no siempre



sea indispensable probar el dolo: basta con determinar el efecto. Si no es posible probar la intención, solo con demostrar la consecuencia dañosa la conducta es castigada. Ello, dentro de la tabla, se llama responsabilidad objetiva o estricta.

Así, finalmente, el tema termina siendo probatorio sobre los hechos y consecuencias de las conductas que pudieran haber afectado al

comerciante por actuaciones desleales —con dolo o culpa de otros—.

La perspectiva del AED sobre competencia desleal, en ambas legislaciones, versa sobre la evaluación de mecanismos que impidan la ocurrencia de actos que se configuren como fuentes de responsabilidad civil o derecho de daños, en este caso el Estado promueve normas que reducen incentivos de ocurrencia de estos actos.



# VINCULACIONES CON OTRAS MATERIAS .....



# El sistema electrónico de resolución de conflictos en las relaciones de consumo

---

SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI (\*)

## I. Introducción

El pasado 22 de abril del corriente año el Poder Ejecutivo nacional dictó el decreto de necesidad y urgencia (DNU) 274/2019.

A través de este se dispuso la derogación de la ley 22.802 de Lealtad Comercial (LLC) y su reemplazo por una nueva norma. La LLC constituye un ejemplo de las llamadas “normas indirectas de protección a los consumidores”, esto es, aquellas que sin tener por finalidad principal la protección de los consumidores, su contenido, de manera oblicua, constituye un medio de protección de los derechos e intereses de los consumidores, integrándose, por ello al Derecho del Consumidor, conforme lo prescribe el art. 3° de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC). Asimismo, cabe tener presente que la LLC tiene en su universo de aplicación no solamente relaciones de consumo, sino también a relaciones interempresarias.

En igual sentido, el título VII del ya referido DNU dispuso efectuar una serie de modificaciones a la ley 26.993 de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo (arts. 69 a 71),

---

(\*) Profesor regular adjunto por concurso. Contratos Civiles y Comerciales y Elementos de Derecho Civil (UBA). Profesor Titular ordinario. Derecho Civil III (USAL). Profesor permanente de posgrado UBA-USAL-UCA. Investigador adscripto al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” (UBA). Miembro de la Mesa Directiva de la Asociación Internacional de Derecho del Consumidor (IACL). Secretario Académico del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor (IADC).

con miras a establecer un sistema electrónico de resolución de conflictos, las que serán objeto de un somero análisis en el presente trabajo.

## II. La resolución de conflictos en las relaciones de consumo

Una de las dimensiones de la vulnerabilidad estructural en que se encuentran los consumidores en el mercado, como consecuencia de los embates de “sociedad de consumo” (1) y las llamadas “fallas del mercado” (2), es la llamada “vulnerabilidad en el acceso a la justicia” (3).

---

(1) Sobre la sociedad de consumo, ver: Carrasco Rosa, Ana, “La sociedad de consumo: origen y características”, enero 2007; <http://www.eumed.net/ce/2.007a/acr.htm> (28/1/2018); BOCOCK, Robert, *EL CONSUMO*, Talasa, Madrid, 1995; BAUMAN, Zygmunt, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Gedisa, Madrid, 2000, BAUMAN, Zygmunt, *Vida de consumo*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007; BAUDRILLARD, Jean, *La sociedad de consumo. Sus límites, sus estructuras*, 2ª ed., Siglo XXI, Madrid, 2012.

(2) REICH, Norbert, *Mercado y derecho*, Ariel, Barcelona, 1985, p. 10; BOURGOIGNIE, Thierry, *Elementos para una teoría del Derecho del Consumidor*, Departamento de Comercio, Consumo y Turismo del País Vasco, San Sebastián, España, 1994, ps. 11 y ss.; RAMSAY, Ian, *Consumer Protection: Text and Materials (Law in Context)*, Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1989, p. 36.

(3) Conf. MARQUES, Claudia L., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 8ª ed., San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2016; MIRAGEM, Bruno, *Curso de Direito do Consumidor*, 3ª ed., San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 102; MORAES, Paulo Valério Dal Pai, *Código de Defesa do Consumidor - O princípio da vulnerabilidade*, Porto Alegre: Síntese, 1999, ps. 115 y ss.; RUSCONI, Dante D. (coord.), *Manual*

La falta de información y educación con respecto a sus derechos y el modo de ejercitarlos, las dificultades económicas y técnicas, la escasez de incentivos suficientes, la ausencia o barreras en procedimientos para la resolución de conflictos, en algunos casos y la lógica de los procesos tradicionales genera que muchos consumidores no reclamen o no obtengan respuestas eficaces, rápidas y justas en sus reclamaciones, generando muchas veces una doble victimización de los consumidores<sup>(4)</sup>. A ello se suma la “desigualdad de armas” entre los consumidores y proveedores en cuanto litigantes, debido a las desigualdades extraprocesales que se reflejan en la aplicación del derecho y que tienen impacto sobre el efectivo acceso a la justicia, como, por ejemplo, el carácter de “litigantes habituales” de los proveedores versus el carácter de “litigantes ocasionales de los consumidores” (5).

La necesidad de procedimientos eficaces para la prevención y resolución de conflictos en las relaciones de consumo es, además de una demanda innegable de los consumidores y usuarios que día a día ven vulnerados sus derechos y encuentran dificultades para acceder a la justicia, un mandato de la Constitución Nacional y de las Directrices de Naciones Unidas de Protección al Consumidor, al instituir en cabeza de los Estados la necesidad de establecer servicios de asesoramiento a los consumidores y herramientas que permitan de manera justa, sencilla, rápida, exenta de formalidades y poco costosa, cumplir con las expectativas de los reclamantes. Y como bien dictan las directrices de las Naciones Unidas, el acceso a la justicia no se limita exclusivamente al acceso a la jurisdicción propiamente dicha, esto es al Poder

Judicial, sino que comprende también otras vías administrativas y mecanismos (arbitraje, conciliación, resolución por organizaciones de consumidores, etcétera).

Es por ello que desde la sanción de la ley 24.240 se han establecido, con mayor o menor grado de implementación y eficacia, diferentes procedimientos de resolución de conflictos en las relaciones de consumo:

a) conciliación administrativa, tanto a nivel nacional —primero a través de la ley 24.240 (art. 45) y luego por la ley 26.993— como local<sup>(6)</sup>;

(6) En materia de procedimiento podemos mencionar: la ley 5992 de Procedimiento Administrativo para la Defensa de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de la provincia de Jujuy; la ley 7402 de Procedimiento para la defensa de los derechos del consumidor en la provincia de Salta, la ley 8365 de Procedimiento para la defensa de los derechos y garantías de los consumidores y del usuario de la provincia de Tucumán, la ley 5069 de Defensa del Consumidor de la provincia de Catamarca, la ley 7134 de Procedimiento para la efectiva implementación de los derechos del consumidor de la provincia del Chaco, la ley 1480 de Procedimiento administrativo para la defensa de los derechos del consumidor y usuario de la provincia de Formosa, la ley 8468 “Reglas de las Políticas Públicas y los mecanismos administrativos y judiciales para la efectiva implementación en el ámbito provincial de los derechos de consumidores y usuarios”, la ley 7714 “Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de la provincia de San Juan”, la ley I-0742-2010 de Procedimiento para la efectiva implementación en el ámbito de la provincia de San Luis de los derechos de los consumidores, la ley 10.247 de Regulación de derechos de consumidores y usuarios de la provincia de Córdoba, la ley 4811 de Adhesión a la Ley Nacional 24.240 de la provincia de Corrientes, la ley 3811 de Procedimiento de aplicación de la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios de la provincia de Misiones (ley III- 2), la ley 8973 de Adhesión de la provincia de Entre Ríos a la Ley Nacional 24.240 de Defensa del Consumidor, la ley 5547 de Defensa del Consumidor de la provincia de Mendoza, la ley 13.133, Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y usuarios de la Provincia de Buenos Aires, la 757 de Procedimiento administrativo para la defensa de los derechos del consumidor y del usuario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la ley 2268 de Adhesión a la Ley nacional 24.240 de Defensa del Consumidor de la provincia de Neuquén, la ley 2817 de Defensa de los habitantes en el consumo y uso de bienes y servicios de la provincia de Río Negro, la ley 4219 de Adhesión a la Ley Nacional 24.240 de Defensa del Consumidor de la provincia del Chubut (ley VII-22), la ley

*de derecho del consumidor*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 155.

(4) Conf. KALAFATICH, Caren - BAROCELLI, Sergio S., “Gratuidad en los procesos de consumo”, LL del 27/6/2017, p. 2.

(5) Conf. KALAFATICH, Caren D., “Acceso a la justicia y consumidores hipervulnerables”, en BAROCELLI, Sergio S. (dir.), *Consumidores hipervulnerables*, El Derecho, Buenos Aires, 2018, ps. 335 y ss.; quien cita a CAPPELLETTI, Mauro - GARTH, Bryant, “El acceso a la justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe general”, CALP, 1983, p. 23 y BERIZONCE, Roberto O., *Efectivo acceso a la justicia*, Librería Editora Platense SRL, 1987, p. 10.

b) la determinación de daño directo en sede administrativa, de conformidad con el art. 40 bis LDC (7);

c) arbitraje de consumo, regulado en el art. 59 LDC;

d) reclamaciones ante las asociaciones de consumidores, conforme con el art. 58 LDC;

e) reclamos ante el defensor del cliente, regulado por la res. 394/2018 de la Secretaría de Comercio (8);

f) procedimientos específicos de ciertas actividades, como en materia de servicios públicos, transporte, comunicaciones;

g) acciones judiciales, individuales o colectivas, conforme con las previsiones de los arts. 52 a 54 LDC.

La conciliación administrativa ha sido la vía de reclamación, en términos cuantitativos, más utilizada y extendida y que ha dado a los consumidores una respuesta eficaz, sobre todo en conflictos de escasa cuantía o frente a prácticas comerciales abusivas reiteradas.

La ley 26.993 la reglamenta estableciendo su carácter previo y obligatorio a la interposición de acciones judiciales individuales, siempre que no excedan de un valor equivalente al de cincuenta y cinco (55) salarios mínimos, vitales y móviles (art. 2º).

---

2465 de Adhesión a la Ley Nacional 24.240 de Defensa del Consumidor de la provincia de Santa Cruz y las leyes 271 de Adhesión a la Ley Nacional 24.240 de Defensa del Consumidor y 962 de Derechos de los Consumidores de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Algunas provincias no han dictado, a la fecha, sus leyes de políticas públicas, procedimiento propio o normas específicas de protección de usuarios y consumidores. Cabe mencionar aquí a Santa Fe, La Pampa y Santiago del Estero.

(7) La reforma de la ley 26.993 dispuso que dicho instituto se determinaría, en el ámbito nacional, en el marco de las llamadas Auditorías de las Relaciones de Consumo. Sin embargo, dicha institución no ha sido implementada a la fecha.

(8) Para ampliar sobre el punto, ver: BAROCELLI, Sergio S., "El defensor del cliente y la protección de los consumidores", ED 78, del 8/8/2018, nro. 14.464.

En cuanto a las reglas del procedimiento conciliatorio, la ley 26.993 establece las siguientes:

a) *Oralidad actuada*. El procedimiento conciliatorio se desarrollará de manera oral, librándose a la finalización de este un acta.

b) *Obligatoriedad*. A efectos de poder acceder a la justicia, se establece que de manera previa y obligatoria los reclamos de los consumidores deban interponerse ante el COPREC;

c) *Gratuidad*. En consonancia con el art. 53 de la LDC, se establece que el procedimiento para el consumidor será gratuito; estando, por tanto, exento de tasas, gastos y costas. Solamente estarán a su cargo, los honorarios de su abogado/a, en el supuesto de que concorra con patrocinio letrado; a los fines de solventar las notificaciones y el pago de los honorarios básicos debidos a los conciliadores designados por sorteo para el caso de las conciliaciones en las que las partes no arriben a un acuerdo, el art. 20 prevé un Fondo de Financiamiento.

d) *Celeridad y economía*. A efectos de contribuir a estos principios y a la "despapelización" el art. 8º establece que las comunicaciones entre la autoridad de aplicación y los conciliadores se realizarán por correo electrónico o por el programa informático que oportunamente se establezca;

e) *Asistencia letrada no obligatoria*. El art. 9º de la ley establece con carácter facultativo que ambas partes podrán contar con asistencia letrada. El consumidor o usuario podrá contar con la asistencia de representantes de una asociación de consumidores y usuarios en los términos del art. 56 de la ley 24.240 y sus modificatorias, del Ministerio Público de la Defensa o de otros organismos estatales de defensa del consumidor o de servicios de patrocinio jurídico gratuito públicos o privados. La autoridad de aplicación dispondrá de un servicio de patrocinio jurídico gratuito destinado a la asistencia de los consumidores o usuarios que lo soliciten y cumplan los requisitos que se establezcan reglamentariamente. Si a criterio del conciliador, la cuestión a resolver requiriese, por la complejidad de sus características o por otras circunstancias, el patrocinio letrado, así se lo hará saber a las partes;

f) *Confidencialidad*. Se dispone que, salvo pacto en contrario, las audiencias y, por tanto, sus circunstancias, serán confidenciales (9).

g) *Comparecencia personal de las partes*. Sobre este punto hablaremos en detalle luego.

La conciliación administrativa presenta cuatro escenarios posibles:

a) La incomparecencia injustificada del consumidor, que faculta al conciliador a dar por concluido el trámite conciliatorio (art. 16, *in fine*, ley 26.993);

b) La incomparecencia injustificada del consumidor, que da por concluida la conciliación, aplicando al proveedor una multa equivalente al valor de un (1) salario mínimo, vital y móvil, de la que se destinará al consumidor un importe equivalente a la tercera parte de la multa percibida, siempre que tal importe no supere el valor de su reclamo (art. 16, primera parte, ley 26.993);

c) La conclusión de la conciliación sin acuerdo de partes, en la que el conciliador labrará un acta y el consumidor quedará habilitado para demandar ante la justicia (art. 17, ley 26.993);

d) La conclusión de la conciliación con un acuerdo, el que se someterá a la homologación de la autoridad de aplicación (art. 12, ley 26.993).

### III. Hacia un sistema ODR en las relaciones de consumo en la Argentina

Los escenarios de la resolución de conflictos en las relaciones de consumo parecen continuar diversificándose. El art. 69 del DNU antes referido dispone incorporar el art. 1° bis a la ley 26.993, a efectos de establecer el Sistema Electrónico de Resolución de Conflictos.

La necesidad de establecer sistemas de resolución de conflictos en línea —conocidas como ODR, por las siglas en inglés de *Online Dispute*

(9) Conf. BAROCELLI, Sergio S., "Aproximaciones a la ley 26.993 de sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo", DJ del 12/11/2014, p. 81; LL Online: AR/DOC/3565/2014.

*Resolution*— ha sido advertida desde diversos ámbitos y ramas del derecho.

Se define a las ODR como un mecanismo para resolver controversias facilitado mediante el empleo de las comunicaciones electrónicas y demás tecnología de la información y las comunicaciones (10). Los ODR abarcan una amplia gama de enfoques y formas (por ejemplo, el mecanismo del *ombudsman*, las juntas de reclamaciones, la negociación, la conciliación, la mediación, el arreglo facilitado y el arbitraje, entre otros), incluidos los procesos híbridos que puedan llegar a existir, con elementos tanto en línea como fuera de línea (11). Con el desarrollo de la inteligencia artificial pueden observarse casos de sistemas que generan de manera algorítmica propuestas automatizadas basadas en la estadística ("oferta ciega") o de sistema de jurados en red (*CrowdJustice*) (12).

Los principios en que se funda cualquier sistema ODR comprenden la equidad, la transparencia, el respeto de las garantías procesales y la rendición de cuentas (13).

En el caso de las relaciones de consumo, se promueve su implementación en particular, aunque no exclusivamente, respecto de las operaciones de comercio electrónico, en especial en los casos transfronterizos (14).

Respecto de los ODR se destacan entre sus fortalezas, los costos reducidos, el uso amigable y fácil, la velocidad y eficacia de la comunicación, su organización fácil y práctica, la reducción de la tensión creada en las reuniones en persona, el rastreo y seguimiento automático de fechas y documentos, la igualdad de las partes

(10) Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/odr/V1700385\\_Spanish\\_Technical\\_Notes\\_on\\_ODR.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/odr/V1700385_Spanish_Technical_Notes_on_ODR.pdf) (11/7/2019).

(11) Ídem.

(12) Conf. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), "Manual on consumer protection", [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccplp2017d1\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccplp2017d1_en.pdf) (11/7/2019).

(13) Notas técnicas de la CNUDMI..., cit.

(14) Conf. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), "Manual on consumer protection", cit.



ante la pantalla y el uso de los avances tecnológicos para mejorar el proceso (por ejemplo, servicios de conferencia web asequible, traducción automatizada, transcripción automatizada, *chat* en tiempo real, negociación asistida y facilidad de acceso a bases de datos relevantes y herramientas de toma de decisiones). Entre las debilidades se señalan los problemas de compatibilidad y estandarización del *software*, la pérdida de componentes físicos y visuales de comunicación en persona, la reducción de la urgencia de llegar a un acuerdo extrajudicial, problemas para tratar con los consumidores con bajos niveles de alfabetización, dificultad para establecer garantías de seguridad y confidencialidad, necesidad de autenticación de las partes, riesgo de muchas quejas frías y la dificultad para mantener un equilibrio entre preocupaciones de costos y la integridad de la proceso (15).

En el campo de las relaciones de consumo, se observa que ya tempranamente diversas plataformas de comercio y pagos electrónicos establecieron métodos autorregulación (casos eBay y PayPal) (16).

En el derecho comparado pueden resaltarse las experiencias de la PROFECO en México con su portal *Concilianet*, que abrió sus puertas en 2008, el Centro de mediación para el consumidor en línea en la India y la iniciativa de la Comisión Europea del 2016 que creó la plataforma ODR, restringido a transacciones en línea, en el que se coordina alrededor de 117 organismos de resolución alternativa de disputas de los estados de la Unión Europea, Noruega, Islandia y Liechtenstein (17).

Se alienta también su implementación en la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y en la recomendación de la OCDE

---

(15) Conf. BENYEKHLEF, Karim - GELINAS, Fabien, "Online Dispute Resolution", *Lex Electrónica*, vol. 10, nro. 2, 2005 (July 1, 2005). Disponible en <https://ssrn.com/abstract=1336379> (11/7/2019).

(16) Conf. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), "Manual on consumer protection", cit.

(17) Ídem.

sobre Resolución de Disputas y Resarcimiento a consumidores (18).

Cabe señalar también los estándares recomendados por las notas técnicas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral, en sus siglas en inglés) sobre la solución de controversias en línea, aprobadas por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2016 (19).

En el derecho local podemos encontrar los antecedentes de las leyes 757 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (20) y 962 de la provincia de Tierra del Fuego (21), ambos no implementados a la fecha.

En los considerandos del DNU se establece que resulta necesario "implementar modificaciones que promuevan la simplificación e informatización del sistema de conciliación previa en las relaciones de consumo" para "profundizar el camino iniciado al incorporar herramientas como los formularios digitales para iniciar los reclamos y facilitar el acceso de los consumidores a los métodos de resolución de conflictos extrajudiciales", (...) "reducir los tiempos

---

(18) <https://www.oecd.org/mexico/40060255.pdf> (1/7/2019).

(19) [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/odr/V1700385\\_Spanish\\_Technical\\_Notes\\_on\\_ODR.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/odr/V1700385_Spanish_Technical_Notes_on_ODR.pdf) (11/7/2019).

(20) Art. 20.— Sistema de conciliación en Internet. Sistema de conciliación telefónica, Internet y otros. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires propiciará la implementación de sistemas de conciliación a través de los medios telefónicos, Internet y/o similares para resolver controversias que pudieran suscitarse en el marco de las relaciones de consumo. (Conforme texto art. 13 de la ley 2876, BOCBA 3066 del 27/11/2008).

(21) Art. 49.— Sistema de Conciliación en Internet. La autoridad de aplicación implementará y reglamentará un sistema de conciliación a través de Internet para conflictos en las relaciones de consumo.

El consumidor podrá llenar un formulario a través de su ordenador informático, en el que expondrá su reclamo junto con la factura del servicio o adquisición que lo origina. Dicho reclamo será remitido a través de su computadora a la autoridad de aplicación. Recibida la solicitud por dicho medio informático, se comprobará si el comerciante o empresa se encuentra adherido al sistema. Si está adherido se dará comienzo al procedimiento que establezca la reglamentación.

de celebración de audiencias” (...) y beneficiar a los consumidores “en virtud de poder ejercer su derecho constitucional mediante un método nuevo y ágil, que se complementa con el ya previsto en la ley 26.993 y sus modificatorias”. Se sostiene también que “la implementación de sistemas informáticos ofrece transparencia a los procesos administrativos, propiciando de esta manera el fortalecimiento institucional, tendiente a la mejora constante del servicio al ciudadano, y particularmente en este caso, al consumidor”. Se establece expresamente en los considerandos que el nuevo sistema “no excluye al anterior y su utilización es facultativa para los consumidores”.

Sobre el particular cabe recordar que la implementación del sistema previsto desde sus inicios por la ley 26.993 se hizo por medio del portal de Internet *www.consumoprotegido.gob.ar*, a través del cual, mediante la generación de un usuario con un correo electrónico, se interponen los reclamos por medio de formularios digitales estandarizados y se selecciona el ámbito donde se realizará la instancia de conciliación.

De la lectura de los arts. 69 a 71 del DNU puede sostenerse con respecto del Sistema Electrónico de Resolución de Conflictos:

a) Se plantea como una variante electrónica el COPREC, esto es una instancia de conciliación administrativa. Esto se ve reforzado por el nuevo texto de art. 11 de la ley 26.993 que prevé el art. 70 del DNU, cuando dispone que las partes deberán participar de las audiencias en forma presencial o por vía electrónica, según el tipo de audiencia de que se trate. Cabe recordar que el objetivo de la conciliación no es otro que intentar un acuerdo entre las partes en conflicto, pero más allá del objetivo de alcanzar el acuerdo, se debe procurar que este sea el resultado de una composición de intereses equilibrada y que no se vulneren los derechos del consumidor. El conciliador, quien se encuentra investido del poder público, debe tener un rol más activo que el de un mediador, ya que su función es restablecer el equilibrio entre las partes como forma de garantizar un acuerdo que respete las normas del sistema protectorio del consumidor; por lo tanto, deberá intervenir en asistencia del consumidor si observa que tiene

dificultades para sostener sus posiciones, o desconoce la ley, sus derechos y posibilidades. Su actuación debe alejarse de la neutralidad, mas no de la imparcialidad (22). En el desempeño de su rol el conciliador se constituye, no solo como un facilitador de la comunicación y de la buena negociación, sino que debe velar que en el acuerdo no se viole el orden público de consumo y puede realizar propuestas de fórmulas conciliatorias a efectos de procurar acuerdos;

b) La instancia de conciliación electrónica será una opción más para los consumidores. Se ha resaltado que este sistema va a permitir que quienes se encuentren alejados de los lugares donde se llevan a cabo las audiencias conciliatorias accedan de igual modo a la solución de sus conflictos y también a aquellos que, por razones de movilidad, tiempo o practicidad prefieran un sistema que insuma menor tiempo (23);

c) Sin embargo, aquellos consumidores que no lo desean, no pueden o no sepan utilizar Internet, podrán seguir optando por la variante “tradicional” de audiencias presenciales. La presente previsión resulta de vital importancia para la tutela de acceso a la justicia de los consumidores hipervulnerables, en especial, si tenemos presente que, según datos del INDEC, 22,3% de la población argentina no utiliza Internet, porcentaje que se eleva, en la perspectiva geográfica al 35,7% en el Gran San Juan; 48,8% a nivel nacional en el caso de población con nivel de formación primaria completa o al 58,5% en el caso de la población nacional de 65 años o más (24);

d) En el caso de que el consumidor opte por el sistema electrónico la variante será obligatoria para los proveedores, siendo pasibles de las

(22) Conf. PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, *Derechos del consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2004, ps. 219 y ss.

(23) BARRY, Luis D., “Competencia desleal y el servicio de conciliación previa para las relaciones de consumo”, LL del 22/5/2019, p. 4.

(24) Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC). Informes Técnicos, vol. 3, nro. 86. *Ciencia y tecnología*, vol. 3, nro. 1. Acceso y uso de tecnologías de la información y la comunicación, cuarto trimestre de 2018. [https://www.indec.gob.ar/uploads/informes-deprensa/mautic\\_05\\_19CF6C49F37A.pdf](https://www.indec.gob.ar/uploads/informes-deprensa/mautic_05_19CF6C49F37A.pdf)(15/7/2019).

multas por incomparecencia injustificada antes referidas;

e) La instancia electrónica surtirá el mismo efecto que el agotamiento de instancia del COPREC para el inicio de acciones judiciales;

f) La conciliación electrónica será gratuita para los consumidores para el acceso al Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC), resultando aplicables para los proveedores el sistema de aranceles que prevé la ley 26.993;

g) En el caso de que no fuera posible arribar a una solución de la controversia en el marco del Sistema Electrónico de Resolución de Conflictos, podrá continuarse con la tramitación del reclamo ante el COPREC presencial;

h) Una de las variantes más destacadas es que bajo el sistema electrónico podrán presentarse no solamente reclamos individuales, como en el sistema presencial del COPREC, sino también reclamos plurindividuales homogéneos de consumidores y usuarios, con el alcance y las modalidades que determine la Autoridad de Aplicación. Este punto resulta un de los desafíos más importantes del sistema, que igualmente despierta algunos interrogantes. Buena parte de la doctrina (25) y jurisprudencia (26)

---

(25) GIANNINI, Leandro J., "Transacción y mediación en los procesos colectivos", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, nro. 74, 22/11/2011, IJ-LI-93; ONDARCUHU, José L., "La mediación en los procesos colectivos de consumo", LL del 10/7/2014, p. 6; LL 2014-D-174; BERSTEN, Horacio L., "La mediación previa y las acciones colectivas de consumo", LL del 4/5/2009, p. 8; LL 2009-C-232.

(26) CNCom., sala A, 19/12/2008, "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c. Banco de San Juan SA s/ordinario", LL Online: AR/JUR/24523/2008; CNCom., sala B, 8/5/2014, "ACYMA Asociación civil c. Solways Tours de Gestión y Turismo SA s/sumarísimo", LL Online: AR/JUR/21234/2014; CNCom., sala A, 11/2/2009, "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c. Banco de la Provincia de Córdoba SA s/ordinario"; CNCom., sala A, 10/9/2009, "Consumidores Financieros c. Nuevo Banco de Santa Fe"; CNCom., sala B, 30/6/2009, "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c. Nuevo Banco Industrial de Azul"; CNCom., sala B, 30/6/2009, "Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco de la Provincia de Buenos Aires"; CNCom., sala C, 30/4/2009, "Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco de Galicia y Buenos

se han pronunciado en el sentido de excluir del sistema de mediación prejudicial a los procesos colectivos.

Ante esta previsión normativa, creemos que una de las cuestiones a precisar la reglamentación será la determinación de la representatividad adecuada de los legitimados a interponer estos reclamos, que de conformidad con el art. 52 LDC serían los consumidores afectados, las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del art. 56 de LDC, la propia autoridad de aplicación nacional o local, el Defensor del Pueblo o el Ministerio Público Fiscal. Entendemos que también debería entrar en tensión el principio de confidencialidad de la conciliación, con la necesaria publicidad y participación que merece la defensa de los derechos de incidencia colectiva y a los efectos de permitir el ejercicio del *opt-out* a los consumidores que lo requieran. Creemos que de implementarse se requerirá necesariamente la posterior homologación judicial de los acuerdos, previa vista al Ministerio Público Fiscal, de conformidad con el art. 54 LDC.

i) Otra modificación de desatarse es la realizada al art. 11 de la ley 26.993. Dicha modificación permitiría también en el sistema COPREC establecer audiencias o, por vía electrónica, a opción del consumidor. La norma elimina el requisito, tanto para las audiencias presenciales como por medios electrónicos, de la ratificación personal del acuerdo conciliatorio en ausencia de la persona humana afectada por algún impedimento. Se omite también del artículo, en comparación con la redacción anterior, la referencia a la posibilidad de comparecer a las partes mediante asistencia letrada. No obstante ello, dicha posibilidad se mantiene incólume tanto, para las audiencias presenciales o por vía electrónica, en razón del art. 30 de la ley 26.993 que establece que las partes podrán contar con asistencia letrada y que el consumidor o usuario podrá contar con la asistencia de representantes de una asociación de consumidores y usuarios en los términos del

---

Aires s/sumarísimo"; CNCom., sala C, 25/2/2014, "Asociación Civil por los Consumidores y el Medio Ambiente (ACYMA) c. La Parfumerie SA s/sumarísimo"; CNCom., sala C, 3/4/2014, "ACYMA Asociación Civil c. Staples Argentina SA s/sumarísimo".

art. 56 de la ley 24.240 y sus modificatorias, del Ministerio Público de la Defensa o de otros organismos estatales de defensa del consumidor o de servicios de patrocinio jurídico gratuito públicos o privados. La autoridad de aplicación deberá poner a disposición un servicio de patrocinio jurídico gratuito destinado a la asistencia de consumidores o usuarios que lo soliciten y cumplan los requisitos que se establezcan reglamentariamente.

j) Finalmente el art. 71 de la norma bajo análisis encomienda a la Autoridad de Aplicación de la ley 26.993 y sus modificatorias, la regulación de los alcances del procedimiento del Sistema Electrónico de Resolución de Conflictos. Cabe recordar que el art. 1° del Anexo I del dec. 202/2015 designó a la Secretaría de Comercio como autoridad de aplicación del Título I de la ley 26.993, sin perjuicio de las atribuciones que le corresponden al Ministerio de Justicia y De-

rechos Humanos en lo que al registro de Conciliadores de consumo respecta. A la fecha no se han publicado en el Boletín Oficial las normas de reglamentación e implementación de dicho sistema.

#### **IV. A modo de conclusión**

Entendemos que resulta un avance significativo la incorporación de las ODR en el marco de las resoluciones de conflictos en las relaciones de consumo.

El éxito del sistema dependerá de una correcta implementación de las instituciones, con agentes especializados y consustanciados con las normas, principios y filosofía del Derecho del Consumidor. Creemos que la experiencia acumulada por los conciliadores del COPREC es algo a tomar provecho, capacitando a dichos conciliadores para la implementación del sistema electrónico.

# Vinculación entre lealtad comercial, defensa de la competencia y defensa del consumidor

---

GUILLERMINA TAJAN (\*)

## I. Introducción

La reciente sanción del decreto de necesidad y urgencia (DNU) 274/2019(1), nos trae una nueva regulación dentro del ámbito del derecho de la competencia, en particular con la incorporación de normas sobre la regulación de la competencia desleal.

Tal como se señala en los considerandos del dec. 274, la regulación de la competencia desleal se caracterizaba por su falta de sistematización y escaso alcance, no existiendo una norma general que unificara las conductas desleales, advirtiendo la necesidad de controlar conductas en el mercado que complementen lo dispuesto por la ley 27.442, definiendo una regulación integral de la competencia desleal, mediante la prohibición y sanción de actos y prácticas desleales y con ello el desarrollo de un comercio justo y competitivo, dentro del marco establecido por el art. 42 de la CN(2).

---

(\*) Abogada (UBA), Posgrado Derecho en Alta Tecnología (UCA). Profesora invitada de la Maestría de en Derecho Comercial y de los Negocios, Derecho, (UBA). Profesora de Derecho Comercial, Cátedra Dr. Favier Dubois (h.), Derecho (UBA). Codirectora del libro *Derecho de la competencia y su control judicial* - Dr. Favier Dubois (h.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008. Secretaria de Redacción de la *Revista de los Contratos, Consumidores y Derecho de la Competencia*, Legis (2010-2015). Miembro de institutos de investigación académica. Colaboradora en libros, publicaciones y revistas jurídicas (nacionales e internacionales).

(1) La normativa se completa con la res. 248/2019 de fecha 23/5/2019.

(2) En los considerandos también se señala que la ley 22.802 y sus modificatorias reguló la lealtad en las relaciones comerciales, abarcando, entre otros, los derechos

Además, señala la necesidad de simplificar la normativa sobre publicidad comercial e identificación de mercaderías, posibilitando el establecimiento de mecanismos que faciliten al comerciante el cumplimiento de las normas y al consumidor el acceso a la información.

Desde el punto de vista procedimental, el decreto propicia una mejora sustancial del procedimiento administrativo y su adaptación a los avances tecnológicos y un marco jurídico moderno y eficiente, dentro de un entorno de estabilidad e institucionalidad que otorgue certeza y previsibilidad(3).

---

de los consumidores a una información exhaustiva y clara, la ley 27.442 de Defensa de la Competencia establece que los acuerdos y prácticas prohibidas relacionadas con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general, los arts. 10 bis y 10 ter del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, aprobado por las leyes 17.011 y 22.195, establecen obligaciones concretas en lo que respecta a la regulación de la competencia desleal, disponiendo que los países signatarios se obligan a asegurar una protección eficaz contra la competencia desleal y asimismo, establecen el compromiso de dichos países de asegurar los recursos legales apropiados para reprimir eficazmente todos los actos previstos en los arts. 9º, 10 y 10 bis, entre los que se encuentran los actos de competencia desleal principalmente prohibidos por el Convenio.

(3) Sobre las cuestiones procedimentales del DNU 274/2019 pueden consultarse, en el Suplemento Especial La Ley del 22/5/2019 los comentarios de BARRY, Luis D., "Competencia desleal y el servicio de conciliación previa para las relaciones de consumo", LL 2019-C-4; DEL PINO,

### **1.1. Objeto, principios y ámbito de aplicación del DNU 274/2019**

Dentro del título preliminar en los arts. 1º a 3º se establecen los principios y objetivos generales. El art. 1º señala como finalidad, asegurar la lealtad y transparencia en las relaciones comerciales y garantizar el acceso a información esencial sobre los productos y servicios comercializados en la República Argentina a través de canales físicos o digitales, en interés de todos los participantes del mercado. En cuanto al ámbito de aplicación se entiende por “mercado” al ámbito en el cual los oferentes y demandantes de un bien o servicio realizan una o más transacciones comerciales.

En el título I, bajo la designación “De la Competencia Desleal”, el dec. 274/2019 establece en su art. 4º un ámbito de aplicación objetivo, señalando que los actos de competencia desleal prohibidos serán sancionados siempre que se realicen en el mercado y con fines competitivos, y en su art. 5º establece un ámbito de aplicación subjetivo, al señalar que se aplica a todas las personas humanas o jurídicas, de carácter público o privado, con o sin fines de lucro, que participen en el mercado y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional.

En cuanto a los efectos en su aplicación se establece que, se tendrá en cuenta el principio de primacía de la realidad art. 6º y para determinar la naturaleza del acto de competencia desleal, se atenderá a las situaciones, relaciones y efectos económicos que potencial o efectivamente produzca.

El art. 8º establece expresamente la prohibición de los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten, el medio a través del cual se realicen y el mercado en el que tengan lugar, no siendo necesario acreditar la generación de un daño, pudiendo ser este actual o potencial. Seguidamente el art. 9º

describe como cláusula general que constituye un acto de competencia desleal toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

Sobre los diferentes supuestos particulares el art. 10 enumera y describe con cierto detalle los siguientes: actos de engaño, actos de confusión, violación de normas, abuso de situación de dependencia económica, obtención indebida de condiciones comerciales, venta por debajo del costo, explotación indebida de la reputación ajena, actos de imitación desleal, actos de denigración, violación de secretos, inducción a la infracción contractual, actos de discriminación y la publicidad comparativa en infracción a lo dispuesto por el art. 15.

### **1.2. Publicidad y promociones**

Con relación a la publicidad el art. 11 reproduce casi en idéntica redacción lo establecido por el art. 9º de la derogada ley 22.802, que tenía como uno de sus objetivos evitar que los consumidores sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de mercaderías o la contratación de servicios, protegiéndose, de ese modo, el derecho de aquellos a una información adecuada, completa y veraz en la relación de consumo (4). En este sentido es importante recordar que el estado por medio de la autoridad de aplicación era el encargado de establecer las multas correspondientes, no siendo parte de las actuaciones los consumidores, ni los empresarios y/o comerciantes que en forma indirecta se perjudicaban con las publicidades engañosas o falsas.

En cuanto a la realización de las promociones y/o concursos previstos en el art. 14, la doctrina ha señalado que el marco normativo actual, en lo sustancial es idéntico al derogado, si bien perfectible es razonablemente idóneo, en tanto permite organizar promociones de venta con premios o regalos, con o sin intervención del azar, con pautas claras y por ende con riesgos legales acotados (5).

Miguel - PERUZZOTTI, Mariano, “Nuevo régimen de lealtad comercial en Argentina”, LL 2019-C-12; HEREDIA QUERRO, Sebastián, “Información en el comercio, publicidad y promociones empresariales en el nuevo régimen de competencia desleal”, LL 2019-C-12.

(4) CNPenal Económico, sala B, 13/6/2000, “Tevecompras 2001 s/infr. ley 22.802”, ED del 4/2/2001.

(5) GALLO, Marcelo, “DNU 274/2019: El tratamiento de las promociones de venta en el nuevo Régimen

Al final del capítulo II en el art. 15 se incorpora normativa sobre publicidad comparativa, ya prevista en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1100 y 1101). Con relación a la identificación de los productos y las denominaciones de origen, los arts. 16 a 24, establecen la regulación que también se encontraba prevista en la ley 22.802. En cuanto a la autoridad de aplicación continúa siendo la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Producción y Trabajo (art. 25).

Hasta aquí un breve resumen de las normas establecidas por el nuevo dec. 274/2019, señalándose que, en ciertos supuestos se mantiene la redacción de la derogada ley 22.802, así como también se observa la incorporación al sistema legal de un conjunto de normas y procedimientos, que buscan establecer los límites y sus consiguientes sanciones, ante los casos de actos de competencia desleal. Seguidamente, se realizan algunas consideraciones sobre los diferentes sistemas normativos que intervienen en la protección de todos los involucrados y/u operadores del mercado, teniendo como referencia la vinculación que se produce entre ellas.

## II. Derecho de la competencia

### II.1. El derecho de la competencia como categoría jurídica

En cuanto al tratamiento del derecho de la competencia podemos decir que este se ha convertido en una categoría jurídica comprensiva de todos aquellos temas y aspectos que conlleva la regulación del mercado, con el fin de lograr una cobertura completa de los intereses que concursan dentro del fenómeno oferta-demanda (6).

de Lealtad Comercial”, [www.abogados.com.ar/dnu-2742019-el-tratamiento-de-las-promociones-de-venta-en-el-nuevo-regimen-de-lealtad-comercial/23403](http://www.abogados.com.ar/dnu-2742019-el-tratamiento-de-las-promociones-de-venta-en-el-nuevo-regimen-de-lealtad-comercial/23403) (9/5/2019).

(6) El derecho de la competencia tiene sus verdaderos antecedentes en la legislación de Canadá y especialmente en Estados Unidos (Sherman Act, 1890 y Clayton Act, 1914 y luego las leyes Robinson-Patman, 1936, Celler-Kefauver, 1950 y Hart-Scott-Rodino, 1976), así como también en países europeos, Alemania, Francia, Gran Bretaña y España y en la actualidad en el sistema comunitario de la Unión Europea.

Dentro del llamado *derecho de la competencia* se encuadran, las normas que regulan el tratamiento de los actos o prácticas restrictivas de la competencia, el abuso de posición dominante y el control de las concentraciones económicas, así como también las normas sobre defensa y protección del consumidor y además se incluyen las normas que regulan el ejercicio de una competencia sana y leal entre competidores, quedando aquí incluidos los actos de competencia desleal, y aquellas normas relacionados con la defensa y protección de los derechos derivados de la propiedad intelectual, tales como marcas, patentes, transferencia de tecnología, *know-how*, secretos industriales y/o derechos de autor<sup>(7)</sup>.

Dentro de esta categoría también se encuentra comprendido todo lo relacionado con el comercio internacional desleal, en su mayoría por el otorgamiento de ayudas públicas o subsidios, teniendo en cuenta en este punto que el enfoque en este caso se realiza a nivel nacional.

### II.2. Vinculación de la nueva norma con las leyes 24.240 y 27.442

En las diferentes relaciones que se presentan y producen entre los distintos participantes del mercado, ya sea que actúen como empresarios y/o comerciantes, como competidores o bien como consumidores, se observa una fuerte vinculación en torno a la normas vigentes, ya que la Ley de Defensa de la Competencia 27.442, la Ley de Defensa de los Usuarios y Consumidores 24.240 y el nuevo dec. 274, así como también las normas establecidas en el Código Civil y Comercial de la Nación, deben ser consideradas a la luz de lo establecido por el art. 42 de la CN, señalándose también lo previsto por el art. 3º de la ley 24.240, al disponer que las disposiciones de la ley 24.240 se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular Ley de Defensa de la Competencia, Ley de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen.

(7) TAJAN, Guillermina, *Manual de derecho comercial*, Favier Dubois (h.) (dir.), cap. 15 “Derecho de la competencia”, ps. 378 y ss. y cap. 16 “Lealtad comercial y competencia desleal”, Thomson Reuters-La Ley, ps. 413 y ss.

Sobre la vinculación de las normas, señaladas con el nuevo dec. 274, Bertazzi ha sostenido en forma reciente: "...cada norma pone el foco en aspectos distintos de esta compleja interacción de relaciones. Mientras la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante, LDC) hace foco en el eslabón final de la cadena de producción, resguardando al consumidor como sujeto vulnerable a través de normas tuitivas, la Ley de Defensa de la Competencia resguarda la concurrencia de los competidores en el mercado, procurando resguardar el libre acceso de competidores a aquél y evitar conductas anticompetitivas. En ese marco, la normativa de lealtad comercial (en adelante, NLC) regula la forma en la que las empresas que existen en un determinado mercado, sobre un determinado producto y que apuntan a un mismo universo de consumidores y usuarios, compiten entre sí por acceder a una cuota de clientes de ese determinado mercado (...) Entonces, la interacción de estas tres normas es indudable, y debe interpretarse cada disposición de aquéllas en virtud de este trinomio normativo a fin de lograr una integración sistémica de la nueva normativa" (8).

En forma coincidente Sahián concluye que la normativa contra la competencia desleal se encuentra inescindiblemente conectada con el derecho *antitrust* (...). Ahora bien, mientras la defensa de la competencia se preocupa por el "interés económico", la competencia desleal se enfoca en los "competidores", completando el trípode normativo la defensa de los competidores, señalándose también que las distintas normas dan cuenta del continuo diálogo de fuentes que media entre los tres subsistemas (9).

La interrelación de las normas sobre prevención de la competencia desleal y la prevención de las prácticas comerciales restrictivas (la legislación antimonopolio) están interrelacionadas: ambas tienen el propósito de asegurar el funcionamiento eficaz de una economía de mercado. Sin embargo, lo realizan de diferente manera:

(8) BERTAZZI, Juan C., "Publicidad comparativa en la nueva legislación de Defensa de la Competencia. Interpretación y juego de normas", LL Sup. especial del 22/5/2019, p. 6; LL 2019-C.

(9) SAHIÁN, José H., Novedosa regulación de la competencia desleal en el decreto 274/2019 de Lealtad Comercial, LL Sup. especial del 22/5/2019, p. 19; LL 2019-C.

la legislación antimonopolio se interesa en la conservación de la libertad de competencia al combatir las restricciones al comercio y los abusos de poder económico, mientras que la ley de competencia desleal se interesa por asegurar la justicia de la competencia obligando a todos los participantes a jugar con las mismas reglas. No obstante, ambas leyes son igualmente importantes y complementarias entre sí, aunque en diferentes sentidos. Los países que cuentan con un sistema de economía de mercado necesitan una legislación antimonopolio para asegurar lealtad de la competencia como efecto colateral: esto puede lograrse únicamente mediante normas muy claras que establezcan la protección contra la competencia desleal.

La experiencia internacional ha demostrado que no se puede esperar que la lealtad en la competencia se logre únicamente a través del libre ejercicio de las fuerzas del mercado. En teoría, los consumidores, en su función de árbitros en los juegos económicos, pueden desalentar a los empresarios deshonestos desmereciendo sus productos y servicios y favoreciendo los de los competidores honestos. Sin embargo, la realidad es diferente. Conforme la situación económica se vuelve más compleja, los consumidores son menos capaces de actuar como árbitros. Con frecuencia ni siquiera pueden detectar los actos de competencia desleal y menos aún reaccionar en consecuencia. No cabe duda de que el consumidor, junto con el competidor honesto, son quienes deben recibir protección contra la competencia desleal (10).

### III. Competencia desleal

En cuanto a la competencia desleal es preciso señalar que una vez dada la efectiva participación en el mercado, es necesario que la competencia que se ejerza dentro de este lo sea de manera leal. El principio de igualdad jurídica de los competidores puede ser quebrado por los mismos competidores ya sea mediante actos o prácticas restrictivas de la competencia o bien mediante actos de competencia desleal. Uno de los problemas que plantean estos actos es el hecho de que en algunas oportunidades sea difícil encontrar la línea divisoria entre lo incómodo

(10) Protección contra la competencia desleal, OMPI (1994), p. 12.



de una competencia agresiva y lo ilícito de un acto de competencia desleal.

Cabanellas ha señalado al derecho de la competencia desleal como una de las ramas del derecho de la competencia, el cual se basa también en un modelo de competencia, no contradictorio con el de competencia efectiva, cuyos elementos esenciales son la apropiación de los resultados del propio esfuerzo productivo, el flujo de información veraz entre los agentes del mercado y la eliminación de actividades cuya rentabilidad se origina en perjudicar a un competidor y no en la producción de bienes y servicios (11).

La competencia en un mercado es la lucha por la clientela. Hay competencia cuando se puja por ofrecer lo mismo o algo que lo puede reemplazar. Esta lucha debe realizarse dentro de ciertas pautas para ser leal. De lo contrario será desleal. Y cuando es desleal se convierte en un acto ilícito, que a veces según lo establece la legislación, alcanza la categoría de delito. Su realización causará un daño resarcible, y desde luego la justicia ordenará su cese (12).

A nivel nacional no contábamos con un cuerpo orgánico que se refiriera a los actos de competencia desleal y con respecto a ello la doctrina oportunamente sostuvo que “es cierto que una rama jurídica no precisa estar codificada o siquiera incluida en un texto legal orgánico para ser eficaz y cumplir adecuadamente sus fines” (13).

Acerca de la inexistencia de una normativa abarcadora de todos los temas referidos a la competencia desleal, Martínez Medrano, sostuvo que “No existe en nuestro país una legislación que abarque desde el punto de vista

mercantil y en forma integral, el fenómeno de la competencia desleal. Esta situación, inaudita para cualquier economía de mercado del siglo XXI, motiva el poco desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la disciplina de la lealtad en el comercio” (14).

En función de lo anteriormente señalado y, antes de la sanción del nuevo dec. 274/2019, el régimen sobre la competencia desleal se encontraba conformado por las siguientes normas: (i) el art. 10 bis del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, incorporado a la legislación argentina por ley 17.011 y 22.195 (EDLA 1980-92) el que prohíbe por medio una cláusula general los actos de “competencia desleal; (ii) el art. 159 del Cód. Penal (15), (iii) el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio —ADPIC aprobado por la ley 24.425—, (iv) la derogada ley 22.802 y lo previsto en las leyes especiales sobre indicaciones de procedencia, habiéndose señalado que la jurisprudencia ha podido recurrir a ellos para combatir estos actos, y reconducir al acto concurrentemente desleal como ilícito civil y evitar que las consecuencias dañosas derivadas de dichos actos queden impunes (16). Por su parte, se señalaba que las disposiciones de la ley 22.802 cubrían un sector restringido de situaciones, con disposiciones de índole administrativas, sin abrir la vía para una controversia entre los competidores circunstancialmente involucrados aunque podían ser impulsadas por denuncia de un tercero, interesado o no, escapando el trámite a toda intervención del afectado, tanto para ser parte en el proceso como para que le sea reconocido el derecho a algún resarcimiento dentro de ese mismo trámite (17).

(11) CABANELLAS, Guillermo, “El Derecho argentino de la competencia desleal. Crítica y propuesta de reforma”, en *Derechos intelectuales*, Astrea, Buenos, 2003, t. 10, p. 115.

(12) OTAMENDI, Jorge, “La competencia desleal”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 3, nro. 2, octubre 1998.

(13) CABANELLAS, Guillermo, “La figura de competencia desleal en el derecho argentino”, Número especial *Competencia Desleal*, GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián (coord.), 2006, Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, p. 25.

(14) MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, “La competencia desleal en la Argentina”, JA 2002-I, fasc. 6.

(15) El art. 159 del Cód. Penal argentino prevé el delito de competencia desleal y expresamente establece como una de las formas a través de las que se puede desviar clientela de un establecimiento comercial o industrial a la “propaganda desleal”.

(16) GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., “Competencia desleal: diferenciación de la defensa de la competencia y concepto de acto de competencia desleal”, ED 192-884.

(17) Véase CHALOUKKA, Pedro, “La competencia desleal en la argentina, informe y propuesta legislativa”, en *Derechos intelectuales* 5, Astrea, Buenos Aires,

También debe tenerse en cuenta como integrante del grupo de normas a considerar para el análisis de los casos que puedan presentarse la ley 22.362 (Marcas y Patentes) y la ley 24.766 (18) de Confidencialidad sobre la información y productos que estén legítimamente bajo control de una persona y se divulgue indebidamente de manera contraria a los usos comerciales honestos, ya sea en cuanto a la apropiación de los resultados del esfuerzo productivo ajeno o bien a la violación de secretos comerciales, generándose un doble juego entre lo establecido por estas últimas dos leyes con lo dispuesto en el Convenio de París y el ADPIC.

Sobre la relación con el régimen marcario se ha señalado, la protección contra la competencia desleal surge históricamente como una expansión de la protección de la propiedad industrial, especialmente de las marcas, pero mientras en la propiedad industrial la infracción consiste en violar un derecho absoluto, en la competencia desleal no hay violación de derecho absoluto, sino una incorrección de procedimientos que requiere circunstancias concretas a apreciar en cada caso (19).

1991, p. 146. Véase también TINOCO SOARES, José C., "La competencia desleal en América Latina y en otros países", en *Derechos intelectuales 4*, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 136.

(18) Ley 24.766. Art. 1°- Las personas físicas o jurídicas podrán impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, mientras dicha información reúna las siguientes condiciones: a) A, sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración, reunión precisa de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y b) Tenga un valor comercial por ser secreta; y c) Haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla, secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla. Se considerará que es contrario a los usos comerciales honestos el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción y adquisición de información no divulgada por terceros que supieran o no, por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas".

(19) BERCOVITZ, Alberto, "Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal" en BERCOVITZ, Alberto (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la ley de 10 de enero de 1991*, Bo-

Dentro del ámbito penal, el delito de competencia desleal se encuentra previsto por el art. 159 del Cód. Penal, a través de la figura de concurrencia desleal, castigando actos concretamente orientados a captar la clientela ajena a través de maquinaciones fraudulentas y sospechas malévolas (20).

El tipo penal implica la necesidad del elemento de culpabilidad para que el juez pueda calificar la deslealtad del acto, por tal motivo, al exigirse en materia penal el elemento psicológico o volitivo, se impide el análisis de las conductas no tipificadas y de aquellas conductas consideradas desleales por contrarias a determinados parámetros objetivos que se utilicen en el ordenamiento jurídico concreto. Además, como consecuencia de la necesidad de la declaración de culpabilidad, todos los intentos de introducir una acción de cesación o prohibición en esta materia serían inútiles (21).

### III.1. Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial (22)

Un párrafo aparte merece lo establecido por el art. 10 bis del *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial* en el cual se estipula la obligación que tienen los Estados partes de establecer medidas de protección de la propiedad industrial contra los actos de competencia desleal. En ese artículo se contemplan de forma concreta los actos de competencia que van en detrimento de las prácticas leales en la industria y el comercio. El Convenio de París (art. 10 bis) expresamente establece:

"Art. 10 bis: 1) Los países de la Unión se obligan a asegurar a los súbditos de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.

letín Oficial del Estado, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, p.19.

(20) Ver SPOLANSKY, Norberto, *El delito de competencia desleal y el mercado competitivo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

(21) GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., "Competencia desleal...", cit., p. 883.

(22) Convenio de París para la Protección de la Propiedad industrial del 20 de marzo de 1883 revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967.

"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:

"1º Cualquier acto de tal naturaleza que cree una confusión, por cualquier medio que sea, con el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

"2º 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;

"3º las indicaciones o alegaciones cuyo uso, en el ejercicio del comercio, sea 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".

En cuanto a la aplicación de este, se ha señalado que dicho artículo fue utilizado como fundamento de medidas cautelares genéricas (23).

Al respecto la jurisprudencia ha sostenido: "...Es procedente la medida cautelar innovativa (art. 50, acuerdo ADPIC) tendiente a hacer cesar la publicidad de los servicios de una empresa por la cual se intenta desacreditar la marca de su competidora pues no satisface el estándar ético del art. 953 del Cód. Civil e infringe, a través de una competencia desleal, el art. 10 bis del Convenio de París (ley 17.011). 2. Dada su especial naturaleza las medidas innovativas 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. 3. La publicidad comparativa no se encuentra por sí vedada en nuestro ordenamiento positivo, en tanto no se lesionen legítimos derechos del titular de la marca a la que se hace referencia" (24).

(23) DE ACHÁVAL, Laura, en ETCHEVERRY, Raúl (dir.), *Código de Comercio. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, t. 6, 2006, p. 341.

(24) CNFed. Civ. y Com., sala I, 26/6/2007, "Los Cipreses SA c. Lumary SA2, LL Online: AR/JUR/5092/2007.

### **III.2. Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio - ADPIC ley 24.425 (25)**

Mediante la ley 24.425 (1994) se aprobó el anexo 1C que contiene el ADPIC, el que introdujo varias normas (arts. 50 a 60) que modificaron sustancialmente el régimen de medidas cautelares con relación a la propiedad industrial. El titular de una marca registrada no se encontraba en principio en condiciones de requerir el cese de uso de su marca por parte del infractor durante la tramitación del proceso principal, pero a raíz del dictado de la ley 24.425, la situación se modificó radical y favorablemente para el titular de una marca. En forma particular y con referencia al cese de uso de nombres comerciales, frases publicitarias y publicidad comparativa, también se advirtió que las medidas cautelares previstas en la ley de marcas no brindaban solución al titular de una marca registrada cuando la misma estaba siendo utilizada como nombre comercial o como frase publicitaria pero no era aplicada directamente al producto publicitado. En igual situación se encontraban quienes eran objeto de actos de publicidad comparativa, poniendo fin a dichas situaciones la vigencia del art. 50, ya que a través de este directamente se ordena el cese de uso de la marca en cuestión, esté o no aplicada a un producto (26).

En cuanto a la aplicación del ADPIC y su operatividad, es oportuno recordar también la jurisprudencia dictada con relación a este, habiéndose determinado expresamente "...que el art. 50, apart. A) del Acuerdo Trips-Gatt es derecho vigente en nuestro país, directamente operativo a través del trámite procesal de las medidas cautelares y aplicable..." (27).

(25) En 1994, se aprobó el Acta final en que se incorporan los resultados de la "Ronda de Uruguay" de negociaciones comerciales multilaterales, las decisiones, declaraciones y entendimientos ministeriales y el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial de Comercio y sus cuatro anexos, suscriptos en Marrakech el 15 de abril de 1994.

(26) DE ACHÁVAL, Laura, en ETCHEVERRY, Raúl (dir.), *Código de Comercio...*, cit., t. 6, ps. 341 y ss.

(27) CNFed. Civ. y Com., sala II, 30/4/1998, "S. C. Johnson & Son Inc. c. Clorox Argentina SA s/medidas cautelares", jurisprudencia citada por DE ACHÁVAL,

### III.3. El acto de competencia desleal

Cuando se habla de competencia desleal es posible entender que se han desatendido o dejado de lado los usos honestos en las actividades desarrolladas con motivo de la concurrencia en un mercado determinado. Se ha entendido por acto de competencia desleal, o más simplemente, acto desleal, a todo acto contrario a los usos honestos (leales) de los negocios (28). Los actos de competencia desleal se pueden presentar de varias maneras, ya sea atentando contra: (i) un competidor, (ii) los consumidores; y (iii) el mercado en general (29).

Por su parte, García Menéndez, define al acto de competencia desleal como “el acto realizado directa o indirectamente por un operador de mercado, objetivamente contrario a los correctos usos y costumbres mercantiles y a la buena fe, el cual afecta o puede afectar el normal desarrollo concurrencial de otros operadores” (30).

### III.4. Prácticas comerciales desleales

En derecho comparado es posible citar el tratamiento dado a las prácticas comerciales desleales por parte de la Unión Europea, donde se han establecido por medio de varias directivas, ciertas regulaciones incluida la de publicidad desleal. La Directiva 29/2005, establece una protección directa de los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, asimismo protege de modo indirecto a las empresas que operan lícitamente de aquellos de sus competidores que no cumplen con la regulación establecida, ga-

rantizando así una competencia leal. Esta prohibición general se desarrolla mediante normas sobre dos tipos de prácticas comerciales: las prácticas comerciales engañosas y las prácticas comerciales agresivas. Dentro de las prácticas comerciales engañosas se encuentran incluida la publicidad engañosa, que al inducir a engaño al consumidor, le impiden elegir con el debido conocimiento de causa y, en consecuencia, de manera eficiente (31).

### III.5. Publicidad y actos de competencia desleal

Si tenemos en cuenta que la disciplina de la competencia desleal puede conceptuarse, como aquella parte del derecho de la competencia que regula las conductas de los empresarios, dirigidas a la captación de clientela en un mercado en el que otros empresarios operan, debemos tener en cuenta también que una de las formas en que se manifiestan los actos de competencia desleal es mediante la publicidad (32).

A su vez esta guarda una vinculación muy importante con toda la normativa sobre protección del consumidor, ya que cuando un empresario competidor realiza mediante publicidad, actos que engañen o confundan a los consumidores, está realizando actos susceptibles de ser considerados “desleales”, con motivo del proceso de competencia, y por lo tanto perjudiciales y no deseables, para toda la sociedad en general.

La publicidad es realizada por las empresas con el objeto de atraer a los consumidores, la finalidad de las empresas es atraer o captar clientela, pero existen casos en donde esta atracción de clientela o consumidores se logra a través de publicidades que resultan contrarias a la buena fe y a los usos comerciales, es en estos casos donde estaríamos frente a actos de publicidad desleal, entendidos estos también como actos de competencia desleal.

Laura, en ETCHEVERRY, Raúl (dir.), *Código de Comercio...*, cit., t. 6, p. 346.

(28) ZORRAQUÍN ARACAMA, Ernesto, “La competencia desleal en el Convenio de Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial”, Cuaderno de la Universidad Austral nro. 1, 1996, Depalma, Buenos Aires, p. 26.

(29) TAJAN, Guillermina, “Publicidad engañosa como acto de competencia desleal”, *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, Legis, Buenos Aires, 2014, año 5, nro. 1, p. 5.

(30) GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián A., *Competencia desleal: Actos de desorganización del competidor*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 70. Ver también del mismo autor, “Diferenciación de la defensa de la competencia y concepto de acto de competencia desleal”, ED 192-884.

(31) Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales 29/2005 (CE) del 11/5/2005. Un detallado análisis de la Directiva puede verse en el Suplemento Especial de Lexis Nexis 2006, coordinado por Sebastián García Menéndez, en especial MASSAGUER, José, “Las prácticas comerciales engañosas en la Directiva 29/2005”, p. 34.

(32) TAJAN, Guillermina, “Publicidad engañosa...”, cit., p. 5.

El régimen y la regulación legal de la publicidad también se complementa junto con un gran número de resoluciones y otras leyes dictadas en función de regulaciones sectoriales específicas como las leyes 23.344 (33), 24.780 (34), 24.806 (35), 25.163 (36), 25.380 (37), 25.966, 25.649 (38), y el Código Alimentario Argentino.

Como una referencia válida a la hora de analizar una publicidad no podemos dejar de mencionar el “Código de Ética y Autorregulación Publicitaria” donde se establecen las siguientes pautas a ser tenidas en cuenta en los mensajes publicitarios (39).

En doctrina se ha señalado la división que existe entre las publicidades lícitas e ilícitas, configurándose estas últimas cuando se afecte la libertad de elección, la libertad de contratar, el derecho a la información, el trato equitativo y digno, entre otros derechos constitucionales.

Asimismo, diferencia las distintas clases de publicidad ilícita:

(i) *publicidad desleal*: entendida como aquella que contraría las normas de corrección y buenos usos mercantiles, afectando directamente a los competidores en sus intereses e indirectamente al consumidor;

(ii) *publicidad engañosa*: entendida como toda publicidad que induzca a error o confusión sobre la naturaleza, características o utilidades de los bienes o servicios o también por omisión cuando se silencia datos fundamenta-

(33) Ley 23.344 y modificatorias: limitaciones a la publicidad de cigarrillos y obligatoriedad de inscripción en envases.

(34) Ley 24.788, Nacional de Lucha contra el Alcoholismo.

(35) La ley 24.806 establece pautas sobre publicidad de la enseñanza privada.

(36) La ley 25.163 establece un sistema relacionado con identificación de procedencia, indicación geográfica y denominación de origen de los vinos y bebidas espirituosas de origen vínico.

(37) Las leyes 25.380 y 25.966 establecen un sistema sobre la identificación, procedencia y denominación de origen de productos agrícolas y alimentarios.

(38) Ley 25.649 sobre Especialidades Medicinales.

(39) Código de Ética y Autorregulación Publicitaria, [www.conarp.org.ar](http://www.conarp.org.ar) (arts. 19, 20 y 21).

les de bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios del mensaje;

(iii) *publicidad abusiva*: entendida como aquella que se basa en emociones en forma directa o subliminar;

(iv) *publicidad adhesiva*: entendida también como publicidad comparativa adhesiva, es la que equipara la oferta propia con la de los competidores para aprovecharse de su *good will* o renombre,

(v) *publicidad comparativa*: entendida como aquella en la que el anunciante compara en forma explícita o implícita, su oferta o la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el resultado directo o indirecto de resaltar ventajas de los productos propios frente a los ajenos (40).

A esta clasificación, también se le debe sumar la (vi) *publicidad denigratoria*, definida por Kemelmajer de Carlucci como “la que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito o menosprecio, directo o indirecto, de una persona, empresa o productos, servicios o actividades, o como se ha dicho es toda acción tendiente a desprecia o a desacreditar la industria, el comercio o los productos de un competidor” (41).

Por su parte, la doctrina española ha entendido, como actos denigratorios, a aquellos actos por medio de los cuales se realizan aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio capaces de desacreditar el establecimiento, los productos, la actividad empresarial o las relaciones mercantiles de un competidor, siendo particularmente desleales las manifestaciones fundamentadas en circunstancias personales y extra-comerciales desacreditando o denigrando, p. ej., nacionalidad, raza, creencias, etcétera (42).

(40) PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, *Derecho social de consumo*, Colección Académica, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 403.

(41) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Publicidad y consumidores”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1996-5, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 99.

(42) En este sentido ver ILLESCAS ORTIZ, Rafael al referirse a los actos denigratorios en general en “Tutela de la lealtad en la actividad competitiva: Esbozo de la ley

Los mensajes publicitarios engañosos instan a los consumidores a tomar decisiones y a realizar acciones que no se llevarían a cabo si todos los oferentes del mercado utilizaran estrategias leales, del igual modo la publicidad falsa basada en declaraciones que no son reales llevan a la confusión del consumidor y traen la posibilidad de afectar las ventas de aquellas empresas que compiten en forma leal (43).

Es por ello por lo que se habla de una doble finalidad u objetivos, ya que por un lado se intenta proteger el accionar del comerciante honrado, reprimiendo las conductas desleales y engañosas que se producen hacia el consumidor, ya sea por la falta e insuficiente información o bien por que dicha información no es veraz.

La publicidad engañosa es una infracción de carácter objetiva y formal, es decir, que para su configuración y posterior sanción solo se requiere la simple constatación de la conducta prevista por la norma, sin necesidad de evaluar si hubo intencionalidad por parte del infractor ni tampoco la producción de un daño concreto.

Las condiciones para que se configure una publicidad engañosa, estarían dadas al contener frases inexactas o capaces de inducir a error, engaño o confusión, de manera tal que ocasione una distorsión en el juicio del consumidor ya sea sobre la sustancia o cualidades del producto en cuestión, todo ello de manera tal que su buena fe se vea dañada.

El profesor y catedrático Garrigues señalaba: “el supuesto jurídico de la publicidad es la competencia y a su vez el supuesto de la competencia es la libertad...”; “...la publicidad como instrumento que es de la competencia, recibe su calificativo a través de la calificación de la competencia. Cuando la competencia es lícita, la publicidad también es lícita y cuando la competencia es ilícita o desleal, también lo es la publicidad”; “la ley quiere que la lucha

por el cliente sea correcta y sea leal. Cuando la competencia usa medios desleales, entonces la ley la condena y eleva la deslealtad —que es un concepto ético— a la categoría de concepto jurídico y se califica la competencia como competencia ilícita...”; y cuando el medio empleado por la competencia es la publicidad —como lo es generalmente— quiere decirse que esa publicidad se va a teñir del mismo color que tenga la competencia” (44).

### III.6. Publicidad comparativa (45)

Hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, la falta de regulación específica había generado distintas posturas, encontrándose aquellos que sostienen la ilicitud de tal modalidad publicitaria fundamentando su posición en que la misma constituye un uso indebido de la marca ajena y un acto de competen-

(44) GARRIGUES, Joaquín, “Publicidad y competencia ilícita”, en *Temas de derecho vivo*, Tecnos, Madrid, 1978, p. 199.

(45) En oportunidad de comentar el caso “Quilmes-Isenbeck” en el año 2004 reseñamos los antecedentes jurisprudenciales en “La publicidad comparativa en Argentina. El reciente caso “Quilmes-Isenbeck”, DSyC Errepar, nro. 202, septiembre 2004, p. 1081. También puede consultarse: PAPAYANNIS, Diego M., “La publicidad comparativa: ¿Lealtad vs. eficiencia?”, JA 2008-I-1012; NÚÑEZ, Javier F., “Publicidad comparativa: un leading case fija los lineamientos de su admisibilidad”, JA 2005-III-365; SANTARELLI, Fulvio G., “La publicidad comparativa del precio más bajo”, LL 2007-A-15; SANTARELLI, Fulvio G., “La protección del consumidor frente a la publicidad engañosa en la República Argentina”, en AMEAL, (dir.), TANZI, (coord.), *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI, Homenaje al Profesor Dr. Roberto M. López Cabana*, Buenos Aires, 2001; MERCURIALI, Carlos - GIAY, Gustavo, “Publicidad comparativa. Un aporte al debate sobre su legalidad o ilegalidad”, LL 2005-B-1007; ACEVEDO, Rafael A., “El modelo de la competencia basada en la eficiencia de las propias prestaciones y la publicidad desleal”, en RDCO 1998-495; RACCIATTI, Hernán - ROMANO, Alberto, “Sobre la publicidad comparativa y los consumidores”, en JA 1994-III-79; O’FARRELL, Miguel B., “La publicidad comparativa en el Derecho argentino”, LL 1995-E-621; LÓPEZ, Claudia I. M., “Propaganda comparativa: ¿Información leal o designación del rival?”, LL 1992-A-568; BETOCCHI, Pamela J., “Competencia desleal a propósito del registro de marca de mala fe. Una visión desde el Perú”, *Revista de los Contratos, Consumidores y Derecho de la Competencia*, año 2, nro. 2, 2011, Legis Argentina SA, p. 61.

3/1991 de competencia desleal”, en *Derecho de la competencia europeo y español*, Dykinson Madrid, 1999, p. 294.

(43) En oportunidad de comentar el fallo CNFed. Civ. y Com., sala I, 14/6/2001, “Japan Tobacco Inc. y otro c. Massalin Particulares SA”, TAJAN, Guillermina, “La competencia desleal por medio de la publicidad falsa”, Errepar, nro. 169, diciembre 2001, p. 627.

cia desleal, contrario a la moral y las buenas costumbres (46).

La publicidad es realizada por las empresas con el objeto de atraer a los consumidores, la finalidad de las empresas es atraer o captar clientela, pero existen casos en donde esta atracción de clientela o consumidores se logra a través de publicidades que resultan contrarios a la buena fe y a los usos comerciales, es en estos casos donde estaríamos frente a actos de publicidad desleal, entendidos estos también como actos de competencia desleal.

Dentro de los casos donde es posible que se configure una publicidad desleal es posible diferenciar a la publicidad falsa, la engañosa y la denigratoria. También es posible que se configure un modo de publicidad desleal por medio del uso de publicidad comparativa, la que entendemos, tendrá características de desleal si se realiza fuera de ciertos límites y pautas establecidas (47).

El Cód. Civ. y Com. en sus arts. 1100 a 1103 establece las pautas sobre información y publicidad que deberán considerarse al momento de dirigirse a los consumidores (48).

(46) ALONSO, Fernando M., "Publicidad Comparativa. Análisis de un fallo", LL 1991-C-526.

(47) CNFed. Civ. y Com., sala I, 8/9/2011, "Laboratorios Bagó SA c. Bristol Myers Squibb Argentina SRL s/cese de uso de marcas. Daños y perjuicios", con nota de TAJAN, Guillermina, "Consideraciones sobre un caso reciente de publicidad comparativa", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, nro. 256, septiembre-octubre 2012, p. 456.

(48) Cód. Civ. y Com. Art. 1100.— Información y publicidad dirigida a los consumidores. Información. El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión. (...) Art. 1102.— Acciones. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria. Art. 1103.— Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios

Al respecto se ha señalado, en ciertos casos, el deber de brindar información surge de reglamentaciones detalladas que establecen las precisiones que debe contener aquella, de manera tal que la violación al deber de informar se configura con la mera transgresión a esas reglas. En otros supuestos, el cumplimiento del deber de información debe ser analizado en virtud de las circunstancias propias de cada caso, evaluando las características del producto o servicio y las características subjetivas del consumidor (49).

En particular sobre la publicidad comparativa el art. 1101 establece la prohibición de toda publicidad que

"a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio;

"b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor;

"c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad".

Sobre la publicidad comparativa la doctrina nos señalaba: "en nuestro país, dicha falta de legislación específica sobre competencia desleal, ninguna referencia a la publicidad comparativa, y la ausencia de una jurisprudencia clara sobre el tema, ha llevado a crear una cierta confusión" (50).

Por su parte Martínez Medrano sostiene una postura favorable a la publicidad comparativa y nos señala que los autores que en la Argentina opinan en contra de la publicidad comparativa intentan asimilar este término con publicidad desleal. Atento ello, advierte que "asimilar ambos términos no es correcto (...) es cierto que la publicidad puede ser desleal, pero el juz-

de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.

(49) RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, t. II, p. 745.

(50) OTAMENDI, Jorge, "Publicidad comparativa: ¿Un cambio de tendencia?", LL 1994-C-850.

gamiento de su lealtad deberá hacerse desde el análisis del mensaje publicitario sin tomar una posición dogmática previa” (51).

La doctrina española, al referirse a los requisitos de licitud de la publicidad comparativa ha sostenido: “el primer requisito que se exige para la licitud de la publicidad comparativa es que la comparación concierna a características esenciales, afines y objetivamente demostrables. Por consiguiente, se prohíbe realizar una publicidad comparativa que verse sobre características accidentales o que no tengan trascendencia. Además las características tienen que ser afines. Y finalmente esas características deben ser objetivamente demostrables” (52).

Sobre los argumentos a favor y en contra, Kemelmajer de Carlucci realiza una detallada enumeración de las adhesiones y críticas, entre las cuales, se encuentran:

Argumentos a favor: (i) la publicidad comparativa, siempre que no sea engañosa o desleal, coloca al consumidor en mejor posición para decidir qué productos se ajustan mejor a sus necesidades, al suministrarle más información fáctica y real, haciendo más transparente el mercado; (ii) la prohibición de la publicidad comparativa viola libertades básicas como el derecho de expresión y el de información; (iii) la limitación de este tipo de publicidad es incompatible con un sistema de libre empresa y competencia; (iv) las comparaciones obligan a los productores de bienes y servicios a mejorar la calidad de estos.

Argumentos en contra: (i) La publicidad comparativa puede confundir a los consumidores sobre la identidad y procedencia de los productos comparados; (ii) la inversión en publicidad para obtener el reconocimiento y renombre de una marca constituye un activo del titular que

deber ser protegido; (iii) la publicidad comparativa en cuanto nombra o muestra una marca competidora incurre en uso prohibido de marca ajena (53).

En cuanto a los efectos de la publicidad comparativa se señala que, tiene como fin lograr el acceso del consumidor a una información más amplia y racional sobre los productos y consecuentemente estimular una actitud más reflexiva en el proceso de elección, este tipo de publicidad favorece y estimula la libre competencia, contribuyendo a una mayor eficiencia de nuestro sistema productivo y, consecuentemente, a un mayor bienestar de la comunidad. Una actitud excesivamente restrictiva en este sentido atentaría contra el derecho de libre expresión y —su necesaria contrapartida— el derecho a la información que, por su jerarquía constitucional, tienen preeminencia sobre supuestos privilegios marcarios (54).

O’Farrell ha opinado, es cierto que una comparación entre productos o servicios similares puede facilitar la elección a los consumidores, pero más difícil es poner límites específicos a quien desea hacer uso no autorizado de un nombre o marca ajena. Todo ello me lleva a pensar que la publicidad comparativa es aceptable en cuanto no se denigre al competidor ni se pretenda confundir a los consumidores o usuarios (55). La publicidad comparativa es un adecuado vehículo de información del consumidor y transparencia del mercado. La publicidad comparativa entendida como toda publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los productos o servicios ofrecidos por este, efectuando su cotejo o parangón, para que resulte verdadera y válida solo requiere de una igualitaria correspondencia entre las cosas, bienes o servicios comparables y que se extienda a las mismas cualidades posibles de ellos, no conformando *per se* una actividad publicitaria mala (56).

(51) MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, “Publicidad desleal. Publicidad comparativa ¿Dónde está el límite? Enseñanzas que nos deja el caso Quilmes/Isenbeck”, en FAVIER DUBOIS (h.) Eduardo - TAJAN, Guillermina (dirs.), *Derecho de la competencia y su control judicial*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 288.

(52) LEMA DEVESA, Carlos, “Supuesto de competencia desleal por denigración y comparación”, en BERCOVITZ, Alberto, *La regulación contra la competencia desleal...*, cit., p. 68.

(53) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Publicidad y consumidores*, cit., ps. 109 y 110.

(54) ZAPIOLA GUERRICO, Martín, “La publicidad comparativa (aspectos jurídicos)”, LL 1988-C-779.

(55) O’FARRELL, Ernesto, “La publicidad comparativa hoy”, LL 7/6/2004. Del mismo autor ver “La publicidad comparativa vista desde la publicidad”, LL 1995-C-1065.

(56) MUGUILLO, Roberto, *Publicidad*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 267.



Desde el punto de vista constitucional Vítole ha expresado que conforme con lo previsto constitucionalmente, “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe” (art. 19, CN). Y continúa el autor sosteniendo: “...en ausencia de una norma que prohíba o restrinja expresamente este tipo de conducta, la actividad se encuentra permitida sin limitaciones”. Y aun cuando hubiera una norma restrictiva, esta debería constituir una reglamentación razonable de los derechos afectados, ya que de lo contrario la restricción devendría inválida (art. 28, CN) (57).

Por otro lado, se ha sostenido que la misma constituye un uso indebido de la marca ajena y es necesariamente parasitaria, entendiendo que, quien utiliza la marca ajena pretende asociar su imagen a la marca propia y colocarla en un nivel a veces superior. La finalidad de este tipo de comparación es que se asocie al nuevo producto con el ya conocido por el público para llevar a este a error, o lo que los tribunales americanos llaman “confusión subliminal”: adquisición por el nuevo producto de las imágenes deseables ya asociadas a la marca de buena reputación con la que se lo compara (58).

Porque la marca es un bien, sus titulares gozan del derecho de propiedad, y dado que la publicidad comparativa usa de bienes del dominio ajeno sin autorización, constituye una grosera violación al derecho de propiedad que garantiza el art. 17 de la CN (59).

La doctrina española de manera muy ilustrativa ha señalado que han sido diversos los argumentos a favor y en contra de la publicidad comparativa, en cuanto a los argumentos a favor se enumeran los siguientes: 1. Mejora la información que percibe el consumidor; 2. Fo-

menta la competencia en el mercado; 3. Favorece el proceso de innovación y mejora en las empresas; 4. Es una consecuencia del contexto internacional; incrementa la eficacia publicitaria. Por otro lado, los argumentos en contra del uso de la publicidad comparativa serían: 1. El riesgo de causar perjuicios en la calidad de la comunicación proporcionada al consumidor; 2. El riesgo de llevar a confusión al consumidor; 3. La dificultad para establecer la frontera entre comparaciones objetivas y verdaderas y comparaciones denigrantes; 4. El riesgo de que el mensaje verse sobre elementos no significativos o secundarios del producto; 5. El riesgo de causar un daño irreversible para la marca a la que se hace referencia; 6. El riesgo de *desencadenar guerras publicitarias*; 7. *El riesgo de enojar a los consumidores* (60) (61).

En cuanto a la admisión de la publicidad comparativa se señaló como vía coadyuvante a la información del consumidor o usuario, que es admisible la publicidad comparativa, con tal que esté referida a elementos esenciales y fácilmente verificables y no sea engañosa, desleal o ilícita. El empleo en ella de la marca no es en principio, ilícito (62).

(60) DEL BARRIO GARCÍA, Salvador, *La publicidad comparativa: situación actual y análisis*, Pearson Educación, Madrid, 2002, ps. 33 a 46.

(61) En el conocido caso por la opinión pública como el “Desafío Pepsi”, se trataba de una comparación entre las dos bebidas Pepsi y Coca-Cola. La Cámara sostuvo en dicha oportunidad, que “la campaña denominada “Desafío Pepsi” puede llegar a comportar, al usar o sugerir la marca del competidor con fines de referencia, un sutil modo de apoderamiento del magnetismo de dicha marca, siendo una forma de uso de la marca ajena”. También añadió el tribunal, que no podía ser descartado, que la conducta de difundir un producto tomando como punto de vista los productos rivales, configure un proceder incompatible con los usos honrados en materia comercial o industrial en los términos del art. 10 bis del Convenio de París, como tampoco podría ser apartada la posibilidad de que la referencia sugerida por incuestionable de la marca Coca-Cola, alcance a constituir un uso que prescinde del art. 4° de la ley de marcas (cons. 13)”. CNFed. Civ. y Com., sala II, 22/10/1993, “The Coca Cola Company y otros s/ medidas cautelares”, LL 1004-C-3; ED del 1/9/1994 con varias notas de doctrina sobre el tema.

(62) ANDORNO, Luis O., “Control de la publicidad y la comercialización en el ámbito de la defensa del consumidor y del usuario”, JA 1994-III-805”, citado por SANTARELLI, Fulvio G., “Bases para la admisión...”, cit., p. 487.

(57) VÍTOLE, Alfredo, “La publicidad comparativa. La perspectiva constitucional”, LL 2005-A-1406.

(58) Ver también los comentarios sobre el tema SANTARELLI, Fulvio G., “Bases para la admisión de la publicidad comparativa”, RCyS 2005-487, MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, “Publicidad desleal...”, cit., p. 288.

(59) ZORRAQUÍN ARACAMA, Ernesto, “Sobre la ilegitimidad de la publicidad comparativa en derecho argentino”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año XI, y del mismo autor “Medios distintivos y publicidad comparativa en el derecho argentino”, LL 1991-E-1603.

Una referencia de derecho comparado, que es importante que se tenga en cuenta es la regulación establecida en la Unión Europea en la Directiva 114/2006 del 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

Anteriormente la publicidad engañosa se encontraba regulada por las Directivas 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, que a su vez había sido modificada por la Directiva 97/55/CE, con el fin de incluir la publicidad comparativa.

En los considerandos de la Directiva 114/2006 se señala que “la publicidad engañosa y la publicidad comparativa ilegal puede ocasionar una distorsión de la competencia” y también se advierte “...la publicidad, lleve o no a la celebración de un contrato, afecta a la situación económica de los consumidores y de los comerciantes”.

En su art. 1º se establece que “la presente Directiva tiene por objeto proteger a los comerciantes contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas y establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa.” Para luego señalar en el art. 2º que a los efectos de la Directiva se entenderá por:

a) *publicidad*: toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones;

b) *publicidad engañosa*: toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor;

c) *publicidad comparativa*: toda publicidad que alude explícitamente o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor;

d) *comerciante*: toda persona física o jurídica que actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, oficio, negocio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de este;

e) *responsable del código*: cualquier entidad, incluido un comerciante o grupo de comerciantes, que sea responsable de la elaboración y revisión de un código de conducta y/o de supervisar su cumplimiento por quienes se hayan comprometido a respetarlo.

Expresamente sobre publicidad comparativa, se establece que estará permitida cuando cumpla con las siguientes condiciones:

a) *que no sea engañosa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2, apartado b, el artículo 3 y el artículo 8, apartado 1, de la presente Directiva y en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior* (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales);

b) *que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad;*

c) *que compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio;*

d) *que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor;*

e) *que se refiera en cada caso, en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación;*

f) *que no obtenga indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores;*

g) *que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos;*

h) que no dé lugar a confusión entre los comerciantes, entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor.

#### IV. Defensa del consumidor

En cuanto a la protección del consumidor el art. 42 de la CN, la ley 24.240 y sus posteriores reformas, junto con muchas leyes especiales que se aplican a las relaciones de consumo, así como también las normas de alcance general establecidas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se ocupan de la defensa y protección de la parte débil en la relación de consumo, en atención al desequilibrio que existe entre el consumidor y el empresario o comerciante.

Asimismo, las nuevas tecnologías y las modalidades de contratación, ya sea por medio de contratos en masa o a través de contratos con cláusulas predispuestas, tanto en forma presencial como virtual y el poder de ciertas empresas que dominan el mercado, las que ocasionan que el nivel de negociación se vea restringido, han generado un movimiento de carácter global tendiente a la defensa de los consumidores (63).

Lorenzetti ha resaltado que los derechos del consumidor son una especie del género derechos humanos (64). Sobre los derechos básicos del consumidor Chamatropulos nos indica que, por su vocación universal, es correcto tener en cuenta los puntos establecidos por las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (en su versión 2015), en donde se establece que las necesidades legítimas a satisfacer son las siguientes: "1. Acceso a bienes y servicios esenciales; 2. Protección de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja; 3. Protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad;

4. Promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores; 5. Acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada uno de ellos; 6. Educación del consumidor, incluyendo lo relacionado con las consecuencias ambientales, sociales y económicas que tienen sus elecciones; 7. Disponibilidad para el consumidor de medios efectivos de solución de controversias y de compensación; 8. Libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores y oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten; 9. Promoción de modalidades de consumos sostenible; 10. Un grado de protección para los consumidores que recurran al comercio electrónico que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio; 11. Protección de la privacidad del consumidor y la libre circulación de información a nivel mundial" (65).

El art. 4º de la ley 24.240 establece la obligación de suministrar a los consumidores información veraz, detallada, eficaz y suficiente. Sobre la información detallada en este artículo se ha dicho que tiende a facilitar la transparencia con que el consumidor debe prestar su asentimiento, ayudándole a formar su criterio, clara y reflexivamente. Se quiere, además, que el consumidor posea toda la información necesaria, en razón de que el deber de información, relacionado con la buena fe, se proyecta en la etapa de ejecución del contrato (66).

Al respecto también se ha señalado que una información para ser cierta debe, no solamente ser verdadera, sino que, además, no tiene que generar incertidumbre. Lo cierto entonces es que se relaciona tanto con lo verdadero como con lo preciso. La claridad se vincula con aque-

(63) TAJAN, Guillermina, "Derecho de la Competencia. Defensa de la competencia y lealtad comercial", en BARREIRA DELFINO, Eduardo - CAMERINI, Marcelo A. (dirs.), *Protección jurídica del consumidor bancario, Derecho de los Mercados Financieros II*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.

(64) LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 136.

(65) CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Estatuto del consumidor comentado*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, t. I, p. 19.

(66) XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar de Plata 1995, Conclusiones de la Comisión Nro. 3, La protección del consumidor en el ámbito contractual, Conclusiones de los Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil 1927-2003, La Ley, agosto 2005, punto 13, p. 146.

llo que es inteligible o fácil de comprender. Siendo así, resulta algo vital para la debida protección de los intereses del consumidor. La referencia a lo detallado se relaciona con la descripción minuciosa y circunstanciada de las características de los bienes o servicios y del contrato en sí. Advirtiéndose que, un exceso de detalles puede producir “sobreinformación”, lo cual es un efecto no deseado del cumplimiento del deber contenido en los arts. 4º, LDC y 1100, Cód. Civ. y Com. (67). En oportunidad de comentar las reformas introducidas por la ley 26.361, la doctrina destacó como un aporte positivo la consideración del nivel de comprensión de los consumidores con respecto a la forma en que la información se les suministra (68).

A su vez, el art. 8º establece los efectos de la publicidad, haciendo referencia a las precisiones formuladas en esta o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión, de manera que obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor. La doctrina ha señalado al respecto que, al referirse la norma a las precisiones, se está estableciendo que el consumidor tiene la facultad de exigir “las prestaciones propias de cada producto o servicio, tutelando de esta manera las expectativas económicas jurídicamente razonables generadas por la publicidad” (69).

Sobre la información y la publicidad Vítolo nos señala que, unos de los temas centrales en el régimen de defensa del consumidor es el relativo a la publicidad que ofrecen a los consumidores o usuarios que se vincula estrechamente con el deber de información, por parte del proveedor, que es un derecho elemental y básico del consumidor. Asimismo, advierte que, básicamente, a lo que nos enfrentamos en los supuestos de contraposición de los proveedores con los consumidores y usuarios es a un caso de asimetría de la información. En efecto; se dice que existe información asimétrica en un mer-

cado cuando una de las partes que intervienen en una operación, no cuenta con la misma información que la otra, con respecto al producto, servicio o activo objeto de dicha operación. Esta teoría supone una ruptura de la igualdad en un sistema de competencia perfecta. Esta información asimétrica conduce a una falla de mercado, que proporciona un resultado económico ineficiente (70).

Y con relación a la información dada a través de la publicidad, la doctrina ha señalado que no debería inducir al consumidor a conclusiones erróneas. Específicamente, se ha señalado que “en definitiva, la publicidad genera una expectativa que influirá de una manera u otra en la decisión de contratar. De ahí la necesidad de que sus precisiones sean veraces, porque constituyen una intención negocial al modo de oferta” (71).

## V. Defensa de la competencia

Con relación a los fines de la legislación de defensa de la competencia, la doctrina ha señalado que, las distintas legislaciones difieren, en mayor o menor medida, con respecto de las metas a las que se espera llegar mediante la sanción de normas regulatorias de la competencia. Advirtiéndose que, si consideramos la legislación *antitrust* de los Estados Unidos, observamos que los propósitos por ella perseguidos no son exclusivamente económicos, los que se desprende no solo del marco histórico en que se desarrolló dicha legislación, sino también de la constante referencia a sus fines extraeconómicos que efectúan los tribunales encargados de aplicarla. En cuanto a los aspectos puramente económicos de la Ley Sherman, y de las demás normas a ella vinculadas, se observa que están destinadas a asegurar la eficiencia del sistema productivo, en particular en lo que concierne a la asignación de recursos entre los distintos sectores, a la incentivación de la producción,

(67) CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Estatuto del consumidor*, cit., t. I, p. 242.

(68) PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, “La reforma de la ley del consumidor”, LL Sup. especial Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, Buenos Aires, 2008, p. 110.

(69) MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de defensa del consumidor. Ley 24.240*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 100.

(70) VÍTOLO, Daniel R., “Las Reformas al Régimen de Defensa del Consumidor en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, p. 108.

(71) PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, “Publicidad y oferta en la Ley del Consumidor. Cuestiones de interpretación”, LL 2003-D-1216 y *Derecho Social de Consumo*, Colección Académica, La Ley, Buenos Aires, 2004.

la investigación y las innovaciones y a la distribución de la riqueza entre los distintos sectores de la población. En lo referente a los elementos no económicos que han dado origen a la legislación *antitrust* de los EE.UU. se han mencionado la preferencia por la descentralización del poder económico, la reducción del campo en que la voluntad privada puede incidir sobre el bienestar de terceros, la incentivación de las posibilidades individuales de ejercer funciones empresarias y la tendencia a estructurar la sociedad mediante unidades más reducidas y cercanas a las inquietudes individuales (72).

La actual regulación sobre defensa de la competencia, ley 27.442, tiene como uno de los principales objetivos el mantenimiento y desarrollo de una competencia eficaz en los mercados, ya sea actuando sobre el comportamiento de los agentes económicos o actuando sobre las estructuras de los mercados (73).

La defensa de la competencia se encuentra contemplada expresamente en el art. 42 de la CN, al establecer como derecho la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados (74).

(72) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho antimonopolio y defensa de la competencia 1*, Heliasta, Buenos Aires, 2005, ps. 39-40.

(73) Véase sobre la nueva TREVISAN, Pablo - DEL PINO, Miguel - CHAMATROPULOS, Alejandro D., *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2018.

(74) La reforma constitucional del año 1994, estableció en el capítulo segundo, nuevos Derechos y Garantías, expresamente el art. 42: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

Los problemas económicos contra los cuales pueden aplicarse eficazmente políticas de defensa de la competencia, sean estos reales o potenciales, surgen de la aparición de actos, conductas y estructuras económicas, que conspiran contra el funcionamiento óptimo de los mercados. Dentro de dichos problemas podemos citar algunos: las barreras artificiales a la entrada (75), los comportamientos colusivos (76) y los comportamientos exclusorios (77).

En cuanto a la aplicación de las políticas de defensa de la competencia, según los instrumentos que se utilicen, podemos clasificarlas en dos grandes grupos: las políticas de comportamiento y las políticas estructurales (78). Dentro del primer grupo encontramos todas aquellas políticas que están focalizadas en la detección de actos, conductas y todo aquel comportamiento restrictivo o que implique un abuso de posición dominante en los mercados. En el segundo grupo de políticas nos encontramos con aquellas que están dirigidas hacia las estructuras, que son las encargadas en definitiva de llevar a cabo las conductas y comportamientos o bien ejercer en forma abusiva una posición de dominio. Con este tipo de políticas se busca lograr una modificación en la configuración de los mercados de bienes y servicios, a través de medidas que tiendan a incrementar el número de agentes económicos que actúan

(75) Entendidas como aquellos obstáculos capaces de incrementar el riesgo, tiempo y esfuerzo que deben enfrentar los potenciales competidores en caso de ingresar al mercado.

(76) Se entiende por comportamiento colusivo o práctica colusoria, a la formación de estrategias empresarias comunes, a través de acuerdos o concertaciones de precios, estas prácticas afectan principalmente a los consumidores.

(77) Los comportamientos exclusorios consisten en acciones llevadas a cabo por una firma en contra de firmas rivales, que pueden ser competidoras reales o potenciales. Se asocian fundamentalmente a dos tipos de estrategias: los precios predatorios y los precios discriminatorios. Estas prácticas afectan a los competidores y son las que más denuncias reciben en la actualidad.

(78) TAJAN, Guillermina, "Comentarios acerca de la efectiva aplicación de la ley de defensa de la competencia argentina", Boletín Latinoamericano de Competencia Nro. 13 (EU Competition Publications), noviembre 2001, p. 15 y "El control judicial de las concentraciones económicas", Boletín Latinoamericano de Competencia Nro. 25 (EU Competition Publications), febrero 2009, p. 29.

en un mercado. Este tipo de política tiene lugar a través de el control de adquisiciones y fusiones y las escisiones y desmembramientos empresarios.

La globalización de la economía es un reto para las autoridades de competencia, aunque este cambio es en principio beneficioso para la competencia, merced a la apertura e integración de los mercados, nos exponemos con mayor frecuencia a la formación de cárteles o prácticas restrictivas destinadas a crear barreras artificiales entre las grandes regiones del mercado mundial, ocurriendo por ejemplo, que grandes empresas se repartan los mercados o celebren contratos abusivos a escala mundial.

Con la sanción de la ley 27.442 continúa vigente la aplicación en nuestro sistema jurídico de los dos tipos de políticas antes descriptos, tanto las políticas de comportamiento, que ya se encontraban en sus antecesoras leyes 25.156 y 22.262, como las políticas estructurales, establecidas en la ley 25.156, con la incorporación del control de concentraciones económicas (79). Con anterioridad a la sanción de la ley 25.156, la legislación argentina tenía disposiciones sobre actos y conductas anticompetitivas, pero no contenía disposiciones sobre un control

de las concentraciones económicas, además la legislación tenía un carácter penal que con la reforma le fue suprimido. Una característica de la legislación anterior era que tipificaba a una serie de figuras como delitos, pero con la sanción de la nueva ley se produce un cambio, ya que los tipos delictivos fueron definitivamente suprimidos, pasando a ser tipos infractivos o contravenciones.

Para la aplicación de la ley es necesario que los actos o conductas, y también las concentraciones económicas, produzcan un interés contrario al interés económico general (art. 1°). (80). En el art. 2° se enumeran los acuerdos entre competidores (81), y en el art. 3° se establecen, las conductas que constituyen prácticas restrictivas de la competencia, en la medida que configuren las hipótesis del art. 1° (82).

(80) Art. 1° — Están prohibidos los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. Se les aplicarán las sanciones establecidas en la presente ley a quienes realicen dichos actos o incurran en dichas conductas, sin perjuicio de otras responsabilidades que pudieren corresponder como consecuencia de los mismos. Queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de otras normas.

(81) Art. 2° — Constituyen prácticas absolutamente restrictivas de la competencia y se presume que producen perjuicio al interés económico general, los acuerdos entre dos o más competidores, consistentes en contratos, convenios o arreglos cuyo objeto o efecto fuere:

a) Concertar en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado; b) Establecer obligaciones de (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, y/o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios; c) Repartir, dividir, distribuir, asignar o imponer en forma horizontal zonas, porciones o segmentos de mercados, clientes o fuentes de aprovisionamiento; d) Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas. Estos acuerdos serán nulos de pleno derecho y, en consecuencia, no producirán efecto jurídico alguno.

(82) Art. 3° — (...) a) Fijar en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al

(79) Sobre el tema puede también consultarse: FAVIER DUBOIS (h.) Eduardo - TAJAN, Guillermina (dirs.), *Derecho de la competencia...*, cit.; COLOMA, Germán, *Defensa de la Competencia. Análisis económico comparado*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2009; CERVIO, Guillermo - RÓPOLO, Esteban, *Ley 25.156, comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2010; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Defensa de la Competencia*, Errepar, Buenos Aires, 2006; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho antimonopolio...*, cit.; VÍTOLO, Daniel, *Manual económico jurídico de la empresa y de las inversiones extranjeras*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003; MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, *Control de monopolios y defensa de la competencia*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002; PEÑA, Julián, *Control de concentraciones económicas, marco normativo e interpretación jurisprudencial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002; VÍTOLO, Daniel, *Foreign Investments in Argentina, Competition and Antitrust Law*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002; CARBAJALES, Mariano O. - MARCHESINI, Dardo, *Teoría y práctica de la defensa de la competencia*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001; NAZAR ESPECHE, Félix, *Defensa de la competencia*, Depalma, Buenos Aires, 2001; RIMOLDI DE LADMAN, Eve, *Derecho y política de defensa de la competencia*, La Ley, Buenos Aires, 2000; *Derecho de la competencia europeo y español*, cit.

Con relación a la afectación del interés económico general y presupuesto esencial para el encuadramiento en la ley de defensa de la competencia, la doctrina ha señalado: “el concepto de interés económico general es amplio y puede dar lugar a interpretaciones diversas, es la llave de entrada o de salida para la aplicación de la ley. Permite que en el campo del mercado competitivo se descarten conductas o se condenen conductas siempre en el marco del proceso competitivo. De allí que determinar qué es ‘interés económico general’ sea esencial” (83).

que se ofrecen o demanden en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto; b) Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, de cualquier forma, condiciones para (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, y/o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios; c) Concertar la limitación o control del desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción o comercialización de bienes y servicios; d) Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste; e) Afectar mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución; f) Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien; g) Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero; h) Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales; i) Negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate; j) Suspender la provisión de un servicio monopólico dominante en el mercado a un prestatario de servicios públicos o de interés público; k) Enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios; l) La participación simultánea de una persona humana en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí.

(83) OTAMENDI, Jorge, “El interés general y la eficiencia económica en la Ley de Defensa de la Competencia”, LL 1999-F-1087.

La nueva ley 27.442 crea la Autoridad Nacional de la Competencia (ANC), organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, con sede en la CABA, aunque con posibilidad de actuar en todo el ámbito nacional (84).

En cuanto a la aplicación de la legislación sigue siendo necesaria la demostración de la existencia de efectos económicos negativos para el mercado bajo análisis, de esta forma para el análisis de una conducta o un acto restrictivo se utiliza el método denominado “regla de la razón”, o enfoque de razonamiento, ello supone un análisis detallado, en el cual la aplicación de la legislación dependerá del equilibrio entre los efectos de una determinada conducta o concentración y el logro de una mayor eficiencia económica.

De las distintas clasificaciones de los actos y prácticas anticompetitivas que se han realizado podemos destacar aquella que las separa en unilaterales y concertadas y la que las divide en horizontales y verticales. En primer lugar las prácticas unilaterales serían aquellas que se asocian con el ejercicio del poder monopólico o de liderazgo en el mercado por parte de una única empresa, y estas pueden darse a través de comportamientos exclusorios o través de un abuso de posición de dominio, en tanto que las prácticas concertadas se relacionan con situaciones en las que el poder de mercado es ejercido por un conjunto de empresas a través de comportamientos colusivos, pero también puede darse el caso de empresas que abusen de una posición de dominio en forma conjunta o concertada.

En cuanto a las prácticas horizontales y verticales, las primeras son aquellas que afectan la situación de los competidores reales o potenciales en un mercado, en tanto que las prácticas verticales se asocian con empresas que operan en distintas etapas del mismo proceso productivo.

En cuanto al abuso de posición dominante, la ley 27.442 mantiene el mismo criterio que te-

(84) Dentro de la ANC, funcionarán el Tribunal de Defensa de la Competencia, la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas y la Secretaría de Concentraciones Económicas.

nían la leyes anteriores, en el sentido de que no sancionaba la sola existencia de una posición dominante, sino que como se señaló anteriormente debía demostrarse la existencia de efectos negativos para la comunidad, a través del ejercicio abusivo de tal posición. Para saber si estamos ante un abuso de posición de dominio es preciso primero definir qué entendemos por posición de dominio, y previo a ello definir el mercado relevante en cuestión, tanto en su dimensión geográfica como de producto (85).

Por su parte en el Cód. Civ. y Com. el art. 11 establece con relación al abuso de posición dominante que lo dispuesto en los arts. 9° y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales (86).

Sobre la vinculación de la normativa sobre defensa de la competencia y el derecho de consumo, Molina Sandoval nos recuerda que,

(85) TAJAN, Guillermina, "Las últimas reformas en el derecho de la competencia en la Unión Europea. Referencia obligada sobre los recientes casos de concentraciones económicas en Argentina", LL Actualidad del 20/10/2005 y 25/10/2005.

(86) TAJAN, Guillermina, "Breves consideraciones sobre las modificaciones a las Leyes de Lealtad Comercial (ley 22.802) y de Defensa de la Competencia (ley 25.156)", *Revista de los Contratos, Consumidores y Derecho de la competencia*, año 5, 2014, Legis, Buenos Aires, p. 59.

muchos de los principios suelen ser similares, aun cuando los esquemas de aplicación pueden ser diferenciados. Una misma conducta puede ser contraria al régimen competitivo (y, en consecuencia, ocasionar daños y perjuicios, ser pasible de una medida cautelar preventiva, ser declarada ineficaz o nula, o aun, objeto de una fuerte sanción pecuniaria), al régimen de lealtad comercial (que en realidad no es el régimen de competencia desleal, sino una aplicación puntual de la tutela de los consumidores y usuarios) y ser denunciada por incumplimiento del régimen del consumidor (87).

## VI. Comentario final

A modo de conclusión se señala que, surge evidente una fuerte relación y/o vinculación entre los diferentes sistemas de normas de protección general del mercado, siendo una referencia integradora lo establecido por el art. 3°, ley 24.240, al determinar que sus disposiciones deberán interpretarse integrándose con la ley de Lealtad Comercial, ahora corresponderá que se integre con el DNU 274/2019 y sus reglamentaciones posteriores y con la Ley de Defensa de la Competencia 27.442 (anterior ley 25.156).

(87) MOLINA SANDOVAL, Carlos, "Reformas sustanciales", LL Sup. especial *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, 2008, p. 81.



# Pluralismo jurídico: Derecho del Consumidor, Defensa de la Competencia y Lealtad Comercial. ¿Regímenes similares o diferentes?

---

## I. Introducción

La dinámica de la economía de mercado, en particular las fluctuaciones entre modelos económicos dispares en las últimas décadas, convocan a analizar las relaciones entre las normas y principios que rigen la defensa de la competencia, la lealtad comercial y el estatuto del consumidor en la Argentina.

Ya en anteriores oportunidades(1) hemos destacado que el régimen de tutela de los consumidores y usuarios conforma lo que se ha dado en llamar un “microsistema jurídico”, entendido como un pequeño conjunto de normas que, sin demasiado orden ni relación entre sí, trata de realizar una justicia todavía más concreta y particular (que la del sistema y de los subsistemas), para sectores aún más determinados (el consumidor, el dañado, el locatario,

---

(\*) Fiscal subrogante a cargo de la Fiscalía Civil de Rosario, Ministerio Público Fiscal de Santa Fe.

(\*\*) Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la ciudad de Rosario. Profesor ordinario de Derecho del Consumidor y de Contratos Civiles y Comerciales parte general y especial en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario dependiente de la UCA. Magíster en Derecho Empresario graduado en la Universidad Austral. Especialista en Derecho de Daños graduado en la UCA. Director en la Carrera de Especialización en la Magistratura en la UCA. Director del Instituto de Derecho Privado del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Santa Fe. Miembro del Instituto Argentino de Defensa del Consumidor.

(1) ARIAS, María Paula - QUAGLIA, Marcelo C., “Algunas consideraciones actuales sobre el consumidor inmobiliario”, RDCO 295-452.

MARÍA L. MARTÍNEZ (\*) Y MARCELO QUAGLIA (\*)

el asegurado)(2). Asimismo, en nuestros días, este microsistema se inserta en un régimen acertadamente calificado(3) como “plurijuridismo”, donde se produce el encuentro de sistemas jurídicos en un mismo lugar y en un mismo tiempo, o “pluralismo jurídico”, que consiste en “...la existencia simultánea de sistemas jurídicos diferentes aplicados a situaciones idénticas en el seno de un mismo orden jurídico, y también a la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos que establecen, o no, relaciones de derecho entre ellos”. Dentro de dicha pluralidad de normas encontramos, entre otras disposiciones de relevancia la Ley de Defensa de la Competencia y el régimen que regula la Lealtad Comercial.

De esta manera, el legislador ha considerado necesario receptor ciertos fenómenos económicos en un plexo normativo que hemos calificado en su oportunidad como la trilogía comercial(4) (expresamente integrado a través

---

(2) NICOLAU, Noemí L., “La tensión entre el sistema y el microsistema en el Derecho Privado”, en *Revista de Estudios del Centro*, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones de Derecho Civil, 1997, nro. 2, p. 80.

(3) NICOLAU, Noemí L., “El derecho contractual frente al plurijuridismo, la integración y la globalización”, en ALTERINI, Atilio - NICOLAU, Noemí L. (dirs.), *El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 423.

(4) QUAGLIA, Marcelo C., *Grupos de empresas, defensa de la competencia y derechos del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2002.

del art. 3° de la ley de defensa del consumidor, 24.240(5)) y recientemente modificado(6) por el dictado del decreto de necesidad y urgencia 274/2019(7), que se integra con normas directa o indirectamente aplicables, intentando suplir los déficits de la ley 22.802(8).

(5) “Art. 3° — Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia. (...) Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor (...)”. (Artículo sustituido por art. 3° de la ley 26.361, BO 7/4/2008).

Esta integración es respetada en un texto superador por el Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor: “Art. 28. — Diálogo de las fuentes. Los casos relativos a la protección del consumidor se rigen por el sistema de protección del consumidor, que se integra con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, en particular las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos, esta ley, el Código Civil y Comercial y las leyes especiales que regulan aspectos particulares de las relaciones de consumo. Se integra también con la ley de lealtad comercial, y con la ley de defensa de la competencia. La doctrina y la jurisprudencia son una fuente material secundaria. Los jueces deben integrar el derecho aplicable al caso con las diferentes fuentes del sistema, armonizándolas con el fin de maximizar los derechos humanos y fundamentales en juego y de acuerdo a los principios que lo rigen”.

(6) Ya el año pasado se modificó el régimen de defensa de la competencia, sancionándose la ley 27.442. Para ampliar puede consultarse TREVISÁN, Pablo - DEL PINO, Miguel - CHAMATRÓPULOS, D. Alejandro (dirs.), *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2018.

(7) Cuya constitucionalidad se ha controvertido (ARANOVICH, Fernando C., “Decreto de Lealtad Comercial. Un ‘burladero’ de los precios”, LL del 22/5/2019, p. 2), cuestión que excede la temática abordada en estas líneas.

(8) En los mismos considerandos del decreto se hace referencia a la falta de sistematización y escaso alcance del régimen de lealtad comercial, y se explicita la necesidad de controlar conductas empresarias con un enfoque integral bifronte, tanto de lealtad comercial como de defensa de la competencia (y, nos permitimos añadir, del derecho de consumidor).

Entendemos que la visión de la norma es superadora (en coincidencia con SAHIÁN, José H., “Novedosa regulación de la competencia desleal en el decreto 274/2019 de Lealtad Comercial”, LL del 22/5/2019, p. 19). Sin embargo, hay autores que plantean que la misma “repite, altera formalmente o reproduce en forma creativa numerosas

disposiciones ya contenidas en las leyes de Lealtad Comercial, de Defensa del Consumidor y, en cierta medida, se superpone con la Ley de Defensa de la Competencia recientemente enmendada” (ARANOVICH, Fernando C., “Decreto de Lealtad Comercial...”, cit., p. 2) o que, si bien la valoración global es positiva, “salvo por la claridad en materia de publicidad comparativa, solamente se limita a sistematizar un catálogo de infracciones preexistentes que se encontraban previamente dispersas en varios ordenamientos, con lo cual no hay mucha “novedad” que festejar.” (HEREDIA QUERRO, Sebastián, “Información en el comercio, publicidad y promociones empresariales en el ‘nuevo’ régimen de competencia desleal”, LL del 22/5/2019, p. 15).

Lo reseñado no implica que el objeto de estas diversas regulaciones sea el mismo, ya que se tutelan diferentes bienes jurídicos, aunque (como veremos *infra*) muchas veces superpuestos. Esta disparidad proyecta una asimetría que plantea dificultades de interpretación. Dato no menor, ya que en este campo puede llegar a desplegarse una tensión extrema entre diferentes sujetos de derecho: el empresario, —una megapempresa, pero también en numerosas oportunidades un pequeño comerciante, expuesto a sobrellevar, en general, merced a los avatares de los procesos económicos que lo exceden— y el consumidor, muchas veces en situación de hipervulnerabilidad, llamado a vindicar sus menguados derechos en una sociedad de consumo que le provee una valiosa normativa, de jerarquía constitucional, tuitiva, e inserta en una edificación social que, aunque, lenta e incesante, no siempre operativa.

La complementariedad entre tales esferas normativas, las dificultades en su interpretación y aplicación; las posibilidades de integración para armonizar vacíos legales, todo lo que permita una mejor posición de los sujetos implicados en nuestro estado de derecho, son los temas que trataremos que conformen la topografía de estas apostillas.

## II. Bienes jurídicos tutelados: ¿más similitudes que diferencias?

Con fundamento en que la Defensa del Consumidor y la Defensa de la Competencia dimanan del art. 42 de la CN se ha considerado que la regulación de la competencia en el mercado es una contracara de la defensa individual, o

disposiciones ya contenidas en las leyes de Lealtad Comercial, de Defensa del Consumidor y, en cierta medida, se superpone con la Ley de Defensa de la Competencia recientemente enmendada” (ARANOVICH, Fernando C., “Decreto de Lealtad Comercial...”, cit., p. 2) o que, si bien la valoración global es positiva, “salvo por la claridad en materia de publicidad comparativa, solamente se limita a sistematizar un catálogo de infracciones preexistentes que se encontraban previamente dispersas en varios ordenamientos, con lo cual no hay mucha “novedad” que festejar.” (HEREDIA QUERRO, Sebastián, “Información en el comercio, publicidad y promociones empresariales en el ‘nuevo’ régimen de competencia desleal”, LL del 22/5/2019, p. 15).

grupal, de los consumidores con respecto de los productores de bienes y servicios (9).

Sin embargo, aunque portan diferentes finalidades en orden a la protección de bienes jurídicos a tutelar, estas no son tan amplias como en principio podría evidenciarse. En efecto, la Ley de Defensa de la Competencia procura la búsqueda de la eficiencia económica (entendida como un excedente o ventaja total del mercado —excedentes del consumidor y del productor— o solo del consumidor (10)), el régimen de Lealtad Comercial la correcta elección de los medios competitivos y la consecuente tutela del competidor o consumidor (víctimas de los actos desleales que se sancionan) y la ley 24.240 la protección de la salud, la seguridad, y los intereses económicos de los consumidores (11). Así, la Ley de Defensa del Consumidor dispone un paraguas tuitivo para el eslabón final de la cadena de producción, la Ley de Defensa de la Competencia resguarda la concurrencia de los competidores en el mercado, procurando resguardar el libre acceso de estos y evitar conductas anticompetitivas y, en dicho contexto (una vez que los competidores han ingresado al mercado), la normativa de lealtad comercial regula la forma en la que las empresas compiten entre sí en el mercado.

Conforme lo expuesto, las leyes de Defensa de la Competencia 27.442, de Defensa del Consumidor 24.240 —con sus múltiples reformas— y el decreto 274/2019 de Lealtad Comercial

(9) PAPAYANNIS, Diego M., “Daño injusto y compensación en la publicidad comparativa”, SJA del 23/6/2010; AP Online: AP 0003/015013.

(10) Naturalmente, la diferencia de enfoque resulta relevante (para ampliar COLOMA, Germán, “Defensa de la competencia. Análisis económico comparado”, 2ª ed., Ciudad Argentina, 2009).

Basta señalar como ejemplo de lo reseñado el fallo CSJN, “Recurso de hecho deducido por Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA en la causa Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA s/ley 22.262, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Comercio e Industria”, en JA 2002-III-389 donde la empresa imputada fue condenada por un abuso de posición dominante en el mercado (típica inconducta sancionada por la Ley de Defensa de la Competencia), evidenciada no por el daño generado a sus competidores, sino por la afectación de derechos de consumidores y/o usuarios.

(11) Así lo destaca HEREDIA QUERRO, Sebastián, “Información en el comercio...”, p. 15.

deben ser abordados sistemáticamente. Cada *corpus* normativo regula un aspecto diferente de una relación múltiple y compleja, pero necesariamente armónica.

La doctrina ya ha propugnado “la necesaria complementariedad entre las normas de defensa de la competencia con los objetivos de la defensa del consumidor, relevando una tendencia en el derecho comparado de convergencia de las dos disciplinas expresada en las decisiones de autoridades en las que tiende a primar el estándar de bienestar del consumidor sobre otros objetivos de eficiencia económica, no exenta por supuesto de matices dada la multiplicidad de objetivos reconocidos al derecho de la competencia” (12).

### III.1. Reglas claras: empresas y competencia en el mercado

El concepto de empresa, como centro de imputación de relaciones jurídicas, fue sufriendo transformaciones. En el siglo XIX en el Reino Unido se consolidó el sistema del trabajo asalariado, la conformación de un mercado de trabajo y la importancia de la producción industrial. La segunda gran transformación se dio con la organización científica del trabajo, la producción en masa y el fordismo como modo de regulación. La tercera, denominada posfordismo o sistema toyota, desestandariza y especializa la producción y el consumo, desestructura y flexibiliza la empresa, procurando su adaptación a nuevas variables y demandas (13). Hoy se habla ya de la empresa posmoderna, considerando que la economía actual ha influido decisivamente en la realidad jurídica, no solo en las estructuras legales utilizadas para “soportar” la actividad empresarial, sino en la forma de vincularse entre empresas: la actividad eco-

(12) GARCÍA R., Emilio - RAMÍREZ, Julián - RUIZ, Jorge, “Vinculaciones entre Derecho del Consumidor, Defensa de la Competencia y Lealtad en la Competencia en el derecho comparado. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de la nueva Ley de Defensa del Consumidor en Argentina”, Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, p. 741; LL Online: AR/DOC/666/2019.

(13) GIANIBELLI, Guillermo, “Transformaciones de la empresa y el derecho del trabajo”, en ACKERMAN, Mario E. - TOSCA, Diego M. (compils.) *Las transformaciones de la empresa en el derecho del trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 798.

nómica ha desbordado el marco de la sociedad anónima, debiendo recurrirse a vehículos tales como la concentración empresaria y la doctrina de los contratos conexos (14).

La empresa es “una institución imposible de definir desde el punto de vista jurídico” (15). Y ello no es más que una consecuencia del hecho que “los vocablos de la economía y del derecho no coinciden (...) la empresa, el empresario, significan en economía el pivote sobre el que gira la producción, mientras que en materia civil solo reemplaza al locatario de obra...” (16).

En nuestros días, la complejidad de las condiciones sociales, la velocidad del desarrollo tecnológico y el consiguiente cambio social, motivaron un nuevo enfoque de la empresa: “un sistema abierto que interactúa constantemente en el contexto” (17).

Los fenómenos de la concentración económica y la descentralización productiva tienen un elemento diferenciador que está dado por la estructura de relacionamiento entre las unidades de empresa. En el primer supuesto, la concentración acentúa la idea de pertenencia, ya que los capitales están residenciados en un único centro y el fin común valoriza y acumula los resultados de cada esfera en función del conjunto. En el segundo, las empresas menores no solo están diferenciadas en términos de personalidad jurídica independiente, como también ocurre en el grupo, tampoco existe ligamen accionario o de otro tipo de vinculación entre capitales con la empresa mayor (18). En ambos casos las relaciones se caracterizan por el control que unas unidades ejercen sobre las otras.

Así, se considera a la empresa como un subsistema social que funciona dentro de un sis-

(14) QUAGLIA, Marcelo C., “La empresa posmoderna ante el derecho”, LL 2009-B-878.

(15) BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones del derecho mercantil*, Porrúa SA, México, 1989, p. 81.

(16) REZZÓNICO, Juan C., “Tipicidad social en los contratos (en torno al leasing, sistemas de ahorro previo y otras realidades actuales)”, LL 1990-D-1088.

(17) VÍTOLO, Daniel R., *Iniciación en el estudio del Derecho Mercantil y de la empresa*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

(18) *Ibidem*, p. 813.

tema social más amplio y, dentro de este análisis, se plantea la influencia de la acción de este subsistema en el sistema global. Esta cuestión es de una importancia fundamental, ya que la posible influencia que ejerce la empresa dentro del sistema social es un fundamento de primer orden a fin de regular dicha injerencia (19). Y si una empresa puede llegar a influir en lo social y en lo económico, con más razón lo hará un grupo de empresas, por lo que las limitaciones se justificarán con mayor razón aún. Naturalmente estas limitaciones deberán tender a privilegiar el bien común general.

Este registro reconoce antecedentes en la legislación argentina. Ya la ley 19.551 trajo entre sus principios orientadores el de la conservación de la empresa socialmente útil: el síndico podía decidir la continuidad de la empresa cuando de la interrupción pudiera resultar con evidencia un daño grave e irreparable al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio; pero fundamentalmente el juez podía disponer de oficio la continuidad en las mismas circunstancias y teniendo en cuenta el interés general. En la exposición de motivos se delinear los principios y, entre ellos, la conservación de la empresa, en cuanto actividad útil para la comunidad.

Por lo demás, no puede soslayarse que el concepto de empresa abarca una enorme disimilitud de situaciones, desde el comerciante que solo cuenta con su fuerza de trabajo y un capital mínimo, hasta las megaempresas transnacionales; es decir que no es posible unificar

(19) Piénsese en la Argentina de los noventa, en que la quiebra de grandes empresas se traducía con frecuencia en el resquebrajamiento del tejido social: el caso en que la vida de los pequeños conglomerados urbanos se organizaban alrededor de la fábrica (v.gr.: Acindar, Verbano, etc.) los despidos masivos propiciaban un recurrente circuito del fracaso, p. ej., el padre de familia trabajador despedido, indemnizado y arrojado al mercado laboral, que generalmente establecía un pequeño emprendimiento comercial o de prestación de servicios que al poco tiempo consumía sus escasos recursos. Este cambio de estatuto influía en su posición como jefe y sostén de familia, con la consecuente conflictividad en el grupo. En numerosos casos las mujeres madres de familia debían salir a procurar el sustento, tardíamente, como empleadas domésticas o en empleos mal remunerados.

los predicamentos sin tener en cuenta las especificidades propias de cada unidad económica.

En ese contexto, las normas pretenden regular la competencia, la lealtad en el desarrollo de dicha competencia y el amparo de los derechos de los consumidores y usuarios. Ahora bien, en cuanto a la competencia, no debemos confundir el concepto jurídico con el económico. “Sólo cuando alguno de los vendedores que participa en el mercado desarrolla actos encaminados a provocar desplazamientos de clientela a favor suyo, emerge el tipo de competencia que llama la atención del derecho” (20). Es que solo si la actuación del agente altera el esquema económico surge la competencia que requiere el control del legislador.

Desde esa diferenciación se define ontológicamente la competencia ilícita que, por ende, se tiene por configurada en dos supuestos: cuando se infringe la prohibición de competir (fundada en un contrato o en la ley) o cuando se compite a través de medios repudiados por la ética profesional por ser considerados desleales (regulado actualmente por el dec. 274/2019 de lealtad comercial), todo ello sin necesidad de que efectivamente se genere un daño o perjuicio (cuestión que destacan expresamente las tres normas en análisis (21) y que se vincula con la tutela preventiva del daño, materia que ha sido expresamente reconocida a nivel legislativo por el Cód. Civ. y Com. —arts. 1710 a 1715—).

De esta forma, la ley 27.442 pretende regular y controlar las estructuras del mercado para

---

(20) GACHARNÁ, María Consuelo, *La competencia desleal*, Temis, Colombia, 1982, p. 220.

(21) Ver art. 52 de la Ley de Defensa del Consumidor (que refiere a intereses amenazados del consumidor), art. 8° del decreto que regula el régimen de lealtad comercial y art. 1° de la Ley de Defensa de la Competencia.

Esto termina con un antiguo debate sobre la legitimación para iniciar acciones provenientes de la ley 22.802 (antigua Ley de Lealtad Comercial), dado que probar la existencia actual de un daño resulta realmente dificultoso o extremadamente caro. Pero el decreto de necesidad y urgencia bajo análisis tiene una clara tendencia a impedir la ocurrencia de actividades de competencia desleal, al no requerir siquiera que el acto esté consumado para que las prohibiciones sean aplicables al caso concreto, todo en consonancia con las acciones preventivas de daños reguladas en los arts. 1710 a 1715 del Cód. Civ. y Com.

evitar la afección de la libre competencia, por ejemplo, por abuso de la posición dominante, a través de la creación de acuerdos de fijación de precios y el dec. 274/2019 regula conductas específicas del empresario en el supuesto concreto, buscando preservar las reglas de una competencia leal (p. ej., en materia de publicidad engañosa (22) o comparativa, etiquetado de mercadería, etcétera).

#### IV. El orden público como límite a la autonomía de la voluntad

La actividad empresarial, la libertad de contratar y autonomía de la voluntad en ella implícita, no pueden obviar el núcleo duro del orden público. Este axioma no es nuevo ni exclusivo del derecho del consumo. Es que en una economía capitalista de mercado implica alianzas estratégicas de empresas y discrecionalidades en el orden negocial que colisionarán frecuentemente con las políticas de protección con acento en la solidaridad. No hay más que mencionar la tendencia neoconstitucionalista que derivó en tratados internacionales, opiniones consultivas, pactos y la expansión del *ius cogens*, es decir, la proliferación de instrumentos supranacionales de aplicación y de interpretación basados en la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. En nuestro país ello se tradujo en la recepción constitucional mediante la reforma de 1994, la aceptación del bloque de constitucionalidad y la jerarquización del derecho del consumo por el art. 42 de la CN; y, finalmente, la incorporación del paradigma protectorio civil de la ley 26.994 en el Cód. Civ. y Com. (título preliminar).

Por lo tanto, al definir la *trilogía comercial*, el art. 3° de la Ley de Defensa del Consumidor admite que el libre mercado supone la participación empresaria en el circuito económico para obtener un beneficio, pero también que el ejercicio de este derecho debe ser regulado y limitado en función de los preceptos contenidos en dichas normas, las que deben considerarse (en forma indiscutible) como de orden público (23).

---

(22) Este enunciado se tomó en la redacción del Código Civil y Comercial de la Nación (art. 1101).

(23) Tanto la ley 24.240 (en su art. 65) como el decreto 274/2019 (en su art. 2°) se autodenominan como dispo-

De esta forma, los límites a la autonomía de la libertad se manifiestan en el articulado de la ley tuitiva del consumidor, pero no se limitan a esta, sino que también se evidencia en las otras normas que componen la trilogía comercial. Así, por ejemplo, la discriminación, conforme con el art. 8° bis se sanciona con la aplicación de un daño punitivo; instituto que también ha sido receptado por el régimen de defensa de la competencia (art. 64, ley 27.442) (24), pero también se regulan y sancionan conductas vinculadas con la publicidad que emiten los proveedores de bienes y servicios (arts. 8° de la Ley de Defensa del Consumidor y 11 y 15 del régimen de lealtad comercial), así como con relación a la información que deben brindar (arts. 4°, ss. y concs. de la ley 24.240 y 16 ss. y concs. del régimen de lealtad comercial), estableciendo una responsabilidad solidaria de la cadena de comercialización (art. 40 de la ley 24.240 y 21 del régimen de lealtad comercial). Otra disposición relevante (receptada en nuestro Cód. Civ. y Com. en el art. 1099, en el marco de la tutela de los consumidores (25)) es la que prohíbe y sanciona las llamadas ventas atadas (art. 3°, inc. f) de la Ley de Defensa de la Competencia).

De esta forma y a través de esta escueta ejemplificación (ya que existen numerosos supuestos —especialmente si integramos el micro-sistema de consumo con otras normas como el Código Civil y Comercial de la Nación—) se evidencia cómo estas tres regulaciones, todas ellas encapsuladas y contenidas dentro de disposiciones calificadas como de orden público, limitan y encauzan la autonomía de la voluntad (sin perjuicio de algunas excepciones puntuales) (26) en procura de la tutela y amparado en los bienes jurídicos que protegen.

siciones de orden público. No así la ley 27.442, lo que entendemos no obsta dicha calificación.

(24) Al respecto puede consultarse CHAMATRÓPULOS, D. Alejandro, “Los daños punitivos en las normas de protección de la competencia y de los consumidores: análisis comparativo”, LL Sup. Esp. Com. Ley de Defensa, 2018 (octubre), p. 457.

(25) WAJNTRAUB, Javier, “El fortalecimiento de los derechos del consumidor en el Código Civil y Comercial”, [http://www.escuelamagistratura.gov.ar/images/uploads/el\\_fortalecimiento\\_de\\_los\\_derechos\\_del\\_consumidor\\_en\\_el\\_c.c..pdf](http://www.escuelamagistratura.gov.ar/images/uploads/el_fortalecimiento_de_los_derechos_del_consumidor_en_el_c.c..pdf).

(26) V.gr., al momento de consensuar acuerdos o transar determinados derechos.

Ahora bien, ¿cómo resolver el conflicto normativo que podría generarse entre estas disposiciones, aparentemente de igual e idéntica jerarquía?

## V. Integración de la trilogía comercial

La ley 24.240 en su art. 3° determina que las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la ley 25.156 de Defensa de la Competencia y la ley 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor.

Asimismo, la nueva norma que regula la lealtad comercial prescribe que el acto de competencia desleal se define y sanciona conforme sus disposiciones, “...sin perjuicio de la aplicación de las sanciones establecidas por otras normas” (art. 7°), en las formas y condiciones que difiere a la reglamentación, exceptuando de esa previsión los actos alcanzados por la ley 27.442 de Defensa de la Competencia, que no podrán ser juzgados ni sancionados por el decreto (cuestión que nos plantea algunos reparos) (27). Claro está entonces que una conducta desleal que viole más de una norma (Ley de Defensa del Consumidor, Ley de Marcas, norma penal, etc.), puede ser sancionada desde más de una de ellas, pero esta superposición no puede darse con las sanciones provenientes de la Ley de Defensa de la Competencia, aun cuando dichas conductas sean, en muchos casos, similares o idénticas.

Por último, la Ley de Defensa de la Competencia si bien no plantea normas de integración (solo la aplicación supletoria de normas penales en su art. 79) tampoco las prohíbe, debiendo regirnos en estos aspectos por los principios generales en la materia, así como por las dis-

(27) Aunque para otros autores “es totalmente lógico, en tanto las conductas descriptas por ambas normas, en muchos casos, son similares o idénticas. No obstante, esas conductas están abordadas desde distintas ópticas, y cuando un acto implique una infracción a la normativa competitiva no debe ser juzgado bajo la NLC” (BERTAZZI, Juan C., “Publicidad comparativa en la nueva legislación de Defensa de la Competencia. Interpretación y juego de normas”, LL del 22/5/2019, p. 5).

posiciones vigentes en las otras dos normas ya citadas.

En síntesis, la integración y eventual superposición de disposiciones es más que posible, generándose dentro el supuesto de plurijuridismo que enunciáramos al comenzar este opúsculo.

En síntesis, estamos en presencia de un sistema jurídico particular, muchas veces con reglas propias (28) que hoy se ve además desbordado por la existencia de numerosas normas o disposiciones conexas o superpuestas al mismo (y en idéntica jerarquía a veces) que deberán ponderarse y considerarse, para lograr la solución más apropiada y acorde al caso concreto.

¿Cómo resolver el eventual conflicto normativo?

Hoy la respuesta la encontramos en el título preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación (29), disposición que impone que cada caso se resuelva conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte (art. 1º), en particular las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos. Todo ello a través del llamado diálogo de fuentes (30), donde los jueces deben integrar el derecho aplicable al caso con las diferentes fuentes del sistema, armonizándolas con el fin de maximizar los de-

(28) QUAGLIA, Marcelo C., "El desequilibrio relacional y del orden público económico de protección. Defensa del consumidor y revalorización de los principios generales (con especial referencia a la buena fe y a la protección de la confianza). La equidad en el ámbito del derecho del consumidor", en STIGLITZ, Gabriel A. - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 271.

(29) No es esta la única repuesta que brinda el Código Civil y Comercial, norma de la que podemos extraer otras herramientas genéricas de utilidad en los tres regímenes (v.gr., arts. 9º —principio de buena fe—, 10 —abuso de derecho—, 11 —abuso de posición dominante—, 240 —límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes colectivos— y 279 —objeto lícito de los actos jurídicos—, entre otras). También hay normas a considerar en el Código Penal, Ley de Marcas y Patentes, Ley de Propiedad intelectual, etc. (así lo destaca SAHIAN, José H., "Novedosa regulación...", cit., p. 19).

(30) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Del 'micro' al 'macro' sistema y viceversa. El diálogo de las fuentes", *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2009-1, "Consumidores", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

rechos humanos y fundamentales en juego y de acuerdo a los principios que lo rigen (31).

En dicho esquema normativo, cada uno de los operadores jurídicos deberá buscar la solución en el supuesto particular, debiendo ponderar la respuesta que mejor se adecue a los principios en juego, principios que deberán responder a la tutela de los derechos humanos conforme con las normas constitucionales y los tratados internacionales.

La tutela judicial efectiva no puede quedar sino abarcada por estas soluciones, especialmente a partir de considerar que el tercer párrafo del art. 42 de la Constitución Nacional expresamente determina que "la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos".

## VI. Conclusiones

Hoy es un hecho innegable que el mercado debe ser regulado y contenido a través de ciertas normas que el Estado imponga (orden público económico).

En nuestro país, a partir de la sanción de la ley 24.240 en el año 1993 se completó y configuró lo que hemos dado en llamar la trilogía comercial de las reglas del mercado, pilares de un emergente derecho del mercado —en palabras de Santarelli (32)—: la regulación del ingreso y permanencia de los proveedores (defensa de la competencia), la determinación de reglas claras entre los partícipes de ese mercado (lealtad comercial) y la tutela del destinatario del producto o servicio que el mercado ofrece (defensa del consumidor). A partir de entonces, las normas y reglas se han ido mejorando y adaptando a las diversas necesidades que el principio de la realidad les imponía.

Así, la relación entre las Leyes de Defensa de la Competencia (27.442), de Defensa del Consumidor (ley 24.240, con sus múltiples reformas y normas que la acceden, por ejemplo, el Có-

(31) Así lo determina (y lo hemos citado) el art. 28 del Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor.

(32) SANTARELLI, Fulvio G., "Comentario al art. 3º", en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 57.

digo Civil y Comercial de la Nación) y la normativa de lealtad comercial (DNU o dec. 274/2019, indistintamente) debe ser estudiada de forma sistemática. Cada una de ellas regula un aspecto diferente de una relación compleja, e incluso las mismas normas en cuestión marcan la necesidad de esa interacción armónica (33).

De esta forma, y con la reciente sanción del dec. 274/2019 dicha trilogía vuelve a reconfigurarse, en un mejor esquema y sistema a nuestro entender, a través de tres disposiciones que en forma transversal (ya que inciden en varias normas e institutos) interactúan y se retroalimentan, procurando cada una la tutela los bienes jurídicos protegidos y, muchas veces, a través de

---

(33) BERTAZZI, Juan C., “Publicidad comparativa en la nueva legislación de Defensa de la Competencia. Interpretación y juego de normas”, LL del 22/5/2019, p. 5.

la protección de sus intereses, amparando los que regulan las otras normas en una clara y evidente vinculación, controlada y determinada por el principio *pro hominis*, conforme con las normas constitucionales en juego y los tratados de derechos humanos imperantes.

Así, y a pesar de la distinta naturaleza de cada bien jurídico protegido y de la diferente intensidad de su protección legal, los tres regímenes deben funcionar coordinadamente, honrando de esta manera la manda constitucional. Son normas que indudablemente interactúan, debiendo interpretarse cada una ella integrada al trinomio normativo que forman, a fin de lograr una integración sistémica de la totalidad del plexo (34).

---

(34) Ídem.



# Defensa de la competencia y lealtad comercial, ¿destinos comunes, caminos diferentes?

---

SANTIAGO DEL RÍO (\*) E IGNACIO MORA (\*\*)

## I. Introducción

El 22 de abril de 2019 se publicó en el Boletín Oficial el decreto de necesidad y urgencia 274/2019 (el “decreto”), que deroga la Ley de Lealtad Comercial 22.802 (la “Ley de Lealtad Comercial”) y establece un nuevo régimen en materia de lealtad comercial, cuyo objetivo es el de mejorar las condiciones de competitividad de la economía, dinamizar y simplificar el comercio y complementar lo dispuesto por la Ley de Defensa de la Competencia 27.442 (“LDC”). El decreto entró en vigencia el 30 de abril de 2019, a los ocho días de su publicación en el Boletín Oficial.

A modo de introducción, el decreto viene a complementar a la LDC y al régimen de defensa del consumidor, conformando así el universo normativo que regula las relaciones de consumo que se dan en el día a día de nuestra economía. En este contexto, entendemos que existen algunos puntos oscuros del decreto capaces

---

(\*) Socio de Marval, O’Farrell & Mairal, especializado en temas de defensa de la competencia. Anteriormente se desempeñó como Asociado Extranjero en las oficinas de Madrid y Bruselas de Uría Menéndez. Graduado de la Universidad del Salvador en 2005, cuenta con un *Post-graduate Diploma on Economics for Competition Law* de King’s College (Londres).

(\*\*) Asociado Senior de Marval, O’Farrell & Mairal, se desempeña en el área de Defensa de la Competencia. Anteriormente se desempeñó como Asociado Extranjero en las oficinas de Londres y Bruselas de Slaughter and May. Se graduó como abogado en la Universidad Blas Pascal en 2010.

de generar confusión en torno a la supuesta “complementariedad” con la LDC.

El presente trabajo tiene como objetivo sistematizar los elementos, similitudes y diferencias de los regímenes de defensa de la competencia y de lealtad comercial, en miras de brindar una mayor claridad a la hora de definir cuál es el régimen jurídico aplicable ante la presencia de ciertos “actos comunes” a ambos.

## II. Antecedentes del régimen de defensa de la competencia

La regulación en materia de defensa de la competencia en la Argentina comienza en el año 1923 con el dictado de la ley 11.210, que en su art. 1º incorporaba la noción de “monopolio” y declaraba como ilegal a aquellos convenios, pactos o fusiones de capitales tendientes a establecer o sostener el monopolio y lucrar con él, así como aquellas conductas que pudieran restringir la competencia y que implicaran la obtención de grandes ganancias sin guardar proporción con el capital invertido.

En 1946 la ley 12.906 sustituyó el anterior plexo normativo y definió, de manera muy similar, los actos tendientes a establecer o sostener el monopolio y amplió las conductas especiales tendientes a la restricción de la competencia. La jurisprudencia de la época ya interpretaba con claridad la finalidad perseguida y el bien tutelado por la ley, a saber: “El bien jurídico protegido por la ley represiva del monopolio es la íntegra regulación estatal de las condiciones

dentro de las cuales debe desarrollarse la economía del país...” (1).

En 1980 se dictó la ley 22.262, la cual incorporó importantes cambios en la forma en la que se pensaba la defensa de la competencia en la Argentina, comenzando a tratar las figuras anticompetitivas como pertenecientes a una especie de ilícito particular y no ya tanto como parte de un análisis netamente delictual o penal general. En esta línea, la ley 22.262 incorporó el concepto de “interés económico general” como punto de partida para determinar si un acto debía ser considerado anticompetitivo o no. Esta Ley también fue muy importante desde el punto de vista institucional disponiendo la creación de una autoridad de competencia, lo cual reforzó aún más la idea de que esta era una rama independiente, con sus propias reglas y principios.

Si bien la ley 22.262 incorporó modificaciones importantes al régimen *antitrust* en la Argentina, esta sufrió críticas en tanto que, entre otras cosas, no establecía un procedimiento de control de fusiones. Fue por ello que en el año 1999 se dictó la ley 25.156 que incorporó el procedimiento de notificación y control de operaciones económicas como uno de sus dos grandes pilares. La ley 25.156 mantuvo los principios de la ley 22.262 con relación al análisis de conductas anticompetitivas y, a través de la jurisprudencia, se fueron consolidando los diferentes criterios de análisis.

La ley 25.156 se mantuvo vigente hasta el año 2018 cuando se dictó la vigente LDC, cuyo cambio principal en materia conductual con relación a los regímenes anteriores fue el apartamiento parcial a la regla de la razón como principio rector, ya que considera a determinadas conductas horizontales como absolutamente restrictivas de la competencia. Tal y como puede observarse de las distintas normas que fueron dictándose, la finalidad del régimen *antitrust* es y siempre fue la de bregar por un correcto funcionamiento del mercado y del orden público económico, entendido este último como la generalidad de relaciones jurídicas y dinámicas que se dan en el mercado. El concepto de “interés económico general”, que se

incorporó en el año 1980 y sigue hasta hoy, es importante para entender las diferencias que existen con otros regímenes que tutelan bienes jurídicos individuales o más acotados.

La LDC menciona en su art. 1º al interés económico general, estableciendo que los actos o conductas allí mencionadas estarán sujetos a sanciones si resultan en un perjuicio al interés económico general. Es decir, debe realizarse un análisis caso por caso para evaluar el impacto de una conducta en el mercado y determinar si existe o no un daño al interés económico general. De modo que “...quedan excluidas de las correspondientes prohibiciones los diferentes tipos de conductas que resultan favorables al interés económico general...” (2).

Para valorar si una conducta beneficia o perjudica el interés económico general, hay que evaluar por un lado los beneficios que pueden derivar de esas conductas y, por el otro, los perjuicios que resultan, y, “...sobre esas bases determinarse si prevalece la posibilidad concreta de lesión para el interés económico general...” (3). En agosto de 1997, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (“CNDC”) en un artículo denominado “Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia” determinó que el interés económico general “...es un concepto deliberadamente vago y de difícil aplicación desde el punto de vista jurídico...” (4), sin embargo, dicho artículo afirmó que desde el punto de vista económico “...resulta posible ayudar en su precisión a través del empleo de los conceptos de ‘excedente del consumidor’, ‘excedente del productor’, ‘excedente total’ y ‘función de bienestar social...’ (5).

La teoría del excedente del consumidor parte de la base de que el consumidor estaría dispuesto a pagar un determinado precio por lo que desea, y si lo que paga está por debajo de ese estimado, entonces la diferencia es lo que guarda el consumidor y constituye el exce-

(2) *Ibidem*, p. 251.

(3) *Ibidem*, p. 259.

(4) CNDC, “Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia”, agosto, Buenos Aires, 1997, p. 3.

(5) *Ibidem*.

(1) CNPenal Económico, 10/12/1970, JA 9-230.

dente. Esta teoría sirve para determinar hasta cuánto está dispuesto a pagar el consumidor por un determinado bien o servicio. La CNDC también ha dicho que “...el excedente del productor representa un concepto semejante, pero visto desde el lado de las empresas proveedoras del bien...” (6).

La consideración conjunta del excedente del consumidor y del excedente del productor permite elaborar una primera definición operativa del valor del interés económico general generado en un mercado. Esta definición es la del “excedente total de los agentes económicos”, entendido como la suma de los excedentes que obtienen los consumidores y los productores que participan en el mercado. Este concepto es de particular interés para el análisis económico del régimen de defensa de la competencia, ya que es justamente la magnitud que se maximiza cuando la estructura del mercado es de competencia perfecta. Básicamente, el interés económico general puede verse afectado cuando un agente económico con posición dominante causa una suba de precios injustificada, generando así que algunos consumidores que hubieran estado dispuestos a adquirir un determinado bien a precio competitivo no lo hagan, viéndose afectado el excedente del consumidor.

### **III. Elementos para que una conducta sea considerada anticompetitiva de acuerdo con el régimen de defensa de la competencia**

Desde un punto de vista de defensa de la competencia, para que una conducta unilateral sea considerada anticompetitiva deben verificarse los siguientes elementos: a) la persona o empresa denunciada por la conducta en cuestión tenga una posición dominante en un mercado; b) la conducta objetada implique un abuso de dicha posición; y c) la misma pueda resultar en un perjuicio para el interés económico general.

a) *Ostentar una posición dominante*: De acuerdo con el art. 5° de la LDC, una empresa goza de posición dominante cuando es la única oferente o demandante de un determinado producto dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, sin ser la única oferente o demandante, no está expuesta

a una competencia sustancial. Por su parte, el art. 6° de la LDC establece varios criterios para poder determinar dicha posición, como ser la baja sustituibilidad de un producto por otros, la existencia de restricciones normativas que limitan el acceso de otros productos al mercado y la escasa capacidad de las empresas competidoras para contrarrestar el poder de la empresa dominante.

Por su parte, las “Guías para el Análisis de Casos de Abuso de Posición Dominante de tipo Exclutorio” (las “Guías”) publicadas por esta CNDC establecen que la posición dominante puede entenderse también como una situación de poder económico en la que se encuentra una empresa en un mercado que le permite comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, proveedores o clientes. Este entendimiento también fue expresado por la CNDC en sus precedentes (7). Así, se puede concluir que la figura de la posición dominante contiene dos elementos fundamentales: ausencia de competencia y comportamiento independiente.

No debe considerarse que ostentar una posición dominante es necesariamente malo. En ese sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico ha sostenido que una posición dominante “(...) no tiene, necesariamente que derivar en un dominio absoluto, pero es suficiente que sea necesariamente fuerte, como un todo, para asegurar a dichas empresas una completa independencia de conducta” (8).

b) *Abuso de dicha posición dominante*: Tal y como se mencionó en el punto anterior, no es suficiente que exista una posición dominante, sino que esta debe ser ejercida en forma abusiva. Según lo indicado por Cervio y Rópolo: “La LDC no sanciona la posición dominante en sí, sino que se limita a sancionar actos que puedan ser considerados abusivos de dicha posición dominante” (9).

(7) Dictamen 317, “YPF SA s/incumplimiento de la ley 22.262”.

(8) CNPenal Económico, sala B, 19/8/1982, caso “Cooperativa Popular de Electricidad de Santa Rosa Ltd.”.

(9) CERVIO, Guillermo J. - RÓPOLO, Esteban P., *Defensa de la competencia. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 271.

(6) CNDC, “Breve análisis económico...”, cit., p. 5.

En esta misma línea, la Guía indica que una posición dominante no es ilegal en sí misma, ya que pudo haber sido adquirida a través de medios absolutamente legítimos y a través de una competencia basada en méritos. La Guía pone como ejemplo el caso de una empresa innovadora que crea productos o procesos novedosos que benefician a los consumidores. Sin embargo, una empresa con posición dominante tiene una “especial responsabilidad” de no abusar de tal posición y, en particular, de evitar que su conducta afecte el proceso competitivo.

c) *Existencia de perjuicio (actual o potencial) al interés económico general.* La LDC mantiene la regla de la razón como principio rector para el análisis de conductas unilaterales, en virtud del cual no hay conductas anticompetitivas *per se*, debiéndose analizar si estas pueden resultar en un perjuicio para el interés económico general.

Tal y como explicamos más arriba, el concepto de interés económico general es de vital importancia para distinguir a esta materia de otras, ya que es el bien jurídico tutelado y por lo tanto el punto de partida para el análisis de conductas que pueden tener un impacto *antitrust*. Si bien el concepto en cuestión no tiene una interpretación única, una importante facción de la doctrina sostiene que la idea básica detrás del “interés económico general” es la eficiencia económica, en tanto que cuando se tiene que analizar si una conducta es positiva o negativa desde el punto de vista de defensa de la competencia, se debe evaluar si ella tiene por objeto o efecto incrementar o disminuir la eficiencia en un mercado.

Con la excepción de las conductas horizontales listadas por el art. 2º de la LDC, las cuales constituyen una excepción a la regla de la razón, cualquier otro caso en donde no exista un perjuicio al interés económico general deberá clasificarse como una mera disputa comercial entre dos particulares y será ajeno al régimen de defensa de la competencia.

La CNDC ya ha aclarado esta cuestión en varios de sus precedentes. Por ejemplo, en el caso “Guama SA c. Aeronáutica de Cancún SA” (10), la

(10) Ver “Guama SA c. Aeronáutica de Cancún SA de C.V.”, expte. 623427/1993.

primera (agencia de viajes) presentó una denuncia en contra de la segunda (aerolínea) alegando que había establecido ciertos requisitos con relación a la entrega de boletos, que afectaban no solo al denunciante, sino también al interés económico general en su totalidad. Al momento de brindar explicaciones, la aerolínea denunciada justificó su negativa de venta en un incumplimiento contractual por parte de la agencia de viajes (de acuerdo a la descripción realizada por la CNDC, la agencia de viajes no habría pagado los 160 asientos por viaje previamente acordados). Habiendo analizado esta situación, la CNDC concluyó que “...estamos en presencia de un litigio de carácter comercial, por eventuales violaciones de cláusulas contractuales entre las partes, que en nada afecta los rasgos competitivos del mercado ni el interés económico general, máxime considerando que la empresa denunciada no ostenta una posición dominante en el mercado y que, por ende, no se le puede imputar abuso de una posición que no detenta”. Asimismo, y reafirmando lo analizado en el caso anterior, en el caso Tejeduría del Chubut (11) la CNDC manifestó que, ante una disputa comercial, “ningún foro puede pretender que semejante vínculo comercial continúe. De allí que no se constituye abuso de posición de dominio suspender las entregas por falta de pago”.

Asimismo, y en un sentido similar, en el caso “Representaciones Siderúrgicas c. Siderar” (12), la CNDC decidió que la negativa de provisión de hojalata no resultaba injustificada ya que la razón de dicha negativa y, por lo tanto, de la denuncia en sí misma, se había originado en una disputa comercial entre las compañías. Esta disputa se originó en el no pago de los productos entregados por Siderar. De acuerdo con lo dicho por la CNDC “en el caso de marras no se observa que la negativa de venta resulte injustificada, toda vez que las cuestiones planteadas por la denunciante versan sobre un conflicto comercial que parcialmente ya ha sido resuelto en sede judicial...”. En otro precedente similar, la CNDC reiteró que “...A los efectos de la Ley aplicable (...) deviene improcedente el tratamiento

(11) Ver “Tejeduría del Chubut”, 26/12/1990, LL 1992-C-470.

(12) Ver “Representaciones Siderúrgicas c. Siderar”, expte. 064014742/2001.

de hechos que solo impliquen agravios a intereses o derechos particulares, por relevantes que ellos sean (...) surge la existencia de un conflicto que resulta ajeno a la normativa de la Defensa de la Competencia, y a la competencia que la misma atribuye a este organismo” (13). Por último, “en reiteradas oportunidades esta Comisión ha afirmado que la defensa de la competencia no se identifica con la defensa de los intereses de un competidor dado. Ello es así, debido al bien jurídico protegido por el régimen legal, esto es el interés económico general” (14).

En esta misma línea, en el reciente caso “Despegar c. American Airlines” la CNDC decidió que el cese de una relación de agencia por parte del principal se encontraba justificada y que, además, “se le suma una cuestión adicional, no fue una conducta realizada de manera uniforme, porque el resto de las agencias de viaje no vieron afectadas sus operaciones de venta de pasajes de AMERICAN, por lo tanto, los consumidores tampoco se vieron afectados por la presunta conducta. Independientemente de las conclusiones respecto de la posición de American en los mercados en cuestión, la negativa de American no solo estuvo justificada, sino que además no representó ninguna potencial afectación al proceso de competencia en el mercado de agencias de viaje...”. Una vez más, el análisis pone el foco en el mercado y no en sus participantes.

La Guía, por su parte, establece que “es importante notar que la LDC protege el proceso competitivo y no a uno o varios competidores en forma específica. Por ejemplo, si una empresa con posición dominante lanza un nuevo producto al mercado y esto hace que sus competidores se vean perjudicados porque los consumidores prefieren el nuevo producto a los que adquirirían con anterioridad, esto no será considerado como un abuso de posición dominante”.

Para concluir, el régimen de defensa de la competencia contempla aquellas conductas llevadas adelante por ciertos actores con capacidad para afectar negativamente a un mercado en general, dejando fuera de su órbita de análisis

aquellos actos relativos a meras cuestiones privadas entre dos o más agentes.

#### **IV. Antecedentes del régimen de lealtad comercial**

La Ley de Lealtad Comercial fue publicada en el Boletín Oficial el 11 de mayo de 1983, teniendo como reglamentación la res. 100/1983 de la Secretaría de Comercio. La Ley de Lealtad Comercial “...buscó proteger al consumidor, a la vez que facilitar al comerciante el conocimiento de la legislación a la que debe adecuarse...” (15). Esta tuvo como fin unificar la legislación vigente y establecer normas y procedimientos para las infracciones a dicho régimen.

La primera modificación a la Ley de Lealtad Comercial fue introducida por la ley 25.954 del año 2004, la cual incorporó el art. 9º bis, luego modificado por la ley 26.179. Posteriormente, la Ley 26.361, modificatoria de la Ley de Defensa del Consumidor, trasladó “...la competencia desde lo Penal Económico, al fuero de lo Contencioso Administrativo Federal...” (16). Por su parte la ley 26.422 de noviembre de 2008 introdujo el art. 1º bis y, por último, La ley 26.993 introdujo cambios en referencia a los montos de las multas, a las sanciones y la jurisdicción competente.

Por último, en abril del presente año el decreto derogó la Ley de Lealtad Comercial, introduciendo importantes cambios al régimen de lealtad comercial. En cuanto a su finalidad, el art. 1º establece que el decreto tiene como finalidad “...asegurar la lealtad y transparencia en las relaciones comerciales y garantizar el acceso a información esencial sobre los productos y servicios comercializados en la República Argentina a través de canales físicos o digitales, en interés de todos los participantes del mercado...” (17). Por su parte, en los considerandos del decreto se establece que “...los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos...” Es decir, el bien jurídico tutelado por el régimen de

(13) Ver “Cresata SA c. Siderar”, expte. 056893/2003.

(14) Dictamen 529 “Ref. eleva denuncia (C.665), expte. 064-004881/2001”.

(15) TAMBUSSI, Carlos E., “Análisis del decreto de necesidad y urgencia que deroga la Ley de Lealtad Comercial”, LL Online: AR/DOC/1647/2019.

(16) *Ibidem*.

(17) Art. 1º del decreto.

lealtad comercial es justamente la lealtad en las relaciones comerciales que abarca, entre otros, los derechos de los consumidores a una información exhaustiva y clara. A diferencia del régimen anterior, el decreto enuncia en su art. 10 los actos concretos que importan “competencia desleal”, cuya enumeración tiene carácter taxativo a los fines de la imposición de sanciones administrativas, y carácter enunciativo a los fines de la promoción de acciones judiciales por parte de los administrados.

### V. Elementos para que una conducta sea considerada desleal de acuerdo al régimen de lealtad comercial

Además de listar actos concretos de “competencia desleal”, el decreto también define de manera general al acto de competencia desleal como toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una empresa o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo (18).

En términos del ámbito de aplicación objetivo, el decreto establece que los actos de competencia desleal serán sancionados en la medida que se realicen en el mercado y con fines competitivos, y aclara que la finalidad competitiva del acto se presume cuando este resulte objetivamente idóneo para obtener, mantener o incrementar la posición competitiva en el mercado de quien lo realiza o de un tercero (19).

En términos del ámbito de aplicación subjetivo, las disposiciones del decreto aplican a todas las personas humanas o jurídicas, de carácter público o privado, con o sin fines de lucro, que participen en el mercado y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional (20).

Continúa el decreto incorporando el principio de la “primacía de la realidad”, en virtud del cual, para determinar la naturaleza del acto de competencia desleal, se atenderá a las situacio-

nes, relaciones y efectos económicos que potencial o efectivamente produzca (21). Por último, el decreto establece que los actos de competencia desleal estarán prohibidos, cualquiera sea la forma que adopten, el medio a través del cual se realicen y el mercado en el que tengan lugar, y que no será necesario acreditar la generación de un daño, pudiendo este ser actual o potencial (22).

Para concluir, el régimen de lealtad comercial recepta ciertos actos que traen aparejado de manera implícita el ánimo de dañar a otros a través de medios ilícitos (23). Es por esto que la configuración de un acto de competencia desleal en sí ya es suficiente para accionar en virtud de este régimen, sin que sea necesario acreditar la generación de un daño. Lo anterior implica que para esos casos “comunes” que serán detallados a continuación, el régimen de lealtad comercial se preste como más laxo en términos de requisitos y, por lo tanto, pueda generar el incentivo de accionar por esa vía obviando a defensa de la competencia.

### VI. Similitudes y diferencias entre el régimen de defensa de la competencia y de lealtad comercial

En términos generales, el régimen de lealtad comercial tiene relación tanto con el de defensa de la competencia, así como con el de defensa del consumidor, lo cual se ve reflejado en el art. 3º de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240: “...Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley Nº 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley Nº 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor...” (24). De esto podemos inferir que la normativa aplicable al consumidor se integra de todas las normas que resulten aplicables a relaciones jurídicas de consumo.

(21) Art. 6º del decreto.

(22) Art. 8º del Decreto.

(23) NAZAR ESPECHE, Félix A., “Defensa de la Competencia”, IB de F, Buenos Aires, 2016, p. 63.

(24) Art. 3º, ley 24.240.

(18) Art. 9º del decreto.

(19) Art. 4º del decreto.

(20) Art. 5º del decreto.

Tal y como anticipamos, existen algunas similitudes entre el régimen de defensa de la competencia y la lealtad comercial que en la práctica pueden llevar a confusión sobre si debemos aplicar uno u otro régimen. A modo de referencia, ambos regímenes comparten los siguientes principios generales: la aplicabilidad del régimen incluso a actos realizados fuera del territorio, en la medida que tengan efectos en el país, y la primacía de la realidad. Sin embargo, el gran aspecto en común que existe entre ambos plexos normativos es la incorporación por parte del decreto de ciertas conductas que ya se encontraban tipificadas como conductas anticompetitivas de tipo unilateral por la LDC. Es notable la similitud de estos “actos comunes”, los cuales son pasibles de ser investigados y sancionados por ambos regímenes normativos (no en simultáneo), a saber:

a) *La violación de normas del art. 10, inc. c) del decreto se encuentra receptado en el art. 1º, párr. 2º de la LDC.*

b) *El abuso de situación de dependencia económica del inc. d) y la obtención indebida de condiciones comerciales del inc. e) del decreto parecen conformar un marco general dentro del cual podrían ser de aplicación las siguientes figuras específicas de la LDC (a) obstaculización a la permanencia en un mercado del art. 3º, inc. d), (b) subordinación de la venta de un bien a la adquisición de otro (venta atada) del art. 3º, inc. f), o (c) la negativa de venta del art. 3, inc. i).*

c) *El tratamiento discriminatorio del art. 10, inc. l) del decreto encuentra su figura análoga en el art. 3º, inc. h) de la LDC (discriminación de precios) y, por último,*

d) *La venta por debajo del costo del art. 10, inc. f) del decreto encuentra su figura análoga en el art. 3º, inc. k) de la LDC (precios predatorios).*

No obstante lo anterior, existen diferencias sustanciales entre ambos marcos normativos, los cuales tienen que ver con el bien jurídico tutelado y los elementos que deben verificarse para accionar bajo uno u otro régimen.

En primer lugar, mientras que el régimen de defensa de la competencia protege el correcto funcionamiento del mercado y del proceso

competitivo en general, el régimen de lealtad comercial regula situaciones entre dos o más operadores del mercado en particular. En este sentido, la Guía establece que “la LDC requiere distinguir entre situaciones en las cuales una conducta, un abuso de posición dominante, perjudica al interés económico general (*régimen de defensa de la competencia*) y situaciones en las cuales solo se afectan intereses particulares de los agentes económicos involucrados (*régimen de lealtad comercial*). En ese último caso, los daños generados a dichos intereses particulares podrán ser objeto de litigios encuadrables dentro del derecho privado, pero no forman parte del bien jurídico protegido por la LDC”, el resaltado nos pertenece.

En segundo lugar, los requisitos para accionar bajo uno u otro régimen difieren sustancialmente, a saber:

a) La LDC establece que el supuesto infractor tiene que ostentar una posición dominante en un mercado y haber hecho un abuso de dicha posición, mientras que bajo el régimen de lealtad comercial el sujeto pasivo de la denuncia puede ser un agente económico cualquiera, sin importar su posición en el mercado en cuestión.

b) La LDC requiere que exista un perjuicio actual o potencial al interés económico general, mientras que el decreto establece que “no será necesario acreditar la generación de un daño, pudiendo este ser actual o potencial” (25). Como ya ha sido explicado más arriba, el concepto de “interés económico general” hace alusión a un correcto funcionamiento del mercado en general, siendo mucho más amplio y comprensivo que el mero daño que pudiera haber sufrido un agente económico en sus relaciones comerciales particulares. Asimismo, mientras que la LDC establece que el perjuicio al interés económico general tiene que ser probado, el decreto establece que no es necesario acreditar el daño, siendo la realización de la conducta desleal suficiente para poder accionar.

Es decir, un acto de competencia desleal es ilícito en sí mismo. No se sanciona el haber causado un daño a un tercero, sino el haberlo he-

(25) Art. 8º.

cho de manera indebida(26). En cambio, para que una conducta sea anticompetitiva desde un punto de vista de defensa de la competencia, esta tiene que haber sido realizada por un agente económico con posición dominante y causar un perjuicio (actual o potencial) al interés económico general, el cual tiene que ser acreditado.

En la práctica, puede darse la situación en la que un acto quede comprendido bajo ambos regímenes. Para este tipo de casos, el decreto establece que quedan fuera de su órbita de análisis los actos alcanzados por la LDC(27). Por su parte, la res. 248/2019 de la Secretaría de Comercio Interior establece que no podrán plantearse procedimientos administrativos simultáneos por los mismos actos o conductas y establece el siguiente orden de prelación: “en los casos en los que se hayan denunciado o iniciado de oficio investigaciones correspondientes a presuntas conductas alcanzadas por la Ley N° 27.442 en las que se haya instruido sumario conforme al artículo 39 de dicha ley, la resolución dictada por la Autoridad Nacional de la Competencia —o la ex Comisión Nacional de Defensa de la Competencia o la Secretaría de Comercio Interior, hasta tanto aquella esté constituida y en funcionamiento— bajo la Ley N° 27.442, produce efectos de cosa juzgada a los efectos del Decreto N° 274/19, y esas circunstancias no podrán ser nuevamente discutidas en la acción o procedimiento administrativo previsto en el mencionado decreto. Si la resolución dictada bajo la Ley N° 27.442 desestima por improcedente la denuncia o archiva las actuaciones previo a la apertura de sumario, de acuerdo con lo previsto en los artículos 38 y 39 de dicha ley y el Decreto N° 480 de fecha 23 de mayo de 2018, el interesado podrá plantear ante la Dirección de Lealtad Comercial si los mismos hechos implican una infracción al artículo 10 del Decreto N° 274/19”.

En definitiva, cuando un caso queda comprendido bajo ambos regímenes al mismo tiempo, deberá ser analizado por CNDC y, solo en caso de que esta autoridad desestime la denuncia,

podrá ser analizado por lealtad comercial posteriormente. La finalidad última de la LDC (proteger el interés económico general y el correcto funcionamiento del mercado) y la cuantía de las sanciones a ser impuestas bajo dicho régimen justifican que se evalúe primeramente ese “acto común” bajo la órbita de la CNDC.

Por último, en este tipo de casos “comunes” resultará interesante ver qué criterios utilizará la Dirección de Lealtad Comercial(28) para su análisis. A modo de ejemplo, la CNDC entiende que hay que distinguir entre un precio predatorio y un precio bajo originado en una ventaja de costos asociada a mayor eficiencia, y establece que, si puede demostrarse que el precio resulta menor que el costo incremental directo generado por la provisión del bien o servicio en cuestión, entonces podrá considerarse que dicho precio puede calificar como predatorio. Por su parte, el art. 10, inc. f) se limita a establecer que la venta por debajo del costo de adquisición constituirá un acto de competencia desleal, cuando forme parte de una estrategia encaminada a dificultar la entrada al mercado o eliminar a un competidor del mercado. En este sentido, resta esperar a ver si la Dirección de Lealtad Comercial utilizará criterios similares al de la CNDC o si se apartará generando una corriente de análisis diferente e independiente.

## VII. Conclusión

El decreto intenta revitalizar las herramientas de lealtad comercial que, en conjunto con los regímenes de defensa de la competencia y defensa del consumidor, forman el universo de regulaciones que analizan la relación entre proveedores y consumidores en el mercado.

Como ha sido detallado más arriba, ambos regímenes terminan beneficiando a los operadores económicos en un mercado, pero a través de diferentes vías. Uno lo hace a través de la protección de un mercado eficiente en donde no se resguarda a un operador en específico, sino a un bien superior (a saber, el interés económico general), mientras que el otro realiza una protección directa a través de la sanción de actos específicos capaces de dañar a los demás

(26) NAZAR ESPECHE, Félix A., “Defensa de la Competencia”, cit., p. 61.

(27) Art. 7°.

(28) Autoridad de Aplicación del régimen de lealtad comercial de acuerdo a la res. 248/2019.



operadores. Asimismo, como se ha analizado, existen situaciones en donde el decreto deja en claro una primacía del análisis en pos de un mercado más eficiente (al remitir a la LDC) y —en caso de no darse las circunstancias para dicha revisión— la posibilidad de realizar el planteo a nivel individual.

Las páginas precedentes intentan ofrecer al lector un panorama claro de la intersección entre defensa de la competencia y lealtad comercial, con el fin de ilustrar de la manera más clara posible sus elementos propios, cuyo entendimiento es necesario para tener certeza a la

hora de decidir accionar por uno o por otro (o por los dos) régimen.

Creemos que va a ser muy importante ver cómo se desarrolla esta cuestión en la práctica, siendo un desafío para las distintas autoridades relevantes clarificar estas cuestiones a través de su jurisprudencia, generar un entendimiento armónico y evitar colisiones entre los distintos regímenes. En particular, resta ver si la Dirección de Lealtad Comercial utilizará criterios similares a CNDC para el análisis de casos “comunes” o si, por el contrario, generará nuevos criterios de análisis teniendo en miras a las particularidades del propio decreto.



# Nuevo Régimen de Lealtad Comercial y su vinculación con el derecho penal

---

FERNANDO FRÁVEGA (\*) Y ANDRÉS O'FARRELL (\*\*)

## I. Introducción

El 22 de abril de 2019, se publicó en el Boletín Oficial el decreto de necesidad y urgencia 274/2019 (el “decreto”), que deroga la ley 22.802 y establece un nuevo régimen en materia de lealtad comercial, cuyo objetivo es el de (i) mejorar las condiciones de competitividad de la economía, (ii) dinamizar y simplificar el comercio y (iii) complementar lo dispuesto por la Ley de Defensa de la Competencia 27.442 (“LDC”).

Entre las principales novedades que introduce el nuevo régimen encontramos las siguientes:

A diferencia del régimen anterior, el decreto enuncia en su art. 10 los actos concretos que importarían “competencia desleal”. Dicha

enunciación tiene carácter taxativo a los fines de imposición de sanciones administrativas y carácter enunciativo para la promoción de acciones judiciales por parte de los afectados.

Entre los supuestos de competencia desleal enunciados por el decreto están los siguientes:

i. actos de engaño sobre la naturaleza, modo de fabricación, características principales y condiciones de los bienes o servicios;

ii. actos de confusión respecto del origen empresarial de la actividad o bienes y servicios;

iii. violación de normas para valerse de una ventaja significativa;

iv. abuso de situación de dependencia económica en que se pueda encontrar una empresa cliente o proveedora que no disponga de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad en el mercado;

v. obtención indebida de condiciones comerciales bajo la amenaza de ruptura de la relación comercial;

vi. venta por debajo del costo de fabricación o precio de adquisición con la intención de dificultar la entrada a un mercado o eliminar a un competidor del mercado;

vii. explotación indebida de la reputación ajena induciendo a confundir los propios bienes o servicios con los de otro;

viii. actos de imitación desleal que resulte idónea para generar confusión respecto de la procedencia de los bienes;

---

(\*) Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Obtuvo diferentes títulos de posgrado en aspectos de derecho penal en la Universidad de Buenos Aires, en la Academia Internacional de La Haya, en la American University Washington College of Law, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, y la Salzburg Law School on International Criminal Law, entre otros. Es asociado senior en Marval, O'Farrell & Mairal. Se especializa en derecho penal y procesal penal. Integró el Poder Judicial en distintas posiciones dentro del sistema de justicia penal.

(\*\*) Abogado graduado con honores en la Universidad de San Andrés. Obtuvo un LLM en la Universidad de Columbia y un MSc en London School of Economics (beca Chevening). Se especializa en derecho penal y procesal penal. Es asociado senior en Marval, O'Farrell & Mairal. Fue asociado extranjero en Uría Menéndez & Asociados (España). Participa regularmente como orador en congresos y seminarios.

ix. actos de denigración con el fin de menos-  
 cabar la imagen, el crédito, la fama o el presti-  
 gio, a no ser que las aseveraciones sean exactas,  
 pertinentes y verdaderas;

x. violación o divulgación de secretos empre-  
 sariales ajenos;

xi. inducción de empleados, proveedores, y/o  
 clientes a la infracción de obligaciones contrac-  
 tuales contraídas con un competidor;

xii. actos de discriminación de compradores; y

xiii. publicidad comparativa.

A través del decreto se designa como autori-  
 dad de aplicación la Secretaría de Comercio In-  
 terior del Ministerio de Producción y Trabajo y  
 se le otorgan mayores facultades, teniendo así  
 un poder de policía más extenso sobre la ma-  
 teria. El decreto prevé la aplicación de los prin-  
 cipios de la Ley Nacional de Procedimientos  
 Administrativos 19.549 en términos del procedi-  
 miento administrativo ante la Secretaría de  
 Comercio y, asimismo, incorpora la posibilidad  
 de accionar judicialmente por resarcimiento  
 de daños y perjuicios derivados de conductas  
 tipificadas en el propio régimen, las que pue-  
 den tener como objeto el cese o prohibición de  
 actos penalizados, así como el ordenamiento de  
 medidas cautelares.

Sin perjuicio de las novedades que incor-  
 pora el nuevo régimen en materia de lealtad  
 comercial, desde la óptica del derecho penal,  
 nos encontramos con ciertas conductas pre-  
 vistas por el legislador que sancionan la res-  
 tricción de la libre competencia de una indus-  
 tria o comercio.

Sin embargo, la competencia desleal (art. 159  
 del Cód. Penal) es un delito que, por los requi-  
 sitos del tipo, es casi imposible de demostrar.  
 Por tanto, son muy escasos los precedentes que  
 existen respecto de esta figura penal y su aplica-  
 ción práctica es casi inexistente.

A su vez, la naturaleza de la acción de este  
 delito a los fines de ejercerla penalmente es de  
 carácter privada, de acuerdo con lo que manda  
 el art. 73 del Cód. Penal. Por lo tanto, regirán las  
 reglas de los juicios de acción privada previstas  
 en los códigos procesales de cada jurisdicción.

Independientemente de la figura penal de  
 competencia desleal, en el presente artículo  
 analizaremos las conductas de competencia  
 desleal del art. 10 del decreto, y exploraremos  
 las posibles derivaciones penales en cada caso,  
 en función de las distintas figuras previstas en  
 el Código Penal. A modo de ejemplo veremos  
 cómo inducir a error sobre la naturaleza de un  
 producto podría configurar uno de los tipos de  
 defraudación previstos por el art. 173 del Cód.  
 Penal; o cómo la explotación indebida de la re-  
 putación ajena puede implicar la configuración  
 de uno de los delitos previstos en la ley 22.362  
 (Ley de Marcas y Designaciones).

## **II. Inciso a) del art. 10 del decreto: engaño so- bre las características del producto o servicio**

El primer inciso del art. 10 se refiere a los ac-  
 tos de engaño sobre las calidades esenciales del  
 producto o servicio.

En este sentido, define como desleales a to-  
 das aquellas conductas que "...tengan el poten-  
 cial para inducir a error sobre las características  
 esenciales del producto (modo de fabricación  
 o distribución, características principales, pu-  
 reza, mezcla, aptitud para el uso, calidad, can-  
 tidad, precio, condiciones de venta o compra,  
 disponibilidad, resultados que pueden espe-  
 rarse de su utilización y, en general, sobre los  
 atributos, beneficios o condiciones que corres-  
 pondan a los bienes y servicios".

Engañar al consumidor sobre los aspectos  
 fundamentales de un producto o servicio, de  
 un modo tal que lo determine a adquirirlo o  
 contratarlo, o contratar un servicio que de otro  
 modo no hubiese adquirido ni contratado, po-  
 dría configurar distintos delitos bajo la norma-  
 tiva penal existente.

El engaño en el marco de una transacción,  
 que incide decisivamente en la conducta de la  
 contraparte, remite primeramente al delito de  
 estafa.

En este sentido, el art. 172 del Cód. Penal cas-  
 tiga con prisión de un mes a seis años a quien  
 "...defraudare a otro con nombre supuesto, cali-  
 dad simulada, falsos títulos, influencia mentida,  
 abuso de confianza o aparentando bienes, cré-  
 dito, comisión, empresa o negociación o valién-  
 dose de cualquier otro ardid o engaño".

En el marco de relaciones de consumo, podría incluso pensarse en una de las estafas especiales previstas en el art. 173 del Cód. Penal, en cuyo inc. 1º se castiga a quien “...defraude a otro en la substancia, calidad o cantidad de las cosas”.

Fuera del ámbito de la estafa genérica y los supuestos especiales de defraudación, existen otras figuras delictivas que podrían ser relevantes en los casos de engaño.

Si el engaño fuere más allá de una afirmación falsa e incluyere, además, otros actos tendientes a simular condiciones o características inexistentes del producto o servicio.

Por ejemplo, es posible imaginar casos en los cuales el proveedor de un producto o servicio imite certificaciones o códigos utilizados para simular aprobaciones, permisos o validaciones estatales. En tal caso, la conducta podría caer bajo la órbita del art. 289, inc. 1º, que reprime con prisión de seis meses a tres años “...al que falsificare marcas, contraseñas o firmas oficialmente usadas o legalmente requeridas para contrastar pesas o medidas, identificar cualquier objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido, y el que las aplicare a objetos distintos de aquellos a que debían ser aplicados”.

Por ejemplo, se ha aplicado esta figura a los casos de falsificación de cigarrillos, en los cuales se aplicaban estampillas fiscales falsificadas al producto en infracción (CFed. La Plata, sala III, causa 1041/2012/CA1, 14/8/2018, “Velai, Norberto y otros s/infracción ley 22.362 en tentativa”).

Por último, existen figuras delictivas de aplicación a industrias determinadas, previstas en el título XIII del Código Penal, denominado “Delitos contra el orden económico y financiero”.

Nos referimos puntualmente al caso especial del engaño en la oferta de títulos valores, que aplica a la industria de los servicios financieros.

En este sentido, el art. 309 inc. b) del Cód. Penal prevé penas que llegan hasta los cuatro años de prisión, para quien “...Ofreciere valores negociables o instrumentos financieros, disimulando u ocultando hechos o circunstancias

verdaderas o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas”.

La conducta típica consiste en ofrecer valores negociables o instrumentos financieros de manera engañosa o dolosa, mediante:

- *Actos positivos*: afirmar o dar a entender hechos o circunstancias falsas (supuesto típico de comisión).

- *Omisiones*: disimulo u ocultación de hechos o circunstancias verdaderas (supuesto típico de comisión por omisión).

Los “hechos o circunstancias falsas” o los “hechos o circunstancias verdaderas” a los que hace referencia la norma, deben referirse a aspectos relevantes de la oferta. En este sentido, el art. 35 del dec. 677/2001 (Régimen de Transparencia de la Oferta Pública) establece que “se considerará esencial aquella información que un inversor común hubiere apreciado como relevante para decidir la compra o venta de los valores ofrecidos”. A su vez, los hechos verdaderos que se ocultan deben tener la potencialidad de perjudicar a los inversores; y los hechos falsos afirmados, aparecer como más ventajosos para los inversores que los reales.

Esta conducta prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica. Los arts. 304 y 313 del Cód. Penal establecen que cuando los hechos delictivos en cuestión hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se aplicará de manera conjunta o alternativa: (i) multa de dos a diez veces el valor de los bienes objeto del delito, (ii) suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez años, (iii) suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez años, (iv) cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad, (v) pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere; (vi) publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Sobre la configuración típica de esta figura penal, la Cámara en lo Penal Económico tiene

dicho: “Solo lo será cuando ello vaya acompañado de la disimulación u ocultación de hechos o circunstancias verdaderas que pueden influir en su precio, o cuando se afirme o de algún modo se haga aparecer hechos que en realidad son falsos, con la misma consecuencia. La consumación del hecho delictivo se produce con el mero ofrecimiento, es decir, la propuesta de su adquisición o negociación a un número indeterminado de personas sin que sea necesario que haya causado un perjuicio a terceros. CPenal Económico, sala A, expte. 1470/2017/1/CA5. Legajo de Apelación de Medanito SA; Carosio, Emilio Eugenio en autos “Medanito SA y otros s/inf. art. 309, 1) inc. b del C.P. según ley 26.733”, tramitado en: JPenal Económico Nro. 3, Secretaría Nro. 6, sala A, expte. 1470/2017/1/CA1, orden 31.967.

## **II. Inciso b): engaño sobre el origen del producto o servicio**

El segundo inciso del art. 10 también se refiere a actos de engaño susceptibles de generar confusión en el público consumidor. Sin embargo, se refiere a aquellas conductas con capacidad de desconcertar al consumidor sobre el origen del producto o servicio, y no sobre sus cualidades o características esenciales.

Todos aquellos que pudieran “...inducir a error respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, los bienes o servicios propios, de manera tal que se considere que éstos poseen un origen distinto al que les corresponde”.

Al igual que en el caso anterior y en la medida en que se trata de engaños que pudieran llevar al consumidor a adquirir un producto o contratar un servicio, que de otro modo no hubiese adquirido ni contratado, la conducta implica potencialmente un engaño constitutivo del delito de estafa (art. 172 del Cód. Penal).

Se trata, en esencia de una conducta engañosa, con entidad suficiente para determinar a otro a adquirir un producto o contratar un servicio, que de otro modo no hubiese adquirido ni contratado.

Para que pueda afirmarse la configuración del delito de estafa, deben darse los cuatro elementos básicos del tipo objetivo que de un

modo uniforme han adoptado la jurisprudencia y la doctrina. Así, habrá que acreditar (i) la existencia de una conducta engañosa (también llamada maquinación o ardid), (ii) el error de la víctima, causado por la conducta anterior, (iii) la disposición patrimonial causada por ese error y (iv) el perjuicio económico para el engañado o para un tercero, a resultas de esa disposición patrimonial.

Por último, eventualmente las conductas señaladas podrían encuadrar en la infracción a la ley 22.362 (Ley de Marcas y Designaciones), en la medida en que la afirmación falsa del origen se apoye en el uso no autorizado de palabras, frases, diseños u otros distintivos registrados.

## **III. Inciso c): violación de normas**

El tercer inciso de la norma se refiere a aquellas conductas que impliquen la violación de normas para valerse efectivamente de una ventaja significativa (derivada del incumplimiento de normas legales).

Aquella violación de normas podría implicar, por ejemplo, la reducción significativa de costos operativos mediante la elusión de las normas aplicables, y ofrecer así productos o servicios a menor precio o en mejores condiciones que la competencia. Podríamos señalar esta conducta como una de las formas más comunes de obtener una ventaja competitiva indebida.

La enunciación de este inciso del art. 10 de actos concretos que importarían “competencia desleal” podría implicar al mismo tiempo una o varias conductas delictivas, dependiendo de la naturaleza de las normas que se incumplan para la obtención de una ventaja indebida.

Entre los casos más comunes, vale señalar los siguientes casos:

a) la evasión impositiva, especialmente en industrias en las cuales los productos y/o servicios tienen cargas impositivas altas. La evasión tendría que superar los montos mínimos contemplados por la ley penal.

b) Incumplimiento de cargas sociales, reduce el costo desde el punto de vista de la mano de obra. También debería superar los montos mínimos previstos por la norma.

c) Diferentes tipos de contrabando (violación al Código Aduanero), permite competir ofreciendo productos a menor precio, evadiendo el pago de los aranceles, los gastos de procesamiento de los trámites regulares y los tiempos.

d) Incumplimiento de normativa ambiental, que puede dar lugar a delitos definidos en la ley de residuos peligrosos. También, implicaría una significativa reducción de costos en la actividad relacionada con el control de la generación, transporte y disposición de residuos peligrosos para el medio ambiente.

#### **IV. Inciso e): obtención indebida de condiciones comerciales**

Este inciso prevé como acto que importa la competencia desleal la obtención indebida de condiciones comerciales bajo la amenaza de ruptura de la relación comercial.

En principio, resulta difícil pensar en una situación de este tipo, en el contexto de una relación comercial, que pudiera tener las características de una extorsión o chantaje. Pero no es posible descartar totalmente que en el marco de una relación comercial el autor del hecho “obligue a otro (su competidor) a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos” (art. 168 del Cód. Penal), o “por amenaza de (...) violación de secretos, cometiere alguno de los hechos expresados...” en el art. 168 del Código Penal (figura del art. 169 del Cód. Penal).

Por su parte, por el momento el único caso que castiga la exigencia indebida de condiciones comerciales con sanciones de naturaleza criminal es la figura del art. 312 del Cód. Penal por cuanto sanciona a “los empleados y funcionarios de instituciones financieras y de aquellas que operen en el mercado de valores que directa o indirectamente, y con independencia de los cargos e intereses fijados por la institución, reciban indebidamente dinero o algún otro beneficio económico, como condición para celebrar operaciones crediticias, financieras o bursátiles”.

Esta es otra de las figuras que prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en función de los arts. 304 y 313 del Cód. Penal, y aplica primeramente a aquellos empleados y

funcionarios de instituciones financieras y de aquellas que operen en el mercado de valores que directa o indirectamente, y con independencia de los cargos e intereses fijados por la institución, reciban indebidamente dinero o algún otro beneficio económico, como condición para celebrar operaciones crediticias, financieras o bursátiles. Es decir que el ámbito de aplicación de esta figura penal está limitado a servicios financieros y bursátiles. Pero, el proyecto de reforma del Código Penal actualmente contempla nuevas figuras que extienden la sanción penal a otros ámbitos e industrias.

#### **V. Inciso g): explotación indebida de la reputación ajena**

Este inciso incluye como actos de competencia desleal la realización de aquellos que aprovechen indebidamente la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de otro.

En primer término, dicha conducta podría implicar una violación a la ley 22.362 (Ley de Marcas y Designaciones), siempre y cuando el acto de explotación indebida implique el uso no autorizado de signos distintivos, logos, diseños, frases, etcétera.

Matos Berna sostiene que “el bien jurídico tutelado por la ley marcaria no resulta ser exclusivamente la protección del público consumidor, garantizándole la calidad de origen o la legitimidad de cualquiera de los actos que integran la cadena de comercialización de los productos que le son exhibidos para su adquisición”.

Ello así, desde que la ley marcaria también tiende a proteger el uso que, sin autorización del titular registral, se haga de la marca. Por ello, en el caso de autos, la firma “Adidas” resulta ser la titular de la marca que se habría afectado, que también cumple una función de garantía al consumidor, como elemento que permite su individualización en el mercado y generador de una relación particular entre consumidor y productor, sobre la base de la calidad que el mercado atribuye al producto de determinada marca. De lo contrario, se estaría vulnerando

el derecho de propiedad industrial al dejar desprotegido al que cumplió con todos los requisitos que el Estado le exigió para otorgarle protección.

#### **VI. Inciso h): actos de imitación desleal**

La imitación de bienes y servicios o iniciativas empresariales será considerada desleal cuando resulte idónea para generar confusión con respecto a la procedencia de los bienes o servicios o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. Nuevamente, vemos la posible infracción a la Ley de Marcas y Designaciones.

La Cámara Federal de Mar del Plata tiene dicho que “dentro de la protección especial que brinda la Ley de Marcas debe necesariamente ser tenido en cuenta el engaño al público consumidor como también la confianza y la credibilidad pública en orden a la originalidad de los productos comercializados. Dentro de este concepto se encuentra también el descrédito que sufre el titular de la marca cuando el infractor comercializa productos que aparentan ser originales y que por contrario presentan notorias deficiencias en la calidad del producto así comercializado, lo que lleva al público en general como potencial consumidor, pero no al comprador, a desconfiar de las bondades de una marca que así se ve desprestigiada por no representar estrictamente todas las condiciones y cualidades que son ofrecidas como garantía del producto original, máxime si, como en el caso, la puesta en venta del producto se efectuaba en un lugar comercial privilegiado de esta ciudad, en un local que no haría presumir la venta de indumentaria y/o calzado apócrifo, ofreciéndose inclusive las mismas a través de una página de Facebook, realizándose envíos a todo el país en compras superiores a \$ 800. Por ello, ni el conocimiento que en especiales lugares se comercializan productos falsos o imitados, así como el precio al que se vendían, ni el saber personal que pudiera tener el comprador de que se trata de una mercadería no original, autoriza a prescindir de la norma penal aplicable ni a eliminar la delictuosidad del evento” (1). CFed. Mar del

Plata, SP 2, FMP 5979/2018/CA1, 11/2/2019, “C., S. M. s/infracción ley 22.362”.

El daño que el uso de una marca en infracción puede ocasionar, cuando es de mala calidad, a la marca falsificada o imitada, es absolutamente intangible. Pero no por ello menos cierto. La buena imagen, el prestigio, la reputación de una marca, pueden sufrir un daño irreparable si el público comienza a creer que el producto que ella distingue es de mala calidad. Una labor de años puede así destruirse en poco tiempo. Se afectará así a la reputación, el prestigio y se ocasionará, en la medida señalada, un daño moral a la marca y a veces también a su titular (Otamendi, ps. 334-335).

En efecto, son cientos de miles los pesos que las marcas más conocidas invierten en desarrollo e innovación tecnológica para buscar el producto más apto para la industria dentro de la cual compiten; como así también son cientos de millones lo que gastan en publicidad para posicionar su firma como líder en el mercado competitivo, razones por las cuales, un producto de inferior calidad daña la imagen, la consistencia y durabilidad del verdadero producto auténtico y original.

Por tanto, la imagen de una marca es un bien jurídicamente protegido que merece la tutela del derecho penal.

#### **VII. Inciso j): violación o divulgación de secretos empresariales ajenos**

El último inciso del artículo del decreto al que nos referiremos es aquel que estipula la violación o divulgación de secretos empresariales. En primer lugar, vale señalar determinadas figuras penales previstas en capítulo III del Código Penal “Violación de secretos y de la privacidad”.

Entre los delitos allí previstos, encontramos figuras como la del art. 153 del Cód. Penal que sancionan el acceso indebido o apoderamiento de comunicaciones de distinta naturaleza (comunicación electrónica, carta, pliego cerrado, despacho telegráfico, telefónica u otra) que le estuvieren dirigidas a un tercero, como así también la interceptación o captación de comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido. La misma figura

(1) Ver también CFed. Mar del Plata, 30/11/2015, “Spinelli, Octavio Alfredo s/infracción ley 22.362”, registrada con el Nro. FMP 11342/2014.



penal prevé como agravante la comunicación a otro o publicación del contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica.

El tipo penal del art. 153 bis del Cód. Penal sanciona el acceso por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la existente, a un sistema o dato informático de acceso restringido. La figura penal del art. 156 del mismo Código establece sanciones para el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.

Por su parte, en el ámbito de los “Delitos contra el orden económico y financiero” previstos en el título XIII del Código Penal encontramos figuras que protegen la manipulación de los mercados mediante la divulgación o utilización maliciosa de determinada información.

Así, el art. 307 sanciona al “director, miembro de órgano de fiscalización, accionista, representante de accionista y todo el que por su trabajo, profesión o función dentro de una sociedad emisora, por sí o por persona interpuesta, suministrare o utilizare información privilegiada a la que hubiera tenido acceso en ocasión de su actividad, para la negociación, cotización, compra, venta o liquidación de valores negociables”. Uno de los gravantes a dicha conducta se encuentra previsto por el art. 308 que aplica cuando el uso o suministro de información privilegiada diera lugar a la obtención de un beneficio o evitara un perjuicio económico, para sí o para terceros.

### VIII. Conclusión

Son varias las conductas penales previstas por el legislador en el Código Penal y demás normas especiales que, bajo determinadas circunstancias, podrían resultar aplicables a los distintos casos previstos por el decreto como actos que compartan supuestos de “competencia desleal”.

Sin embargo, debe tenerse presente que en función de diversos principios generales del derecho penal como el de *ultima ratio* por el cual el derecho penal constituye el último recurso del ordenamiento jurídico global, tendiente a solucionar entuertos sociales que afectan ciertos bienes, valores o intereses especialmente significativos de la comunidad.

A su vez, dentro de los principios configuradores del sistema penal consagrado en nuestro orden jurídico, que además de configurar su naturaleza y fijar las características fundamentales que permiten su aplicación y ejecución, se destaca el de la exclusiva protección de bienes jurídicos, entendiendo por tal principio, no solo el concepto dogmático que le corresponde, según la ley, a cada bien tutelado por ella sino, además, en un contexto político y social, como corresponde al modelo de Estado social y democrático, al amparo de las condiciones de la vida social, en la medida que afecten la convivencia pacífica de los individuos y sus posibilidades reales de participación en el conglomerado social al que pertenecen, de lo cual se infiere que ha de referirse a unos intereses de tal entidad, que tengan importancia fundamental, si se trata de ponderarlos, tanto por el legislador como por el juez en los casos concretos, como garantía de vida social posible.

De allí, se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de *lesividad* en el derecho penal, por la cual, como sistema de control lo hace diferente de los de carácter puramente ético o moral, en el sentido de que, además del desvalor de la conducta, que por ello se torna en típica, concurre el desvalor del resultado, entendiendo por tal el impacto en el bien jurídico al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo, que en ello consiste la llamada antijuridicidad material.

Pero, además, se relaciona este principio con el de la llamada intervención mínima, conforme con el cual, el derecho penal solo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo, noción en la que se integran los postulados del carácter fragmentario del derecho penal, su consideración de *última ratio* y su naturaleza subsidiaria o accesorio, conforme con los cuales el derecho penal es respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, por lo cual solo ha de intervenir en casos de especial gravedad y relevancia, ante bienes jurídicos importantes y cuando, los demás medios de control resultan inútiles para prevenir o solucionar los conflictos, esto es, reclamando como necesaria la intervención del derecho penal.



# El decreto 274/2019 sobre Lealtad Comercial y la Protección de los Derechos de Autor y de los Derechos Conexos (nuevas reglas de juego para el mercado de las industrias culturales)

---

MARCELO GARCÍA SELLART (\*)

## I. Introducción

Generalmente, el derecho de autor y los derechos conexos no se asocian a las normas sobre competencia desleal (o a la lealtad comercial).

Es más: los considerandos del decreto de necesidad y urgencia 274/2019 no hacen referencia alguna a la Ley de Propiedad Intelectual (ley 11.723), ni al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Convenio de Berna) ni a la Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Convención de Roma) o al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (acuerdo ADPIC).

Ahora bien, esta ausencia de toda referencia a la propiedad intelectual y sus leyes y principales tratados internacionales no significa que no existe un estrecho vínculo entre aquella y las normas que regulan la lealtad comercial.

En otras palabras, que esta disociación entre uno y otro mundo de normas sea más *aparente*

---

(\*) Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Socio del Estudio Berton Moreno + Ojam. Colaborador del Dr. Miguel Ángel Emery en la obra "Propiedad Intelectual, comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales" (Astrea). Docente universitario y autor de diversos artículos sobre temas de propiedad intelectual e industrial.

que real: baste con recordar la relevancia de los derechos económicos que las leyes y los tratados internacionales reconocen a los autores y los titulares de derechos de propiedad intelectual y de derechos conexos.

Esta conexión entre propiedad intelectual y lealtad comercial ya había sido puesta de manifiesto por la doctrina especializada, la que ha señalado que "...si bien puede haber actos de competencia desleal, su regulación puede estar en leyes que no se denominan de competencia desleal" (1) y uno de los ejemplos citados era la propiedad intelectual.

## II. La relevancia del concepto de industrias culturales y de los mercados de bienes culturales

Los considerandos del DNU 274/2019 explican que los objetivos de la norma apuntan al "desarrollo de un comercio justo y competitivo" y el art. 1° establece que el título I ("De la Competencia Desleal") es una de las partes de la norma cuya finalidad es "asegurar la lealtad y transparencia en las relaciones comerciales (...)" sobre los productos y servicios comercializados

---

(1) OTAMENDI, Jorge, en "La competencia desleal", separata de la *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, octubre 1998, p. 2, ver [https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n3N2-Octubre1998/032Juridica01.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N2-Octubre1998/032Juridica01.pdf).

(...) a través de canales físicos y digitales, en interés de todos los participantes del mercado”

El DNU 274/2019 define al mercado como “ámbito en el cual los oferentes y demandantes de un bien o servicio realizan una (1) o más transacciones comerciales” (art. 1º, 2º párr.).

La palabra “mercado” es mencionada veinte veces en el texto del DNU 274/2019.

Los objetivos que la norma declara y el énfasis sobre la referencia a los mercados, lejos de alimentar la aparente grieta entre las normas relativas a la propiedad intelectual y las que regulan la lealtad comercial, refuerzan la conclusión de que ambos conjuntos de normas confluyen en forma armónica y complementaria.

Para sostener tal conclusión, es fundamental partir de un simple dato de la realidad: los titulares de derechos de propiedad intelectual concurren diariamente al mercado a ofrecer sus obras y sus derechos para su comercialización.

A tal punto esto es así, que hoy se habla de “industrias culturales”.

El concepto de “industria cultural” es central a los fines del análisis sobre la aplicación del DNU 274/2019 en la propiedad intelectual.

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, una de las acepciones del término “industria” es “negocio o actividad económica”; justamente, uno de los ejemplos que la propia RAE presenta para ilustrar el concepto es “la industria del espectáculo” (2).

Si bien el concepto de “industria cultural” (3) nace como una visión crítica a los medios de comunicación y el sesgo que tomaba cierta parte de la industria del entretenimiento, el uso posterior del concepto se instala como una forma de resumir y describir la dinámica de los de-

rechos económicos reconocidos a favor de los titulares de derechos de propiedad intelectual.

Una de las guías publicadas sobre políticas públicas de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) tiene por título “Políticas para la Creatividad - Guía para el Desarrollo de las Industrias Creativas” (4). Esta Guía de la Unesco destaca que “la cultura se ha incorporado a procesos de producción sofisticados, cadenas productivas complejas y circulación a gran escala en distintos mercados”.

La Guía de la Unesco define a las industrias culturales como “aquellos sectores de actividad organizada que tienen como objeto principal la producción o la reproducción, la promoción, la difusión y/o la comercialización de bienes, servicios y actividades de contenido cultural, artístico o patrimonial”. Según la propia Guía, este enfoque comprende no solo a “los bienes, servicios y actividades de contenido cultural y/o artístico y/o patrimonial, cuyo origen es la creatividad humana”, sino también a “las funciones necesarias propias a cada sector de la cadena productiva que permite a dichos bienes, servicios y actividades llegar al público y al mercado...”, lo que incluye “otras actividades relacionadas que contribuyen a la realización y la difusión de los productos culturales y creativos”.

El concepto de industria cultural alcanza su consagración normativa a través de la adopción de la Convención para la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (París, 2005) (5), que fuera aprobada por ley 26.305 (Convención de París).

La Convención de París define a las industrias culturales como “todas aquellas que producen y distribuyen bienes y servicios culturales” (art. 4.5). A su vez, a los fines de la Convención, se entiende por bienes y servicios culturales a

(2) Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, actualización 2018; ver <https://dle.rae.es/?id=LRwJlbQ|LS6JciK>.

(3) Concepto elaborado por ADORNO, Theodor - HORKHEIMER, Max y expuesto por primera vez en el artículo “La industria cultural. Iluminismo como mistificación de masas”, publicado en *Dialéctica de la ilustración. Fragmentos filosóficos*, 1944.

(4) Unesco, 2017, ver <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/cultural-diversity/diversity-of-%09cultural-expressions/tools/policy-guide/como-usar-esta-guia/sobre-definiciones-%09que-se-entiende-por-industrias-culturales-y-creativas/>.

(5) Puede ser consultada en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/135000-139999/135906/norma.htm>.

“las actividades, los bienes y los servicios que, considerados desde el punto de vista de su calidad, utilización o finalidad específicas, encarnan o transmiten expresiones culturales, independientemente del valor comercial que puedan tener” (art. 4.4).

Si hay proveedores de bienes y servicios culturales, hay un mercado cultural al cual dichos proveedores concurren a ofrecer estos.

La Convención de París hace referencia a los mercados culturales en el artículo sobre cooperación para el desarrollo (art. 14). En este artículo, se propone el “acceso amplio” de bienes y servicios culturales al “mercado mundial” y el “surgimiento de mercados locales y regionales” como medio para el surgimiento de sectores culturales dinámicos para el “desarrollo sostenible y la reducción de la pobreza”.

Un ejemplo local de la convergencia entre el concepto de mercados e industrias culturales es la iniciativa conocida como Mercado de Industrias Creativas Argentinas (MICA). El MICA apunta a “los diversos actores de las industrias creativas” y “fomenta la economía” mediante la promoción de “la generación de redes, vínculos y negocios entre (...) músicos, diseñadores, compañías artísticas, programadores de festivales, estudios de grabación” (6) y de rondas de negocios (7).

A nivel de legislación local, se puede destacar la ley 2176 de la Ciudad de Buenos Aires (Ley de Promoción de los Derechos Culturales), que dispone que la autoridad de aplicación debe “fomentar el establecimiento, desarrollo y sostenimiento de industrias culturales como factor de desarrollo socioeconómico” (art. 7°, inc. l]) e “implementar medidas que favorezcan la creación y el fortalecimiento de un mercado local interno y externo de bienes y servicios culturales” (art. 7°, inc. h]).

En conclusión, el reconocimiento a nivel doctrinario y normativo de la existencia de un mercado de bienes culturales al que concurren

diversos autores y titulares de derechos que organizan una actividad económica en torno a su actividad creativa, es el punto de confluencia de las normas de lealtad comercial y las de propiedad intelectual.

En los puntos siguientes analizaremos cómo se articulan las normas en juego, cuáles son las cuestiones que esta articulación plantea y las soluciones que el DNU 274/2019 aporta a ciertas cuestiones (particularmente, con relación a las infracciones a los derechos).

### III. La caracterización del acto de competencia desleal y la concurrencia de figuras con las conductas tipificadas por la Ley de Propiedad Intelectual

El art. 9° define como “acto de competencia desleal” a “toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo”.

Sin embargo, la sanción de la conducta descripta genéricamente “en el art. 9° queda sujeta a que tal acto se realice ‘en el mercado y con fines competitivos’” (art. 4°, párr. 1°); a su vez, el DNU 274/2019 presume la existencia de tal finalidad cuando el acto en cuestión “resulte objetivamente idóneo para obtener, mantener o incrementar la posición competitiva en el mercado de quien lo realiza o de un tercero”.

Por su parte, las normas que tipifican las infracciones a la propiedad intelectual (8) sancionan las conductas de aquellos que ejercen “sobre una obra literaria o artística un derecho reservado por la ley al autor o sus derechohabientes” (9).

El punto de articulación entre las normas que sancionan los actos de competencia desleal y las normas que persiguen las infracciones a los derechos de propiedad intelectual está establecido en el art. 7° del DNU 274/2019 que

(8) Arts. 71 a 74 de la Ley de Propiedad Intelectual (ley 11.723).

(9) EMERY, Miguel Á., “Propiedad Intelectual. Ley 11.723, comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales”, 3ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 277.

(6) “¿Qué es el Mica?”, publicado por el Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la República Argentina en <https://mica.cultura.gob.ar/que-es-el-mica>.

(7) Ver <https://mica.cultura.gob.ar/rondas>.

expresamente refiere a la concurrencia de figuras (“un acto podrá ser calificado como acto de competencia desleal y sancionado conforme a las disposiciones de este Título sin perjuicio de la aplicación de las sanciones establecidas por otras normas”).

A los fines de aplicar la concurrencia de figuras, en el caso de infracciones a los derechos de propiedad intelectual, es importante tener presente que todo acto que infringe derechos de propiedad intelectual implica, por sí mismo, un acto de competencia desleal dentro del mercado de bienes culturales y la oferta que los distintos creadores hacen de sus obras.

Para comprender mejor el alcance de este concepto, es importante recordar cuál es la naturaleza del derecho de propiedad intelectual y cuáles son las facultades que confiere a sus titulares.

Con su habitual claridad y precisión, Emery explica que la ley 11.723 está alineada con la teoría que sostiene que la propiedad intelectual es un *ius in re immaterialis*; en otras palabras: es un único derecho, que recae sobre un objeto inmaterial y que se expresa en distintas facultades (10).

A su vez, este “derecho único muestra un aspecto material o patrimonial que acuerda al autor la facultad de obtener y exigir el disfrute de las utilidades económicas de su obra, y otro aspecto extrapatrimonial o “moral” que se traduce en el derecho reconocido como el autor de la obra y que se respete la integridad y fidelidad de esta” (11).

Emery explica que “el derecho patrimonial asegura al autor la exclusividad de la explotación de la obra en cualquier forma en que esta sea utilizada y los derechos morales o extrapatrimoniales se traducen en una serie de prerrogativas personales derivadas del hecho de la creación” (12).

(10) *Ibidem*, p. 63.

(11) CNCiv., sala A, 1/10/1985, ED 121-644, voto del Dr. Zannoni, citado por EMERY, Miguel Á., “Propiedad Intelectual...”, cit., p. 62.

(12) EMERY, Miguel Á., “Propiedad Intelectual...”, cit., p. 77.

Es importante destacar que los derechos morales (13) tienen una faceta económica, que se refleja en todos aquellos casos en los que los tribunales han reconocido indemnizaciones por infracciones a estos derechos (14).

La íntima vinculación y la posibilidad de la aplicación de la concurrencia de figuras se hace más evidente cuando se analizan en detalle los derechos patrimoniales y morales y las conductas que los infringen.

Así, si alguien que no fuera el titular del respectivo derecho de propiedad intelectual sobre una obra dispusiera de ella o la publicara, ejecutara, representara, expusiera, enajenara, la adaptara, la tradujera o la reprodujera (15) este tercero no autorizado (el infractor) estaría afectando la posición competitiva del titular del derecho correspondiente, a la vez que resulta “objetivamente idóneo para obtener, mantener o incrementar la posición competitiva en el mercado” del infractor y sus eventuales cómplices.

Este razonamiento se refleja en el inc. c) del art. 10 del DNU 274/2019, que tipifica como acto de competencia desleal a la obtención de una ventaja significativa derivada de competir mediante la violación de normas. Este inciso conecta directamente cualquier infracción a derechos de propiedad intelectual y derechos conexos con las conductas descriptas y las acciones previstas en el DNU 274/2019.

La concurrencia de figuras aplica aun cuando los verbos típicos que definen las acciones consideradas infracciones a la propiedad intelectual en la ley 11.723 (16) no aparecen reflejados en el DNU 274/2019.

Por su parte, varias de las conductas tipificadas en el art. 10 del DNU 274/2019, responden

(13) Ver art. 6 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas y arts. 2º, 22, 39, 47, 51 y 52 de la ley 11.723.

(14) EMERY, Miguel Á., “Propiedad Intelectual...”, cit., p. 120.

(15) Ver art. 2º de la ley 11.723.

(16) Editar, reproducir, falsificar, almacenar (hacer), representar (ver arts. 71 a 74).

perfectamente a los casos de infracciones a derechos de propiedad intelectual:

- El acto de confusión sobre el origen de un producto (inc. b)): El plagio ha sido definido como “publicar una obra propia como ajena” (17). Todas las distintas definiciones de plagio que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado reflejan los elementos centrales del acto competencia desleal: a) la confusión, a través de la apropiación de lo ajeno para que pase por propia y b) la intención de mejorar la posición competitiva en el mercado de bienes culturales, a través de la explotación no autorizada de la obra ajena confundida como obra propia o en la obra propia.

- Explotación indebida de la reputación ajena (inc. g)) mediante actos que aprovechen indebidamente la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación que corresponde a otro: Esta hipótesis se configura en todos los casos en los que se generan obras derivadas de una obra original exitosa para aprovechar tal éxito (por ejemplo, *merchandising* no autorizado que reproduce personajes de una obra, adaptaciones no autorizadas en otros formatos —*videogames*, libros de actividades, obras teatrales, etcétera—).

- Actos de imitación desleal de bienes cuando resulte idónea para generar confusión respecto de la procedencia de tales bienes o constituya un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno (inc. h)): Esta hipótesis se conecta con las ediciones, reproducciones y explotaciones de obras (sean originales o derivadas) sin autorización de su titular (nuevamente, la imitación del *merchandising* es un claro ejemplo).

- La violación de secretos (inc. j)): si bien la protección de la información confidencial bajo el legítimo control de una persona es materia de la ley 24.766, es importante destacar la relevancia de este inciso para encuadrar casos de infracciones a derechos de propiedad intelectual

con relación a ciertas obras (p. ej., *software* o ciertas obras audiovisuales de importancia).

#### IV. La protección de los derechos de radiodifusores a través del DNU 274/2019

En el marco de las industrias culturales, la piratería de señales y contenidos se ha transformado en un problema muy complejo y que no ha encontrado adecuada respuesta en las autoridades.

Esta inacción de la justicia y las autoridades administrativas ante actos de piratería de contenidos y señales no tiene explicación alguna, porque la adhesión de la República Argentina a la Convención de Roma y al Acuerdo ADPIC que, en sus partes pertinentes, establecen lo siguiente:

- El art. 13 de la Convención de Roma (“Mínimo de protección que se dispensa a los organismos de radiodifusión”) establece que “Los organismos de radiodifusión gozarán del derecho de autorizar o prohibir: (a) la retransmisión de sus emisiones; (b) la fijación sobre una base material de sus emisiones; (c) la reproducción: (i) de las fijaciones de sus emisiones hechas sin su consentimiento; ...”

- El art. 14.3 del acuerdo ADPIC (“Protección de los (...) organismos de radiodifusión”) dispone que “Los organismos de radiodifusión tendrán el derecho de prohibir los actos siguientes cuando se emprendan sin su autorización: la fijación, la reproducción de las fijaciones y la retransmisión por medios inalámbricos de las emisiones, así como la comunicación al público de sus emisiones de televisión”.

- Además, el art. 1.2 del Acuerdo ADPIC señala que la expresión “propiedad intelectual” abarca todas las categorías detalladas en las secciones 1 a 7 de la Parte II de dicho acuerdo y, por lo tanto, los derechos conexos (incluyendo los derechos de los radiodifusores) quedan comprendidos dentro de aquella expresión.

La consecuencia directa de estas normas contenidas en los referidos tratados internacionales es la aplicación de las medidas cautelares y acciones que el ADPIC prevé, en las mismas condiciones y con el mismo nivel de protección del que gozan los derechos de propiedad intelectual y que veremos en el próximo punto.

(17) EMERY, Miguel Á., “Propiedad Intelectual...”, cit., p. 284; este es un punto que Emery desarrolla con gran detalle y es un concepto clave para la aplicación del DNU 274/2019 a los conflictos de propiedad intelectual.

**V. La articulación entre las acciones y medidas cautelares establecidas en el DNU 274/2019 y aquellas establecidas en la ley 11.723 y el acuerdo ADPIC**

Este es el punto en el que la concurrencia de figuras toma sentido y forma operativa.

En cuanto a las medidas cautelares, la ley 11.723 establece que los jueces podrán adoptar “toda medida que sirva para proteger eficazmente los derechos que ampare esta ley” (art. 79, párr. 1º, *in fine*).

Por su parte, el art. 50 del acuerdo ADPIC faculta a las autoridades judiciales a adoptar “...medidas provisionales rápidas y eficaces destinadas a (...) evitar que se produzca la infracción de cualquier derecho de propiedad intelectual” (art. 50.1 del acuerdo ADPIC).

El art. 50.1 del acuerdo ADPIC también ampara a los derechos del radiodifusor, por aplicación del art. 1.2 de dicho acuerdo.

Por su parte, el DNU 274/2019 habilita el dictado de medidas cautelares en cualquiera de los procedimientos establecidos en dicha norma:

i) *Procedimiento administrativo especial establecido en el capítulo II del título IV del DNU 274/2019*: el art. 45 faculta a la autoridad de aplicación a solicitar al juez competente el dictado de medidas cautelares para “evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, su continuación o agravamiento”. En este sentido, las medidas podrán tener por objeto “asegurar el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de las conductas que correspondan, incluidas la adopción de comportamientos positivos y cualesquiera otras que contribuyan a preservar la lealtad afectada”. Es importante destacar que la autoridad de aplicación podrá solicitar las medidas cautelares por sí o a pedido de parte y en cualquier momento del proceso.

ii) *Acciones judiciales establecidas en el título V del DNU 274/2019*: el art. 61 autoriza al afectado por un acto de competencia desleal a solicitar medidas cautelares (inc. c)), pero no establece condiciones o términos específicos, por lo que el alcance y el objeto de estas medidas podría interpretarse que son los mismos definidos en el art. 45 del DNU 274/2019.

En conclusión, el amplio alcance de las medidas cautelares que establece la Ley de Propiedad Intelectual, el acuerdo ADPIC y el DNU 274/2019 se articulan armónicamente, de forma tal que pueden ser esgrimidas en conjunto para hacer efectiva la protección de los derechos de propiedad intelectual y los derechos conexos.

Con respecto a las acciones relativas al fondo de la cuestión, la Ley de Propiedad Intelectual no prevé acciones de cese de explotación ni de daños y perjuicios, aunque su art. 12 (18) abre la posibilidad de la aplicación de las acciones de daños y perjuicios establecidas en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Por su parte, el acuerdo ADPIC prevé normas sobre indemnizaciones referidas a resarcimiento de perjuicios sufridos por titulares de derechos en su art. 45 (19).

A su vez, el art. 61 del DNU 274/2019 habilita específicamente una acción de cese de uso o prohibición del acto (inc. 1º) y de resarcimiento de daños y perjuicios (inc. 2º).

Este es otro aspecto en el que las normas se articulan y es viable accionar por cese de uso y procurar la indemnización de daños y perjuicios sobre las bases expuestas.

Sin embargo, la articulación de ambos dispositivos normativos establece una interesante

(18) “La propiedad intelectual se registrará por las disposiciones del derecho común, bajo las condiciones y limitaciones establecidas en la presente ley”.

(19) Acuerdo ADPIC, art. 45: “1. Las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar al infractor que pague al titular del derecho un resarcimiento adecuado para compensar el daño que éste haya sufrido debido a una infracción de su derecho de propiedad intelectual, causada por un infractor que, sabiéndolo o teniendo motivos razonables para saberlo, haya desarrollado una actividad infractora. 2. Las autoridades judiciales estarán asimismo facultadas para ordenar al infractor que pague los gastos del titular del derecho, que pueden incluir los honorarios de los abogados que sean procedentes. Cuando así proceda, los Miembros podrán facultar a las autoridades judiciales para que concedan reparación por concepto de beneficios y/o resarcimiento por perjuicios reconocidos previamente, aun cuando el infractor, no sabiéndolo o no teniendo motivos razonables para saberlo, haya desarrollado una actividad infractora”.



cuestión sobre cuáles son los tribunales competentes para entender en este tipo de acciones.

En este sentido, el art. 61 del DNU 274/20919 establece que las causas relativas a los actos de competencia desleal son de incumbencia de los tribunales federales.

Pero, en materia de propiedad intelectual, la cuestión es un poco más compleja porque la ley 11.723 no contiene disposiciones sobre la materia.

Al respecto, la doctrina ha señalado que “se aplican las reglas generales” (20) y, por lo tanto, las posibilidades para el caso de acciones civiles son la justicia civil ordinaria, pero la competencia puede desplazarse a la justicia comercial ordinaria o a la justicia federal civil y comercial “en atención a la calidad o condición de las partes” (21).

Esta doctrina sigue la línea de la Corte Suprema con relación a la determinación de la competencia en razón de la materia y recomienda que en “cuestiones de competencia, ha de estarse, en primer término, a los hechos que se relatan en el escrito de demanda y después, y sólo en la medida en que se adecue a ellas, el derecho que se invoca como fundamento de la pretensión, así como a la naturaleza jurídica de la relación existente entre las partes”.

Sin perjuicio de lo expuesto, es importante tener presente el caso del *streaming* ilegal porque si bien el derecho del radiodifusor está debidamente reconocido y amparado por los tratados internacionales suscriptos por nuestro país (Convención de Roma y Acuerdo ADPIC), no hay ley que determine específicamente cuál es el tribunal competente en caso de infracción.

Al respecto, el DNU 274/2019 viene a resolver esta cuestión, puesto que el art. 1° establece que las normas que tienen por objeto “asegurar la lealtad y transparencia en las relaciones comerciales” alcanzan a los canales digitales.

Por lo tanto, este tipo de conflictos e infracciones que hoy afectan con tanta intensidad a creadores, productores de contenidos y titulares de señales, deben ser llevados al conocimiento de los tribunales federales en lo civil y comercial (art. 61) o de la Secretaría de Comercio para el caso del procedimiento administrativo especial (arts. 25 y 30).

En conclusión, el DNU 274/2019 incorpora el mérito de haber resuelto un tema de complejo y de gran importancia e interés para las industrias culturales.

## VI. Conclusiones

Clásicamente, la propiedad intelectual ha sido pensada desde la perspectiva de la defensa de los derechos de quien crea: por eso, la Ley de Propiedad Intelectual y los tratados internacionales protegen no solo los derechos económicos, sino que también amparan los derechos morales.

Sin embargo, de a poco fue tomando más impulso la protección a los derechos conexos, porque era necesario defender la inversión y el contenido económico que ellos suponen (22).

En este sentido, la doctrina rescata esta perspectiva cuando se señala que el reconocimiento de los derechos conexos “permiten asegurar una protección reforzada contra determinados actos de competencia desleal que pueden ser comparados, *grosso modo*, con las lesiones al derecho de autor” (23).

Es sobre la base de este contexto conceptual que el DNU 274/2019 viene a integrarse con total organicidad al menú de respuestas jurídicas para defender los derechos de titulares de derechos de propiedad intelectual y derechos conexos.

Y las soluciones que aportan el DNU 274/2019 terminan de cerrar el círculo desde una perspectiva que era percibida por la doctrina y las normas promocionales, pero que le faltaba “poder de fuego”: el reconocimiento de que existen industrias culturales, que las industrias culturales suponen inversiones y ofrecen puestos de

(20) VILLALBA, Carlos - LIPSZYC, Delia, *El derecho de autor en la Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 315.

(21) Ídem (y sus citas jurisprudenciales).

(22) *Ibidem*, ps. 311 y 312.

(23) *Ibidem*, p. 213.

trabajo y beneficios económicos (más allá de los que surgen de la cultura y la educación), que estas industrias concurren a un mercado de características específicas, y que este mercado de industrias culturales requiere de reglas de lealtad como cualquier otro.

Ahora, es el turno de los tribunales y de la Autoridad de Aplicación.

Y, por supuesto, de los titulares de derechos, a los que les cabe dar el primer paso para poner en acción la nueva norma.

# Competencia desleal, propiedad intelectual y nuevas tecnologías. El caso de las bases de datos y el *big data*

---

PABLO A. IANNELLO (\*)

## I. Introducción

El propósito de este trabajo es analizar las prácticas contenidas en la reciente normativa sobre competencia desleal, en particular la violación de secretos como práctica desleal en el marco de las compilaciones de información digitales. Partiendo del análisis de las diversas formas de protección existentes sobre las bases de datos se propone a las normas de competencia desleal como una alternativa satisfactoria de protección. Se hará especial énfasis en la protección de la información procesada y compilada a través del *big data*.

## II. Sobre el concepto de competencia desleal en el decreto 274/2019

Hasta la sanción del nuevo dec. 274/2019 resultaba complejo de proponer una definición de competencia desleal debido a la diversidad de actos que abarcan dichas prácticas (1).

Si bien la norma no propone una lista exhaustiva de los supuestos que podrían configurar competencia desleal, no es menos cierto que aporta claridad en el tema al proveer una siste-

matización del instituto que estaba ausente en nuestro sistema jurídico. Es por ello que se ha dicho que la mayor innovación del decreto es la incorporación de un régimen sistematizado de regulación contra la competencia desleal (2).

Antes de la entrada en vigor del DNU la competencia desleal estaba sancionada por distintas normas en el ordenamiento argentino. En el caso que nos ocupa, la protección de información confidencial se encuentra regulada en la ley 24.766. Por otro lado, los arts. 153 a 157 bis del Cód. Penal contienen distintos supuestos sobre la adquisición de información por medios prohibidos.

Sin perjuicio de que la normativa citada castigaba de alguna manera el uso de la información secreta adquirida sin consentimiento; hasta la aparición de la nueva normativa solía ser tarea del intérprete, principalmente en materia de derecho privado, la determinación de la existencia de un acto de competencia desleal (3).

---

(2) SAHIÁN, José H., “Novedosa regulación de la competencia desleal en el decreto 274/2019”, LL del 22/5/2019, 19; LL Online: AR/DOC/1599/2019.

(3) Ley 22.802, el Código Penal en sus arts. 159, 153 y 156 condena la competencia desleal. Más elípticamente pueden mencionarse los arts. 183 y 289, inc. 1º.

Completan este esquema las leyes 22.362 de Marcas y Designaciones, 27.442 de Defensa de la Competencia, 24.766 de Confidencialidad y 11.723 de Propiedad Intelectual. A estas normativas deben sumarse normas de mayor generalidad contenidas en el Código Civil y Comercial como la licitud del objeto de los actos jurídicos, como así también los principios generales contenidos en el título preliminar de dicho cuerpo normativo.

---

(\*) Director del Depto. de Ec. y Cs. Sociales ESEADE. Profesor de Derecho la Innovación ESEADE. Prof. en la Maestría de Propiedad Intelectual UdeSA, Profesor de Derechos de la propiedad Intelectual UTDT. Un especial agradecimiento a los comentarios brindados por Romina Iannello y también a Lucia Jaworks y Melina Lamelza por su colaboración en la edición del artículo.

(1) OTAMENDI, Jorge “La competencia desleal”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 3, vol. 2, 1998, disponible en [https://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/pub\\_a3n2.html](https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub_a3n2.html).

Como denominador común de los diferentes actos de competencia desleal, parece encontrarse la lucha por la clientela a través de actos que no son contrarios a las prácticas comerciales honestas (4).

Incluso en el caso de protección de secretos, existe como argumento subyacente la posibilidad de acceder a mercados, o aumentar la rentabilidad de un negocio a partir de la inversión realizada por un competidor.

La idea de prácticas honestas se ha vinculado tradicionalmente con una conducta decente y equitativa en el ejercicio del comercio de acuerdo con los usos normalmente establecidos en una comunidad. Esta idea no está ausente de críticas, sobre todo por lo subjetivo del test. Algunos han preferido asociar el concepto de honestidad a la verificación de la competencia en condiciones de mercado (5).

Un criterio básico para determinar el carácter leal de una conducta competitiva es que la actuación y el éxito en el mercado se logre mediante la calidad y precio de las propias prestaciones. En contraposición, es desleal la que implica posicionarse en el mercado mediante el aprovechamiento del esfuerzo ajeno, el engaño y la destrucción de la capacidad productiva de otros competidores (6).

Una de las tantas formas de clasificar los actos de competencia desleal los agrupa en cinco tipos: captación de clientela, obstaculización de los competidores, explotación de esfuerzos ajenos, obtención de ventaja mediante la violación de normas y perturbación del mercado (7).

De acuerdo con la clasificación mencionada, la violación de un secreto consiste en la explotación de un esfuerzo ajeno, o la infracción a una obligación de abstención, tal como lo exige la ley de información confidencial (8).

En el caso en estudio el decreto contiene una norma abierta con relación a los actos desleales calificando como tales a: “toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo” (9).

Asimismo, la norma también incluye un listado de prácticas que el legislador ha considerado expresamente desleales, estableciendo su tipificación como actos de competencia desleal. El mencionado listado posee un carácter enunciativo, dado que podrán existir prácticas desleales no mencionadas en la norma en la medida que encuadren en el concepto general previsto en el art. 9º del decreto.

Esta estructura de normas generales y supuestos no taxativos es coherente con el establecimiento de un derecho privado basado en principios que establece directrices principales dejando margen discrecional para la interpretación judicial en el caso concreto (10).

En esta ocasión no se analiza la estructura de la norma en forma íntegra. La idea es enfocarse en una de las prácticas contenidas en ella: la apropiación de secretos y cómo esta tutela puede resultar de utilidad para la protección de información compilada en medios digitales, así como también la información producida a través de procesos de *big data*.

(4) OTAMENDI, Jorge, “La competencia desleal”, cit.

(5) HÖPPERGER, Marcus - SENFTLEBEN, Martin, “Protection Against Unfair Competition at the International Level - The Paris Convention, the 1996 Model Provisions and the Current Work of the World Intellectual Property Organization”, en *Law Against Unfair Competition*. Springer, Berlin, Heidelberg, 2007, ps. 61-76.

(6) CABANELLAS, Guillermo - PALAZZI, Pablo, “Marcas y Competencia Desleal en Internet”, LL del 18/2/2019, p. 4, con cita de CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, et al., *Derecho de la Competencia Desleal*, Heliasta, 2014.

(7) SAHIÁN, José H., “Novedosa regulación de la competencia desleal...”, cit.

(8) Cfr. art. 3º, ley 24.766 disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/40000-44999/41094/norma.htm> (21/7/2019).

(9) Cfr. art. 9º, dec. 274/2019 disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/205888/20190422> (19/7/2019).

(10) SCHEPEL, Harm, “Freedom of contract in free movement law: balancing rights and principles in European Public and private law”, *European Review of Private Law*, 2013, vol. 21, nro. 5, ps. 1211-1229; PATTI, Salvatore, “Interpretation of the General Clauses ‘Public Policy’ and ‘Good Morals in European Contract’”, *Law, European Review of Private Law*, 2014, vol. 22, nro. 5, ps. 611-617.

### III. La importancia de la información en la era digital. El caso de las bases de datos y el *big data*

Varios expertos han considerado que los datos son el nuevo petróleo. Con el arribo del procesamiento de datos a través de los sistemas de *big data*, la información ha encontrado nuevos usos, diferentes a los que primigeniamente sus recopiladores habían considerado. El valor de los datos descansa en su valor potencial y no en su “option value”. Esto es así, pues con la tecnología existente es cada vez más común que los datos puedan ser utilizados en combinación con nuevos datos antes inexistentes o de libre acceso, generando un valor agregado en la predicción de la conducta de los agentes de mercado (11).

Es decir, los datos no son solo un medio para la realización de transacciones, sino que pasaron a tener un valor en sí mismo. La posibilidad de predicción mencionada en el párrafo precedente transforma a la información en activos intangibles susceptibles de generar rentabilidades futuras que reposan en las ganancias en eficiencia de las diferentes partes del proceso productivo. A solo modo de ejemplo permiten mejorar estrategias de ventas, de atención al cliente, de cadenas de logística y de rendimiento de activos financieros, entre otras posibilidades (12).

Suele afirmarse en el entorno digital, que la información ha pasado de ser el activo de mayor relevancia dentro del abanico de bienes inmateriales. Lo dicho se sustenta justamente en la posibilidad de procesar la información en grandes volúmenes, con origen en distintas fuentes y a gran velocidad. Además, debe tenerse en cuenta, la importante reducción en los costos de estos procesos, lo cual es posible gracias al uso de los algoritmos y la existencia de la Internet de las cosas (IoT por sus siglas en inglés) (13).

---

(11) Yu, Peter K., “Data Producer’s Right and the Protection of Machine-Generated Data” (October 22, 2018), *Tulane Law Review*, vol. 93, ps. 859-929, 2019.

(12) *Ibidem*.

(13) Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 3, vol. 2, 1998, disponible en [https://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/pub\\_a3n2.html](https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub_a3n2.html).

En muchas ocasiones el procesamiento de datos ocurre a partir de información existente que proveen las propias empresas. Estas poseen información recopilada en bases de datos que sirven de *input* para obtener nueva información que eventualmente podrá ser recopilada nuevamente en esta o en otra base de datos (14).

La existencia de esta tecnología ha derivado en una nueva forma de administrar los negocios que impone nuevas conductas de competencia en el mercado y por tanto nuevos usos honestos del comercio. De allí que existan formas de competencia desleal asociadas con prácticas que contravengan la nueva forma de realizar negocios (15).

En muchas ocasiones las empresas contratan proveedores que se ocupan del procesamiento de la información y que luego deben devolver, de acuerdo con los términos del contrato, la información procesada de manera tal que la empresa pueda mejorar sus decisiones de negocios.

En concreto, una práctica en notable crecimiento es la provisión de servicios de información en la nube que ofrecen este tipo de procesamiento de datos, por ejemplo, el denominado “Commerce as a Service” (CaaS). Este tipo de compañías suelen brindar servicios de comercialización de productos *on line* a clientes que no tienen una infraestructura tecnológica

---

(14) Las bases de datos han sido conceptualizadas: las recopilaciones de obras, sean literarias, artísticas, musicales o de otro tipo, o de materias tales como textos, sonidos, imágenes, cifras, hechos y datos; que debe tratarse de recopilaciones de obras, de datos o de otros elementos independientes, dispuestos de forma sistemática o metódica y accesibles individualmente, información anónima, como de información que permite identificar al individuo. En este último caso surge un claro riesgo para la privacidad de los consumidores, cuestión que está siendo abordada por diferentes legislaciones a nivel global. Aun cuando es totalmente ajeno a este trabajo no puede pasarse por alto que ha sido necesaria la regulación de la manera en que se obtienen y se procesan los datos de las personas, generándose una serie de principios que deben respetarse en el tratamiento de la información. Sin embargo, como se dijo dicha discusión es ajena a este trabajo.

(15) MCAFEE, Andrew, *et al.*, “Big data: the management revolution”, *Harvard business review*, 2012, vol. 90, nro. 10, ps. 60-68.

adecuada. Las compañías que proveen CaaS suelen realizar procesos de *big data* sobre los consumidores finales para mejorar sus estrategias de comercialización. Sin embargo, también se ha visto que el proveedor de servicios en la nube puede tomar datos de los clientes que contratan su servicio. En muchas ocasiones la titularidad de los datos de los clientes de las compañías CaaS está resuelta contractualmente. ¿Pero qué ocurre frente a la ausencia de provisión contractual? ¿Los datos en bruto son propiedad del cliente que contrata con el proveedor de servicios CaaS? ¿La apropiación de dichos datos constituye una conducta punible de acuerdo con lo previsto por el art. 9º, inc. j) del dec. 274/2019?

#### **IV. Alternativas de protección para la recopilación de información diferentes a la competencia desleal**

##### ***IV.1. La protección dentro del régimen de derecho de autor***

A nivel de la protección multilateral, la protección de las bases de datos encuentra un marco relativamente débil en el art. 10 del acuerdo ADPIC. En dicho precepto se le otorga protección a las bases de datos en la medida que contengan carácter intelectual (16).

Es decir, que las compilaciones de datos, para estar tuteladas por dicho acuerdo requieren una nota de originalidad. Solo en este caso caen dentro del “paraguas” de la protección por los derechos de autor. No puede pasarse por alto que al momento que la normativa del ADPIC entró en vigor, el uso masivo de Internet estaba en sus orígenes y la utilización de los datos estaba lejos de revestir la importancia que tienen hoy en día.

Ahora bien, desde la visión del derecho de autor, las bases de datos constituyen especies de trabajos literarios. Sin embargo, este encuadre puede resultar problemático. En particular, porque el requisito de originalidad requerido para otorgar la protección del derecho de autor parece desdibujado en ciertas ocasiones cuando se trata de proteger creaciones en el entorno digital y, por ende, difícil de cumplir. Pero también es cierto que un sistema jurídico que busque promover la innovación debería otorgar algún tipo de tutela a este tipo de bien cuyo valor fue descrito en la sección anterior.

Encuadrar la protección de las compilaciones de datos dentro del sistema autoral al nivel de originalidad requerido para la protección autoral resultará complejo, pues los diferentes sistemas jurídicos cuentan con distintas visiones de dicho concepto (17).

En los Estados Unidos el criterio ha sido bastante restrictivo en la protección, en tanto, no se ha otorgado esta a la simple compilación de datos en crudo. Así, la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos ha sostenido que, a los fines del requisito de originalidad, los jueces deben enfocarse en la manera en que los datos han sido seleccionados coordinados y dispuestos. Los hechos nunca resultan originales, por lo que la protección a la cual el titular puede aspirar depende de la manera en que presenta los datos (18).

En otras jurisdicciones del Common Law, como el Reino Unido y Australia, el criterio ha sido más flexible. En estos países se ha adoptado lo que se conoce como *sweat of the brow doctrine*. Esta visión pone énfasis en el esfuerzo y recursos invertidos para obtener la compilación de la información. Lo tutelado es la información y el esfuerzo invertido en ella y no la forma en la que se presenta la información (19).

(16) El art. 10 del ADPIC establece que “Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidas como tales. Esa protección, que no abarcará los datos o materiales en sí mismos, se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales en sí mismos”. Disponible en [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/27-trips\\_04\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_04_s.htm) (19/7/2019).

(17) GINSBURG, Jane C., “Copyright, common law, and sui generis protection of databases in the United States and abroad”, U. Cin. L. Rev., 1997, vol. 66, p. 151.

(18) “Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991)”, disponible en [https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/499\\_US\\_340.htm](https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/499_US_340.htm) (18/7/2019).

(19) FISHER III, William W., “Recalibrating originality”, Hous. L. Rev., 2016, vol. 54, p. 437.

Desde el punto de vista estrictamente teórico, quienes ven en la competencia desleal una acción independiente a los derechos de propiedad intelectual, basada más bien en los conceptos de buenas prácticas de negocios han logrado escapar a la discusión sobre la calificación de “propiedad” que le correspondería otorgar a un secreto industrial. Esto ha sido particularmente relevante en la jurisdicción del *Common Law* donde durante mucho tiempo el tratamiento del tema era resuelto por las cortes estatales basadas en principios del derecho de *torts* (20).

#### **IV.2. La protección como derecho *sui generis*. El caso de la Unión Europea**

Al poco tiempo que entrara en vigor el acuerdo ADPIC, la Unión Europea consideró que la protección de las bases de datos a través del derecho de autor no era suficiente. Existieron diversas iniciativas de regulación. La primera de ellas buscaba otorgar protección a las bases de datos a través de normas de competencia desleal. La idea subyacente en esta propuesta era prohibir la extracción y reutilización indebida de datos. Sin embargo, esta propuesta no prosperó (21).

En el año 1996, la UE sancionó una directiva que incorporaba un derecho de protección *sui generis* sobre las bases de datos que otorgaba protección con independencia de cualquier requisito de originalidad. Ello, en tanto existían diversos criterios de originalidad en los estados miembros de la unión, lo que tornaba incierta la posibilidad de crear una protección uniforme. Esta situación llevó al regulador europeo a sostener que la protección de bases de datos era necesaria para el adecuado funcionamiento del mercado interno europeo (22).

---

(20) TAIT GRAVES, Charles, “Trade Secrets as Property: Theory and Consequences”, *Journal of Intellectual Property Law*, 2007, vol. 15, p. 39.

(21) GROSHEIDE, F. Willem, “Database Protection - The European Way”, *Wash. UJL & Pol’y*, 2002, vol. 8, p. 39.

(22) Tal es la referencia que surgen de los considerandos de la directiva en cuanto establecen: Considerando que las diferencias de protección jurídica de las bases de datos en las legislaciones de los Estados miembros inciden de forma directa y negativa en el funcionamiento del mercado interior en lo que se refiere a las bases de datos y, en particular, en la libertad de las personas físicas y jurídicas de suministrar bienes y prestar servicios en el

El argumento de base en esta propuesta radicaba en la necesidad de proteger la inversión en términos de tiempo, esfuerzo y dinero realizada en la creación de las bases de datos (23).

El titular del derecho de bases de datos posee un derecho a impedir la extracción y la reutilización de todo o parte de la base de datos de la que es titular, en la que se haya efectuado una inversión significativa de manera cuantitativa o cualitativa (24).

La existencia de este derecho ha coexistido con las normas de competencia desleal en la Unión Europea a las que expresamente se ha recurrido para proteger la información cuando esta no cumplía con los requisitos para obtener la protección del derecho *sui generis* (25).

En el año 2018, la Comisión Europea realizó una revisión del impacto que la directiva de protección de datos había tenido y se arribó a la conclusión de que no puede afirmarse que haya relación directa entre la existencia del derecho *sui generis*, y su correspondiente protección,

---

sector de las bases de datos de acceso en línea conforme con un fundamento jurídico armonizado en toda la Comunidad; que dichas diferencias pueden agudizarse a medida que los Estados miembros adopten nuevas disposiciones en un sector que está cobrando una dimensión cada vez más internacional; Considerando que deben suprimirse las diferencias que tienen un efecto distorsionador sobre el funcionamiento del mercado interior y que debe prevenirse la aparición de otras nuevas; que no es preciso eliminar las diferencias que en la actualidad no afectan negativamente al funcionamiento del mercado interior o al desarrollo de un mercado de la información en la Comunidad. Considerando que en los Estados miembros se reconoce una protección de derechos de autor, bajo diferentes formas, respecto a las bases de datos, de acuerdo con su propia legislación o jurisprudencia, y que estos derechos de propiedad intelectual no armonizados pueden tener como efecto impedir la libre circulación de mercancías y servicios en la Comunidad si en las legislaciones de los Estados miembros subsisten diferencias respecto al alcance y las condiciones de protección de los derechos.

(23) ORIOLA, Taiwo A., “Electronic database protection and the limits of copyright: What options for developing countries”, *J. World Intell. Prop.*, 2004, vol. 7, p. 201.

(24) *Ibidem*.

(25) DERCLAYE, Estelle, “Databases *sui generis* right: what is a substantial investment? A tentative definition”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2005, vol. 36, nro. 1, ps. 2-30.

con las inversiones realizadas en bases de datos. En dicho reporte se reconoce también que la información generada por la Internet de las cosas carece de protección a no ser que estén insertas en una base de datos (26).

A lo mencionado debe agregarse que el mismo año comenzó a circular dentro de la Comisión una iniciativa para regular la economía digital que contemplaba, entre varios aspectos, la creación de un nuevo derecho para el productor de datos, lo cual no fue bien receptado en algunos foros.

### V. La protección de la información digital como secreto en el marco de la normativa de competencia desleal

En la Argentina no existe un derecho *sui generis* de protección de las bases de datos. Frente a la ausencia de una protección explícita, el titular de este tipo de activos intangibles posee dos vías para la protección: por un lado, puede apelar a la protección del derecho de autor, siempre y cuando cumpla con el requisito de originalidad correspondiente solicitado por la ley 11.723, puede proteger la sistematización y la información a través de secretos industriales y tiene la alternativa, cuando resulte viable establecer cláusulas contractuales de confidencialidad.

El art. 10 inc. j) del dec. 274/2019 considera una práctica desleal “divulgar o explotar, sin autorización de su titular, secretos empresariales ajenos a los que se haya tenido acceso, legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente. A estos fines, será considerada desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan. Será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto...”

La norma es coherente con los tratados internacionales (art. 10 del Tratado de París y 39 del

(26) The absence of an economically demonstrable divergence in database production in the European Union compared to that in the United States has led many to infer that the *sui generis* right is ineffective, and thus unnecessary. Informe de la comisión europea, disponible en [https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/study-support-evaluation-database-directive\(21/7/2019\)](https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/study-support-evaluation-database-directive(21/7/2019)).

acuerdo ADPIC) que históricamente han encontrado una relación entre las prácticas de comercio y la tutela de los activos intangibles (27).

Por su parte, a nivel de la doctrina local se han definido los secretos empresariales como: “toda aquella información de aplicación comercial industrial o científica que guarde una persona física o jurídica con carácter confidencial, que implique lograr o mantener una ventaja competitiva o económica respecto de terceros y respecto de la cual se hayan adoptados medidas suficientes para mantener su confidencialidad y el acceso restringido a la misma” (28).

La reglamentación de competencia desleal que motiva este trabajo no contiene un concepto de secreto, con lo cual, para la configuración del ilícito en comentario parece adecuado aplicar las características que contiene el art. 1º de la ley 24.766. Este establece para que la información sea comercial debe: a) sea secreta, en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración, reunión precisa de sus componentes; generalmente conocida, ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y b) tenga un valor comercial por ser secreta; y c) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

Es decir que, un primer requisito es que la información sea secreta. Este punto es particularmente relevante pues en el entorno digital las posibilidades de obtener de manera ilegítima los datos obtenidos son particularmente amplias, teniendo particular relevancia los sistemas de ingeniería inversa y el diseño de programas para captar datos de computadoras bajo la forma de *malware* (29).

(27) WADLOW, Christopher, “Regulatory data protection under TRIPs Article 39 (3) and Article 10bis of the Paris Convention: Is there a doctor in the house?”, *Intellectual Property Quarterly*, 2008, vol. 4, ps. 355-415.

(28) MITELMAN, Carlos O., “Información confidencial”, en *Derecho Económico Empresarial*, Errepar, Buenos Aires, 2000, ps. 241-273.

(29) Es clara que la posibilidad de *hackear* computadoras y servidores es algo que se ha “naturalizado” en los últimos años, incluso la posibilidad de acceso



El legislador requiere que haya un esfuerzo razonable en la adopción de medidas para mantener la información de manera privada. Claro está que la razonabilidad deberá ser apreciada en el caso concreto.

Es necesario, además, que la información tenga valor comercial por mantenerse secreta. Esto conlleva que su titular pueda obtener ventajas en el mercado debido a la no divulgación o libre acceso de la compilación de datos que se trate. Un punto importante es que no se requiere que la información sea utilizada. Es decir, puede existir un valor comercial por el mero hecho del secreto sin que implique uso.

Finalmente, un punto importante es que la apropiación indebida debe ser realizada con el ánimo de obtener provecho o de perjudicar al titular del secreto (30).

Es decir, que la información generada a través del procesamiento de datos y que contenga esfuerzos razonables para ser mantenida como secreta merece la tutela de la normativa de competencia desleal en la medida que tenga valor comercial.

La afectación al secreto está dada en el marco del proceso de mercado y la configuración de la infracción está dada por una atribución de conducta de quienes participan en este. Concretamente, lo reprochado por el sistema jurídico es el aprovechamiento del secreto por comportamientos contrarios a las prácticas de mercado, y que son expresamente tipificados en las normas de competencia desleal que en el caso en estudio se configura por la obtención ilegítima (31).

---

ilegítimo se plantea cuando la información se encuentra almacenada en la nube. Un punto que no se trata en este comentario, pero que es altamente relevante para disminuir la posibilidad de espionaje o *hackeo* de datos es la utilización de la tecnología *Blockchain* que ha demostrado poseer un nivel de seguridad informática sustancialmente mejor que cualquier otro sistema anterior.

(30) GÓMEZ SEGADE, José A., "El secreto industrial (*know how*). Concepto y protección", Tecnos, Madrid, 1974.

(31) Sobre el punto es interesante el desarrollo que el concepto de competencia desleal ha tenido en el derecho francés. Véase PIROVANO, Antoine, "La concurrence déloyale en droit français", *Revue internationale de*

Como nota final a esta sección, parece oportuno mencionar que los secretos siempre han sido relegados dentro de los derechos de propiedad intelectual. Quizás esto se deba a la ausencia de exclusividad que caracteriza a este sistema. Sin embargo, una ampliación del concepto de propiedad intelectual entendido como el conjunto de institutos que tutelan los activos intangibles con características de consumo no exclusivo y no rival, incluyendo tanto sistemas de exclusividad, como normas de responsabilidad permite incluir cómodamente a los secretos como normas de propiedad intelectual (32).

A partir de lo dicho, en los párrafos previos, puede concluirse que el bien jurídico tutelado es la afectación a un activo intangible que fuera estructurado con determinadas características por su creador y que deviene en un perjuicio para este, dada la importancia que el intangible tiene en la producción del producto o el servicio en cuestión; que fuera obtenido de mala fe por quien lo explota sin autorización.

## VI. La información generada mediante procesos de *big data* y la competencia desleal

La protección de secretos tiene gran relevancia en el uso de *big data*.

Por un lado, la información confidencial y los secretos industriales se presentan como herramientas adecuadas para la protección de la información generada por el *Commerce as Service*. Es decir que, si de una base de datos se pudiera obtener mediante sistemas de *big data* correlaciones de preferencia de consumo independientes de la información contenida en la base original, esta información podrá ser considerada confidencial si se cumplen los requisitos de la norma y su apropiación podrá suponer un acto de competencia desleal.

En lo que hace a la utilización del *big data* y la Internet de las cosas hay tres grandes áreas en

---

*droit comparé*, vol. 26, nro. 3, Juillet-septembre, 1974, ps. 467-504.

(32) REICHMAN, Jerome H., "How trade secrecy law generates a natural semicommons of innovative know-how", en DREYFUSS, Rochelle C. - STRANDBURG, Katherine J. (ed.), *The law and theory of trade secrecy: a handbook of contemporary research*, Edward Elgar Publishing, 2011.

las cuales los secretos industriales cumplen un rol fundamental y por lo que frente a su violación procedería la aplicación de la normativa de competencia desleal. En primer lugar, dentro del marco de la Internet de las cosas, los secretos industriales complementan la protección a la información que tradicionalmente se encuentra alcanzada por las cláusulas de confidencialidad de los contratos. Este tipo de protección puede resultar particularmente importante en los casos de monitorización farmacoterapéutica (TDM por sus siglas en inglés) (33).

En segundo lugar, los secretos son relevantes para proteger los datos generados y compilados a través del “machine to machine process”. Hay quienes sugieren que la normativa sobre secretos es mucho más adecuada para este tipo de información dada su flexibilidad. Incluso la consideran más apropiadas que el derecho *sui generis* de protección de bases de datos (34).

En tercer y último lugar, se ha mencionado el impacto en el bienestar total afirmando que una legislación excesivamente restrictiva del acceso a la información podría evitar los derrames que usualmente ocurren en la existencia de información común generada por los sistemas de *big data* (35).

Entonces, el acto de competencia desleal quedará configurado cuando, quien resulte propietario de la información digital (los datos) compilados sea afectado de manera indebida. Es claro que en el caso se requiere un esfuerzo razonable por mantener seguros los datos, dado que en muchas ocasiones la información podría obtenerse o reconfigurarse a través de un proceso de generación inversa de datos.

La norma es coherente con la visión preventiva del daño, contemplando una acción de cese del daño, que en el caso en estudio podría

concretarse a través de una medida cautelar de suspensión. Lo dicho implica además que la configuración de la conducta desleal acarrea consecuencias jurídicas.

Quien provea servicios de generación de datos al cliente, sin perjuicio de la estipulación contractual que pueda existir, debe guardar reserva de los datos que le son compartidos, con el fin exclusivo del servicio que se le ha encargado. Distinta suerte tendrían los datos que anonimizados puedan resultar como residuales y que han sido producidos por el generador de información, la cual usualmente es obtenida a través de procesos algorítmicos.

Allí cabe la pregunta, que excede este trabajo, si la información anonimizada que arroje el uso de algoritmo es tutelable por el derecho de autor. En caso de no serlo, el secreto parece la forma más adecuada de protección para este activo. En consecuencia, las normas de competencia desleal también aplicarían si estos datos se obtuvieran por medios contrarios a las prácticas honestas. Recordemos que en la Argentina no existe un derecho *sui generis* de protección de las bases de datos y tampoco existe un derecho *sui generis* que tutele la actividad de los generadores de datos basados en tecnologías como el *big data*. Pareciera entonces que, en la medida que las normas destinadas a tutelar los bienes intangibles no dispongan la tutela de estas nuevas formas de activos, los secretos industriales y consecuentemente las normas de competencia desleal que regulan la manera en que se emplean dichos secretos jugarán un rol importante.

La aplicación de la normativa de competencia desleal dependerá entonces de la existencia de información, en cuanto activo susceptible de valor económico sobre el que se hayan tomado medidas adecuadas para mantenerlo de manera privada. Frente a una violación a esta privacidad sin el consentimiento de su titular corresponde la aplicación de la normativa citada, por constituir un aprovechamiento de la inversión realizada por quien es el titular de la compilación de datos, ello sin perjuicio de lo problemático de adjudicar el derecho de propiedad a quien corresponda, es decir el titular de los datos en crudo o aquel que ha aplicado procesos para la transformación de esos datos.

(33) GERVAIS, Daniel, “Exploring the Interfaces Between *Big Data* and Intellectual Property Law”, *J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. L.*, 2019, vol. 10, p. 3.

(34) SAPPÀ, Cristiana, “How data protection fits with the algorithmic society via two intellectual property rights a comparative analysis”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019.

(35) BAMBERGER, Kenneth A. - LOBEL, Orly, “Platform market power”, *Berkeley Tech. LJ*, 2017, vol. 32, p. 1051.

## VII. Conclusión

En los párrafos precedentes se ha presentado una de las aplicaciones que puede generar la protección de los secretos empresariales contenida en el marco de la nueva normativa de competencia desleal. Se ha propuesto la manera en la que procedería la aplicación de la violación de secretos integrando la nueva norma con otras ya existentes.

Asimismo, se ha visto que el secreto empresarial y la correspondiente tutela vía acción de competencia desleal puede resultar un mecanismo idóneo para la protección de compilaciones de datos digitales.

Esta tutela podría ser particularmente útil en la Argentina donde no existe un derecho *sui generis* de protección de bases de datos, aunque de existir no obstaría su coexistencia con las normas de competencia desleal.

Por otro lado, el régimen de secretos y su tutela a través de la competencia desleal, podría

resultar conveniente en zonas grises donde la protección de los derechos de propiedad intelectual que se basan en la exclusividad (derechos de autor, patentes, sistemas *sui generis*), no alcanza. Este sería el caso de algunas compilaciones digitales, como así también las nuevas compilaciones derivadas a partir de la utilización de los procesos de *big data*.

Los contornos de este último tema son difíciles pues, los límites del derecho sobre los datos de cada uno de los participantes en la cadena de datos no están claramente definidos. De allí que puedan plantearse como tema para futuras investigaciones la definición de la propiedad de datos de quien los procesa, como así también el uso de la normativa de competencia desleal para este supuesto.

Finalmente, otro tema que, si bien está relacionado no fue desarrollado en el presente trabajo, es la existencia de competencia desleal por las infracciones contractuales que pudieran surgir entre el proveedor de datos y el procesador de los datos.



# La competencia desleal en Internet

---

PABLO A. PALAZZI (\*)

## I. Introducción

El día 22 de abril de 2019 se publicó en el Boletín Oficial el nuevo régimen de Lealtad Comercial, bajo el decreto de necesidad y urgencia 274/2019 (en adelante, “el nuevo régimen de Lealtad Comercial”), derogando la ley 22.802 (en adelante, “la ley”) y sus modificatorias, pero receptando como reglamentarias y complementarias las que lo fueron de esta.

Asimismo, el 25 de mayo de 2019, mediante res. 248/2019 emitida por la Secretaría de Comercio Interior se han dictado las normas complementarias y aclaratorias necesarias para la implementación del nuevo régimen.

El nuevo régimen de Lealtad Comercial regula cuestiones relacionadas a la competencia desleal, las publicidades y promociones, y la información en el comercio. Muchas de estas cuestiones son aplicables a Internet y a las nuevas tecnologías. En esta nota analizamos algunos actos de competencia desleal que pueden darse a través de medios tecnológicos con especial referencia a Internet.

## II. Tecnología y competencia desleal

En las últimas décadas, Internet pasó de ser una simple colección de redes académicas usadas por universidades para investigación a transformarse en una red eminentemente comercial (1), siendo el reciente motor de nuevos

negocios. Nace así el concepto de comercio electrónico. Con la aparición de este comercio virtual, llegaron también los problemas legales relacionados con los actos de competencia desleal en el mundo online.

Internet creó un nuevo mercado donde los signos distintivos y la captación del consumidor por cualquier medio juega un papel cada vez más importante. Las ventas en Internet son cada vez mayores, y la publicidad online ha desplazado a la realizada a través de los canales tradicionales.

Los sitios de Internet o las páginas o dominios en redes sociales valen por su tráfico, este resume la atención que concitan. Los actores de Internet se han transformado en verdaderos gigantes multimedios, superando en su valuación patrimonial o cantidad de usuarios a las empresas convencionales e incluso a varios países (2). Las empresas han dirigido su presupuesto a la pauta online dejando de lado el aviso en formato papel. Al punto que la falta de inversión en publicidad tradicional ha impactado fuer-

---

Andrés. Profesor de la Universidad de San Andrés y codirector del CETYS (Centro de Tecnología y Sociedad) de la misma Universidad.

(1) Ver GREENSTEIN, Shane, *How the Internet Became Commercial. Innovation, Privatization, and the Birth of a New Network*, Princeton University Press, 2015.

(2) Ver “Associated Press, Apple, Amazon, Facebook, Alphabet, and Microsoft Are Collectively Worth More Than the Entire Economy of the United Kingdom”, April 2018; SUROWIECKI, James, “Why Tesla Is Worth More Than GM”, *MIT Technology Review*, 27 de junio de 2017.

---

(\*) Socio del estudio Allende & Brea especializado en materia de Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías. Director del Programa DITC de la Universidad de San

temente en los ingresos de los diarios (3). Hoy en día, Internet es un verdadero motor del comercio mundial, que crea nuevas industrias y al mismo tiempo destruye otras antiguas y no innovadoras que no saben amoldarse a los cambios.

Ante tal panorama es normal que se incrementen los actos de publicidad y de posible confusión del consumidor online (4) y que también lo hagan las infracciones en dicho medio ya que este es el nuevo espacio donde se desarrolla la lucha por el cliente.

Cada vez con mayor frecuencia veremos que los litigios relativos al uso no autorizado de signos distintivos y a las nuevas formas de publicidad van a tener un aspecto relacionado con el mundo online y, en algunos casos, la infracción se habrá producido exclusivamente en este.

Un aspecto importante a considerar, entonces, es que lo sucedido en el mundo *online* no ocurre en un espacio virtual alejado de la realidad, sino que tiene impacto directo en las elecciones de los consumidores y en el bolsillo de empresas que operan en este nuevo medio. Por otra parte, la mayoría de las leyes vigentes y principios generales del derecho siguen resultando aplicables al mundo virtual y el decreto 274 no es ajeno a ello, dado que expresamente recepta las infracciones por Internet (5).

Un claro ejemplo es el caso que anotamos donde una empresa desconocida hasta su aparición en el mercado de informes comerciales, comenzó a operar exclusivamente *online* y para captar clientela comenzó a usar las marcas de sus competidores (varios de ellos, no solo de la actora) en avisos *online*. Esta práctica es cada

vez más frecuente y ya ha generado numerosos litigios en el derecho comparado (6).

### III. La competencia desleal en Internet

#### III.1. Actos de competencia desleal del decreto 274

En particular, el art. 10 del decreto 274 enumera aquellos actos considerados como actos de competencia desleal. La enumeración es taxativa a los fines de la imposición de sanciones y enunciativa a los fines de la promoción de acciones judiciales por los afectados, por lo tanto, es posible que los tribunales encuentren que otras conductas no enumeradas en el art. 10 del decreto son actos de competencia desleal.

Los actos de competencia desleal enumerados en el art. 10 del decreto 274 son:

- a) actos de engaño que impliquen la inducción a error sobre la existencia o naturaleza, modo de fabricación o distribución y características del bien o servicio de manera que pueda generar confusión con respecto a su origen;
- b) actos de confusión que induzcan a error respecto al origen empresarial de la actividad o los bienes o servicios;
- c) el incumplimiento de normas legales a fin de obtener una ventaja significativa en la competencia.
- d) abusar de una situación de dependencia económica de una persona u empresa que no disponga de una alternativa para ejercer su actividad;
- e) obtener, bajo amenaza, condiciones de pago, precios, modalidades de venta, pago de cargos, entre otros;
- f) vender por debajo del costo de fabricación o por debajo del precio de adquisición cuando fuera una estrategia que busque dificultar la entrada al mercado o eliminar del mercado a un competidor;

(3) SAPERSTEIN, T., "The Future of Print: Newspapers Struggle to Survive in the Age of Technology", *Harvard Political Review*, 6 de diciembre de 2014.

(4) BLAISE BEKALE, Gilbert, "La concurrence déloyale dans le commerce électronique", Presses Universitaires de Perpignan (PUP), p. 129.

(5) Art. 8º, dec. 274: "Están prohibidos los actos de competencia desleal, *cualquiera sea* la forma que adopten, *el medio a través del cual se realicen* y el mercado en el que tengan lugar".

(6) PALAZZI, Pablo, "El uso de marca ajena en enlaces patrocinados en buscadores de Internet", en *Derechos Intelectuales*, nro. 16, Legis, 2011, ps. 39-71.

g) explotar indebidamente la imagen, el prestigio o la reputación de otro;

h) actos de imitación cuyo fin sea generar confusión respecto de la procedencia de los bienes o servicios o comporte un aprovechamiento indebido de otro;

i) actos de denigración a fin de menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o reputación de un competidor, si las aseveraciones fueran falsas;

j) violación de secretos empresariales;

k) la inducción del empleador, proveedores, clientes u otros obligados con un competidor a infringir sus obligaciones contractuales;

l) actos de discriminación de compradores; y

m) publicidad comparativa.

De todas las figuras enumeradas precedentemente, los casos que analizaremos en esta nota porque pueden implicar a Internet son los actos de engaño y confusión, la publicidad comparativa, y la denigración comercial.

### III.2. Denigración comercial en Internet

La competencia no está exenta de situaciones en las que un operador económico entiende que ciertas manifestaciones o expresiones realizadas por terceros pueden afectar o están afectando de forma negativa al crédito de sus bienes o servicios, o a su propia imagen comercial (7). Tales situaciones que llevan a la denigración de una empresa, de un comerciante o de su marca ocurre cada vez con mayor frecuencia en Internet y en las redes sociales (8).

Ahora el art. 10 inc. i) del dec. 274 tipifica los “actos de denigración a fin de menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o reputación de un competidor, si las aseveraciones fueran falsas”.

Mediante el acto de denigración se pretende desacreditar, denigrar o menospreciar en forma directa o indirecta a otro agente económico, a su actividad, o sus productos o servicios, aun cuando este no sea competidor de quien efectúa la conducta (9).

Antes de la sanción del dec. 274, las fuentes jurídicas para fundar un reclamo por denigración de un competidor eran dispersas y de lo más variadas, apoyándose —entre otros— en el derecho marcario, los derechos de la personalidad (del comerciante agraviado), las acciones civiles o penales por calumnias e injurias, y el derecho de daños en general. Ahora bastará con la referencia al art. 10 del dec. 274 para hacer cesar o reclamar daños por actos o manifestaciones que puedan menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o reputación de un competidor, siempre y cuando las aseveraciones sean falsas.

La denigración es una forma de competencia desleal que generalmente se va a desarrollar en forma abierta y publicitada (10), ya que el objeto del atacante es llegar a la mayor cantidad de público con las aseveraciones denigrantes sobre el competidor o sus productos.

Los casos típicos son la publicidad denigratoria, la comparativa falsa, o el registro de marcas que denigran a un producto o servicio. Puede sin embargo tener lugar en forma encubierta, aunque en estos casos lo más probable es que se usen terceros, con el fin de evitar la identificación con el competidor (p. ej. campañas de correos electrónicos anónimos o blogs con rumores falsos, *influencers* o *bots* que postean comentarios negativos de la marca, etcétera).

¿Cuáles son los fundamentos de prohibir la denigración de un competidor? El derecho protege la diseminación de información verdadera en el mercado sobre los productos, servicios y actores del comercio, porque de esa manera el mercado es más eficiente. Esto es una verdad subyacente detrás de diversos institutos relacio-

(7) LARA GONZÁLEZ, Rafael, *La denigración en el derecho de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 2007.

(8) BYCHOWSKI, Steve, “Commercial Disparagement an Increasing Concern in the Age of Social Media”, Trademark Blog de Foley & Lag, 24/2/2014.

(9) MUGUILLO, Roberto, *Publicidad*, Astrea, Buenos Aires, 2005, ps. 233 y ss.

(10) BERTRAND, André, *Le droit français de la concurrence déloyale*, Collection Théorie et pratique, Cedat, París, p. 87.

nados con la materia que estudiamos: la competencia desleal, la lealtad comercial, el derecho marcario y de los demás signos distintivos y las normas que tutelan en general la reputación comercial de empresas en el mercado.

El denigrar al competidor, a su marca o a sus productos o servicios que ofrece en el mercado es una forma injustificadamente dañosa de competir y que perjudica no solo al competidor sino también al consumidor. Actualmente tal tipo concurrencial se ha expandido a Internet, que multiplica ampliamente el daño por la difusión de la información. La información denigratoria posteada en Internet “queda ahí” para que sea consultada, buscada y encontrada por terceros. El daño se extiende en el tiempo y en el espacio porque es muy difícil “sacar” de Internet contenidos negativos (11).

Asimismo, coadyuva el hecho evidente que la gente cree mucho de lo que lee en Internet sin discernir las fuentes o el contenido de las afirmaciones falsas (de ahí el fenómeno muy contemporáneo de las *fake news*).

Si el comerciante que, en forma deshonesto denigra a su competidor, triunfa con la difusión de información falsa, entonces los consumidores no habrán adquirido un producto o servicio más eficiente o más económico, sino aquel que logró imponerse merced a la competencia deshonesto consistente básicamente en difundir mentiras sobre un comerciante o sus bienes.

En su estudio sobre la competencia desleal (12) la OMPI se ocupa especialmente de los actos denigratorios señalando que al igual que el engaño, el descrédito trata de atraer clientes con información incorrecta. Sin embargo —prosigue el estudio—, a diferencia del

acto de engaño, esto no se hace mediante declaraciones falsas o engañosas sobre el propio producto, sino lanzando afirmaciones falsas sobre un competidor, sus productos o servicios. De ahí que el descrédito siempre implique un ataque directo sobre un empresario particular o sobre una categoría particular de hombres de empresa, que tiene consecuencias que van más allá de ese objetivo: puesto que la información sobre el competidor o sus productos es incorrecta, también es factible que el consumidor sufra por ello.

Internet se ha transformado cada vez más en un ámbito de ataque a la reputación de competidores, sus productos y sus marcas. Una práctica cada vez más frecuente que recibe el nombre de *astroturfing* consiste en contaminar la imagen de otra marca promoviendo comentarios desfavorables, que se suelen hacer desde “granjas” de perfiles falsos en redes sociales (Twitter, Facebook, Instagram, etc.), existiendo el caso reciente en España de una agencia que representaba a una conocida marca de bebidas que descubrió cómo otra estaba lanzando ataques de comentarios negativos contra una competidora desde perfiles falsos de redes sociales (13).

En materia de denigración comercial entendemos que pueden darse varios supuestos. Puede suceder que Internet se use como canal para difusión de expresiones agraviantes a un establecimiento comercial.

Así podrá hacerse circular correos electrónicos injuriantes (*mail hoax*), *blogs* de crítica a determinados productos, servicios o empresas, o sitios específicos creados con la finalidad de denigrar al competidor. Este es el ejemplo del caso “Coca Cola c. Dasani” que comentamos más adelante.

Esto marca algunas diferencias respecto al acto tradicional de denigración que ocurría en el mundo no virtual. Cada vez son más frecuentes este tipo de conflictos, que se caracterizan por la *velocidad de difusión de la información* denigratoria, la facilidad que los consumidores

(11) Valga de ejemplo la cautelar obtenida en el caso canadiense de robo de secretos comercial en el precedente “Google Inc. c. Equustek Solutions Inc., [2017] 1 SCR 824”, en la cual, invocando el precedente Google Spain se valida la aplicación extraterritorial de una decisión canadiense a suelo norteamericano. La obligación de desindexar el secreto comercial se extiende por este caso no solo a google.ca, sino a google.com en Estados Unidos a los fines de evitar el daño al interés tutelado en el caso.

(12) OMPI, Protección contra la competencia desleal, Ginebra, Suiza, 1994, p. 49.

(13) ELOLA, Joseba, “Perfiles con muchos ‘huevos’”, diario *El País*, del 22/4/2012; publicado también en *La Nación y Enfoques* del 29/4/2012, p. 5.



tienen para encontrarla merced a los buscadores de Internet, el anonimato de los autores, y la complejidad de desnudar la falsedad de la información maliciosa y su origen (14). Lo publicado en Internet puede quedar por mucho tiempo y es difícil borrarlo. Se genera además la creencia de que es verdadero.

Otra variante es que puede registrarse un dominio que en sí mismo sea denigratorio, o que lo sea su contenido.

La denigración no solo ocurre exclusivamente en el mundo *online*. A veces Internet se hace eco del mundo *offline* y refleja lo que ocurre. Por lo expuesto, Internet se ha transformado en un nuevo campo de batalla para denigrar al competidor que ocurre en paralelo con la realidad comercial del día a día. Surgen así nuevas necesidades de la empresa. Las redes sociales y los buscadores son espacios virtuales donde el comerciante debe estar presente, pero al mismo tiempo debe cuidar su reputación. La menor crítica, aunque infundada, puede difundirse y compartirse en segundos con miles de personas dado el efecto viral que tienen las redes sociales.

Las empresas han tenido que recurrir a numerosos medios para limpiar su reputación en la red. Así se han hecho campañas de fuerte presencia en redes sociales (Facebook, LinkedIn y Twitter), *marketing* viral, *spots* televisivos (15), publicaciones de solicitadas, compra de palabras clave en Google Adwords y hasta un “micrositio” aclarando la verdadera versión de los hechos (16).

Por todo esto, surgen compañías que se dedican a limpiar la reputación de empresas en

---

(14) DANON, María Celeste, “Los mails tóxicos que enferman a las compañías”, *Infobae profesional*, 2 de mayo de 2008, <http://www.iprofesional.com/notas/65603-Los-mails-toxicos-que-enferman-a-las-companias.html>.

(15) Una conocida empresa láctea argentina tuvo que contratar a un comentarista para hacer un spot televisivo informando a los consumidores sobre la inocuidad de su producto con el único fin de desmentir los rumores que circulaban en una cadena de mails que eran falsos.

(16) Tal el caso de Coca-Cola, que en su momento armó un sitio denominado [www.laverdadsobreDasani.com](http://www.laverdadsobreDasani.com) en la cual informaba sobre el origen del falso rumor, el cual terminó litigando en sede penal.

Internet. Y aparecen consumidores con *blogs*, o sitios de crítica a empresas donde la denigración se mezcla con el derecho a la información y expresión de los consumidores.

El ejemplo más evidente de estos supuestos es el caso “Coca Cola c. Dasani” que comentamos seguidamente.

The Coca-Cola Company y una empresa local iniciaron una querrela penal por la posible comisión del delito de concurrencia desleal con fundamento en el art. 159 del Cód. Penal contra el gerente de un competidor y la responsable de la agencia de publicidad alegando que ambos habrían montado una campaña de denigración comercial de sus productos (17).

En la querrela se refirió que a fines del año 2005 se lanzó al mercado argentino la bebida “Dasani”, tanto en sus variantes de agua mineralizada artificialmente como también de aguas saborizadas. Se imputó en la causa a diversos funcionarios de Danone, empresa que, en la Argentina cuenta con una importante participación en el mercado nacional en ambos tipos de productos, a través de las marcas “Villavicencio” y “Villa del Sur” —aguas mineralizadas— y agua “Ser” en sus distintas versiones.

Al poco tiempo de la aparición de “Dasani” en el mercado, comenzaron a circular por Internet correos electrónicos anónimos y “posteos” o “comentarios” con diversos mensajes agraviantes al producto. Entre otros, los mensajes tenían el siguiente contenido: “Coca-Cola nos vende agua de la canilla por casi 3 pesos”, “Alerta: el agua Dasani fue denunciada por contener sustancias cancerígenas” y “No tomen agua Dasani, peligro, la Dasani es agua de cañería, tratada con productos químicos que se vuelven cancerígenos después de embotellarla: bromato”. Estos mensajes comenzaron a poblar y reproducirse en sitios web y comentarios en *blogs*.

La noticia comenzó a expandirse en el ámbito local argentino e incluso se sabe que llegó —por vía de la Internet—, a otros países latinoamericanos tales como Puerto Rico, Colombia,

---

(17) La empresa actora también inició una demanda de daños y perjuicios que está en trámite ante la justicia comercial al momento de escribir esta nota.

México, Chile y Perú e incluso hasta España y otros países de la Unión Europea. Ante tal accionar difamatorio varias empresas y particulares que leyeron la noticia y la creyeron verdadera dejaron de adquirir la bebida e incluso requirieron explicaciones a la compañía afectada sobre la veracidad del rumor. La consecuencia de la propagación de la información falsa fue grave pues, según el tribunal, se indujo a los consumidores a optar por productos de la competencia y ello originó un temor en la población al hacer creer que la ingesta del producto de Coca Cola era perjudicial para la salud.

En primera instancia se desestimó la querrela penal por considerar que no había delito. El juez desestimó la denuncia por entender que no se daban, en el caso, los elementos objetivos que exige el art. 159 Cód. Penal (18). Esta norma dispone que “será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, el que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial”.

El juez de primera instancia consideró que la sociedad denunciante tenía una clientela en expectativa y no una “efectiva clientela” pues, al momento de los hechos, no era la empresa que dominaba el mercado en la materia. Juzgó que tampoco se habría realizado el desvío y aprovechamiento que requiere la figura del art. 159 del Cód. Penal. A nuestro modo de ver esta solución era ridícula, puesto que el delito de competencia desleal no requiere una posición dominante (elemento del derecho de la competencia, no del derecho de la competencia desleal) y además cualquier producto que una empresa del tamaño de Coca Cola (y más un agua mineral), ponga en el mercado va a tener salida comercial. La efectiva denigración de dicho producto claramente le restaba clientes.

Esta decisión fue apelada por la querellante ante la Cámara de Apelaciones, que revocó la decisión de primera instancia (19). El tribunal entendió que no podría descartarse la hipótesis

de que el suceso carezca de interés jurídico penal. Afirmó que, de la documentación aportada por la querrela, la bebida “Dasani” no solo se encontraba a la venta en el mercado cuando se llevó a cabo la campaña de desprestigio vía correo electrónico de sus supuestas propiedades peligrosas, sino que además varias importantes empresas e instituciones públicas estaban vinculadas con el consumo del producto. Para el tribunal, ello señalaba la existencia de clientela consumidora del producto. Tal concepto —según lo definió la Cámara— “está integrado por las personas, en cualquier sentido, que se inclinan por la selección de determinados productos, por hábito o preferencia, o los adquieren en un lugar determinado”.

Asimismo, se precisó siguiendo a importante doctrina que la legislación penal sobre competencia desleal argentina (art. 159 del Cód. Penal) no hace distinción de ningún tipo entre clientela habitual o accidental, motivo por el cual debe entenderse que protege a ambas.

El tribunal de apelaciones también restó importancia a la posición en el mercado de la denunciante: “La circunstancia de que la empresa querellante no figure a la cabeza de las bebidas más vendidas en el rubro, no implica necesariamente que la conducta pesquisada no haya perjudicado los intereses de la accionante e incluso desviado parte de sus consumidores en favor de Danone u otras empresas, en virtud de que la acción reprimida consiste en restar clientela y desviarla en provecho propio, es decir, en beneficio del sujeto activo. He ahí por qué debe tratarse de un sujeto que pueda captar la clientela”.

Se concluyó que “es posible suponer, al menos en este estado, que los responsables de esta maniobra hayan previsto que parte de los adquirentes o posibles compradores del producto —a raíz de la noticia maliciosa que fuera propagada por Internet y llegara directamente a las casillas de mensajes electrónicos de los usuarios— lo abandonarían para volcarse a otro de similares características, sector del mercado donde la firma querellada se encontraba ya en una posición dominante. Por tal razón, un incremento en sus ventas aparecería como una consecuencia lógica y previsible, máxime cuando el medio utilizado era idóneo para atemorizar o confundir al público”.

(18) JNac. 1ª inst. Correc., nro. 2, 7/8/2007, “P., Andrea y otros”.

(19) CNCrim. y Correc., sala V, 4/12/2007.

Finalmente, el tribunal señaló que el delito de concurrencia desleal previsto en el Código Penal argentino no requiere que efectivamente se haya producido el desvío de clientes, ya que se consume solo con la realización de la conducta típica, sin importar si el resultado se alcanza o no. En consecuencia, mandó seguir adelante la querrela penal.

Este fue uno de los primeros casos de competencia desleal en Internet en la Argentina.

Vemos ahora el supuesto del registro de nombres de dominio denigratorios.

Como antecedente recordamos que desde hace muchos años encontramos en los repertorios jurisprudenciales supuestos donde un titular marcario se opone al registro de una marca de un comerciante en otra clase que a veces ni siquiera es conexas con la marca que el primero posee, sino que se encuentra en productos totalmente distintos e incluso opuestos. El fundamento de estos planteos suele ser que el registro en esa nueva marca en esa clase podrá denigrar la marca suya dada la clase solicitada (p. ej., comidas vs. insecticida, medicinas vs. venenos).

Explica Otamendi que muchas han sido las oposiciones deducidas a la solicitud de registro de una marca por considerarla denigratoria de una anterior registrada en otra clase. En esos casos el titular de la marca anterior argumentará que “el nuevo registro para distinguir insecticidas, bactericidas, trapos de piso, preservativos o venenos, para citar los casos que han llegado a la justicia, son denigratorios de su marca” (20). Otro fundamento para fundar esta oposición será que la solicitud de marca es contraria a la moral y a las buenas costumbres (21).

Así en numerosos casos se ha rechazado el registro de marcas con fundamento en el carácter denigratorio, por ejemplo, se hizo lugar a la oposición formulada para registrar “Yelmo” (entonces marca de cigarros) como veneno (22).

(20) OTAMENDI, Jorge, *Derecho de marcas*, 7ª ed., Abeledo, Buenos Aires, p. 107, nro. 2.3.12., con extensa cita de casos.

(21) *Ibidem*, p. 94, nro. 2.3.4.

(22) Caso “Antonio Pahul c. Cía. Nacional de Tabacos”, 16/8/1917, publicado en *Patentes y marcas*, 1917, p. 374.

La necesidad de probar la mala fe limita mucho la aplicación de conceptos denigratorios en casos de oposición al registro de marcas. Entendemos que el mero registro de una marca supuestamente denigratoria no produce daño alguno hasta tanto esta sea usada en el comercio. Por ende, es difícil alegar un daño marcario en la etapa de registro de marcas. Este vendrá cuando en el caso concreto el uso que se dé a la marca produzca un claro efecto denigratorio en el mercado y termine haciendo que los consumidores la asocien con productos que afecten los originales.

En un caso se convalidó el registro de una marca de sidra utilizada para distinguir papel higiénico (23). En el caso se rechazó la acción de nulidad de la marca que designaba papel higiénico porque se entendió que no había asociación entre este producto y las bebidas que expendía el nulificante que pudieron vincular ambas marcas, ni se probó que había mediado dolo o malicia en la contraparte. El Dr. Recondo agregó que la falta de relación entre los productos no iba a suscitar en el consumidor la asociación de una marca con otra (24). Continuó diciendo que *sin la intención de causar un daño no había denigración posible*. Todos los artículos puestos en el comercio debían ser considerados buenos, en el sentido análogo de útiles, y como tales —cualquiera fuese su finalidad específica— prestaban un servicio a la persona, a la familia, al hogar y, en definitiva, a la sociedad en términos generales. Ninguno la degradaba ni la denigraba, como no la degradaba ni la denigraba el uso de muchos otros productos vinculados con la intimidad de la persona. Cada producto tenía su propia dignidad material en tanto era útil y servía a la persona humana. De donde se siguió que no había —salvo supuestos de inmoralidad manifiesta— productos ni marcas denigratorios de otros por su naturaleza (25).

(23) CNFed. Civ. y Com., sala 3, 22/12/2011, “Sáenz Briones y Cía. SA c. Papeles Industriales SA”. Seguimos el excelente comentario de BARBADO, Patricia, “Actualidad en la jurisprudencia Civil y Comercial federal”, JA 2012-II-345.

(24) Con cita del caso sala 1ª, causa 882/054, del 18/6/2009 y sus citas.

(25) Con cita del caso de sala 2ª, causa 6141/1998, del 17/11/2005.

Existen, asimismo, numerosos casos sobre denigración en Internet que se han decidido a través del procedimiento de solución de controversias de la OMPI en materia de nombres de dominio (26).

En la práctica encontramos dos posibilidades: (i) denigración por la inclusión de palabras negativas junto a una marca en el nombre de dominio o (ii) denigración por el contenido subido a este. En ambos casos resulta aplicable el art. 10 del dec. 274, además de ser considerado infracción marcaria. La única excepción es que no exista uso comercial y el nombre de dominio tenga uso informativo amparado por la libertad de expresión como se decidió con el caso relativo al nombre de dominio “quetepasaclarin”.

Cuando el dominio en sí es denigratorio, la jurisprudencia ha considerado que ha sido registrado de mala fe y suele ordenar su transferencia (27).

Por ejemplo, en un caso que involucró el registro del nombre de dominio “negociosocurosfiat.com” se consideró que el dominio denigraba la marca de la actora Fiat Auto Argentina.

En este caso el árbitro sostuvo que la “...conducta del demandado no puede equipararse a un uso legítimo y leal del nombre de dominio. El demandado puede ejercer su derecho de libertad de expresión en Internet, pero ello no significa que posea derechos para utilizar una marca ajena en su nombre de dominio *con el fin de denigrarla*. Por consiguiente, el panel encuentra que el demandado no posee derechos ni intereses legítimos sobre el nombre de dominio”. La decisión ordena devolver el dominio a Fiat por considerar que había sido registrado de mala fe (28).

(26) Cfr. Sobre este asunto ver VIBES, *El nombre de dominio de Internet*, ps. 215-235; PALAZZI, Pablo, “La protección internacional de los nombres de dominio”, ED 242-690.

(27) Ver por ejemplo “Marie Claire Album c. Narcis Subils Pages”, caso OMPI D2007-0944, ordenando la transferencia de los nombres de dominio “lascivious-marieclaire.com” y “puta-marieclaire.com” considerando que ambos términos añadidos a la marca “Marie Claire” tienen carácter peyorativo.

(28) Caso “Fiat Auto Argentina SA y Fiat Auto SPA c. Silvio Eduardo Bianucci”, caso OMPI D2005-1102, decisión del 25/1/2006.

En el caso “Altria Group c. Daniel Cheng” (29) la actora era la compañía holding de Philip Morris, uno de los fabricantes más importantes de cigarrillos del mundo y demandó a un individuo que registró los nombres de dominios “altriacannabis.com” y “altriamarijuana.com”.

La demanda se basó en el hecho de que el uso de los términos *cannabis* y *marihuana* junto al nombre de la empresa Holding del grupo (Altria) denigraba la marca. Si bien el demandado alegó el registro con la finalidad de criticar la política empresarial de la actora, luego requirió el pago de una suma de dinero para transferir los dominios. Ante esto, la decisión consideró que el registro del dominio con la marca Altria sumado a las palabras *cannabis* y *marihuana* afectaba a la actora y a la reputación de las marcas por haber sido registrado de mala fe y ordenó la transferencia de los dominios a la demandante.

El registro del dominio puede haberse hecho con un ánimo de crítica, pero eso no da derecho al registrante a usar la marca o nombre del comerciante junto a insultos o agravios como nombre de dominio.

Así, en el caso “Sociedad General de Autores y Editores c. Realmente Cabreados con la SGAE” (30), se registró un dominio que contenía el término de la profesión más antigua del planeta seguido de las iniciales de la Sociedad General de Autores y Editores de España (31). La decisión que ordena cancelar el dominio concluye que los demandados carecen de inte-

(29) Caso “Altria Group c. Daniel Cheng”, caso OMPI D2009-1764.

(30) Caso “Sociedad General de Autores y Editores c. Realmente Cabreados con la SGAE”, caso OMPI D2002-0953.

(31) La demanda tenía como objeto el nombre de dominio “putasgae.com” y se recuperó en el año 2002. Asimismo, en diciembre de 2009, la sala de lo Civil del Tribunal Supremo confirmó una sentencia que condenó a la Asociación de Internautas a pagar 18.000 euros a la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) por haber alojado en su portal de Internet páginas como “www.putasgae.org” y “www.antisgae.internautas.org”, que a su vez contenían expresiones injuriosas contra la sociedad de autores. La decisión no se basa en denigración comercial sino en el derecho al honor, pues en España el honor también ampara a las personas jurídicas. Cfr. TS, sala en lo civil, 9/12/2009, recurso 914/2006, resolución 773/2009.

reses legítimos y que han actuado con mala fe al registrar dicho nombre de dominio claramente denigratorio.

Se rechazó la defensa de libertad de expresión invocada por el demandado con fundamento en la denigración del nombre de la actora. La decisión dictada por un árbitro español expresa: “Frente a esta alegación conviene recordar, como reiteradamente ha concluido nuestro Tribunal Constitucional, que ningún derecho, ni siquiera los derechos fundamentales, es o tiene un carácter ilimitado o absoluto. (...) En este sentido, y con relación al derecho de información y libertad de expresión, hemos de indicar que cualquier legitimidad que pudiera haber en el interés del demandado en usar el nombre de dominio, o cualquier licitud en el ejercicio de dichos derechos, decae terminantemente cuando en el uso correspondiente se causa un daño a tercero no justificado, ni amparado por el ordenamiento jurídico. En el caso concreto, observó que el uso de la palabra ‘puta’ delante del vocablo ‘sgae’ se hace con un claro sentido *denigratorio y agresivo hacia una persona jurídica* (la de la demandante) y hacia la actividad por ella desarrollada. No puede haber justificación en el uso de un término tan peyorativo, mal sonante, denigratorio y abyecto como el anteriormente citado, y menos aún cuando tal uso se hace en un contexto en el que claramente se pretende ridiculizar la actividad desarrollada por la demandante o por sus integrantes, como se puede comprobar con solo visitar la página web correspondiente, todo lo cual incluso puede hacer dudar de que la información vertida sea realmente veraz como exige la jurisprudencia constitucional aplicable. Por todo ello, he de concluir que el demandado no puede amparar su conducta en el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad de expresión y en el derecho a recibir información”.

El panelista en este caso concluye: “...dado el carácter notorio de la marca ‘SGAE’, la nacionalidad española común de demandado y demandante, la amplia actividad y extensión de la marca indicada entre los distintos usuarios del sector y del público consumidor, la apariencia del sitio web correspondiente al nombre de dominio (similar en exceso a la página web de la demandante), y dada la ausencia de prueba acerca de una actividad legítima de buena fe

por parte del demandado con relación al nombre de dominio (según prescribe y propone la política uniforme), no queda más remedio que considerar que el registro del nombre de dominio se hizo con una *voluntad denigratoria por parte del demandado hacia la actividad desarrollada por la demandante y su imagen corporativa*. El registro de mala fe, si persiste, se convierte en posesión o uso actual de mala fe, ya que no puede ampararse una actitud presente de uso de buena fe del dominio, si desde el origen no se ha dado dicha circunstancia. A ello coadyuva, sin duda, y como señalábamos en el párrafo anterior, el hecho claramente denigratorio e insultante de la palabra ‘puta’ como referido y anudado al vocablo ‘sgae’ dentro del dominio disputado”.

En otros casos, el registro en sí no denigra al titular marcario pues el dominio es solo la marca o una variación de este, pero se suele dotar al dominio de contenido. En ese caso el reclamo del dominio argumenta que la denigración proviene no del dominio en sí o de un término peyorativo incluido en este sino del contenido del dominio. Los casos más frecuentes son registrar un nombre de dominio coincidente con una marca notoria y dotarlo de contenido difamatorio o pornográfico (32).

En el caso “Grubarges Inversión Hotelera, S. L. c. Josep Gasull Monmany” (33), tras establecer mediante la adopción del nombre de dominio “grubarges” y el propio contenido de la página web una expresa referencia a la demandante, el demandado dotó a la página web de un contenido pornográfico o erótico que resulta susceptible de afectar al buen nombre de la demandante.

Para determinar el carácter denigratorio el panelista recurre al derecho español. Por otra parte, a la hora de determinar la mala fe en el uso del nombre de dominio, la decisión hace

(32) Se consideran típicos casos de denigración comercial la oferta de sitios para adultos o de pornografía con sitios de marcas conocidas. Ver “Prada SA c. Prada/Elite Model”, caso OMPI D2008-0125; GAP (Apparel), “LLC c. Cher Fang Lim, WIPO”, caso OMPI D2005-1165.

(33) “Grubarges Inversión Hotelera, S. L. c. Josep Gasull Monmany”, caso OMPI D2001-1219, dominio “grubarges.com”.

referencia a la ley española de Publicidad, de 11 de noviembre de 1988, en cuyo art. 6º se califica de “publicidad desleal”: a) la que *por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades*; b) la que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones y, en general, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”.

En el caso “Hunton & Williams c. American Distribution Systems, Inc. *et al.*” (caso OMPI D2000-0501) el demandado había registrado el dominio de una conocida firma legal de los Estados Unidos. El contenido de la página hacía referencia a los abogados con el término parásitos y otros insultos. Se concluyó que semejante contenido era denigratorio de la firma actora y se ordenó transferir el dominio a la actora.

En el caso “Asisa Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros, SA c. Adolfo Antonio Aledo García” (caso OMPI D2003-0542) se reclamó al registrante de los dominios “asisa.biz” y “asisa.org”. Los sitios eran usados para difundir comentarios críticos y sin fundamento a los servicios médicos prestados por la actora.

La decisión otorga el dominio a la actora, y señala: “...el tenor de la mayor parte de las opiniones es claramente ofensivo e incluso denigratorio (...). El carácter claramente denigratorio y ofensivo de las afirmaciones o expresiones analizadas va más allá del ámbito protegido por el derecho fundamental a manifestar libremente la expresión u opinión propia (derecho a la libre expresión) o de tercero (libertad de información), y no puede quedar amparado en derecho alguno, ni tan siquiera aunque tenga carácter de fundamental o esencial (...). Por otra parte, la Ley de Competencia Desleal (art. 5º) sanciona como desleal el desarrollo de una actividad objetivamente contraria a la buena fe. El tipo de comportamiento sancionado no es aquel que el propio sujeto infractor pueda suponer que es ilícito (punto de vista subjetivo), sino aquel que objetivamente resulta contrario a las mínimas

exigencias de un comportamiento ético y conforme a los buenos usos y prácticas mercantiles. Desde este punto de vista, es evidente que el registro de nombres de dominio coincidentes con marcas renombradas o notorias por el demandado, el uso de un término o vocablo que causa confusión con otros existentes en el mercado nacional registrados a favor del demandante, así como la ausencia de un interés legítimo digno de protección por parte del demandado deben llevar a la conclusión de que, efectivamente, su comportamiento es desleal por ser objetivamente contrario a la buena fe y hacerse en detrimento y *denigración de la reputación ganada* por otro en el mercado, como ha quedado suficientemente explicado”.

Pero no siempre un dominio que critica y denigra a un comerciante implica un acto de mala fe. Así, en el caso “Paul McMann c. J McEachern” caso OMPI D2007-1597 los nombres en disputa registrados por la demandada eran “paulmcmann.com” y “paulmcmannsucks.com”. El actor era un constructor en Boston, Massachusetts. Tenía el dominio de su nombre registrado, pero en marzo de 2006 omitió renovarlo. El demandado había contratado a McMann para realizar unos trabajos, pero el trabajo nunca se completó y el incumplimiento terminó en un juicio. A raíz de ello el demandado registró ambos dominios y contó su mala experiencia con el constructor aclarando que el sitio no tenía relación alguna con el actor ni con sus marcas. La demanda del titular marcario fue rechazada.

En ese caso el panelista consideró que ambas partes eran norteamericanas y que, por ende, la cuestión tenía que decidirse por el derecho de ese país (incluyendo la libertad de expresión amparada por la Primera Enmienda de la Constitución). Fue así que considero que el dominio “paulmcmannsucks.com” y su contenido estaban amparados por la libertad de expresión. Se trataba de un uso legítimo y no comercial del dominio y, por ende, no era ilícito (34). En este

(34) Con cita del caso “InMed Diagnostic Services, LLC, InMed Diagnostic Services of S.C., LLC, InMed Diagnostic Services of MA, LLC and InMed Diagnostic Services of IL, LLC v. James Harrison, WIPO”, caso D2006-1230.

caso la denigración no era tal frente a la libertad de expresión del demandado.

### **III.3. Publicidad falsa y publicidad comparativa online**

Nuestro sistema legal carece de una ley general de publicidad. Sin embargo, la publicidad está regulada en la Argentina tanto en el Código Civil y Comercial de la Nación como en el dec. 274.

El art. 1101 del Cód. Civ. y Com. dispone que está prohibida toda publicidad que

a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio;

b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor;

c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

A su vez el art. 1102 dispone que los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria.

Por su parte el art. 11 del dec. 274 contempla la publicidad engañosa. La citada norma dispone que queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios.

A su vez el art. 12 dispone el principio de "control posterior" o no censura previa de la publicidad. La norma establece que la Autoridad de Aplicación no podrá requerir autorización o supervisión previa a la difusión de la publicidad y la fiscalización se efectuará únicamente sobre la publicidad que haya sido difundida en el mercado.

Finalmente, el art. 15 se refiere a la publicidad comparativa, permitiéndola siempre y cuando cumpla con ciertas condiciones allí enumeradas. La norma dispone que, a los efectos de este decreto, se considerará publicidad comparativa a la publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor, o a su marca, o a los productos o servicios ofrecidos por él.

La publicidad comparativa estará permitida si cumple con la totalidad de las siguientes condiciones:

a) No inducir a error, engaño o confusión, entre el anunciante y un competidor, o entre los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor.

b) Comparar bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad, y que dicha comparación se realice en forma objetiva, entre una o más características esenciales, pertinentes, representativas y comprobables de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio.

c) Su finalidad sea la de informar las ventajas de los bienes o servicios publicitados.

d) No desacreditar ni denigrar los derechos de propiedad intelectual e industrial o circunstancias de algún competidor.

e) No obtener indebidamente ventaja de la reputación de una marca de algún competidor o de las denominaciones de origen de bienes de algún competidor.

f) No presentar un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos.

g) En el supuesto de bienes amparados por una denominación de origen, indicación geográfica o denominación específica, la comparación solo podrá efectuarse con otros bienes de la misma denominación.

La publicidad comparativa, dentro de los cánones lícitos, es legal. La publicidad falsa, siempre es legal cuando se la realiza con ánimo de engañar al consumidor y sustraer clientela a un competidor.

Estos actos son aplicables a las actividades de competidores realizadas en Internet. Es posible entonces realizar publicidad comparativa o publicidad falsa en Internet.

#### **III.4. Actos de confusión y engaño del consumidor online: imitación desleal de páginas y negocios de Internet**

El art. 10 del dec. 274 incorpora dos casos de confusión, engaño o imitación desleal, a saber:

- actos de engaño que impliquen la inducción a error sobre la existencia o naturaleza, modo de fabricación o distribución y características del bien o servicio de manera que pueda generar confusión con respecto a su origen;

- actos de confusión que induzcan a error con respecto al origen empresarial de la actividad o los bienes o servicios;

Es frecuente encontrarnos con que una vez que un modelo de negocios florece en Internet, aparecen en forma inmediata los imitadores de la idea y del modelo del negocio, lo cual es perfectamente lícito porque las ideas y modelos de negocios son de libre imitación.

Pero es frecuente también encontrar que las páginas web que tienen esos imitadores a veces se acercan en diseño, distribución de opciones, colores y funcionalidades a la página original que creó el modelo de negocio.

Pues bien, en estos casos entendemos que se podrá accionar legalmente por la vía del derecho de autor si la página web está amparada por dicho registro. Pero también creemos que es posible recurrir al derecho de la competencia

desleal: aparece el concepto de imitación desleal como acto de competencia desleal.

En estos casos el imitador busca atraer clientela mediante un sitio web parecido en colores, disposición de menús, logos, etc. A veces, estas características pueden estar amparadas por el derecho de marcas o por el derecho de autor, pero si no lo están, será posible recurrir a la competencia desleal basada en la imitación desleal, engaño y confusión del consumidor.

Por supuesto, quedan fuera de la imitación desleal las funciones no protegibles, las opciones que condensan la idea y la obra en un mismo ente, las rutinas en el dominio público o sujetas a *software* libre de terceros y la imposibilidad de monopolizar un color o tipografías. Pero más allá de estas exclusiones fundadas en la misma competencia, la imitación desleal de un sitio web o de funcionalidades en forma sistemática es un claro acto de competencia desleal *online*.

#### **IV. Conclusiones**

El uso de tecnología para incurrir en actos de competencia desleal va a ser cada vez más frecuente dado que el comercio electrónico e Internet se han transformado en el lugar natural del comercio.

Por lo demás, el consumidor suele estar desprevenido en estos ambientes y confía en "lo que ve" que a veces no es lo real o lo aparente. En virtud de ellos, los actos de competencia desleal deben ser juzgados con otro prisma cuando se trata de internet o redes sociales y los consumidores desprevendidos confían en lo que les muestra el comerciante deshonesto. Se deberá acentuar la tutela como forma de generar confianza en el comercio electrónico.



# El deber del trabajador de no afectar al competidor de su empleador

---

RICARDO ARTURO FOGLIA (\*)

## I. El deber de buena fe

La exigencia de una competencia leal entre las personas humanas o jurídicas, públicas o privadas que participen en el mercado comercial establecido por el dec. 274/2019 (1) es una derivación del principio de buena fe.

Respecto de este cabe señalar que presenta dos facetas.

Una como principio general de obrar en todas las relaciones humanas, ya que, conforme señala Díez Picazo "...todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. Lo que significa varias cosas: que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (di-

ligencia *in contraendo*); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos. Este deber de comportarse según la buena fe se proyecta a su vez en dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe" (2).

En este sentido el art. 9º del Cód. Civ. y Com. señala que "Los derechos deben ser ejercidos de buena fe".

Este principio general de buena fe tiene tres derivaciones principales que también son reglas generales de derecho. Ellas son:

a) la veda al detrimento de derechos, es decir la fulminación del uso abusivo de los derechos prohibido por los arts. 10, 11 y 14 del Cód. Civ. y Com. (3).

---

(\*) Abogado UCA (1973). Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social (Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España). Director del Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral (2008-2015). Profesor de grado de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral (2006-2015). Profesor de la Especialización de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Católica Argentina. Profesor titular de Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales de la Universidad de Belgrano -UB- (hasta el año 2012). Premio UB a la "Excelente evaluación de desempeño en la actividad docente durante el año lectivo 2000". Premio UB a la producción científica 2006. Condecoración con la Orden "Labor Omnia Vincit" Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social "Guillermo Cabanellas" (2013). Conferencista. Autor de libros y artículos sobre la especialidad, tanto en el país como en el exterior.

(1) BO 22/4/2019.

---

(2) DÍEZ PICAZO, Luis, en Prólogo a la obra de WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*, 2ª reimposición, Civitas, Madrid 1986.

(3) Dice el art. 10: "Abuso de derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación abusiva, y si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización".

El art. 11 señala: "Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los artículos 9º y 10 se aplica cuando se

Como señala Masciotra(4), “la consagración expresa del abuso del derecho en el Título Preliminar del nuevo Código, en su art. 10, le confiere una relevancia fundamental, en virtud de que la totalidad de las normas incorporadas gozan de una proyección integral sobre el ordenamiento jurídico, al revestir el carácter de reglas interpretativas de primordial trascendencia para decidir la legalidad de relaciones y situaciones jurídicas. De tal manera que el emplazamiento del instituto del abuso del derecho en calidad de principio general del ejercicio de los derechos —antiguo anhelo de la doctrina nacional (Lambías, Spota, entre otros)— y sin limitarlo tan solo al ámbito contractual, como podía inferirse del art. 1198 —modificado por el art. 1º, inc. 64 de la ley 17.711— del Cód. Civil derogado, implica una revalorización del principio de la buena fe —principio ético fundamental—, basamento liminar y vertebral de aquel, o bien, dicho de otra manera, la recepción de la teoría del abuso del derecho, importa garantizar la efectiva vigencia de los principios de moralidad, lealtad y buena fe, máxime teniendo en cuenta su consagración en el art. 9º y ratificado en los arts. 729, 961 y 1067”.

b) la simulación ilícita nulificada por el art. 334 del Cód. Civ. y Com. (5).

En este sentido cabe distinguir entre la simulación y la simulación. En el primer caso bajo una apariencia se esconde o encubre un acto real que si es ilícito provoca su ineficacia.

abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales”.

Por su parte el art. 14 reza: “Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

(4) MASCIOTRA, Mario, en “Poder-deber de evitar el abuso de derecho en el Código Civil y Comercial de la Nación”, LL del 6/9/2017.

(5) Dice el artículo: “Simulación lícita e ilícita. La simulación ilícita o que perjudica a un tercero provoca la nulidad del acto ostensible. Si el acto simulado encubre otro real, éste es plenamente eficaz si concurren los requisitos propios de su categoría y no es ilícito ni perjudica a un tercero. Las mismas disposiciones rigen en el caso de cláusulas simuladas”.

En la simulación no existe otro acto más que el expuesto, no hay un acto oculto sino un solo acto aparente.

c) la contradicción entre los propios actos (6).

Como señala Compagnucci de Caso, la doctrina de los actos propios impide el obrar incoherente ya que lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación imponiendo un comportamiento previsible y honesto en las relaciones jurídicas.

Las posiciones incoherentes, contradictorias e imprevisibles afectan a la seguridad jurídica y no impedir las sería aceptar el engaño y la deslealtad entre los sujetos de derecho.

Pero, como se expresara, además hay normas particulares en las que se exige una específica para la situación determinada.

Entre estos, podemos mencionar los arts. 729 (7), 961 (8), 991 (9), 1061 (10), 1067 (11) del Cód. Civ. y Com.

(6) El adagio romano expresa *venire contra proprium factum non valet*, no es válida la contradicción con sus propios actos. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, en “La doctrina de los propios actos y la declaración tácita de la voluntad”, LL 1985-A-1001.

(7) “Buena fe. Deudor y acreedor deben obrar con cuidado y previsión y según las exigencias de la buena fe”.

(8) “Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances den que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”.

(9) “Deber de buena fe. Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa en la celebración del contrato”.

(10) “Intención común. El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe”.

(11) “Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto”.

El principio de buena fe también es central en el derecho del trabajo. El art. 63 de la LCT tiñe a todo el contrato y a la relación de trabajo, desde su celebración hasta su extinción con el mencionado deber de buena fe, que impera tanto para el trabajador como para el empleador y con la particularidad de que, dado que se trata de una vinculación que, en general no se agota en un instante, sino que perdura en el tiempo y cuyo objeto es el trabajo humano, como señala el art. 4º LCT, su contenido y exigencias de conductas recíprocas son más intensas (12).

Y como patrón de referencia de conducta de buena fe la norma se remite a un criterio subjetivo de cómo procedería un buen empleador y un buen trabajador en las circunstancias apuntadas.

Consideramos también que, aunque no está expresado en la LCT, dicho estándar de buena fe también se extiende a las tratativas previas a la celebración del contrato porque es una derivación del principio general de buena fe. En este aspecto el Código Civil y Comercial de la Nación luce más actualizado que la LCT cuando, en el art. 991 expresa que “durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato”.

## II. La inducción al trabajador para incumplir obligaciones contractuales

Partiendo de esta base del deber de buena fe advertimos que hay una conexión entre el inc. k) del art. 10 del dec. 274/2019 y nuestra disciplina.

El mencionado inciso expresa que es un acto de competencia desleal la inducción “...a empleados, proveedores, clientes o demás obligados a infringir obligaciones contractuales con un competidor”. Y esto es así ya que dicho incumplimiento contractual puede “...afectar la

posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo” (art. 9º).

El incumplimiento de esa norma da lugar a la aplicación de sanciones o multas a quien la vulnere conforme con el procedimiento establecido por el decreto 274/2019.

Las sanciones contempladas en el art. 47 son apercibimiento, multas, la suspensión de hasta 5 años en el registro de proveedores del Estado, la pérdida de beneficios y privilegios impositivos o crediticios y la clausura del establecimiento hasta 30 días. Ello sin perjuicio del derecho del damnificado de reclamar la reparación de los daños y perjuicios que hubiere sufrido conforme con el derecho común ante el juez competente (art. 65) con la aclaración de que la condena puede incluir la publicación de la sentencia (art. 61, inc. 2º).

## III. Su incidencia en el derecho del trabajo

Dicha norma del decreto es la única que menciona expresamente al trabajador como sujeto de una posible infracción a la lealtad comercial.

La falta consiste en inducir al trabajador a incumplir las obligaciones contractuales del empleador con un competidor.

El *Diccionario de la Lengua Española* (13) señala en la significancia que aquí interesa que inducir es “mover a alguien o darle motivo para ello”.

Como se advierte la norma tiene dos destinatarios, el trabajador y el empleador.

Con respecto del trabajador, y si bien la norma se refiere a “inducir” al empleado a esa violación contractual, es evidente que cuando el dependiente accede a efectuar maniobra es responsable de la misma juntamente con su empleador.

Así el empleador incumple con la norma solo con “inducir” al trabajador a efectuar la maniobra (y obviamente si la realiza), en cambio el trabajador viola el plexo normativo no cuando es inducido sino cuando ejecuta el acto prohi-

(12) También hay normas referidas a ciertas situaciones específicas que exigen obrar de buena fe, es el caso de los arts. 11 y 269 de la LCT y otras que son derivaciones de la regla general.

(13) *Diccionario de la Lengua Española*, edición del Tricentenario, Real Academia Española, 2014, t. 7, p. 1233.

bido, ya que de otra manera la norma quedaría vacía de contenido.

Como requisito central de aplicación de la norma el trabajador debe conocer las obligaciones contractuales asumidas por el principal con relación al competidor damnificado.

De ello se sigue el precepto está dirigido, a dependientes con acceso a esa información, lo cual, en general, está reservado a empleados de cierta jerarquía, bien por haber participado en las tratativas, o por tener acceso a lo acordado por su cargo dentro de la empresa o por haber accedido ilícitamente a esa información. Es a cargo del principal la prueba de ese conocimiento específico de las obligaciones contractuales.

Cuando es el empleador el que induce a su trabajador a realizar el acto vedado, esto es le manda “infringir” esas obligaciones contractuales para afectar o degradar la participación en el mercado de un competidor, es decir para realizar un acto de práctica desleal, el trabajador tiene el derecho-deber de no cumplir con esa orden ya que es ilegítima y además puede dar lugar a la responsabilidad civil del trabajador frente al competidor afectado (14).

El trabajador, teniendo en cuenta la insistencia y gravedad de la “inducción” llevada a cabo por el empleador, podría reclamar el cese de esa actitud e incluso llegar a considerarse en situación de despido indirecto debido a dicho hostigamiento (art. 246, LCT).

Si el empleador lo despide por tal razón (no haber cumplido con la orden ilegítima), esto carecería de justa causa.

En cambio, si es el trabajador el que *per se* y sin conocimiento de su empleador, deliberadamente infringe, en ejercicio de sus funciones, esas obligaciones contractuales con un competidor de su empleador, sea incentivado por un tercero o por sí, dada la gravedad de las sanciones a que ese incumplimiento puede dar lugar contra el principal, consideramos que se configuraría una justa causa de despido por cuanto se trata de un grave incumplimiento a

sus deberes de conducta y una seria violación al deber de buena fe, y su derivado lealtad, que, conforme se viera, debe presidir todo el contrato de trabajo.

También sería responsable frente al competidor damnificado por los daños y perjuicios que aquel hubiere sufrido, tratándose de una responsabilidad concurrente, si el empleador paga el resarcimiento puede reclamar al trabajador la restitución de lo abonado por su hecho (15).

Cabe señalar, además, que si el trabajador hubiere obrado con dolo o culpa grave será responsable, frente a su empleador, de los daños y perjuicios que le hubiere causado (art. 87, LCT).

Si el incumplimiento ilícito no fue deliberado se deberá estar a las condiciones objetivas de la situación y subjetivas del trabajador para graduar una posible sanción.

Si además el trabajador hubiere efectuado esa conducta para perjudicar a su empleador por ser su competidor, habría violado el deber de no concurrencia establecido por el art. 88 LCT (16).

De esta manera cabe señalar que la norma referida tipifica expresamente una conducta que afecta el sistema de libre y transparente competencia que es lo que trata de proteger, introduciendo un deber de conducta específico tanto para el empleador como para el trabajador cuyo incumplimiento da lugar a las sanciones que el derecho del trabajo prevé para las obligaciones que cada parte tiene a su cargo.

Ello pone en evidencia la interconexión de las distintas ramas en que, por limitaciones humanas y decreciente complejidad de estas, se divide instrumentalmente el derecho, y cómo la competencia libre y transparente entre las empresas se infiltra como un deber de conducta en los sujetos del contrato de trabajo imponiéndoles, al empleador y al trabajador no afectarla. Evidencia, también, la expansión del deber de buena fe, piedra angular del orden jurídico.

(15) Ver nota 12.

(16) Para un comentario a este artículo ver LIVELLARA, Carlos, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (dir.), *Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. II, ps. 1132 y ss.

(14) Arts. 1753 y 851 del Cód. Civ. y Com.; arts. 1113 y 1123 del Cód. Civil, ley 340.

# Derecho tributario y competencia desleal

---

ARIADNA LAURA ARTOPOULOS (\*)

## I. Introducción

Sea poca o mucha la carga impositiva, si comparamos a dos comerciantes, uno que cumple con las obligaciones tributarias y otro que no lo hace, se produce al menos en una primera instancia, una ventaja competitiva para este último ya que no destina parte de lo cobrado por el precio del bien o del servicio al pago de impuestos y, por ende, puede ofrecerlos a menor precio que su competidor que cumple con las obligaciones tributarias, obteniendo así una mayor ganancia.

Reducir la economía informal es uno de los mayores desafíos actuales del sistema tributario. El gobierno nacional ha reconocido que la informalidad en la Argentina alcanza al 35% (1).

Por su parte, dentro de la economía formal también hay disparidad en el cumplimiento de las obligaciones tributarias que pueden determinar situaciones de competencia desleal.

Las administraciones tributarias son conscientes en que además de la evasión o de la omisión en el pago de impuestos, la economía

digital genera en muchos países una competencia desleal con las empresas que tienen presencia física y realizan actividades similares (2).

Más allá de los controles que los organismos recaudadores pueden llevar adelante para exigir el cumplimiento de las obligaciones tributarias, son necesarios ajustes que garanticen razonabilidad en la carga fiscal de los diversos tipos de contribuyentes, eliminando las desigualdades que determinan casos de competencia desleal.

Diversas normas contemplan consecuencias derivadas del incumplimiento de normas tributarias. Los organismos recaudadores son quienes de oficio o a partir de una denuncia llevan adelante en general procedimientos que pueden dar lugar al reclamo de los impuestos no pagados, con más sus intereses y a la imposición de sanciones. En caso de que se haya actuado con dolo la consecuencia puede ser también la atribución de un delito previsto en la Ley Penal Tributaria. En los últimos años han proliferado otro tipo de sanciones como condicionar el cómputo de deducciones y créditos fiscales, el incremento de las alícuotas de retención o percepción, la inhabilitación para ser proveedor del Estado, etcétera.

Con motivo de la sanción del decreto 274/2019 analizaremos si es posible que la falta de cumplimiento total o parcial de las obligaciones tributarias pueda dar lugar a una sanción o acción por competencia desleal.

---

(\*) Abogada, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho Tributario, Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Socia de Bomchil. Profesora de la Maestría en Derecho Tributario y de la Diplomatura Regional en Asesoramiento Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

(1) Presentación del Administrador Federal de Ingresos Públicos en el coloquio de IDEA el 18 de octubre de 2018 disponible en <https://54coloquio.idea.org.ar/wp-content/uploads/2018/10/54-Coloquio-IDEA-Leandro-Cuccioli.pdf>.

---

(2) <https://www.ciat.org/administraciones-tributarias-y-economia-digital-el-futuro-es-hoy/>.

## II. Algunos antecedentes sobre el vínculo entre el derecho tributario y la competencia desleal

En nuestro país el otorgamiento de incentivos fiscales a determinadas actividades económicas o a contribuyentes radicados en algunas jurisdicciones provinciales fue considerado como un potencial facilitador de competencia desleal en la medida en que se produzca una defectuosa implementación del beneficio (3).

Los tribunales han analizado en varias ocasiones planteos vinculados a las ventajas competitivas derivadas de regímenes fiscales.

Frente a una pretensión de cobro de una tasa municipal a un contribuyente que no tenía un establecimiento en la jurisdicción, el Municipio pretendió justificar su accionar, sin éxito, en la búsqueda de equidad fiscal. Para sustentar su posición la autoridad fiscal indicó: “Que la interpretación que propugna la contraria, crearía una evidente y grave iniquidad fiscal para municipios como el de Río Cuarto. En efecto, esta ciudad, ha sido históricamente privada de incentivos fiscales por la Nación y la Provincia, lo que se agrava por las exageradas promociones otorgadas a provincias vecinas y muy cercanas (caso de San Luis), lo que fue un factor preponderante para muchas industrias al momento de decidir dónde radicarse y originó la inevitable emigración de las ya asentadas en esta jurisdicción. Que así, según la interpretación propuesta por la actora, las industrias locales o las que decidieron su radicación en Río Cuarto pese a los amplios incentivos brindados por ciudades vecinas, deben ser gravadas con la misma alícuota que aquellas empresas que además de generar la mayor parte de su efecto multiplicador fuera del ejido municipal (y en muchos caso incluso fuera de la provincia), tienen menores costos por gozar de beneficios fiscales de distinto grado a nivel nacional, provincial y municipal, acercándose peligrosamente al concepto de competencia desleal” (4).

Por su parte, los contribuyentes también han invocado la existencia de tratamientos fiscales ventajosos para algunos participantes del mercado que afectaban sin razón su capacidad competitiva. Así, han indicado: “En tales condiciones los impuestos de que se trata, aplicados exclusivamente a algunos usuarios de la provincia, funcionan como un impedimento para el acceso de los generadores que actúan en competencia con Eseba y otras generadoras locales restringiendo de manera inconstitucional el comercio entre los estados y afectando su posición competitiva. Tal punto de vista ha sido compartido por la Secretaría de Energía de la Nación como surge de la resolución SE 947/94. La situación que señala se ha visto agravada por cuanto Eseba Generación, al celebrar contratos con grandes usuarios reconocidos como agentes del Mercado Mayorista, invoca como ventaja comercial la franquicia impositiva del decreto 1160/1992 lo que constituye —a su juicio— una práctica desleal. La conducta de la provincia, al dictar esa norma e intimar a las generadoras a actuar como agentes de percepción de los impuestos previstos en los decretos ley ya mencionados, resulta violatoria de los artículos 9º, 10 y 11 de la CN como asimismo de su artículo 16 por cuanto afecta el principio que establece la igualdad de las cargas impositivas a la vez que no guarda coherencia con las propias exigencias que impone el otorgamiento de exenciones” (5).

El Máximo Tribunal ha reconocido la relación existente entre el pago de impuestos y la libre competencia. Al respecto ha indicado: “Que el art. 4º del citado decreto establece que ‘a los efectos de la aplicación del art. 28 de la ley 21.740 se presume que la falta de pago de los impuestos, aportes y contribuciones cuya recaudación está a cargo de la Dirección General Impositiva, o el incumplimiento de las condiciones generales que estableciere, induce a engaño en el comercio de carnes o subproductos, altera injustificadamente los precios del ganado en pie o productos de la garantía, excluye o condiciona la libre competencia, oculta o altera los

(3) Conclusiones de la Comisión 2 de las XXX Jornadas Colegio de Graduados en Ciencias Económicas de la Capital Federal, enero de 2001.

(4) CCiv. Com. y Contencioso administrativo, 1ª Nom. Río Cuarto, 12/11/2007, “Nobleza Piccardo

SAICyF c. Municipalidad de Río Cuarto”, LL Online: AR/JUR/9574/2007.

(5) CS, 1/7/2997, “Hidroeléctrica El Chocón SA c. Provincia de Buenos Aires y otro”.

verdaderos beneficios del comercio o industria de los productos de la ganadería, a la par que constituye una conducta desleal, maliciosa o negligente que afecta el prestigio de la industria y el comercio de carnes de nuestro país” (6).

Sin embargo, la Corte Suprema ha desestimado los planteos que no tuvieron sustento en pruebas fehacientes que acrediten la afectación indebida. Así concluyó el tribunal que “Es impropio declarar la inconstitucionalidad de las resoluciones generales por ocasionarle a la empresa el perjuicio de soportar el costo económico de la adquisición de los marcadores químicos homologados para evitar la competencia desleal y la evasión del impuesto sobre los combustibles líquidos y el avasallamiento de sus derechos de propiedad, a trabajar y ejercer industria lícita, ya que no ha arrojado constancia alguna para evaluar la desproporción particular de la exigencia impuesta, ni mencionado el monto de sus ingresos, ni que no cuenta con los medios suficientes para pagar el costo de los reagentes homologados, ni de qué manera se ve impedido el ejercicio de su actividad comercial, extremos que podrían haber demostrado la violación a los derechos invocados, tornando irrazonable las resoluciones en cuestión” (7).

En el ámbito internacional, en el año 2016 la Comisión Europea consideró que Irlanda otorgó ventajas fiscales indebidas a la empresa Apple por valor de hasta 13.000 millones de euros. Con arreglo a las normas sobre ayudas estatales de la Unión Europea, esta práctica fue considerada ilegal ya que ha permitido a Apple pagar muchos menos impuestos que otras empresas. La conclusión de la Comisión fue que Irlanda debía proceder a recuperar los impuestos que debió pagar sin la ayuda ilegal (8).

De los antecedentes señalados surge que el otorgamiento de regímenes diferenciales de

tributación a ciertos sectores o contribuyentes puede distorsionar la competencia. Estas políticas fiscales pueden ser cuestionadas, pero se dan dentro del marco de la legalidad.

Existen otras situaciones de competencia desleal derivadas de acciones u omisiones a través de medios indebidos que afectan el marco competitivo dentro del mercado de oferta de bienes y servicios. Sobre estas conductas nos centraremos en este trabajo.

### III. Marco legal que origina la sanción del decreto 214/2019

La Constitución Nacional consagra en el art. 42 —ratificado por el art. 43—, los derechos a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y a la calidad y eficiencia de los servicios públicos.

Por su parte, tal como surge de los considerandos del dec. 214/2019, precedieron a su dictado la sanción de dos leyes. La ley 22.802 reguló la lealtad en las relaciones comerciales abarcando, entre otros, los derechos de los consumidores a una información exhaustiva y clara. En la ley 27.442 de Defensa de la Competencia se establecieron los acuerdos y prácticas prohibidas relacionadas con la producción e intercambio de bienes o servicios que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionen la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Por su parte, los arts. 10 bis y 10 ter del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, aprobado por las leyes 17.011 y 22.195, establecen obligaciones concretas en lo que respecta a la regulación de la competencia desleal, disponiendo que los países signatarios se obligan a asegurar una protección eficaz contra la competencia desleal y, asimismo, establece el compromiso de dichos países de asegurar los recursos legales apropiados para reprimir eficazmente todos los actos previstos en los arts. 9º, 10 y 10 bis, entre los que se encuentran los actos de competencia desleal principalmente prohibidos por el Convenio.

(6) CS, 19/6/1997, “Cámara Argentina de la Industria Frigorífica y otros c. Servicio Nac. de Sanidad Animal”, LL 1997-F-702; DJ 1998-1-918; LL Online: AR/JUR/1498/1997.

(7) CS, 16/12/2008, “Arno Seewald SA c. Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva”, LL Online: 70051116.

(8) [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2923\\_es.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_es.htm).

#### IV. Alcance del decreto 274/2019

Con el propósito de mejorar las condiciones de competitividad de la economía, y poner fin a la falta de sistematización y escaso alcance de la regulación de la competencia desleal, el gobierno nacional dictó en abril de 2019 el dec. 274/2019. Se trata de una norma general que unifica las conductas desleales en pos del desarrollo de un comercio justo y competitivo.

Abordaremos seguidamente cuál es el vínculo entre el derecho tributario y la competencia desleal y cuál es el impacto que el citado decreto puede tener en las relaciones tributarias.

#### V. Ámbito de aplicación

El dec. 274/2019 se ocupa en el título I de la Competencia Desleal indicando en el art. 4º que los actos prohibidos serán sancionados siempre que se realicen en el mercado y con fines competitivos. Se presume la finalidad competitiva del acto cuando resulte objetivamente idóneo para obtener, mantener o incrementar la posición competitiva en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.

El citado título I se aplica a todas las personas humanas o jurídicas, de carácter público o privado, con o sin fines de lucro, que participen en el mercado y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional.

El ámbito de aplicación tanto en su faz objetiva como subjetiva puede involucrar contribuyentes o sujetos que no siendo contribuyentes deberían serlo. Por ello, un primer análisis determina que podrían darse situaciones de competencia desleal derivadas del cumplimiento o no cumplimiento de obligaciones tributarias.

#### VI. Principio de primacía de la realidad

El art. 6º del dec. 214/2019 establece que “para determinar la naturaleza del acto de competencia desleal, se atenderá a las situaciones, relaciones y efectos económicos que potencial o efectivamente produzca”.

Para quienes estén familiarizados con el procedimiento tributario, este principio tiene similar redacción al principio de realidad eco-

nómica previsto en el art. 2º de la ley 11.683 (texto ordenado en 1978 y sus modificaciones). Dicha norma establece: “Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. Cuando éstos sometan esos actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará la situación económica real como encuadrada en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las escogidas por los contribuyentes o les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos”.

#### VII. Concurrencia de figuras

El art. 7º dispone que “un acto podrá ser calificado como acto de competencia desleal y sancionado conforme a las disposiciones de este Título sin perjuicio de las sanciones establecidas por otras normas”.

Es decir que la circunstancia de que existan normas dentro del ámbito del derecho tributario que prevean sanciones específicas frente al accionar de los agentes del mercado no es óbice, *a priori*, para que una conducta sea reputada como competencia desleal y sancionada además con los mecanismos que prevé el dec. 274/2019. Más adelante analizaremos si en determinados supuestos no podría considerarse que se configuraría una concurrencia de penas sobre una misma conducta punible.

#### VIII. Actos de competencia desleal

Los arts. 9º y 10 del dec. 274/2019 prevén que los actos constituyen competencia desleal a través de una noción general y supuestos particulares.

La cláusula general establece que constituye un acto de competencia desleal toda acción u omisión que, por medios indebidos resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.



El no pago de impuestos cuando corresponde hacerlo constituye un acto de competencia desleal ya que representa una omisión que por medios indebidos resulta objetivamente apta para afectar la posición competitiva de un agente del mercado o el adecuado funcionamiento de la libre competencia.

Entre los supuestos particulares, se indica en el art. 10 inc. c) que se consideran actos de competencia desleal la “violación de normas” definida como “valerse efectivamente de una ventaja significativa derivada de competir mediante el incumplimiento de normas legales”.

Ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones, arts. 4º, 17, 44 y 75 de la CN. Se trata del denominado principio de reserva o legalidad (9).

El incumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de un competidor del mercado que determine una ventaja significativa constituye un acto de competencia desleal expresamente tipificado en la norma precitada en el párrafo anterior.

La infracción de normas como un supuesto de competencia desleal es consecuencia del postulado de que toda competencia debe llevarse a cabo en el ámbito de la legalidad y de que infringir las normas genera una ventaja competitiva. Esta modalidad se encuentra prevista en el derecho comparado, en particular, en el art. 15 de la ley 3/1991 de Competencia Desleal de España (10), y es aceptada por la doctrina y la jurisprudencia alemanas (11).

(9) CS, 14/10/1993, “Eves Argentina SA”, entre otros.

(10) Tal precepto dispone que “1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa. 2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. 3. Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el art. 2º, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería”.

(11) DEL PINO, Miguel - PERUZZOTTI, Mariano, “Nuevo régimen de lealtad comercial en Argentina”, LL del 22/5/2019, p. 12.

Dentro de la economía informal, el mayor incumplimiento corresponde al impuesto al valor agregado (34%), luego el pago de aportes y contribuciones al régimen de seguridad social (27%) y por último el impuesto a las ganancias (27%) (12).

Si bien el impuesto al valor agregado genera en muchos casos un impacto financiero y no económico en tanto permite computar débitos fiscales contra créditos fiscales, la compra y/o venta no facturadas y, por ende, no declaradas representan en general un acto de competencia desleal pues mejora las condiciones de compra o venta del infractor.

Además, las características del impuesto determinan que en general no conviven en las cadenas operaciones declaradas y no declaradas, por lo que puede existir más de un acto de competencia desleal.

En muchos casos las transacciones tampoco son consideradas un ingreso a los fines del impuesto a las ganancias ni se utilizan los mecanismos de pago que determinan el pago del impuesto a los débitos y créditos bancarios, por lo que frente a una misma transacción se incumplen diversas normas fiscales.

La falta de declaración de relaciones laborales o la declaración en defecto de remuneraciones y otros beneficios determina el ingreso en defecto de los aportes y contribuciones de seguridad social lo que indudablemente coloca al infractor en mejor situación que otro agente del mercado que declara todos los empleados que tiene y el total de la remuneración que les paga a los efectos del pago de los aportes y contribuciones de la seguridad social.

Además, se pueden presentar casos de competencia desleal por declaración en defecto de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes o por aplicación de algunos criterios (p. ej., deducción de determinados gastos) que en tanto impliquen violación a la ley, podrán dar lugar a una sanción.

La significatividad de la ventaja competitiva es una noción que surge de la regulación de la

(12) Fuente indicada en nota 1.

competencia desleal. Cualquier violación a una norma no implica *per se* una mejora en la posición de un agente en el mercado. Pero es muy probable que sí se presente dicha situación en el caso que se incumplan obligaciones tributarias sustanciales ya que quien lo haga contará con ventajas económicas o financieras que pueden impactar en la oferta de bienes y servicios.

Desde ya que la ventaja existirá en la medida en que la autoridad fiscal no le reclame el pago del impuesto omitido. Es sabido que el no pago de los tributos no es mecanismo eficiente para financiarse. Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación al avalar la elevación de las tasas de intereses para el pago de las obligaciones fiscales vencidas más allá de lo normal (13).

Si la autoridad fiscal le exige al infractor el pago del tributo omitido con más los intereses respectivos y lo sanciona por la omisión incurrida, tendrá en principio un impacto significativo sobre la economía del contribuyente.

Existen otros supuestos particulares que podrían configurarse vinculados al cumplimiento de obligaciones fiscales materiales.

El inc. d) del art. 10 tipifica también como actos de competencia desleal el “abuso de situación de dependencia económica” definido como: “explotar la situación de dependencia económica en que pueda encontrarse una empresa cliente o proveedora que no disponga de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad en el mercado. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular, otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares”.

Seguidamente, el inc. e) del art. 10 contempla la “obtención indebida de condiciones comerciales”, describiendo este supuesto como “la obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones no recogidas en

el acuerdo pactado o sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales”.

En ocasiones, las cuestiones fiscales relacionadas a la compra o venta de bienes o servicios son presentadas por proveedores o clientes como condiciones o modalidades de la transacción, colocando a uno de los partícipes en una situación de desventaja viéndose “obligado” a aceptarlas para no quedarse fuera del juego, es decir sin que se perfeccione la compra o la venta.

Algunas de las situaciones que se presentan son generadas por las autoridades fiscales pues obligan a determinados contribuyentes a actuar como agentes de percepción y, por ello, muchos clientes tratan de comprar a proveedores que no lo sean para no tener el impacto financiero de la percepción.

Por lo tanto, los supuestos particulares previstos en los incs. d) y e) podrían presentarse también en cuestiones fiscales, aunque en esos casos siempre prevalecerá el incumplimiento de una obligación fiscal tipificada por el inc. c).

Mientras que el interesado en que se sancione el acto de competencia desleal previsto en el inc. c) puede ser otro partícipe del mercado, ajeno a la transacción específica, en el caso de los actos contemplados en los incs. d) y e) parecería que involucrarían, exclusivamente a comprador y vendedor en una relación particular.

El tratamiento fiscal que una de las partes le da a una transacción impacta inexorablemente en la otra parte de la relación tributaria, ya sea en esa transacción específica o en las posteriores que realice. Por ello, si bien los supuestos particulares previstos en los incs. d) y e) podrían darse vinculados a temas tributarios, consideramos más difícil que los actos sean denunciados por los partícipes.

## IX. Autoridad de aplicación

La Secretaría de Comercio e Industria del Ministerio de Producción y Trabajo está facultada a sancionar los actos previstos en el art. 10, asegurando el derecho de defensa, tal como lo prevé el art. 26, inc. o) del dec. 274/2019.

También la autoridad cuenta con la potestad de realizar inspecciones en días y horarios hábi-

(13) CS, 18/3/1986, “Arcana, Orazio”.

les a los locales donde se ejerzan las actividades reguladas salvo en la parte destinada a domicilio privado, exigir la exhibición de libros y examinar documentos, verificar existencias, requerir información, etc., según surge del inc. m) del art. 26.

Puede también, entre otras atribuciones, requerir dictámenes no vinculantes sobre los hechos investigados a personas humanas o jurídicas, de carácter público o privado de reconocida versación. Esta facultad está prevista en el inc. u) del art. 26 y en el art. 50.

Es decir que, frente a la violación de una norma fiscal, por ejemplo, no emitir factura por la venta de un bien y, por ende, no adicionar el impuesto al valor agregado, la Secretaría de Comercio e Industria podría sancionar a quien lo haga en tanto determine que resulta un acto apto para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

Como indicamos, la Autoridad de Aplicación cuenta con facultades de verificación y fiscalización, imprescindibles para poder analizar el incumplimiento de obligaciones tributarias. Ahora bien, dependiendo del tipo de acto deberá contar con conocimiento técnico particular para poder llevar adelante la tarea y concluir si efectivamente existió una ventaja significativa derivada de competir mediante el incumplimiento de normas legales.

Dada las particularidades del derecho tributario, podrá resultar imprescindible requerir la elaboración de dictámenes por parte de entidades especializadas. En primer lugar, las autoridades fiscales, pero también otras como asociaciones profesionales, universidades, etcétera.

## **X. Prescripción**

De conformidad con lo previsto en el art. 55 del dec. 274/2019 las acciones que nacen de las infracciones en él previstas prescriben a los tres (3) años contados desde que se cometió la infracción. En el caso de conductas continuas, el plazo comenzará a correr desde el momento en que cesó la comisión de la conducta en análisis.

La acción de resarcimiento de daños y perjuicios prevé plazos menores.

Los plazos previstos son muy diferentes a los que cuentan las autoridades fiscales para determinar y exigir el pago de impuestos. Recordamos que en general, la prescripción para exigir el pago a los contribuyentes inscriptos es de cinco años y a los no inscriptos, pero que deberían estarlo es de diez años. El plazo se computa desde el 1 de enero del año siguiente al del vencimiento del plazo para presentar la declaración jurada y pagar el impuesto. Además, existen causales de suspensión e interrupción específicas que determinan en muchas ocasiones que el impuesto puede ser reclamado o la sanción puede ser impuesta muchos años después de acaecido el hecho imponible o cometida la infracción.

Las autoridades fiscales suelen determinar y exigir el pago de los tributos faltando poco tiempo para que opere la prescripción.

Es decir que suponiendo que el acto desleal consiste en el no pago de una obligación tributaria, la prescripción de la acción para imponer la sanción prevista en el dec. 274/2019 operaría mucho antes de que prescriba la acción de determinación y cobro por parte de la autoridad fiscal.

## **XI. Acerca del procedimiento administrativo**

El art. 30 del dec. 274/2019 contempla que el procedimiento de sanción se inicia de oficio o a través de una denuncia que efectúen cualquier persona humana o jurídica, pública o privada.

El denunciante será parte en el procedimiento.

De acuerdo con la norma indicada, la propia autoridad fiscal podría denunciar al presunto incumplidor de la norma fiscal.

Respecto de la instrucción del sumario, puede la autoridad de aplicación requerir informes y oficios y realizar auditorías o pericias por personal idóneo, tal como lo indica el art. 37 del citado decreto, herramientas que podrán ser de utilidad en la medida en que se investiguen el incumplimiento de obligaciones fiscales, tal como habíamos anticipado.

El inspeccionado en el ejercicio del derecho de defensa podrá presentar un descargo y ofrecer prueba.

¿Es factible que una de las defensas sea que no hubo acto de autoridad fiscal con calidad de cosa juzgada que haya determinado el incumplimiento de una norma fiscal?

Entendemos que esa defensa no podría prosperar. El hecho de que la autoridad fiscal no haya determinado que existió un incumplimiento a una obligación tributaria no es óbice para que se considere configurado el acto de competencia desleal.

Sin embargo, frente a determinados incumplimientos es factible que la autoridad de aplicación requiera a la autoridad fiscal que confirme si la obligación fiscal fue incumplida.

¿Si la autoridad fiscal ya exigió el pago del tributo y/o le impuso una sanción, es factible que el inspeccionado alegue que ya fue juzgado por su conducta y que no podría establecerse una nueva sanción por el mismo hecho?

También consideramos que la respuesta es negativa. Las conductas evaluadas son diferentes. La autoridad de aplicación deberá determinar si se configuró un acto de competencia desleal y la autoridad fiscal si se evadió u omitió el pago de un impuesto o si se cometió una infracción tipificada en las normas fiscales.

¿Si la autoridad de aplicación le impone una sanción podrá luego el inspeccionado alegar que la autoridad fiscal no puede imponerle otra sanción por la omisión de pago de un impuesto?

Consideramos que ambas sanciones pueden coexistir. Existen otros casos en los que esta situación se presenta. Por ejemplo, las sanciones por decaimiento de beneficios de regímenes de promoción o por no cumplimiento de los compromisos asumidos en los regímenes de incentivo de inversión en compra de bienes de capital nuevos y obras de infraestructura Advertimos que no se aplican dos sanciones por una misma conducta punible. Se trata de diferentes encuadres normativos que tipifican conductas diversas.

Recordemos que el principio *non bis in idem* prohíbe la aplicación de una nueva sanción por un mismo hecho ya juzgado y castigado, mas no la simultánea aplicación de penalidades como consecuencia de la persecución de razonabili-

dad de las penas impuestas por la Constitución Nacional (14).

## XII. Sanciones

De acuerdo con el art. 57 del dec. 274/2019 las personas humanas o jurídicas que no cumplan con las disposiciones del decreto pueden ser pasibles de las siguientes sanciones en forma independiente o conjunta: (i) apercibimiento; (ii) multa por un monto equivalente a entre uno y diez millones de unidades móviles; (iii) suspensión del Registro Nacional de Proveedores del Estado por hasta cinco años; (iv) pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de los que gozare; y (v) clausura del establecimiento por un plazo de hasta treinta días.

Como indicamos, si la violación a una norma fiscal es considerada un acto de competencia desleal, la Autoridad de Aplicación podrá aplicar una o más de las sanciones indicadas.

Por su parte, la autoridad fiscal podrá exigir el pago de la obligación fiscal emitida y aplicar una sanción por omitir dicho pago.

## XIII. Acciones judiciales

El título V del dec. 274/2019 se ocupa de las acciones judiciales que puede entablar cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal.

Las acciones que darán lugar a causas que tramitarán en juzgados nacionales en lo Civil y Comercial Federal o la justicia federal son: 1) acción de cese del acto, o de prohibición de este; 2) acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto de competencia desleal y 3) medidas cautelares.

En materia fiscal, las acciones de cese del acto resultarían de difícil control pues exigirían verificar permanentemente la actuación del infractor y el cumplimiento de sus obligaciones tributarias. Esto difícilmente pueda realizarse sin la colaboración de la autoridad fiscal.

(14) CS, 15/4/1993, "Moño Azul SA".

Respecto de las acciones de resarcimiento de daños, podrían prosperar en la medida en que se pueda acreditar fehacientemente el daño producido y se pueda estimar el valor necesario para su recomposición, si fuera factible.

#### XIV. Conclusiones

En términos generales, no cabe duda de que el no pago de impuestos o pago en defecto pueden ser considerados actos de competencia desleal.

Para que se produzca una infracción prevista en el dec. 274/2019 debe existir una acción u omisión que, por medios indebidos resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

Entre los supuestos particulares está la violación de normas, por lo que el incumplimiento de las obligaciones tributarias —inexorablemente previstas en la una ley— por parte de un competidor del mercado que determine una ventaja significativa constituye un acto de competencia desleal expresamente tipificado.

La Secretaría de Comercio e Industria del Ministerio de Producción y Trabajo podrá llevar adelante procedimientos para determinar si

se incurrió en un acto de competencia desleal. Existen cuestiones fiscales que exigen un análisis técnico particular para poder determinar si se configuró una violación a la norma tributaria. En estos casos, difícilmente se apliquen sanciones si antes no se expidió la autoridad fiscal.

Más allá de la configuración del acto de competencia desleal no resultará fácil determinar cuál es el valor económico que generó o dejó de generar el acto repudiado y poder acreditar su existencia y alcance en el marco de un procedimiento administrativo o acción judicial.

La imposición de sanciones por parte de la autoridad de aplicación o la decisión adoptada en el marco de una acción judicial no enerva las facultades de la autoridad fiscal de determinar y exigir el pago de los tributos omitidos, con sus accesorios y de imponer las sanciones que prevé la normativa fiscal.

Lo que pudo resultar *a priori* en una ventaja competitiva derivada del no cumplimiento de una obligación tributaria, podrá implicar un significativo costo para el contribuyente si la autoridad fiscal le exige ingresar el impuesto omitido y la autoridad de aplicación le impone una sanción por incurrir en un acto de competencia desleal.



# Impuestos y competencia desleal

---

HUMBERTO J. BERTAZZA (\*)

## I. El tema

Hasta hace poco tiempo, no existía relación entre los impuestos y la competencia desleal, ambos temas coexistían en forma separada y en nada se vinculaban.

Sin embargo, a partir de agosto de 2016, cambia la historia, cuando la Comisión Europea anunciaba, tras una larga investigación, que había determinado que la empresa norteamericana Apple había violado las normas de ayudas estatales europeas(1) al haber recibido de Irlanda ventajas fiscales indebidas, incurriendo en competencia desleal con otros actores en el mercado(2).

Según la Comisión Europea, la empresa se aprovechó de ciertos beneficios que otorgaba Irlanda para las empresas extranjeras que se incorporaban a dicho país y generaban empleo, al obtener una reducción significativa en su tasa efectiva de tributación.

Si bien la empresa se encontraba amparada por dos decisiones administrativas irlandesas

(*rulings*) que validaban su estructura y sus efectos fiscales, fue encontrada en situación irregular frente a los demás competidores.

Existen en la práctica, muchos casos de incumplimiento a las normas fiscales que permite a las empresas ofrecer a sus clientes precios más bajos que el resto del sector, con lo que se incurre en competencia desleal, al aprovecharse de una ventaja competitiva incumpliendo la legislación.

## II. La normativa legal

La ley 22.802(3), reguló la lealtad en las relaciones comerciales, abarcando entre otros los derechos de los consumidores a una información exhaustiva y clara.

A su vez, por ley 27.442(4) de Defensa de la Competencia se establecieron los acuerdos y prácticas prohibidas relacionadas con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionen la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Por su parte, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial(5)(6),

---

(\*) Contador Público (UBA). Profesor Emérito UB (2017). Presidente del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2013 - 2016) (2016 -2019). Expresidente de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales (2006-2008). Miembro activo de la International Fiscal Association (IFA). Representante por el CPCE CABA en Espacios de Diálogo AFIP CPCE CABA. Autor de varios libros. Socio del Estudio Bertazza Nicolini Corti & Asociados.

(1) *State Aid Rules*.

(2) El impuesto de sociedades de Irlanda es de 12,50% y Apple logró pagar un 0,005 en 2014, siendo la media de la Unión Europea un 25,3%.

(3) Del 5/5/1983.

(4) BO 15/5/2018.

(5) Arts. 10 bis y ter.

(6) Aprobado por ley 17.011 (BO 17/11/1966) y ley 22.195 (17/3/1980).

establece obligaciones concretas en lo que respecta a la regulación de la competencia desleal, disponiendo que los países signatarios se obligan a asegurar una protección eficaz contra la competencia desleal y asimismo, establece el compromiso de dichos países de asegurar los recursos legales apropiados para reprimir eficazmente los actos prohibidos, entre los que se encuentran los actos de competencia desleal principalmente prohibido por el Convenio.

En tal sentido y, ante la falta de sistematización y alcance de la regulación de la competencia desleal y ante la necesidad de controlar conductas en el mercado que complementen lo dispuesto por la ley 27.442, se dicta el DNU 274/2019 (7), con tal objeto.

Dicha norma, de orden público (8), tiene por objeto asegurar la lealtad y transparencia en las relaciones comerciales y garantizar el acceso a la información esencial, sobre los productos y servicios comercializados en el país a través de los canales físicos o digitales en interés de todos los participantes del mercado (9).

En tal sentido se establece que los actos de competencia desleal prohibidos serán sancionados siempre que se realicen en el mercado y con fines competitivos, finalidad que se presume cuando este resulte objetivamente idóneo para obtener, mantener o incrementar la posición competitiva en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.

A tales efectos, están prohibidos los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten, el medio a través del cual se realicen y el mercado en el que tengan lugar, para lo cual no será necesario acreditar la generación de un daño, pudiendo este ser actual o potencial.

De tal manera, constituye un acto de competencia desleal toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apto

(7) BO 22/4/2019.

(8) Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las previsiones de dicho DNU.

(9) Se entiende por mercado el ámbito en el cual los oferentes y demandantes de un bien o servicio realizan una o más transacciones comerciales.

para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

El art. 10 del DNU establece que los supuestos particulares, como actos de competencia desleal (10), cuya enumeración es taxativa a los fines de la imposición de sanciones por parte de la Autoridad de Aplicación (11) y enunciativa a los fines de la promoción de acciones judiciales por los afectados, en cuyo caso el juez podrá también aplicar la cláusula general (12) para los supuestos no previstos expresamente.

En particular, nos interesa para nuestro tema, lo previsto por el inc. c) del art. 10, vinculado a la *violación de normas*, es decir al hecho de valerse efectivamente de una ventaja significativa derivada de competir mediante el *incumplimiento de normas legales*.

En cuanto al régimen de sanciones se establece entre otras (13) una multa equivalente a entre uno (1) y diez millones (10.000.000) de unidades móviles, definida como unidad de cuenta, cuyo valor inicial es el establecido por la ley 27.442 y qué será actualizado automáticamente cada año, utilizando la variación del IPC.

### III. La problemática tributaria

Como queda dicho, el punto a destacar como supuesto particular previsto por el art. 10 inc. c) del DNU 274/2019 es el referido a la violación de normas, es decir al hecho de valerse efectivamente de una ventaja significativa derivada de competir mediante el incumplimiento de normas legales.

Para ello, se establece el principio de primacía de la realidad, en el sentido de que, para determinar el acto de competencia desleal, se atenderá a

(10) Se establecen 13 supuestos.

(11) Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Producción y Trabajo.

(12) Art. 9º del DNU 274/2019.

(13) Además, apercibimiento, suspensión del Registro Nacional de Proveedores del Estado por hasta 5 años, pérdidas de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de los que gozan y clausura del establecimiento por un plazo de hasta 30 días.



las situaciones, relaciones y efectos económicos que potencial o efectivamente produzca.

Así, por ejemplo, es posible advertir estas situaciones en los casos de plataformas de hospedaje, respecto de lo cual, las distorsiones con la carga tributaria de los hoteleros tradicionales, podría igualar las condiciones de competencia.

Algo similar ocurre con respecto al *e-commerce* o comercio electrónico, respecto del cual la desigual carga tributaria genera una competencia desleal.

El tema de las plataformas digitales constituye una amenaza al comercio tradicional, en la medida en que muchas veces tiene su matriz empresarial en países con fiscalidad privilegiada.

Otro ejemplo del tema lo constituye la evasión impositiva que configura una ilegalidad, sujeta al régimen penal tributario, pero también afecta la competencia desleal, como cualquier otra falta de cumplimiento de las normas legales para obtener ventajas competitivas.

Ahora bien, ¿es posible hablar de libre competencia cuando una empresa paga sus impuestos y las otras del mismo sector disfrutan de exenciones fiscales o ciertos favoritismos en la aplicación de la norma tributaria?

Si bien, en estos casos, no estamos ante supuestos de incumplimientos legales, resulta claro que tales situaciones llevan a que ciertas empresas están en condiciones de ofrecer sus bienes o servicios a precios más favorables, con las consiguientes desigualdades competitivas.

Por eso, cuando hablamos de desigualdades tributarias no nos referimos solamente a los casos de evasión sino también a otros, donde la falta de reglas claras e igualitarias afectan la competitividad.

Un ejemplo de ello es el que se vincula al mercado de medicamentos. El laboratorio vende un

medicamento a una prepaga, el que estará sujeto al IVA por ser la primera venta. La prepaga se computará el crédito fiscal de IVA.

El otro escenario lo constituye la farmacia que compra el medicamento en el laboratorio y lo vende a la misma prepaga. En este caso, el medicamento está exento del IVA, pero la prepaga pagará un precio incidido por el IVA que le será trasladado, como integrante del costo y la prepaga no podrá computar el crédito fiscal.

Así, puede observarse que esta desigualdad ocasionará que la farmacia quedará fuera del mercado, pues no podrá competir.

Otro ejemplo lo constituye la designación de agentes de percepción respecto de tributos nacionales, provinciales o municipales.

Normalmente la autoridad fiscal nombra a los agentes de percepción, de manera que muchos clientes “prefieren” comprar a proveedores que no sean agentes de percepción, constituyendo otro caso de desigualdad.

Ello lleva a que ciertas empresas creen otras empresas más chicas para que no actúen como agentes de percepción, con lo que se agrava la situación.

Y ello sin mencionar el caso de los contribuyentes sujetos al convenio multilateral, respecto del cual la situación fiscal es totalmente desigual por el efecto de ser objeto de retenciones y percepciones múltiples por parte de las distintas jurisdicciones provinciales.

Por todo ello, se impone el combate decidido contra la evasión fiscal y las adecuaciones normativas pertinentes para evitar todos los casos de desigualdades tributarias que terminan configurando casos de competencia desleal.



# El nuevo Régimen de Lealtad Comercial en la Argentina. ¿Hora de actualizar nuestros programas de *compliance*?

---

FEDERICO A. VOLUJEWICZ (\*)

## I. Introducción

Hasta hace algunos años, el término “*compliance*” se limitaba a la actividad de las grandes empresas multinacionales y resultaba desconocido para las PyMES y para el empleado medio, cualquiera sea su profesión u ocupación.

En la actualidad, motivado por una serie de reformas introducidas en el marco normativo argentino y gracias a ciertos hechos “históricos” que sucedieron en la Argentina vinculados a hechos de corrupción, el *compliance* y la necesidad de adoptar programas de *compliance* que permitan establecer las prácticas y los procedimientos necesarios para detectar, prevenir y mitigar los riesgos de que se cometan delitos por parte de los empleados de una compañía, son un hecho de suma relevancia en las agen-

das de los directores de la mayoría de las empresas en el país, sin importar si se trata de una pequeña, mediana o gran empresa.

No obstante, en general se observa que los programas de *compliance* se asocian a cuestiones relacionadas con la prevención de la corrupción y dedican pequeños párrafos o breves menciones a las cuestiones de *compliance* vinculadas a temas de lealtad comercial, defensa de la competencia o de defensa del consumidor y cuestiones relacionadas.

Ahora bien, teniendo en cuenta el reciente dictado del decreto de necesidad y urgencia 274/2019 y el protagonismo que el tema ha ganado en los últimos meses en nuestro país, sumado a la sanción en el año 2018 de la nueva Ley de Defensa de la Competencia 27.442 que contempla entre otras cuestiones el significativo aumento de las multas aplicables por violación al régimen normativo (1), pareciera que

---

(\*) El autor es Legal Counsel para Latinoamérica Sur en Syngenta Agro SA. Previamente se desempeñó como director de Conductas Anticompetitivas Concertadas y como director de Promoción de la Competencia en la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia Argentina (CNDC). Fue abogado asociado en el Estudio De Dios & Goyena y Asesor Legal Sr. en Arauco Argentina SA. Recibió su título de abogado de la Universidad de Buenos Aires en 2003 y fue admitido a la práctica de la abogacía en 2004. Cursó la Maestría en Derecho Empresario en ESEADE (2013-2014) y obtuvo la Certificación Internacional en Ética y *Compliance* (UCEMA-IFCA) en 2018. Es redactor principal del dec. 480/2018, reglamentario de la Ley de Defensa de La Competencia 27.442 y del Lineamiento para la implementación del Programa de Clemencia. Es miembro del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y de la Asociación Argentina de Ética y *Compliance* donde se desempeña como codirector de la Comisión de *Compliance* & Antitrust.

---

(1) Entre otras cuestiones la Ley de Defensa de la Competencia 27.442 introdujo los programas de clemencia al régimen normativo argentino. A partir de la incorporación de los programas de clemencia, quien haya incurrido en una de las conductas establecidas en el art. 2º (habitualmente llamados *hard-core cartels* o “carteles de núcleo duro”) de la citada ley podrá revelarla y reconocerla ante la Autoridad de Competencia y obtener el beneficio de exención o reducción de las multas según corresponda, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por la ley, su decreto reglamentario y aquellos que la Autoridad de Aplicación determine en el futuro. Desde la óptica del *compliance*, dado que el beneficio mayor lo obtendrá quien sea el primero en revelar la conducta delictiva ante la autoridad, resulta fundamental contar con un programa efectivo que per-

se ha ido tornando fundamental, otorgar mayor protagonismo a las cuestiones vinculadas al comercio y a la protección del consumidor o de sus intereses en los programas de *compliance*.

Si bien es imposible desconocer la importancia de la prevención de los delitos de corrupción dentro del marco de la actividad empresarial, las cuestiones mencionadas no resultan menores a la hora de prevenir delitos. Máxime, teniendo en cuenta que en muchos casos, las políticas comerciales habituales que las empresas llevan adelante desde tiempos indefinidos, pueden traer aparejadas violaciones a la normativa en materia de lealtad comercial o defensa de la competencia, que pueden pasar inadvertidas al ojo del profesional no especializado y sobre todo, al criterio del funcionario comercial de la empresa, cuyas prácticas se vienen desarrollando de manera “exitosa” a la luz de los índices de ventas, pero que en definitiva, pueden constituir un riesgo que una matriz evaluaría como de alta probabilidad de ocurrencia y de impacto al menos alto.

A lo largo del presente trabajo se realizará una breve reseña de los programas de *compliance* o cumplimiento, su evolución histórica, los requisitos esenciales que debe contener un programa de este tipo y la necesidad de actualizar los programas de *compliance* vigentes contemplando el nuevo marco normativo de lealtad comercial, a partir de la entrada en vigencia del decreto 274/2019.

## II. ¿Qué es el *compliance*?

Si bien resulta difícil obtener consenso en cuanto a su definición, un punto en común es aquel que define el *compliance* o la función de *compliance* como un mecanismo de autorregulación por parte de las empresas, que tiene el fin de prevenir o evitar la violación de normas por parte de sus empleados, ya sea que se trate de normas internas o de cualquier otra normativa legal vigente y a través del cual se intenta controlar los riesgos provenientes de la propia actividad de la empresa.

Se trata de una serie de medidas internas adoptadas por un agente económico que le permiten minimizar los riesgos de incumplimiento derivados de su actividad, así como de las prácticas llevadas a cabo por sus socios y empleados, siendo el programa de *compliance* en sí mismo un mecanismo de autorregulación de las empresas para prevenir y/o evitar la comisión de infracciones legales que podrían generarse como consecuencia de las actividades que realizan.

Una de las más reconocidas definiciones de la función de *compliance* es la del Comité de Basilea (2), que define a la “función de *compliance*” como la función independiente que identifica asesora, alerta, monitorea y reporta los riesgos de cumplimiento en las organizaciones, es decir, el riesgo de recibir sanciones por incumplimientos legales o regulatorios, sufrir pérdidas financieras, o pérdidas de reputación por faltas de cumplimiento con las leyes aplicables, las regulaciones, los códigos de conducta y los estándares de buenas prácticas.

Ahora bien, este tipo de definiciones sobre la sola noción del cumplimiento o del proceso de cumplimiento normativo derivada de su traducción literal, deja de lado cuestiones centrales que se persiguen a través de la implementación de programas de cumplimiento. Si bien es cierto que normalmente se asocia el *compliance* con un proceso que permite evitar multas por incumplimientos normativos, la función de *compliance* permite otorgar a las empresas otros importantes beneficios que hicieron que la definición de *compliance* a través del tiempo se torne significativamente más amplia, llevando el concepto más allá de la literalidad.

En su actividad diaria, las empresas enfrentan mandatos u órdenes a partir de la implementación de normas y regulaciones a la actividad, y de una gran variedad de *stakeholders* o partes de interés, incluyendo sus propios clientes,

mita detectar el incumplimiento a tiempo y denunciarlo de inmediato ante la Autoridad de Aplicación.

(2) Es la denominación habitual con que se conoce al Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (BCBS), actualmente compuesto por representantes de los bancos centrales de Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Luxemburgo, Países Bajos, España, Suecia, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos cuya función es fortalecer la solidez de los sistemas financieros.

quienes a medida que evolucionan los mercados, establecen sus propias reglas de consumo, influyendo directamente en las decisiones de los productores o prestadores de servicios.

En este sentido, *compliance* no solo significa “cumplimiento”, sino que también exige por parte de las empresas la necesidad de establecer y mantener actualizados sus estándares sobre la base de lo requerido por la demanda de clientes o proveedores. Una de las primeras compañías en entender la amplitud del concepto de *compliance* fue la norteamericana Wal-Mart, que estableció determinadas restricciones relacionadas con el contenido de metales en los juguetes a ser exhibidos en sus góndolas que eran significativamente más exigentes que las establecidas en las normas federales vigentes (3).

Se destacan entonces distintas funciones que son abarcativas de este concepto. La función preventiva, centrada en evitar que la empresa incurra en violación de las normas, la función de confirmación del derecho, consistente en establecer mecanismos para detectar las irregularidades que se cometen dentro de la empresa, reparar las infracciones que se generen y ponerlas en conocimiento de la autoridad de manera de tener la posibilidad de acceder a los beneficios que otorgan los distintos marcos normativos en cuanto a la reducción y/o exención de penas (4) y la función de motivación normativa vinculada a instaurar una cultura de cumplimiento y a motivar la evolución y la

innovación en la actividad económica (5) y que incorpora elementos referidos a la operativa o conjunto de prácticas, valores y principios que guían la actuación de la empresa en el mercado de forma global y la actuación de sus gestores y empleados individualmente considerados.

Por lo tanto, a la hora de definir un concepto que abarque todas las disciplinas del *compliance*, es clara la necesidad de incorporar la importancia de trabajar sobre la cultura empresarial y sobre los principios y valores que guían el comportamiento de los funcionarios y empleados de la compañía, no concentrándose únicamente en el cumplimiento de normas internas y externas, sino haciendo foco en la necesidad de crear una cultura interna que permita tomar buenas decisiones a partir de la implementación de este tipo de programas.

### III. Antecedentes de los programas de *compliance*

No existe un lugar común o hecho histórico particular al que pueda identificarse como aquel que dio lugar al nacimiento del *compliance* o de los programas de *compliance*. Sus orígenes se asocian a la creación de las agencias de seguridad pública en los Estados Unidos para la vigilancia y control por parte del gobierno del desarrollo de distintas actividades económicas a principios del siglo XX (6), y a la sanción de la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) en 1977, sancionada luego de la investigación llevada adelante por parte de la *Securities and Exchange Commission* (SEC) en el marco de las investigaciones del caso “Watergate”, que reveló que cientos de compañías estadounidenses sobornaban a funcionarios en otros países para obtener contratos o ventajas en licitaciones públicas (7).

(3) WINSTON, Andrew, “What ‘Compliance’ Means Now”, *Harvard Business Review*, agosto 2008.

(4) Tales como el régimen de Clemencia introducido al marco normativo argentino a partir de la sanción de la Ley de Defensa de la Competencia 27.442; o el régimen de exención de penas establecido en el art. 9º de la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas 27.401, a partir del cual la persona jurídica que hubiera incurrido en un ilícito en los términos allí establecidos, podrá ser eximido de pena y responsabilidad administrativa cuando concurren simultáneamente las siguientes tres circunstancias: a) espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los arts. 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; c) hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido.

(5) ESPINOZA BONIFAZ, Augusto R., “Programas de cumplimiento: un mecanismo de autorregulación regulada para las personas jurídicas”.

(6) La primera agencia de seguridad pública que dio lugar al modelo centralizado de control gubernamental fue la *Food and Drug Administration* (FDA) en 1906, que se limitaba a ciertas iniciativas de seguridad pública para proteger al consumidor a partir de la responsabilidad del Estado de controlar la seguridad de los medicamentos y alimentos.

(7) KOEHLER, Mike “The Story of the Foreign Corrupt Practices Act”, *Ohio State Law Journal*, vol. 73:5, 2012, Columbus, Oh: Ohio State University, ps. 929-1013.

A su vez, la creación de distintos organismos de control en los Estados Unidos, tales como la Agencia de Protección Ambiental y la *Drug Enforcement Agency* (DEA) en los '70, fueron los primeros hitos que impulsaron a las empresas a comenzar a desarrollar sus propios recursos y reglamentos internos para monitorear el cumplimiento de las normas y regulaciones de propias de su actividad.

En 1985, con la creación del Comité de Empresas Patrocinantes de la Comisión Treadway ("COSO" por su acrónimo en Inglés), como foro dedicado a la creación de marcos de actuación y orientación sobre la gestión empresarial, el control interno y el descubrimiento del fraude se constituyó como uno de los primeros ámbitos dedicados al *compliance*, que establecían un modelo común a partir del cual las empresas podían diseñar sus sistemas de control interno (8).

Ahora bien, quizás el hecho concreto más importante al que se asocia la creación de los programas de *compliance* es el surgimiento de las *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* (9) (en adelante las *Guidelines*) dictadas por la *U.S. Sentencing Commission* (10) en 1987, que nacieron como una "adaptación" de la Ley de Reforma Penal de 1984 (11). Estas establecieron las pautas para la imposición de condenas a las empresas, considerando un estándar de "penalidad óptima" y estableciendo un modelo que

incentivaba a las empresas a desarrollar programas de *compliance* para prevenir y detectar conductas delictivas a partir de la imposición de multas sumamente elevadas y de la creación de incentivos a través de los cuales aquellas organizaciones que tuvieran programas efectivos de *compliance* al momento del incumplimiento, recibirían un castigo o sanción más leve que aquellos que no hubieran tenido el programa de cumplimiento en funcionamiento (12).

Las *Guidelines* desde sus comienzos hasta su versión más reciente del año 2018, establecen los requisitos que debe contener un programa de cumplimiento eficaz para prevenir y detectar violaciones a la ley. A su vez, establece que en caso de que la violación a la ley hubiera ocurrido aún a pesar de tener un programa eficaz en funcionamiento, la sanción a aplicar debe ser menor.

En 1997, la firma de la Convención sobre la Lucha Contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (13) fue otro escalón fundamental hacia el desarrollo de los programas de *compliance* tal como se los conoce en la actualidad. Se trata del primer instrumento internacional de alcance global sobre la lucha contra la corrupción que se centra en la faz "activa" del cohecho transaccional, es decir en la oferta, la promesa o la concesión de cualquier beneficio indebido en lugar de hacerlo en su faz "pasiva", configurada por la solicitud, aceptación o recepción de ese beneficio indebido. Este enfoque la distingue de otras convenciones anticorrupción. Su objetivo principal es penalizar a las empresas y personas que en sus transacciones comerciales ofrezcan, prometan, den dinero o gratificaciones a funcionarios públicos extranjeros, con el fin de beneficiarse en sus actividades económicas internacionales (14).

Finalmente, otro de los puntos de inflexión en la génesis y desarrollo de los programas de

(8) "COSO" fue fundado en 1985 en Estados Unidos por cinco asociaciones de profesionales contables y financieros, para dar apoyo a la *National Commission on Fraudulent Financial Reporting*, conocida como la *Treadway Commission*, con referencia al apellido de su primer presidente, James C. Treadway Jr.

(9) La última actualización data de 2018. En 2019, la *US Sentencing Commission* abrió a consulta pública una propuesta de modificación al texto vigente. Se trata de reglas, directrices y lineamientos no obligatorios para destinadas a orientar a los jueces en el dictado de condenas a individuos y organizaciones en el sistema judicial de los Estados Unidos.

(10) La Comisión de Sentencias de los Estados Unidos, es la agencia del Gobierno de los Estados Unidos responsable de articular las pautas de sentencia para los tribunales federales.

(11) La *Sentencing Reform Act* de 1984 estableció pautas para la imposición de condenas a los acusados de delitos federales.

(12) KAPLAN, Jeffrey, "A Short History of Compliance and Ethics Program Law", RAND Symposium Proceedings Report, 2012.

(13) La Argentina aprobó la Convención a través del dictado de la ley 25.319 en septiembre de 2000.

(14) Información obtenida del sitio web del Ministerio Público Fiscal, disponible en [www.mpf.gob.ar](http://www.mpf.gob.ar).

*compliance* a nivel internacional lo conformó la sanción de la Ley Sabanes-Oxley en 2002, luego de los escándalos desatados en los Estados Unidos a partir de los casos “Enron” (15), “Tyco International” (16) y “WorldCom” (17). Al sancionarse esta ley, fueron más estrictas las exigencias en materia de *compliance*.

Los organismos internacionales también jugaron un papel preponderante en la evolución de los programas de *compliance* a nivel global. Así, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) consideró dentro de los “Principios de Gobierno Corporativo” (18) que una función determinante del consejo de administración es asegurar dentro de las empresas la existencia de sistemas de control adecuados para la gestión de riesgos y el cumplimiento legal.

Ahora bien, más allá de los hitos y hechos descriptos, lo cierto es que el *compliance* y los programas de *compliance*, alcanzaron su punto de máxima atención a nivel global con la incorporación de los sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Estos se han

---

(15) El caso “Enron” (empresa que inicialmente se dedicaba a la administración de gasoductos dentro de los Estados Unidos y que luego expandió sus operaciones como intermediario de contratos de futuros derivados del gas natural y al desarrollo, construcción y operación de gasoductos y plantas de energía) fue quizás el mayor escándalo financiero de la historia, uno de los fraudes empresariales más conocidos a nivel mundial por los malos manejos contables y financieros y por la inadecuada administración de los recursos energéticos que manejaba la empresa.

(16) El caso “Tyco International” en 2002 (Tyco comenzó como un laboratorio de investigación para luego convertirse en una empresa dedicada a la producción de productos industriales) implicó la falsificación de los estados contables de la compañía para incrementar sus ingresos.

(17) También el caso “WorldCom” fue uno de los mayores fraudes financieros de la historia que implicó la manipulación de los estados contables de la compañía, manipulando las cuentas de gastos corporativos y haciéndolos pasar por inversiones de largo plazo.

(18) OECD. Principios de Gobierno Corporativo 2004. La última modificación del año 2016 (principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20) recepta el mismo principio estableciendo la necesidad de adopción de sistemas de control adecuados de gestión de riesgos, control económico y operativo y su adecuación a la legislación y a las normas pertinentes.

ido incorporando paulatinamente en los ordenamientos jurídicos de los distintos países, receptando una tendencia también originada en los Estados Unidos a partir de la aprobación de normas que contemplaban la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas (19).

Así lo hizo Chile en el año 2009, al aprobar la ley 20.393 que estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de cohecho, lavado de activos y financiamiento del terrorismo, como una respuesta a los requerimientos de la OCDE en su proceso de ingreso al organismo.

Un camino similar tomó el Reino Unido al aprobar la Bribery Act, también con la intención de fortalecer sus compromisos con el convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción del año 1997.

Por su parte, España al aprobar la Ley Orgánica 5/2010 reformó el Código Penal español aboliendo en el aforismo romano del *societas delinquere non potest*, según el cual una persona jurídica no podía cometer delitos, incorporando así la responsabilidad penal de las personas jurídicas a su régimen normativo.

En el caso de la Argentina, nuestro país tampoco resultó ajeno a esta tendencia. La sanción de la ley 27.041 de “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas” (en adelante la “LRPPJ”), sin dudas le otorgó protagonismo al tema y llegó para dotar de mayor eficacia a las políticas de prevención y lucha contra la corrupción. Ello, a través de la generación de incentivos dirigidos a lograr que las personas jurídicas prevengan la comisión de delitos contra la Administración Pública mediante el diseño e implementación de lo que la norma llama los “Programas de Integridad”.

Es que a partir de la sanción de la ley 27.401, aquellas empresas que en la Argentina hasta el momento “importaban” los programas de *compliance* de sus casas matrices con el único objeto de cumplir con una directiva corporativa a nivel global, se vieron obligadas a ajus-

---

(19) GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “La responsabilidad penal de las empresas en los Estados Unidos”, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006.

tarlos a la nueva legislación Argentina, en particular, aquellas que contrataban con el Estado nacional, según lo previsto en el art. 24 de la LRPPJ (20).

El universo de empresas fuera de lo establecido en el mencionado art. 24, encontró en el art. 9º de la citada ley el incentivo “perfecto” (21) que las impulsó a adoptar programas de cumplimiento en el devenir de sus actividades: la posibilidad de obtener una exención de la pena que les pudiera corresponder frente a una eventual responsabilidad por los delitos previstos en el art. 1º y el requisito de implementar un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los arts. 22 y 23 con anterioridad al hecho del proceso.

Así, desde la sanción de la LRPPJ al presente, se ha observado la creación de numerosos programas de *compliance* hechos “a medida”. Estas compañías, comenzaron a incorporar, además de cuestiones relacionadas con los delitos establecidos en el art. 1º y las exigencias establecidas en el art. 23, cuestiones asociadas a temas de defensa de la competencia, protección de datos, calidad, buenas prácticas y otras cuestiones relacionadas con su propia actividad. Todo ello con el objetivo de identificar, alertar, monitorear y reportar los riesgos de cumplimiento en las organizaciones y disminuir el riesgo de recibir sanciones por incumplimientos legales o regulatorios, no solo por la potencial pérdida financiera que ello implicaría, sino para evitar el daño reputacional que una sanción de estas características conllevaría.

(20) Art. 24 LRPPJ: “Contrataciones con el Estado Nacional. La existencia de un Programa de Integridad adecuado conforme los artículos 22 y 23, será condición necesaria para poder contratar con el Estado Nacional, en el marco de los contratos que: a) según la normativa vigente, por su monto, deberá ser aprobado por la autoridad competente con rango no menor a Ministro; y b) se encuentren comprendidos en el artículo 4º del decreto delegado N° 1023/01 y/o regidos por las leyes 13.064, 17.520, 27.328 y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos”.

(21) Cabe aclarar que la referencia a “incentivo perfecto” es al solo efecto de dotar de cierto énfasis al instituto introducido por la LRPPJ sin adentrarse en análisis de los incentivos sobre la base del teorema de Coase y la necesidad de la intervención activa del derecho en la sociedad con el objetivo de lograr la eficiencia de Pareto.

Esta suerte de transformación (o adaptación de la normativa argentina al escenario normativo moderno) que hemos venido transitando desde la promulgación de la LRPPJ, como se verá a lo largo del presente trabajo, de ninguna manera puede resultar ajena a la reciente publicación del decreto de necesidad y urgencia 274/2019, el cual estableció un nuevo régimen en materia de lealtad comercial con el objetivo de desarrollar un comercio justo y competitivo mediante la prohibición y sanción de actos y prácticas desleales.

#### IV. Los programas de *compliance*, contenidos esenciales

Para ser efectivos, los programas de *compliance* deben dotarse de ciertos instrumentos que hacen a su eficacia en miras a evitar el incumplimiento de las normas por parte de los miembros de una empresa. En términos generales suele decirse que deben contener un código ético, un canal de denuncias, un protocolo de investigaciones internas, controles generales y específicos, y un código de conducta.

A partir de la sanción de la LRPPJ, los códigos de *compliance*, también llamados de integridad o de cumplimiento ganaron protagonismo como elementos esenciales dentro de la empresa como señal de identidad y medio de propagación de los principios y valores éticos que definen los estándares del comportamiento de todos los integrantes de la organización.

Así, los programas funcionan no solo como una señal hacia afuera de la empresa, sino que también sirven para fomentar hacia adentro políticas propias, tomando en cuenta quiénes serán los destinatarios de esas políticas, y adaptando su redacción de modo que contenga un lenguaje claro, preciso y de lectura amena, dotándolo de ejemplos sobre aquellos temas que más preocupan a la empresa (22).

Diversas normas y regulaciones establecen procesos para elaborar y adoptar programas de *compliance* efectivos para cada persona

(22) DE MENDOZA SÁINZ DE UGARTE, Javier, “Legal compliance: el manual de prevención de riesgos penales”, Universidad Pública de Navarra, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pamplona, enero de 2018, disponible en [www.academica-e.unavarra.es](http://www.academica-e.unavarra.es).



jurídica. A modo de ejemplo, la norma ISO 19.600/2014 contempla los *Compliance Management System Guidelines*, que comprenden: una fase de definición y concreción de objetivos de cumplimiento, una de estudio de la normativa aplicable, una fase de evaluación de riesgos, el diagnóstico de la situación actual de la empresa, la planificación y desarrollo del programa, su implantación en los equipos, el establecimiento de canales de comunicación, evaluación y monitoreo, el análisis de su cumplimiento y una fase de gestión de incumplimientos y mejora continua.

Las *Guidelines*(23), por su parte, establecen en su capítulo 8 dos puntos clave para el desarrollo de un programa de *compliance* efectivo, a partir de los cuales se establecen distintos contenidos que el programa debe contener. Así para contar con un programa de *compliance* efectivo, de acuerdo con las mencionadas guías, las organizaciones deben: realizar las gestiones necesarias para prevenir y detectar las conductas criminales; y promover una cultura organizacional que fomente las conductas éticas y el compromiso a cumplir con la ley.

En la Argentina, la LRPPJ también contempla aquellos elementos esenciales que debe contener un programa de *compliance* o un programa de integridad para ser considerado “efectivo.” El art. 24, establece que un programa de integridad debe contemplar al menos dos de los siguientes elementos: un código de ética o conducta, reglas específicas y procedimientos para prevenir ilícitos en concursos y licitaciones y en la ejecución de contratos administrativos con el Estado y la realización de capacitaciones periódicas.

Por su parte, también se indican elementos que los programas de integridad “podrán” contener, como el análisis periódico de riesgos, el apoyo visible o inequívoco al programa por parte de la alta dirección o gerencia; canales internos de denuncias, una política de protección de denunciantes contra represalias, un sistema de investigación interna, procedimientos de debida diligencia o *due diligence* tanto para comprobar la integridad de terceros o socios de negocios como durante procesos de trans-

formación societaria, el monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa, la designación de un responsable interno a cargo del desarrollo, supervisión y coordinación del programa.

Los lineamientos de integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los arts. 22 y 23 de la ley 27.401 de LRPPJ publicados en octubre de 2018 (en adelante los “lineamientos”) complementan lo establecido en los citados artículos, en cumplimiento a lo establecido en el decreto reglamentario de la LRPPJ.

Siendo que la propia LRPPJ les asigna una importancia determinante a los programas de integridad como elemento de ponderación de la responsabilidad empresarial por corrupción, resulta de vital importancia la claridad y precisión sobre el concepto para el cumplimiento de la normativa y su correcta aplicación. Por esto, los lineamientos vienen a clarificar el contenido y las pautas de diseño y evaluación de los programas a través de guías elaboradas por la Oficina Anticorrupción.

A su vez, cabe aclarar que tal como se establece en su texto, los lineamientos no reemplazan la evaluación propia de cada organización ni resultan imperativos, pudiendo cada persona jurídica adaptar o no sus procedimientos y mecanismos o tomar esos elementos de la forma que le resulte más eficiente a los objetivos de la organización.

Los lineamientos se dividen en dos partes. La primera, donde se desarrollan cuestiones generales sobre los programas, su concepto, parámetros para su diseño y evaluación, los elementos provistos en los arts. 24 citados anteriormente, los pasos para su implementación, las ventajas de su adopción, y las condiciones y criterios que de acuerdo a lo establecido en la LRPPJ permitirían considerarlo adecuado.

La segunda parte desarrolla los posibles elementos del programa de integridad o cumplimiento, e incluye un cuestionario de corroboración para la autoevaluación de cada uno de esos elementos.

Llegado este punto, debe destacarse que, si bien tanto la LRPPJ como los lineamientos

(23) Disponibles en <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>.

contemplan una serie de medidas y requisitos que deben contemplar los programas de cumplimiento para que puedan ser considerados “adecuados” a efectos de lo establecido en el inc. b) de su art. 9º, la normativa brinda un marco de acción que puede y a criterio del autor debe ser tomado como base para la implementación de los programas en todas las áreas, no solo para prevenir y detectar delitos de corrupción, sino también para evitar violaciones a todo tipo de normativas.

En consecuencia, se analizarán a continuación aquellos requisitos establecidos en el marco normativo de la LRPPJ, que deben ser tenidos en cuenta a la hora de la creación o actualización de un programa de *compliance* que contemple los riesgos por violación a la nueva normativa en materia de lealtad comercial.

**V. Compliance y el nuevo marco normativo de lealtad comercial. La necesidad de actualizar los programas de compliance**

El nuevo marco normativo de la ley de lealtad comercial introducido con la entrada en vigencia del decreto en abril de 2019, tiene por objeto asegurar la lealtad y transparencia en las relaciones comerciales, y garantizar el acceso a información esencial sobre los productos y servicios comercializados en la República Argentina a través de canales físicos o digitales, en interés de todos los participantes del mercado (24).

Según surge de sus considerandos, el decreto viene a: “...contribuir eficazmente al ejercicio del derecho previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional, así como al mejoramiento de las relaciones entre consumidores, usuarios y proveedores de bienes y servicios...”

El decreto puede ser dividido en dos “secciones”. Una de ellas incorpora ciertas cuestiones relacionadas exclusivamente a aquellos actos que afectan el funcionamiento de los mercados e intenta desalentar prácticas comerciales “desleales” respecto de proveedores y consumidores. La otra, mantiene (o repite) a partir del título II, en adelante, las previsiones que se en-

contraban contenidas en la derogada ley 22.802 de Lealtad Comercial.

Esta primera sección intenta “llenar” el vacío entre la Ley de Defensa de la Competencia 27.442 (en adelante la “LDC”) y la obligatoriedad del daño al interés económico general, en aquellas situaciones en las que los planteos de los actores del mercado no cumplen con los parámetros previstos en la LDC para ser sancionados, tales como aquellos “...actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear, o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, *de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general...*” (25) (el destacado me pertenece).

Es que el objetivo de la LDC es claramente distinto al del decreto. Mientras que la primera persigue la protección de la libre concurrencia en los mercados y del proceso competitivo por medio del cual se asignan los recursos económicos de la manera más eficiente, el decreto busca la protección de los competidores en particular en el ámbito de sus relaciones comerciales.

A través del régimen de defensa de la competencia se intenta proteger el proceso competitivo en sí mismo. Lo que el mismo sanciona es la restricción, limitación, distorsión de la competencia en perjuicio al interés económico general. Aquellas cuestiones que intenten hacer valer intereses particulares de quienes ejercen el comercio, serán siempre desestimadas por la Autoridad de Aplicación de Defensa de la Competencia (26) por no constituir conductas pasibles de sanción conforme la normativa de la LDC.

(25) Conforme art. 1º, ley 27.442.

(26) En la actualidad la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Producción y Trabajo actúa como Autoridad de Aplicación de la ley 27.442 de Defensa de la Competencia en virtud de lo establecido en su art. 80 y conforme con lo estipulado en el art. 5º de su decreto reglamentario 480/2018, con la asistencia técnica de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, conforme con las facultades establecidas en la res. SC 359/2018; hasta tanto se constituya y entre en funcionamiento la Autoridad Nacional de la Competencia creada por ley 27.442.

(24) El propio art. 1º define “mercado” como el ámbito en el cual los oferentes y demandantes de un bien o servicio realizan transacciones comerciales.

La Autoridad de Aplicación en materia de Defensa de la Competencia se ha pronunciado en este sentido en reiteradas ocasiones. Dada la inexistencia de daño o de intencionalidad de dañar el interés económico general, ha ordenado el archivo de las actuaciones, por no considerarse revisables bajo la luz de la LDC, por tratarse de cuestiones ajenas a su ámbito de aplicación (27).

El decreto actúa entonces como una suerte de “complemento” de las normas de defensa de la competencia. Ello, con la finalidad de completar ese vacío que hace a la situación particular de los reclamantes, que como se ha dicho, suelen ser objeto de resoluciones de archivo por parte de la autoridad de Defensa de la Competencia por no considerarse sancionables bajo ese régimen.

Así lo establece el art. 3º de la res. 248/2019, en un intento de aclarar aquello que causaba cierta confusión a partir de la lectura del decreto:

“El título I del Decreto N° 274/19 será de aplicación siempre que el acto o conducta prevista en el artículo 9º o 10 de dicho Decreto no resulte alcanzado por la Ley N° 27.442 de Defensa de la Competencia...”

Por lo tanto, lo que se busca a través del decreto es introducir un marco jurídico que sancione actos entre particulares que afecten el funcionamiento del mercado, sin la necesidad de verificar la existencia del daño al interés económico general o la protección del consumidor, característicos de la normativa en materia de defensa de la competencia (28).

Para ello, el marco jurídico introducido por el decreto crea nuevos tipos penales administrativos (29) que regulan la competencia

---

(27) Dictámenes CNDC 149, 224, 256, 439, entre muchos otros.

(28) Así se dispone en los considerandos del decreto “...que (...), deviene necesario controlar conductas en el mercado que complementen lo dispuesto por la Ley N° 27.442 y definir una regulación integral y sistematizada de la competencia desleal...”

(29) Si bien no resulta objeto del presente trabajo, debe destacarse que resulta al menos cuestionable la constitucionalidad del decreto en tanto conforme con las atribuciones presidenciales establecidas en el art. 99 de

desleal (30). En su art. 9º, el decreto define los actos de competencia desleal como toda acción u omisión que por medios indebidos resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

Seguidamente, el art. 10 describe de manera taxativa los nuevos tipos de competencia desleal introducidos por el decreto. Entre ellos se encuentran los actos de engaño, actos de confusión, la violación de normas, el abuso de situación de dependencia económica, la obtención indebida de condiciones comerciales, la venta por debajo del costo, la explotación indebida de la reputación ajena, los actos de imitación desleal, los actos de denigración y la violación de secretos (31), la inducción a la infracción contractual, los actos de discriminación y la publicidad.

Luego, en su título II, el decreto mantiene la línea de la derogada Ley de Lealtad Comercial 22.802, en cuanto a la prohibición de la realización de publicidad engañosa y la regulación de promociones y concursos cuando la entrega de premios o regalos se encuentren sujetos a la intervención del azar, o en aquellos casos en que la participación en los concursos esté condicionada a la adquisición de un producto o contratación de un servicio, manteniendo asimismo la prohibición de entregar dinero o bienes a título de rescate de envases, etcétera.

Por su parte el título III regula la identificación de productos y denominaciones de origen.

Finalmente, el título IV en su capítulo III establece el régimen de sanciones de las que serán

---

la CN y la creación de nuevos tipos penales por decreto, así como la constitución de la Secretaría de Comercio Interior como autoridad de aplicación, creando una autoridad administrativa con facultades jurisdiccionales, en contradicción con las disposiciones de la Constitución Nacional (conf. BARRY, Luis, D., “Competencia desleal y el servicio de conciliación previa para las relaciones de consumo”, LL edición especial: decreto de Lealtad Comercial, 2019-C-4.

(30) Conf. BARRY, Luis, D., “Competencia desleal...”, cit.

(31) Aclarando que para resultar sancionable una conducta, será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto.

pasibles las personas humanas o jurídicas que no cumplan con las disposiciones del decreto y su reglamentación; a saber: apercibimiento, multa por un monto equivalente entre uno y diez millones de unidades móviles (32), monto que en la actualidad va desde los AR\$ 26,40 a los AR\$ 260 millones; suspensión del Registro Nacional de Proveedores del Estado por hasta cinco años; pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios y clausura por hasta treinta días, aclarando que dichas sanciones podrán ser impuestas de forma independiente o conjunta.

Ahora bien, como se dijo anteriormente, hasta el dictado del decreto, las cuestiones relacionadas a la lealtad comercial ocupaban mínimos espacios o constituían simples referencias en los programas de cumplimiento de las personas jurídicas. En general del análisis de diversos programas de cumplimiento de acceso público, se observan mínimas referencias a la necesidad de respetar la competencia y de repudiar la competencia desleal. En general se observa una suerte de programas de *compliance* “enlatados”, obtenidos de las casas matrices de las diferentes empresas, que no profundizan sobre el tema y, por ende, no logran cumplir el objetivo de crear una cultura de cumplimiento en el seno de la compañía en lo que respecta a estas cuestiones.

Llegado a este punto, cabe destacar entonces dos aspectos fundamentales introducidos por el decreto que al presente hacen que las cuestiones de lealtad comercial dejen de ser una mera referencia o una simple mención a la obligatoriedad de respetar la normativa en materia de lealtad comercial, para pasar a tomar un mayor protagonismo en los programas de *compliance* y que obligan a los *compliance officers* a actualizar sus programas de cumplimiento.

El primer aspecto responde a la creación de nuevos tipos penales administrativos del art. 9º del decreto, los que, de configurarse, darán lugar a la aplicación de multas sumamente significativas tanto desde el punto de vista económico como operativo u operacional de la empresa.

Es que de acuerdo a lo que establece el art. 22 de los lineamientos, para que un programa resulte adecuado, debe guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica. Así, un programa resultará adecuado, si su diseño e implementación responde a tres pautas: el riesgo, la dimensión (con relación a los esfuerzos y exigencias para hacer cumplir el programa) y la capacidad económica de la empresa en cuanto al nivel de exigencia.

Una evaluación inicial de riesgos como paso previo al diseño del programa permitirá medir qué tan adecuado es un programa de cumplimiento. Aquellas empresas que participen en el mercado y realicen actividades económicas tanto en la Argentina como fuera del país (en la medida que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional (33)), estarán sujetas a los riesgos que se desprendan del incumplimiento de lo establecido en el decreto 274/19 de Lealtad Comercial y deberán contener previsiones en tal sentido para que sus programas resulten efectivos.

Mantener meras referencias a la obligatoriedad de cumplir con el régimen de lealtad comercial, sin efectuar un acabado análisis del riesgo de ser sancionado por hasta AR\$ 260 millones por incumplir la norma, resultaría contrario a los objetivos y la función del *compliance*. Ello, sumado al hecho de que, esta falta de análisis hará que ese programa no resulte efectivo ya que no permitirá detectar un riesgo probable a tiempo y, por ende, no resultará útil para minimizar las consecuencias o el impacto negativo que su ocurrencia podría provocar en la empresa.

Por su parte, la necesidad de capacitación como herramienta esencial para la transferencia de los conocimientos, mensajes y valores asociados al programa, establecida en el inc. c) del art. 23 de la LRPPJ, juega un rol fundamental en el proceso de formación de conciencia sobre los riesgos de la empresa. No solo respecto de los riesgos de corrupción, sino de todos aquellos asociados a su actividad. La capacitación

(32) El decreto define la unidad móvil como unidad de cuenta, tomando el valor establecido en la LDC y actualizado conforme lo allí previsto.

(33) Conforme art. 5º del dec. 274/2019.

generará la motivación interna para el cumplimiento a las normas de conducta (34).

Finalmente, y como elemento adicional, la actualización permanente a partir de un análisis periódico de riesgos, conforme lo estipulado en el art. 23 de la LRPPJ y la consecuente adaptación del programa de integridad, refleja la necesidad de adaptar los programas a las nuevas normativas que surgen en el marco de la actividad económica general y particular de cada sector de la economía, obligando a las compañías a la actualización permanente.

El *compliance officer* es aquel encargado de desarrollar las aptitudes de los empleados de las organizaciones y hacer percibir los valores detrás del programa. Como tal, su función se encuentra directamente relacionada con el objetivo de proteger la organización contra la aplicación de sanciones. En tal sentido su misión no será otra que contribuir a establecer una cultura ética duradera, asistir a otros ejecutivos en la prevención de actos ilegales y proveer una demostración pública del compromiso de la organización con la integridad (35).

## VI. Conclusiones

A lo largo de la historia, los programas de *compliance* han ido ganando protagonismo y

consolidándose como una cuestión de suma importancia en el seno de las empresas, cualquiera sea la actividad que estas desarrollen.

No existe el método que garantice el éxito de un programa. Sin embargo, una combinación de creación de cultura, entrenamientos, actualización permanente, incentivos, monitoreo y castigo efectivo, permitirán desarrollar un “mix” adecuado para desplegar un programa de *compliance* efectivo.

Si bien hasta el dictado del decreto de necesidad y urgencia 274/2019 las cuestiones relacionadas a las normas de lealtad comercial no eran abordadas en profundidad por los programas de *compliance* de las empresas argentinas, las reformas introducidas por el mencionado decreto respecto de la creación de nuevos tipos penales administrativos y la posibilidad de recibir sanciones sumamente significativas, obligan a las organizaciones a adoptar sus programas a las mejores prácticas y a revisar y actualizar sus programas de *compliance*. Ello, con el fin de receptar estas modificaciones y permitir una mejor gestión del riesgo, a partir de la utilización de un diseño que contemple en forma específica las previsiones relacionadas con las normas de lealtad comercial.

No existe un método puntual que garantice el éxito o la efectividad de un programa de cumplimiento. La importancia de la capacitación como método para generar una cultura de *compliance* y la actualización permanente, resultarán fundamentales para mantener vivos los programas de *compliance*, y permitirles alcanzar los objetivos que ellos persiguen, evitando que sus previsiones resulten meras referencias cosméticas que no causen ningún efecto.

---

(34) Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los arts. 22 y 23 de la ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, p. 35.

(35) KLEINHEMPEL, Mattias, “El rol del Compliance officer”, en SACCANI, Raúl R. - MORALES OLIVER, G., *Tratado de compliance*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, t. I, 2018, p. 203.



# **DERECHO COMPARADO**

.....





# A repressão à concorrência desleal no Brasil

---

TATIANA CAMPELLO (\*), BRUNO DRAGO (\*\*), JÉSSICA JATOBÁ DE LIMA (\*\*\*)

## I. Aspectos gerais da repressão à concorrência desleal no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, determina, em seu artigo 170, *caput*, que a ordem econômica do país será fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. No inciso IV do mesmo dispositivo, o texto constitucional prevê expressamente que deverá ser observado, entre outros tantos, o princípio da livre concorrência.

---

(\*) Tatiana Campello é sócia do Demarest responsável pelas áreas de Propriedade Intelectual e Privacidade de Dados e Segurança Cibernética. Tatiana é a 4ª Vice-Presidente da Licensing Executives Society International (LESI) e Diretora Tesoureira da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI). Formada em Direito pela Faculdades Integradas Cândido Mendes, Rio de Janeiro, Brasil (1993), com especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, Brasil (1997).

(\*\*) Bruno de Luca Drago é sócio do Setor Concorrencial do escritório Demarest. Advogado formado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pós-graduado em Administração de Finanças pela FIA-FEA, em 2002, com LL.M pela Kings College London (Universidade de Londres) e Doutor pela Universidade de São Paulo, Bruno é também Diretor de Contencioso Econômico do IBRAC.

(\*\*\*) Jéssica Jatobá de Lima é advogada da área de Propriedade Intelectual, Privacidade de Dados e Segurança Cibernética, do escritório Demarest. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), cursando especialização em Direito da Propriedade Intelectual na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC Rio), Brasil.

Nesse sentido, a Constituição determina, no parágrafo 4º do artigo 173, que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

É importante ressaltar que também encontra fundamento na Constituição o direito à proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, conforme disposto no artigo 5º, inciso XXIX.

Em conformidade com o texto constitucional, a Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529 de 2011) dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, e é orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

É possível identificar dispositivos garantindo a livre concorrência em normas infraconstitucionais, como a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279 de 1996, ou "LPI"), que dispõe em seu artigo 2º, inciso V, que a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial efetua-se mediante a repressão à concorrência desleal, entre outros institutos. Também o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 1990) elenca como princípio, em seu artigo 4º, inciso VI, a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de con-

sumo, inclusive a concorrência desleal e a utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas, nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores.

Como se pode ver, o ordenamento jurídico brasileiro tutela a livre concorrência através de múltiplos vieses, por meio de uma abordagem multifacetada que visa proteger diversos núcleos de interesse. Se, por um lado, a liberdade de iniciativa é um dos fundamentos da ordem econômica nacional, por outro lado também se busca preservar os interesses do consumidor e dos concorrentes, bem como do inventor ou autor de uma obra intelectual, do titular de registro ou pedido de registro de propriedade industrial, todos os quais compõem a complexa relação jurídica dos bens de produção imateriais. Sendo assim, é necessário que todos esses polos sejam tutelados pelo Direito para que se estabeleça uma relação constitucional e equânime.

Este artigo se concentra em alguns aspectos atuais e relevantes da concorrência desleal no Brasil, especificamente voltados àqueles relacionados à propriedade intelectual.

## II. Concorrência desleal e propriedade intelectual

Para Gama Cerqueira, a repressão da concorrência desleal “constitui o princípio básico da propriedade industrial, ao mesmo tempo em que esta constitui a concretização daquele princípio, na legislação positiva” (1).

Conforme visto acima, a Lei de Propriedade Industrial (“LPI”) dispõe que a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial efetua-se mediante a repressão à concorrência desleal (artigo 2º, inciso V), entre outros princípios. No entanto, mesmo que possíveis atos de concorrência desleal não venham a ferir direitos de propriedade industrial, a LPI também traz dispositivos de repressão a esses atos, tanto na esfera cível quanto na esfera criminal.

Na esfera criminal, a LPI tipifica o crime de concorrência desleal(2), em seu artigo 195, como qualquer das seguintes condutas:

I - publicar, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

II - prestar ou divulgar, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;

III - empregar meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV - usar expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V - usar, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

VI - substituir, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

VII - atribuir-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII - vender ou expor ou oferecer à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

IX - dar ou prometer dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;

X - receber dinheiro ou outra utilidade, ou aceitar promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;

XI - divulgar, explorar ou utilizar-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria,

(1) CERQUEIRA, João da Gama, *Tratado da Propriedade Industrial*, Forense, Rio de Janeiro, 1946, vol. I, p. 38.

(2) A pena prevista para o crime de concorrência desleal é detenção de três meses a um ano ou multa.

comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

XII - divulgar, explorar ou utilizar-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

XIII - vender, expor ou oferecer à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV - divulgar, explorar ou utilizar-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Quanto à esfera cível, a LPI dispõe (3) que, independentemente da ação criminal, o prejudicado poderá intentar as ações cíveis que considerar cabíveis na forma do Código de Processo Civil (4), havendo previsão expressa de indenização a ser determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido (5).

A referida lei também admite a possibilidade de configuração de concorrência desleal por meio de outros atos não previstos em lei. A esse respeito, diz o seguinte:

Art. 209.— Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre esta-

belecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

Em suma, a responsabilidade civil independe da responsabilidade criminal, de modo que a propositura de ação criminal não impede a interposição de ação cível visando o recebimento de indenização a ser determinada com base nos benefícios que o prejudicado teria auferido, ressalvado ainda o direito a perdas e danos em ressarcimento pelos demais prejuízos decorrentes de atos de concorrência desleal não previstos em lei (6).

No entanto, não se pode ignorar que, nesse último caso, os atos de concorrência desleal não previstos em lei têm de ser tendentes a (i) prejudicar a reputação ou os negócios alheios, ou a (ii) criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio, tal como disposto no artigo 209.

Aqui é possível traçar um paralelo com o texto do artigo 10 bis da Convenção da União de Paris (7), que no item (3), parágrafo 2º, prevê os chamados atos tendentes ao descrédito, e no item (3), parágrafo 1º, prevê os chamados atos confusórios, além dos atos tendentes ao erro previstos no parágrafo 3º do mesmo item.

(6) DANNEMANN, SIEMSEN, BIGLER & IPANEMA MOREIRA, *Propriedade Intelectual no Brasil*, PVDI Design, Rio de Janeiro, 2000, ps. 412-420.

(7) Art. 10 bis: (1) Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal.

(2) Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial. (3) Deverão proibir-se particularmente:

1º Todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;

2º As falsas alegações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;

3º As indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias.

(3) Art. 207 da LPI.

(4) Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

(5) Art. 208 da LPI.

No entanto, antes de adentrar na análise desses atos, é importante tecer breves considerações quanto aos pressupostos da concorrência desleal e como eles vêm sendo interpretados e aplicados pelos tribunais brasileiros.

### II.1. Pressupostos da concorrência desleal

Há algumas divergências na doutrina nacional quanto à nomenclatura e aos pressupostos basilares para a constatação ou não de concorrência desleal no ambiente privado. Abordaremos aqui alguns desses pressupostos de forma geral, sem a qualquer pretensão de exaurir o tema.

O primeiro requisito para se verificar a prática de concorrência desleal é a existência de relação de concorrência real<sup>(8)</sup> entre as partes envolvidas. Para tanto, a doutrina clássica dita que se deve verificar se as partes: (i) exercem suas atividades simultaneamente, (ii) com identidade de bens ou serviços, e (iii) com identidade territorial (ou superposição geográfica).

Então, em um segundo momento, passa-se à análise da existência de deslealdade na concorrência, que será confirmada caso o ato tido como desleal seja “*contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial*”, conforme disposto no artigo 10 bis da Convenção da União de Paris.

A esse respeito, vale menção à lição do mestre Denis Borges Barbosa (9):

“Há concorrência quando distintos agentes econômicos disputam a entrada, manutenção ou predomínio num mercado, definido por serviços ou produtos que sejam iguais ou – do ponto de vista do consumidor – substituíveis entre si; definido ainda pela efetividade dessa disputa num espaço geográfico e temporal determinado”.

Na análise tradicionalmente feita pela doutrina a respeito do pressuposto da simultanei-

dade para fins de repressão à concorrência desleal, ao menos em princípio não se considera a concorrência potencial, diferentemente do direito antitruste, em que um agente que não está competindo no mesmo momento que o outro, mas que tem condições de concorrer, poderia ser considerado ator da concorrência. No caso da concorrência desleal, como bem destaca Denis Borges Barbosa, o que se verifica é, no máximo, “a sanção de comportamento agressivo do agente econômico, na iminência ou com o propósito de ingressar na competição” (10).

Nesse sentido, destaca-se o caso da Folha de Pernambuco. Após a falência do titular da marca “Folha de Pernambuco” para identificar uma publicação periódica, muito famosa regionalmente, sobreveio a caducidade do registro de marca, que havia sido deixada de ser usada há anos. Foi quando um novo interessado adentrou no mercado de publicações periódicas e pôs-se a usar uma marca idêntica para os mesmo produtos e serviços.

Diante disso, a massa falida ajuizou uma ação de concorrência desleal contra o novo utente. No entanto, o tribunal entendeu pela ausência do pressuposto da simultaneidade, uma vez que a massa falida não utilizava a marca há mais de cinco anos, portanto sua atuação não era simultânea à do novo utente. Vejamos um trecho da ementa:

“não há que se falar em concorrência desleal na hipótese. O ordenamento jurídico confere proteção aos detentores de marcas registradas, bem como àqueles que não procederam ao registro no INPI, mas *tais defesas submetem-se a limites e requisitos, inclusive de ordem temporal. Para a configuração da concorrência desleal, para além disso, revela-se indispensável a simultaneidade da utilização dos nomes, em que um dos litigantes se valeu da notoriedade e popularidade da marca já existente e circulada no mercado para angariar a clientela a ela vinculada.* Não há como aplicar, analogicamente, este entendimento à espécie dos autos. *O periódico editado pela autora não era produzido há mais de mais de cinco anos - o que, em se tratando de publicação diária, é um lapso considerável de tempo -, e seus consumidores da época,*

(8) “O não rival pode praticar um ato desleal, mas não um ato de concorrência desleal”, DELMANTO, Celso, *Crimes de Concorrência Desleal*, Editora Jose Bushatsky, São Paulo, 1975, p. 20.

(9) BARBOSA, Denis Borges, *Tratado da Propriedade Intelectual*, 2ª edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2017, t. I, p. 453.

(10) *Ibidem*, p. 461.

*provavelmente, migraram para outros produtos do mesmo gênero”.*

(TJPE, 5/3/2009, “Industria Gráfica e Editora Primeira Edição Ltda. X Editora Folha de Pernambuco Ltda.”; AC 133994 PE 9800289565, Rel. Jones Figueirêdo, 4ª Câmara Cível)

Nessa mesma linha, em decisão mais recente, emitida em 2016 pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, foi dado provimento a um recurso para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à fase de instrução, por ter concluído, o tribunal, que o indeferimento da produção pericial constituiu cerceamento de defesa, posto que seria “indispensável a atuação de expert que, ao menos, avalie o efeito da simultaneidade das marcas no universo mercadológico” (11).

No entanto, apesar de não haver muitas decisões judiciais debatendo esse tema a fundo, é possível identificar uma decisão do Supremo Tribunal Federal (“STF”) de 1989, no julgamento do Recurso Extraordinário 116089/RJ, em que o tribunal adotou uma posição diferente quanto ao pressuposto da simultaneidade. Vejamos trecho da ementa:

“Concorrência desleal entre empresas vinculadas. (...) *A concorrência desleal pode ocorrer, em tese, até mesmo quando alguém, como concorrente potencial, queira prejudicar a outrem, que, já atuando na mesma área, lhe possa afetar os interesses futuros. E pouco importa que tais concorrentes, um em potencial, outro já atuante, integrem empresas vinculadas.* R.E. conhecido e provido para destrancamento da ação penal.

(STF, 7/3/1989, “Denco Participações Ltda. e outros X John Francis Phillips e outro”, RE 116089, Rel. Min. Sydney Sanches, Primeira Turma, DJ 30/6/1989).

No acórdão colacionado acima, o STF entendeu o pressuposto da simultaneidade como algo mais amplo do que a simples sincronia dos atos no mercado, admitindo a possibilidade de se considerar, também, a concorrência potencial.

(11) STJ, AREsp nº 302183 / ES, Indústrias Granfino S/A x Yara Alimentos Ltda - Em Recuperação Judicial, Min. Antonio Carlos Ferreira - Quarta Turma, j. 25/4/2016, DJE 3/5/2016.

“Aliás, é ao menos temerária, no direito brasileiro, a tese no sentido de que um concorrente potencial não possa prejudicar um concorrente atuante, incidindo em conduta típica de concorrência desleal”.

(STF, 7/3/1989, Denco Participações Ltda. e outros X John Francis Phillips e outro, RE 116089, Rel. Min. Sydney Sanches, Primeira Turma, DJ 30/6/1989)

Segundo o requisito da identidade de bens, para que haja comportamento competitivo reprovável, é necessário que os produtos ou serviços oferecidos pelos agentes econômicos atendam à mesma função, de forma que a concorrência se faça sentir com relação a um mesmo produto ou serviço.

Na teoria tradicional, a identidade de bens e serviços tem como conceito chave o *igual*, o *idêntico*. Um exemplo tradicionalmente citado pela doutrina para ilustrar o tema é a relação de identidade entre manteiga e margarina (12).

No entanto, sob a ótica da contemporaneidade, o que se verifica é que o *parecido*, aquilo que elasticamente atende à mesma demanda, sendo tomado pelo público relevante como equivalente, também pode vir a ser considerado. Ou seja, que eles sejam intercambiáveis, atendam a uma mesma necessidade. Nesse caso, elasticamente, seriam exemplos da relação de identidade de bens não apenas manteiga e margarina, mas também o patê, maionese e semelhantes.

Nesse sentido, é a lição de Calixto Salomão Filho (13):

“Mesmo uma empresa com grande participação nas vendas de determinado produto pode não ter qualquer poder de aumentar os preços. Basta que existam (a) vários substitutos para seu produto ou, então, (b) vários concorrentes prontos a entrar no seu mercado tão logo preços mais elevados tornem maiores as

(12) BARBOSA, Denis Borges, *Tratado da Propriedade Intelectual*, 2ª edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2017, t. I, p. 461.

(13) SALOMÃO, Calixto Filho, *Direito Concorrencial, as estruturas*, 2ª edição, Malheiros, São Paulo, 2002, p. 96.

possibilidades de sucesso e de lucro daquele mercado. As letras “a” e “b” correspondem, respectivamente, aos conceitos microeconômicos de elasticidade cruzada da demanda (*demand cross elastility*) e elasticidade cruzada da oferta (*supply cross elasticity*)”.

Por fim, segundo o pressuposto da identidade territorial (ou ainda superposição geográfica), para que haja concorrência real - e, eventualmente, comportamento competitivo reprovável dentro dessa concorrência -, é necessário que os agentes econômicos atuem na mesma região geográfica relevante. Denis Borges Barbosa (14) cita o julgado abaixo, que aborda a questão da concorrência desleal e ilustra a aplicação do requisito da identidade territorial:

“Inicialmente, observo que a questão da concorrência desleal é absolutamente indevida. *Como pode ocorrer ‘concorrência’ entre dois restaurantes situados em cidades, ou melhor, em estados diferentes? Por óbvio que não existe disputa pela preferência dos clientes. Ninguém virá ao restaurante da apelada, localizado nesta Capital, num sábado à noite, por exemplo, quando o apelante estiver lotado ou o chopp não estiver gelado! Não há como visualizar a alegada ‘concorrência desleal’.*”

(TJGO, AC 121286-0/188, Rel. Des. Carlos Escher, 4ª Câmara Cível, DJ 28/4/2008)

Encontramos, também, julgados mais recentes aplicando o pressuposto da identidade territorial para a verificação de concorrência. Vejamos o exemplo abaixo:

“- O entendimento deste Colegiado, para haver conflito entre nome empresarial e marca - apto a gerar confusão ou concorrência desleal -, é imprescindível que os signos estejam convivendo no mesmo âmbito territorial e no mesmo ramo de atividade”.

(TJRS, 14/7/2016, “Thyssenkrupp Elevadores S/A X F.B. de Oliveira - Elevadores Sul”, AC 70063670467 RS, 6ª Câmara Cível, Rel. Luís Augusto Coelho Braga, DJ 19/7/2016)

(14) BARBOSA, Denis Borges, “Da proteção real da marca não registrada no Brasil”, edição 2/2013. PIDCC, Aracaju, 2013. (Disponível em [http://pidcc.com.br/artigos/022013/022013\\_05.pdf](http://pidcc.com.br/artigos/022013/022013_05.pdf)).

É possível que este seja um dos pressupostos mais afetados pelo desenvolvimento tecnológico que marca a contemporaneidade. Principalmente quando se trata do comércio eletrônico de bens imateriais como *software*, a aplicação de um fator como a área geográfica simplesmente precisa ser repensada, pois em casos como esse não existe qualquer limite geográfico. Um agente econômico em um país pode concorrer com um agente em outro país em canto completamente oposto do globo (15).

Também nos casos de *e-commerce* de bens materiais, o que se vê é uma considerável expansão dos limites geográficos da atuação dos agentes econômicos, de forma que a localização geográfica da sede de uma empresa não alcança um status tão relevante para fins de captação de clientela ou de análise quanto à existência de concorrência com outro agente do mesmo setor.

Diante do exposto até então, é possível concluir que os pressupostos tradicionalmente atribuídos à teoria de concorrência estão sendo objeto de reconstrução teórica por parte da doutrina e da jurisprudência, muito em razão de novas tecnologias e convergências tecnológicas que vem a inovar a dinâmica concorrencial de mercados, buscando alcançar a forma mais eficaz a verificação da existência ou não de concorrência no contexto contemporâneo.

Nesse sentido, um fator adicional que tem sido usado para auxiliar na execução da referida análise é o preço do produto ou serviço (16). Em alguns casos, o valor de mercado de um bem ou serviço, quando analisado em conjunto com os demais pressupostos, pode indicar que não há disputa da mesma clientela. Principalmente diante de uma considerável disparidade entre os preços atribuídos a produtos semelhantes, que pode afastar o risco de confusão, considerando-se também o grau de atenção do consumidor-alvo.

(15) BARBOSA, Pedro Marcos Nunes, *E-stabelecimento*, 1ª edição, Quartier Latin, São Paulo, 2016, p. 66.

(16) É importante ressaltar que aqui não fala de preços predatórios ou *dumping*, mas das faixas de preço licitamente atribuídas aos bens e serviços.

Nesse sentido é o entendimento do Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, exarado em seu Manual de Marcas (17), que contém as orientações que os examinadores devem seguir para a análise de conflito entre marcas.

No capítulo referente à análise de afinidade mercadológica entre as marcas, o Manual (18) determina que as seguintes características dos produtos ou serviços devem ser observadas:

"a) Natureza: conjunto de qualidades essenciais pelas quais o produto ou serviço é conhecido, seu tipo, gênero ou categoria específica. No caso de produtos, a natureza é normalmente definida pela combinação de fatores como composição (Ex.: ingredientes, componentes ou matérias-primas), princípio de funcionamento (Ex.: motorizado, mecânico, elétrico, biológico, químico etc.) ou estado físico (líquido/sólido/gasoso, flexível/rígido etc.). Nos serviços, a natureza normalmente é a categoria em que estes se enquadram (Ex.: serviços financeiros, serviços de saúde, serviços de transporte etc.).

"b) Finalidade e modo de utilização: utilidade ou função esperada dos produtos ou serviços, bem como sua forma, condição ou circunstância de utilização ou contratação.

"c) Complementariedade: produtos ou serviços são considerados complementares quando um é indispensável ou importante para a utilização do outro.

"d) Concorrência ou permutabilidade: são considerados concorrentes ou permutáveis os produtos ou serviços que podem ser substituídos uns pelos outros. Normalmente, são produtos ou serviços de mesma finalidade e que visam o mesmo público-alvo.

"e) Canais de distribuição: produtos ou serviços que compartilham os mesmos canais de distribuição ou pontos de venda/fornecimento possuem maior afinidade mercadológica, aumentando o risco de que sejam percebidos,

pelo consumidor, como originários de uma mesma fonte. Tal aspecto, contudo, não é considerado definitivo para a caracterização de afinidade mercadológica, já que estabelecimentos de médio e grande porte como supermercados ou lojas de departamentos oferecem produtos das mais variadas naturezas, sem qualquer semelhança ou afinidade mercadológica entre si.

"f) Público-alvo: produtos ou serviços que visam o mesmo consumidor (geral ou especializado) podem ser considerados afins do ponto de vista mercadológico. Todavia, tal aspecto, quando isolado, não é considerado determinante para caracterização da afinidade mercadológica, uma vez que muitos produtos ou serviços totalmente díspares são consumidos ou contratados pelo mesmo público geral.

"g) Grau de atenção: o grau de atenção do público alvo no ato da aquisição dos produtos ou da contratação dos serviços também é importante na avaliação da possibilidade de conflito entre sinais. O risco de confusão se amplia nos casos de baixo grau de atenção por parte do público-alvo, como na compra de produtos ou contratação de serviços utilizados diariamente ou que exigem pouco planejamento.

"(...)

"O peso de cada um desses quesitos na avaliação da afinidade entre produtos ou serviços depende da maior ou menor capacidade de levar o público à confusão ou associação indevida, sendo avaliado de acordo com as características particulares do segmento de mercado em que os produtos ou serviços se enquadram".

Uma decisão judicial que se tornou referência para esse debate é a do caso *Hermes v. Hermès*, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A *Hermes*, empresa brasileira, e a *Hermès*, empresa de artigos de luxo francesa, atuam no mesmo ramo de atividade, sendo uma destinada ao mercado de luxo e a outra à venda por catálogos.

No caso em questão, a empresa brasileira possui registro para a marca *HERMES* junto ao INPI desde 1942 e tentou exercer o direito de registro de exclusividade. No entanto, a empresa francesa propôs uma ação judicial declaratória, pleiteando o direito de utilizar a marca.

(17) Instituído pela Resolução INPI/PR nº 142/2014, atualmente na primeira revisão de sua segunda edição, instituída pela Resolução INPI/PR nº 177/2017. (Disponível em <http://manualdemarcas.inpi.gov.br/>).

(18) Ps. 164-165.

Ou seja: as duas empresas utilizam sinal distintivo praticamente idêntico, aplicado a produtos do mesmo gênero (roupas e acessórios do vestuário), e atuam na mesma região (Brasil). Porém, podem não estar inseridas em uma situação de concorrência desleal, ante a grande disparidade entre os preços de seus produtos, indicando que possuem mercados distantes o suficiente para coexistirem paralelamente. Vejamos abaixo um trecho do paradigmático acórdão:

“porque a própria autora, em sua réplica, item 6, fl. 185, tivera como duvidosa a identidade entre os produtos de sua comercialização e os explorados pela ré: *também se afigura duvidoso se os produtos de fabricação de sua casa-matriz francesa (...), ilustrados no catálogo (...) por seu notório e indiscutível grau de sofisticação, são conhecidos por uma parcela maior dos consumidores locais do que os artigos identificados com a marca Hermes*”.

(STF, 26/2/1991, Sociedade Comercial e Importadora Hermes S/A X Hermes do Brasil Indústria e Comércio, RE 115820/RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, 1ª Turma, DJ 19/2/1993)

No referido caso, apesar de se verificar a existência de todos os três pressupostos tradicionais da teoria da concorrência na atuação dos agentes econômicos envolvidos, a diferença de preço dos produtos, nesse caso específico, foi tão significativa que bastou para o julgador entender pelo afastamento da existência de concorrência desleal.

No entanto, também há de se considerar as ressalvas feitas no próprio Manual de Marcas do INPI no trecho reproduzido acima, com relação à aplicação isolada de um ou outro critério de análise.

Sendo assim, pode-se dizer que os parâmetros tradicionalmente utilizados para verificar a existência dos pressupostos da concorrência no caso concreto – quais sejam, simultaneidade (entendida restritivamente como sincronia), identidade de bens ou serviços, e identidade territorial – estão sendo objeto de reconstrução teórica por parte da doutrina e da jurisprudência.

## II.2. Datos de concorrência desleal

Com relação aos atos de concorrência desleal mencionados até então, fazemos nova referência ao artigo 10 bis da Convenção da União de Paris (“CUP”), dessa vez em um paralelo com os artigos 195 e 209 da LPI.

### II.2.1. Atos confusórios

O item (3), parágrafo 1º, do artigo 10 bis da CUP prevê os chamados **atos confusórios**, a saber:

“1º Todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente”;

De modo semelhante, e tal como visto anteriormente, a parte final do artigo 209 da LPI traz o seguinte pressuposto para atos de concorrência desleal não previstos na lei:

“Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a (...) *criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio*”.

Ainda nesse critério, é possível classificar os tipos penais previstos nos incisos IV, V, VI e VIII art. 195 da LPI, quais sejam:

“Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

”(...)

“IV - usar expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imitar, *de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos*;

“V - usar, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

“VI - substituir, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;



"VIII - vender ou expor ou oferecer à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave";

#### *II.2.2. Atos denigratórios ou tendentes ao descrédito*

Já o item (3), parágrafo 2º, do artigo 10 bis da CUP prevê os chamados *atos tendentes ao descrédito*, da seguinte forma:

"2º As falsas alegações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente";

De modo semelhante, enquadram-se nessa hipótese uma parte do art. 209, e o inciso II do art. 195 da LPI, quais sejam:

"Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, *tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios (...)*:"

"Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

"(...)

"II - *prestar ou divulgar, acerca de concorrente, falsa informação*, com o fim de obter vantagem";

Nesse sentido, destaca-se o caso abaixo, julgado pelo Tribunal de São Paulo, em que restou comprovado que uma das partes divulgou informações falsas sobre o produto da outra para prejudicar sua reputação e desviar sua clientela. Vejamos um trecho do acórdão:

"A causa de pedir da ação principal imputa à ré a tentativa de angariar seus clientes, valendo-se indevidamente de imagens exclusivas e confidenciais da autora em ações de marketing comparativo visando a depreciar o produto da autora sob a alegação de ele é oxibiodegradável e prejudicial ao meio ambiente pela presença de metais pesados, embora, o produto conco-

*rrente da ré seja dotado de mesma propriedade* (fs. 1291).

"(...)

"O laudo pericial consta de fs. 825/923 e 1109/1126. Nele se confirmou que tanto o produto da autora quanto da ré são oxibiodegradáveis (fs. 835 e 839).

"(...)

"*Diante das características dos aditivos e da conclusão que não são verdadeiras as afirmações da ré de que seus produtos se diferenciariam do oferecido pela autora, deve-se reconhecer a deslealdade da conduta da ré, porque se o produto da autora é nocivo, o seu também o é.*

"(...)

"De todo modo, as imagens de fs. 6/9 revelam a manipulação pela ré para suprimir as referências às pesquisas relacionadas com o produto da autora em evidência à ilicitude de sua conduta".

(TJSP, AC 1050943-73.2015.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Hamid Bdine, J. 10/04/2019, DJE 23/4/2019).

Nessa ocasião, a Ré tentou argumentar que se tratava meramente de publicidade comparativa, porém tal argumento não foi acolhido pelo tribunal, como se pode ver no trecho abaixo:

"Não se tem dúvida de que a publicidade comparativa, além de incentivar a livre concorrência, é instrumento valioso aos consumidores quando informados em seus próprios interesses e, com isso, orientados de acordo com a realidade do mercado. Pode se dizer que a publicidade comparativa 'é risco da atividade econômica enfrentar o comerciante a eterna e saudável disputa pela preferência do consumidor' (Ap. n. 9103544-70.2008.8.26.0000, rel. Des. Elliot Akel, j. 8.5.2012). *A publicidade comparativa, segundo Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, deve ser verdadeira e objetiva e, portanto, útil aos consumidores, desde que observada a concorrência leal e a legislação consumerista* (Publicidade e Direito, Revista dos Tribunais, 2010, p. 254-255)".

(TJSP, AC 1050943-73.2015.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Hamid Bdine, J. 10/04/2019, DJE 23/4/2019)

Por fim, outro ponto interessante sobre esse caso foi o pedido de retratação, também acolhido pelo tribunal nos seguintes termos:

“As afirmações feitas pela ré em detrimento aos produtos da autora não são confirmadas pelo laudo pericial, o que caracteriza a deslealdade dela ao comparar os produtos atribuindo qualidades negativas apenas aos da autora, sua concorrente. *Ante a ilicitude da conduta da ré na prática de atos de concorrência desleal, a autora pretende a condenação da outra parte a veicular nota explicativa, em três jornais de grande circulação ou em três websites especializados e, subsidiariamente, em menor abrangência, visando a explicar que as informações veiculadas são inverídicas e, com isso, restabelecer o equilíbrio mercadológico.* Destaca que é proporcional e necessário que tais notas de esclarecimentos sejam feitas dessa forma, pois a ré se valeu de entrevistas em vídeo, entrevista escrita publicada em revista especializada e no seu próprio website dela (fs. 1347/1348).

*Respeitado o entendimento do MM Juiz, não é desproporcional a veiculação de nota explicativa visando a corrigir as informações divulgadas pela ré, hoje, sabidamente inverídicas.*

Para o restabelecimento do equilíbrio mercadológico e tutelar a honra objetiva da autora é oportuno que a ré providencie a divulgação, pelos respectivos meios de comunicação utilizados por ela na ocasião, a correção das informações prestadas ao público alvo, como constou de fs. 13, 18,237 e 934/935. *Não se mostra adequado impor à autora, vitimada pela concorrência desleal, custos de campanhas de marketing nos meios de comunicação especializados para readequar as informações técnicas divulgadas indevidamente pela ré.* Assim, a ré fica condenada a publicar notas explicativas nos respectivos meios de comunicação utilizados por ela, observando-se que os critérios a serem seguidos devem ser definidos em fase de cumprimento de sentença”.

(TJSP, AC 1050943-73.2015.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Hamid Bdine, J. 10/4/2019, DJE 23/4/2019).

### II.2.3. *Atos tendentes ao erro*

O item (3), parágrafo 3º, do artigo 10 bis da CUP prevê os chamados *atos tendentes ao erro*. A saber:

“3º As indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias”.

Nessa hipótese, se inserem os incisos I, VII e XIII do art. 195 da LPI, quais sejam:

“Art. 195.— Comete crime de concorrência desleal quem:

“(…)

“I - publicar, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

“VII - atribuir-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;

“XIII - vender, expor ou oferecer à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser”;

Aqui se inserem as questões de publicidade enganosa. No Brasil, não há legislação específica para regulamentar práticas de publicidade, além das disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, regramentos que se aplicam subsidiariamente a disputas consumeristas relacionadas a publicidade e propaganda.

No entanto, em 1978, uma organização não-governamental chamada CONAR (“Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária”) emitiu o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, após conduzir um amplo estudo sobre ética na publicidade no Brasil. Muitas das orientações do CONAR têm sido aplicadas e reiteradas pelos tribunais brasileiros.

O Código do CONAR foi criado considerando as diretrizes da legislação publicitária do país,

especialmente capituladas na Lei 4.680 de 1965, que dispõe sobre o exercício da profissão de publicitário e de agenciador de propaganda, as recomendações das Câmaras de Comércio Internacionais (ICC - International Chamber of Commerce), as diretrizes da Associação Internacional de Propaganda (IAA - International Advertising Association) e seus Congressos Mundiais, entre outros.

Com relação à concorrência desleal, destaca-se o disposto no artigo 4º do Código do CONAR:

“Artigo 4º — Todo anúncio deve respeitar os princípios de leal concorrência geralmente aceitos no mundo dos negócios”.

Ressalta-se que a concorrência, mesmo lícita, pode ser uma situação naturalmente abrasiva, mas há de se notar que o tratamento em alguns ramos de mercado é mais áspero que em outros. Nesse contexto se insere o artigo 4º transcrito acima. A ideia de deslealdade é tida como algo que supera o grau de abrasão geralmente aceito em um determinado mercado. Também é nesse sentido a lição de Denis Borges Barbosa (19):

“A emulação, competição agressiva, mas leal, entre os agentes econômicos, é o pressuposto da utilidade social da concorrência. Os tribunais repetem este óbvio da ciência econômica.

“Assim, como já dissemos, não há ilícito no dano que faz um concorrente a outro, na estrita obediência das regras do jogo competitivo. Gerando produto de tecnologia superior, ou a menor preço, um concorrente pode, e mesmo deve, alijar o outro do mercado, para o bem comum”.

A publicidade nos permite observar mais facilmente algumas práticas de concorrência que tendem a ser mais comuns em alguns mercados do que em outros. Enquanto em alguns ramos de atividade os concorrentes tendem a se digladiar em suas campanhas publicitárias, por meio, por exemplo, de publicidade comparativa, em outros ramos não se vê tal postura agressiva. No Brasil, por exemplo, publicidades

comparativas – sempre em um tom de humor – tendem a ser mais comuns no âmbito das propagandas de carros.

Esse entendimento também já foi demonstrado pelo Tribunal de São Paulo, em ementa cujo trecho se transcreve abaixo:

*“A concorrência agressiva, ainda que com a finalidade de desviar a clientela alheia e arrogar-se uma melhor posição no mercado, não é reprimida pelo ordenamento, sendo, aliás, inerente ao próprio funcionamento do capitalismo. A entrada no mercado de novos concorrentes e o ataque à clientela alheia são antes incentivados pela própria Constituição Federal, que em seu artigo inicial estabelece a livre iniciativa como um dos fundamentos da República e no artigo 170, inciso IV, ressalva a livre concorrência dentre os princípios que regem a atividade econômica”.*

(TJSP, 29/01/2009, Marcos de Camargo Farias & Cia Ltda. e outro X Santa Mônica Produtos Químicos Catanduva Ltda. – ME e outros, AC 4719054600, Des. Francisco Loureiro, 4ª Câmara de Direito Privado)

Nesse sentido, é importante ressaltar que a publicidade comparativa, apesar de ainda ser um tema contraditório no Brasil, posto ainda não regulamentado por lei, é permitida pelo Código do CONAR nas seguintes condições:

“Artigo 32

“Tendo em vista as modernas tendências mundiais - e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites:

“a. seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor;

“b. tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o Consumidor;

“c. a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação;

(19) BARBOSA, Denis Borges, “A doutrina da concorrência”, 2002. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/concorrenca/11.doc>.

"d. em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado;

"e. não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes;

"f. não se caracterize concorrência desleal, depreciação à imagem do produto ou à marca de outra empresa;

"g. não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros;

"h. quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio".

É essencial, portanto, que a publicidade comparativa vise o esclarecimento do consumidor (que, afinal, tem direito à informação), faça comparação de forma objetiva e passível de comprovação e sem causar confusão entre os produtos ou serviços concorrentes. Também é vedado que a publicidade comparativa seja usada como uma prática de concorrência desleal, ou para depreciar a imagem do concorrente.

Sendo assim, é possível verificar também no Código do CONAR um nítido interesse na proteção à concorrência lícita e repressão à concorrência desleal.

Compete ao Conselho de Ética do CONAR apreciar e julgar as infrações aos dispositivos do Código do CONAR. Por ser uma organização não-governamental, o CONAR não possui poder de sanção. O Conselho pode tomar as seguintes medidas contra infratores: advertência; recomendação de alteração ou correção do anúncio; recomendação aos veículos no sentido de que sistem a divulgação do anúncio; e divulgação da posição do CONAR com relação ao anunciante, à agência e ao veículo, através de veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas.

No entanto, em casos de publicidade abusiva, o PROCON (Programa de Proteção e Defesa

do Consumidor, um órgão do Poder Executivo municipal ou estadual destinado à proteção e defesa dos interesses do consumidor) pode impor penalidades como multa e detenção, de acordo com as regras do Código de Defesa do Consumidor.

"MANDADO DE SEGURANÇA. REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS. DUMPING. MULTA APLICADA PELO PROCON. LEGITIMIDADE. VIOLAÇÃO CARACTERIZADA. ORDEM DENEGADA.

"I - Trata-se de mandado de segurança impetrado pela ora recorrida, visando anular a multa aplicada pelo PROCON em decorrência da prática de dumping no âmbito da revendedora de combustíveis, originada de denúncia feita pelo Sindicato Varejista.

"II - Não há como se afastar a legitimidade do PROCON na hipótese sub judice, tendo em conta, principalmente, a determinação contida no Código de Defesa do Consumidor no sentido de coibir de forma eficiente todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a *concorrência desleal*.

"III - Recurso provido, com a denegação da ordem".

(STJ, REsp 938.607/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 4/9/2007, DJ 8/10/2007)

#### II.2.4. Atos atentatórios à organização do concorrente

"Art. 195.— Comete crime de concorrência desleal quem:

"(...)

"IX - dar ou prometer dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;

"X - receber dinheiro ou outra utilidade, ou aceitar promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;

"XI - divulgar, explorar ou utilizar-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou

dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

”XII - divulgar, explorar ou utilizar-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

”XIV - divulgar, explorar ou utilizar-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos”.

#### II.2.5. Meio fraudulento

Quanto ao meio fraudulento, importante destacar o ato previsto no inciso III do art. 195 da LPI:

“Art. 195.— Comete crime de concorrência desleal quem:

”(…)

”III - empregar meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem”;

Nessa hipótese, pode-se inserir, a título exemplificativo, o seguinte julgado do Tribunal do Mato Grosso do Sul, de caso em que foi constatado que um dos concorrentes estava se valendo de inadimplemento tributário para baixar os preços dos seus serviços e, assim, praticar ato de concorrência desleal. Vejamos trecho da decisão:

“E, com efeito, o que a denúncia descreve contra os pacientes e contra os dois outros com eles denunciados é muito grave: diz ela que os pacientes, por meio dos diversos mecanismos então descritos, vêm fraudando o fisco estadual, vêm-se omitindo de pagar tributos devidos, com o que têm disponibilidade para adquirir combustíveis a baixo preço e, mediante concorrência

*desleal, podem revender esse produto por valor menor que os concorrentes”.*

(TJMS, 21/1/2004, AC 2003.013449-2/0000-00, Des. Paulo Puccinelli, 2ª Turma Especial)

De modo semelhante, o STF divulgou no Informativo 861/2017 resumos de decisões proferidas pelo Tribunal em que se constatou o uso de imunidades tributárias como meio de praticar concorrência desleal. Nesses casos específicos, cujos trechos se transcreve abaixo, os concorrentes se valiam de aluguel de imóveis da União, que são isentos de pagamento de Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana ou Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), para obter vantagem sobre os concorrentes:

“IPTU: imunidade tributária recíproca e cessão de uso de bem público (...) Por fim, a desoneração concedida tem como efeito colateral garantir vantagem competitiva artificial. Afinal, a retirada de um custo permite o aumento do lucro ou a formação de preços menores, o que provoca desequilíbrio das relações de mercado”.

(STF, 10-21/04/2017, RE 434251/RJ, Município do Rio de Janeiro X Barrafor Veículos Ltda., Informativo 861/2017, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno)

“O Colegiado pontuou que a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, ‘a’ (1), da Constituição Federal (CF) não foi concebida com o propósito de permitir que empresa privada atue livremente no desenvolvimento de atividade econômica e usufrua de vantagem advinda da utilização de bem público. (...) Nesse contexto, salientou que, uma vez verificada atividade econômica, nem mesmo as pessoas jurídicas de direito público gozam da imunidade (...) Afastar tal ônus de empresa que atua no setor econômico, a partir de extensão indevida da imunidade recíproca, implica *desrespeito ao princípio da livre concorrência* (CF, art. 170, IV) (3), por *conferir ao particular uma vantagem inexistente para os concorrentes”.*

(STF, 10-21/4/2017, RE 601720/RJ, Município do Rio de Janeiro X Disbarra - Distribuidora Barra de Veículos Ltda., Informativo 861/2017, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno).

Vale notar que muito se discute se a própria autoridade de defesa da concorrência - o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - teria competência legal para tratar temas de concorrência desleal, dentre os quais benefícios ou evasões fiscais, que acabam por gerar efeitos concorrenciais distorcidos no mercado, vez que promovem desbalanceamento das regras de justa competição entre os agentes econômicos.

Contudo, o CADE tem, ao longo dos anos, evitado adentrar-se à esta discussão por meio de sua atividade de repressão aos abusos de poder econômico, deixando a cargo de órgãos como a Secretaria de Acompanhamento Econômico, vinculada ao Ministério da Economia, a efetiva advocacia da concorrência, ainda que manifestações mais recentes possam indicar uma atividade de maior protagonismo deste Conselho na interlocução com as mais diversas autoridades, em especial órgãos de controle e autoridades regulatórias.

### ***II.3. Infrações concorrenciais vs. concorrência desleal***

Pode ser bastante tênue o liame que separa a caracterização de determinada conduta como um ato de concorrência desleal ou uma infração concorrenciais. Neste sentido, são diversos os dispositivos legais que visam a trazer proteção a atos de concorrência desleal interpretados mais *lato sensu*, previstos na Lei 12.529/11.

Assim, a Lei Concorrencial traz, em seu artigo 36, tipificação aberta daquilo que poderia ser considerado como uma infração concorrenciais. Seriam quaisquer atos, independentemente de culpa - responsabilidade objetiva - que tenham por objeto ou possam (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

Portanto, os atos praticados por agentes econômicos em detrimento da livre concorrência devem presumir a existência de poder de mercado (20), em alguma medida, por parte

destes agentes econômicos, a fim de que se qualifique um efeito institucional, ou seja, um efeito, ainda que potencial, no exercício da livre concorrência pelos demais agentes econômicos envolvidos naquele mercado ou em mercados adjacentes. Disso se excluem disputas privadas entre empresas que não possuem o condão de promover efeitos institucionais.

Alguns dispositivos são de interessante repercussão ao presente artigo, extraídos do rol exemplificativo trazido pelo § 3º do artigo 36:

“IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

“V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

“VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

“VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

“(…)

“X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; (...)

“XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; (...)

“XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca”.

Como verificado, são todos dispositivos que visam promover uma concorrência justa entre os diversos agentes econômicos, de forma

---

uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia”.

---

(20) De acordo com o §2º do artigo 36 da Lei 12.529/11: “Presume-se posição dominante sempre que

imediate, ao mesmo tempo que visa proteger o interesse dos consumidores de uma forma mediata. Dispositivos que poderiam em princípio ser tratados, em razão da similaridade com a tipificação de atos de concorrência desleal já listados, tanto por um, quanto por outro diploma. O que irá diferenciá-los é justamente o caráter institucional ou privatista da disputa.

Alguns dos dispositivos citados poderiam ser usados de forma mais ampla para caracterizar uma conduta que venha a impor dificuldades à atuação de concorrentes no mercado, ou mesmo de sua entrada no mercado. Isso poderia se dar tanto no mercado a jusante quanto a montante. Da mesma forma, atos que venham a prevenir o acesso de concorrente a matérias-primas, insumos, canais de distribuição e tecnologia são legalmente reprovados, sendo as cláusulas de exclusividade as mais utilizadas neste sentido.

Por certo que tais remédios trazidos pela de Defesa da Concorrência devem ser interpretados de maneira sistêmica, valendo-se de princípios e normas consagrados em outros diplomas legais. Assim, não se vislumbra que os direitos de propriedade industrial, em princípio, devam ser limitados pelas regras de livre concorrência, visto que com estas devem coexistir.

Mas por vezes surgirão discussões relevantes, por exemplo, sobre a possibilidade de exercício ou exploração, de forma abusiva, de direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca. A proteção à criação e à utilização destes direitos é una e indivisível. Contudo, uma pergunta que poderia surgir viria no sentido do nível de proteção que se deve garantir a um direito reconhecido que não venha a ser efetivamente explorado, ou ainda que venha a ser sub-explorado, em razão da potencialidade de eficiência que esta nova tecnologia ou processo registrado é capaz de promover.

Finalmente, vale transcorrer de forma breve sobre casos de exploração da dependência econômica por agentes que possuem poder de mercado com relação a seus clientes sem, contudo, possuírem posição dominante no mercado.

Práticas neste sentido podem ser verificadas com certa frequência em grandes mercados

varejistas, como supermercados. O poder de compra conquistado por estas grandes redes, muito em razão do processo concentracionista vivenciado, principalmente, na última década no Brasil, permitiu certo descolamento destas grandes redes da equiparação de forças que possuía com seus fornecedores, gerando questões diversas como estrangulamento de suas margens de lucro, sem que, contudo, haja repasse efetivo para os consumidores, e gerando ainda certo aniquilamento dos sistemas de distribuição tradicionais.

Não obstante, e na linha acima exposta, ausente o requisito do poder de mercado, seriam reduzidas as possibilidades de chancela ilegítima da prática pelas autoridades de defesa da concorrência. Contudo, não se pode negar a possibilidade de reparação de danos relevantes causados a fornecedores segundo a teoria contratual, com base nos dispositivos do Código Civil.

### III. Considerações finais

O ordenamento jurídico brasileiro tutela a livre concorrência por meio de uma abordagem multifacetada que visa proteger diversos núcleos de interesse. Muito além do titular de registro ou pedido de registro de propriedade industrial, o ordenamento busca preservar também os interesses do consumidor e dos concorrentes, bem como do inventor ou autor de uma obra intelectual, todos os quais compõem a complexa relação jurídica dos bens de produção imateriais. Sendo assim, para que se estabeleça uma relação constitucional e equânime, é necessário que todos esses polos sejam devidamente tutelados pelo Direito.

Diversos fatores – entre eles a complexidade das relações jurídicas envolvendo os bens de produção imateriais, impulsionada pelo desenvolvimento tecnológico – implicam na necessidade de se realizar uma cuidadosa aplicação e constante revisão dos institutos e paradigmas tradicionalmente atribuídos à repressão da concorrência desleal, em especial os pressupostos tradicionalmente utilizados para verificar a existência de relação de concorrência.

Destacam-se, entre os fatores relevantes considerados pela doutrina contemporânea,

a compreensão de simultaneidade no sentido amplo, a elasticidade das relações entre produtos ou serviços capazes de suprir a mesma necessidade, e a expansão dos limites territoriais promovida pelo comércio eletrônico. Soma-se a isso o possível surgimento de pressupostos auxiliares para a verificação da concorrência.

No entanto, mesmo que possíveis atos de concorrência desleal não venham a ferir direitos de propriedade industrial, a Lei de Propriedade Industrial também traz dispositivos de repressão a esses atos, tanto na esfera cível quanto na esfera criminal.

Foi a aplicação desses dispositivos no Brasil, em alinhamento com as normas da Convenção da União de Paris, que se abordou nesse estudo, tecendo-se breves considerações quanto aos dispositivos de repressão a atos de concorrência desleal e como eles vêm sendo interpretados e aplicados pelos tribunais brasileiros.

#### IV. Referências bibliográficas

- BARBOSA, Denis Borges, “A doutrina da concorrência”, 2002. (Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/concorrenca/11.doc>)
- “Da proteção real da marca não registrada no Brasil”, edição 2/2013. PIDCC, Aracaju, 2013. (Disponível em [http://pidcc.com.br/artigos/022013/022013\\_05.pdf](http://pidcc.com.br/artigos/022013/022013_05.pdf)).
- *Tratado da Propriedade Intelectual*, 2ª edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2017, t. I.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes, *E-stabelecimento*, 1ª edição, Quartier Latin, São Paulo, 2016.
- CERQUEIRA, João da Gama, *Tratado da Propriedade Industrial*, Forense, Rio de Janeiro, 1946, vol. I.
- *Tratado da Propriedade Industrial*, Lumen Juris, São Paulo, 2012 vol. II, t. II.
- DANNEMANN, SIEMSEN, BIGLER & IPANEMA MOREIRA, *Propriedade Intelectual no Brasil*, PVDI Design, Rio de Janeiro, 2000.
- DELMANTO, Celso, *Crimes de Concorrência Desleal*, Editora Jose Bushatsky, São Paulo, 1975.
- GRAU-KUNTZ, Karin, “Da defesa da concorrência”, Revista Eletrônica do IBPI - Nr. 14. Disponível em <http://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-14>.
- MARTINS-COSTA, Judith Hoffmeister, *A Boa-Fé no Direito Privado*, 2ª edição, Marcial Pons, São Paulo, 2015.
- MENDES, Paulo Parente Marques - CANTARINO, Rodrigo, “A Publicidade Comparativa no Direito Brasileiro”, in MENDES, Paulo Parente Marques - ROCHA FILHO, Valdir de Oliveira - MAZZOLA, Marcelo (orgs.), *Propriedade Intelectual - Reflexões Contemporâneas*, Editora CRV, Curitiba, 2018.
- MIRANDA, Pontes de, *Tratado de Direito Privado* - 1ª edição, Bookseller, Campinas, 2002, t. 16.
- SALOMÃO, Calixto Filho, *Direito Concorrencial, as estruturas*, 2ª edição, Malheiros, São Paulo, 2002.
- SANTOS, Manoel J. Pereira dos - JABUR, Wilson Pinheiro (coord.), *Criações Industriais, Segredos de Negócio e Concorrência Desleal*, editora Saraiva, São Paulo, 2007.



# Aspectos relevantes del régimen legal brasileño sobre competencia desleal

---

FABIANO KOFF COULON (\*) Y RAFAEL DE FREITAS VALLE DRESCH (\*\*)

## I. Introducción

La competencia desleal, objeto de importante y reciente normativa en la República Argentina, a saber, el decreto de necesidad y urgencia 274/2019 sobre lealtad comercial, es tratada en el ordenamiento jurídico brasileño por una serie de instrumentos legales que presentan, entre ellos, una compleja relación; iniciándose por la Constitución de la República

Federativa del Brasil de 1988, que establece sus fundamentos y extendiéndose para las leyes que reglamentan las infracciones contra el orden económico (ley 12.529 del 30 de noviembre de 2011), la propiedad industrial (ley 9279 del 14 de mayo de 1996) y la protección del consumidor (ley 8078 del 11 de septiembre de 1990).

El presente artículo pretende presentar una visión panorámica de ese sistema y de su organización, permitiendo una mejor identificación acerca de cuáles aspectos de la implementación de la libre competencia cada uno de ellos pretende abarcar, con especial atención en la ley 12.529/2011 ya la ley 9279/1996, por contener disposiciones específicas aplicables a la defensa de la competencia que, según se cree, pueda interesar especialmente al lector vinculado al orden jurídico extranjero que desee conocer la estructura básica de la regulación del tema en Brasil.

## II. La defensa de la competencia en el derecho brasileño

La regulación de la competencia en Brasil se inicia a partir de la Constitución federal, en la cual se encuentran dos principios fundamentales que deberán informar la regulación de la competencia (y de la competencia desleal) a realizarse por las leyes y por los agentes públicos encargados de efectivizarlas, a saber: la libertad de iniciativa y la libre competencia. De tal forma, en un primer momento, se impone aclarar su contenido y la forma cómo se encuentran previstos constitucionalmente.

---

(\*) Graduado (1993), Magíster (2007) y Doctor (2013) en Derecho por la Universidad Federal de Rio Grande do Sul (UFRGS). Profesor de la Maestría Profesional en Derecho de la Empresa y de los Negocios y de las carreras de grado en Derecho y Relaciones Internacionales de la Universidad do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Abogado, actúa en las áreas de derecho civil y mercantil, socio de Coulon, Dresch e Masina Advogados, con sede en Porto Alegre/RS.

(\*\*) Profesor y abogado, graduado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul - PUCRS (1998), posgraduado en Contratos y Responsabilidad Civil por la Universidad Federal de Rio Grande do Sul - UFRGS (2001), Magíster en Derecho Privado por la UFRGS (2005). Doctor en Derecho por la PUCRS (2011), con pasantía doctoral (realizada con el apoyo de la Coordinación de Perfeccionamiento de Personal de Nivel Superior —CAPES— entidad vinculada al Ministerio de Educación de Brasil) en la University of Edinburgh/UK (2010). Posdoctor, como Visiting Scholar, en la University of Illinois at Urbana-Champaign (2014). Profesor adjunto en la Facultad de Derecho de la UFRGS (Grado y Postgrado) y socio de Coulon, Dresch e Masina Advogados.

### II.1. Libertad de iniciativa y libre competencia en la Constitución de 1988

En el sistema establecido por la Constitución federal brasileña, la libertad de iniciativa aparece expresamente en dos momentos: primero, en el art. 1º, IV, que la declara como uno de los fundamentos del Estado democrático de derecho; segundo, en el art. 170, parte superior, que inicia el título VII de la Constitución, llamado “Del Orden Económico y Financiero”, capítulo I, “De los Principios Generales de la Actividad Económica”. En este, la libertad de iniciativa figura como uno de los fundamentos del orden económico establecido en la Constitución.

Para una ilustración inmediata, a continuación se transcribe el texto constitucional (1):

“Art. 1º — La República Federativa del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos:

”I - la soberanía;

”II - la ciudadanía;

”III - la dignidad de la persona humana;

”IV - los valores sociales del trabajo y de la *libertad de iniciativa*;

”V - el pluralismo político”.

“Art. 170.— El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la *libertad de iniciativa*, tiene por finalidad garantizar a todos una existencia digna, según determinaciones de justicia.

La libertad de iniciativa que figura en los citados artículos es un aspecto de la consagración del valor de la libertad (2), a su vez expresado en una serie de normas dispuestas a lo largo de la Constitución federal, especialmente en el art. 3,

I(3); art. 5º, parte superior y puntos II, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XX (4); y art. 206, II (5).

Según Eros Roberto Grau, se desprende de la libertad de iniciativa otra serie de libertades ejercidas en el campo de la libertad económica, a saber (6):

a) libertad de comercio e industria (no interferencia del Estado en el ámbito económico):

a.1) facultad de crear y explorar actividad económica a título privado - libertad pública;

(3) “Art. 3º — Constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa del Brasil:

”I - construir una sociedad libre, justa y solidaria”.

(4) “Art. 5º — Todos son iguales ante la ley, sin distinciones de cualquier naturaleza, asegurándoles a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos:

”(…) II - nadie será obligado a hacer o dejar de hacer algo sin que lo disponga la ley;

”(…) VI - la libertad de conciencia y de creencia son inviolables, siendo asegurado el libre ejercicio de los cultos religiosos y garantizada, por la ley, la protección a los lugares de culto y a sus liturgias;

”(…) IX - la expresión de la actividad intelectual, artística, científica y de comunicación es libre, independientemente de censura o autorización;

”(…) XIII - el ejercicio de cualquier trabajo, actividad o profesión es libre, atendidas las cualificaciones profesionales establecidas por la ley;

”XIV - se asegura a todos el acceso a la información y se resguarda el secreto de las fuentes, cuando necesario para el ejercicio profesional;

”XV - hay libertad de desplazamiento en el territorio nacional en tiempos de paz, estando facultada cualquier persona, según la ley, a ingresar, permanecer o salir del mismo, con sus bienes;

”XVI - todos pueden reunirse pacíficamente, sin armas, en espacios abiertos al público, independientemente de autorización, desde que no impidan la realización de otra reunión anteriormente convocada para el mismo local, siendo apenas exigido aviso previo a la autoridad competente;

”XVII - es total la libertad de asociación para fines lícitos, prohibida la de carácter paramilitar;

”(…) XX - nadie podrá ser obligado a asociarse o a mantenerse asociado”.

(5) “Art. 206.— La enseñanza será impartida con base en los siguientes principios:

”(…) II - libertad de aprender, enseñar, investigar y difundir el pensamiento, el arte y el saber”.

(6) Cf. GRAU, EROS R., *A ordem econômica...*, cit., p. 230. Resaltado por los autores.

(1) Resaltado por los autores.

(2) Cf. GRAU, EROS R., *A ordem econômica na constituição de 1988*, 5ª ed., rev. e atual, São Paulo, Malheiros, 1999, ps. 227-228.

a.2) no someterse a cualquier restricción estatal, salvo por ley - libertad pública;

b) *libertad de competencia*:

b.1) facultad de conquistar clientes, desde que no se utilice la competencia desleal - libertad privada;

b.2) prohibición de formas de actuación que detendrían la competencia - libertad privada;

b.3) neutralidad del Estado ante el fenómeno de la competencia, en igualdad de condiciones con los demás competidores - libertad pública.

Aquí se observa la conexión entre la libertad de iniciativa y la libre competencia: esta se constituye en el ordenamiento constitucional brasileño a partir de aquella.

De tal forma, la protección a la libertad de competencia se presenta también como forma de implementación de la libertad de iniciativa económica, la cual, como se infiere también del comando contenido en el art. 173(7) de la Constitución brasileña, está principalmente consagrada a la iniciativa privada, cabiendo al Estado una función suplementaria (8).

La libre competencia posee también expresión en el texto constitucional, a través de las previsiones obrantes en los arts. 170, IV, e 173, § 4º, reproducidos a continuación (9):

“Art. 170.— El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libertad de iniciativa, tiene por finalidad, asegurar a todos una existencia digna, según las determinaciones de justicia social, observados los siguientes principios:

(7) “Art. 173.— Salvo los casos previstos en esta Constitución, la exploración directa de actividad económica por el Estado sólo se permitirá cuando necesaria a los imperativos de la seguridad nacional o a relevante interés colectivo, según definición legal”.

(8) SANTOS, Natalia Ferreira dos, “Constituição econômica brasileira: a tutela da livre-iniciativa contra o abuso de poder econômico e a concorrência desleal”, *Revista de Direito Empresarial*, vol. 11, set/out 2015, ps. 417-435; ZEGGER, Arthur, “Mercado e concorrência: abuso de poder econômico e concorrência desleal”, *Revista da SJRJ*, vol. 17, nro. 28, 2010, ps. 47-68.

(9) Resaltado por los autores.

”(…)

”IV - *libre competencia*;

”Art. 173.— Salvo los casos previstos en esta Constitución, la exploración directa de actividades económicas por el Estado sólo se permitirá cuando necesaria a los imperativos de la seguridad nacional o a relevante interés colectivo, según se defina por la ley.

”(…)

”§ 4º La ley rechazará el abuso del poder económico que busque *dominar mercados, eliminar la competencia* y aumentar beneficios de forma arbitraria”.

Siendo así, la consagración de la libertad de competencia en el ámbito de la actividad económica cuenta, en el ordenamiento jurídico brasileño, con presencia constitucional, basada en las previsiones específicas antes mencionadas y en la defensa de la libertad de iniciativa, con la cual posee conexión esencial.

Pero, ¿cuál es el objetivo último de incluir en el ordenamiento constitucional la defensa de la competencia como principio del orden económico? ¿Cuál es la razón de tratar el abuso del poder económico para implementar la competencia y promocionar, en la Constitución Federal y en el ordenamiento jurídico de nivel inferior al constitucional, la protección de esta? Se hace necesario encauzar dichos cuestionamientos.

## II.2. *Objetivo de la defensa de la competencia*

Sería posible armar un listado de distintos objetivos declarados por los Estados para la defensa de la competencia: el bienestar del consumidor, la maximización de la eficiencia, la garantía de la libertad económica, la garantía de la actuación de las PYMES, la promoción de la justicia y de la igualdad, la promoción de la posibilidad de elección a los consumidores, la integración de los mercados, la viabilidad de las privatizaciones, la liberalización de los mercados y la promoción de la competitividad de las empresas en los mercados internacionales.

Sin embargo, puede observarse que la gran mayoría de los países reconoce como objetivo central de la defensa de la competencia, la

búsqueda de una efectiva competencia entre los participantes del mercado, focalizada en la maximización del bienestar del consumidor (con base en la eficiencia económica) (10).

La cuestión cuyo debate sigue abierto dice respeto al entendimiento sobre el sentido de bienestar del consumidor. Aun a sabiendas de que buena parte de los analistas identifican el bienestar del consumidor con el concepto de excedente del consumidor (*consumer surplus*), cabe señalar que existen muchas divergencias sobre lo que debe entenderse como bienestar del consumidor (*consumer welfare*). Una alternativa mencionada es la del derecho de elección del consumidor (*consumer choice*), según el cual las limitaciones referidas a la noción de bienestar del consumidor podrían superarse al focalizarse la posibilidad de opciones efectivas de elección por parte de este. Actualmente, todavía se propone que el objetivo que deberá buscarse será el bienestar del consumidor en sentido amplio (*consumer well-being*), abarcando el bienestar material y la calidad de vida (11).

Consecuentemente, más allá de la visión tradicional del derecho del consumidor concentrado en la maximización del bienestar focalizada en el excedente del consumidor, en Brasil se viene imponiendo una visión más amplia de los objetivos de la defensa de la competencia, que involucra aspectos políticos, sociales y éticos.

Dicha amplitud se fundamenta, mayormente, en la previsión de justicia social concentrada en la existencia digna como finalidad mayor del orden económico brasileño, según la parte superior del art. 170 de la Constitución, reproducido anteriormente. En dicho contexto, el principio de la protección a la libre competencia, previsto en el mismo art. 170, IV, que sirve de base para el derecho de la competencia y para la materia de

la competencia desleal, se encuentra vinculado al objetivo constitucional mayor del orden económico, que es la garantía de justicia social basada en la dignidad de la persona humana (12).

### III. La regulación de la competencia desleal e institutos afines

Una vez verificada la matriz constitucional de la defensa de la competencia y su objetivo último, todavía de acuerdo con la Constitución Federal brasileña, cabe presentar, coherentemente con el objetivo de visión panorámica del tratamiento del instituto en Brasil, las principales leyes que afectan a la protección y a la competencia y el desaliento y represión a la competencia desleal.

#### III.1. El derecho de la competencia y la protección a la competencia: diferencias y similitudes entre el abuso del poder económico y la competencia desleal

La búsqueda por garantizar la libertad de competencia, según los términos constitucionales citados, une las materias de la competencia desleal y del control de las conductas, especialmente la represión al abuso de poder económico.

La competencia desleal puede entenderse como el agravio que resulta de una conducta fraudulenta por la cual el cliente es llevado a elegir los bienes económicos del competidor desleal.

Las infracciones de orden económico, que figuran en el art. 36 de la ley 12.529/2011 (13),

(12) En ese sentido: "(...) principales consecuencias de la citada propuesta: (i) El reconocimiento de la instrumentalización del art. 173, § 4º, de la Constitución; (ii) la necesidad de que el control del poder económico se examine y se entienda a partir del orden económico constitucional, incluso en relación a la finalidad del mismo de asegurar a todos una vida digna según las determinaciones de justicia social (art. 170, parte superior) y conforme los demás principios señalados en el art. 170; [...] (iv) la necesidad de una mayor apertura del derecho de la competencia, tanto respecto a sus propósitos como a sus metodologías". FRAZÃO, Ana, *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*, Saraiva, São Paulo, 2017, p. 56.

(13) "Art. 36.— Constituyen infracción del orden económico, independientemente de culpa, las con-

(10) Ver: International Competition Network, "Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies", Moscú: ICN, 2007. Disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>.

(11) OCDE, ver: Organisation for Economic Co-operation and Development, *Compendium of OECD well-being indicators*. OECD, 2011. Disponible en <http://www.oecd.org>.

caracterizan el ejercicio abusivo del poder económico por conductas que limiten, falseen o perjudiquen la libre competencia o la libertad de iniciativa: dominen mercado relevante de bienes o servicios o aumenten arbitrariamente los beneficios.

En la competencia desleal, el enfoque no es la protección de la competencia en general, sino solamente la perversión de los clientes. El empresario actúa ilegalmente para convencer y desviar de forma engañosa los clientes de su competidor. Las conductas pueden realizarse para denigrar la imagen del competidor, confundir su producto o establecimiento, abusar de la confianza de los agentes económicos, entre otros.

El abuso del poder económico tiene lugar cuando el agente económico proveedor de bienes económicos que goza de una posición dominante que le brinda una actuación indiferente a la presión de la competencia, pasa a adoptar conductas que eliminan o limitan (o puedan eliminar o limitar) la competencia, en los términos del art. 36 de la ley 12.529/2011.

Algunas diferencias son significativas. La competencia desleal se vincula al fraude contra el competidor, es decir, contra una empresa específica. La legislación a aplicarse es la Ley de Propiedad Industrial (ley 9279/1996), cuyo sujeto protegido es el competidor perjudicado.

Por otro lado, al abusarse del poder económico, las conductas abusivas se practican contra el mercado relevante, es decir, se actúa de forma de perjudicar a la competencia en su totalidad, sin preocupación con un competidor en especial, siendo el marco legal otorgado por la mencionada ley 12.529/2011, el que atribuye a una entidad de la administración pública indirecta nacional con función judicante, el Consejo Administrativo de Defensa Económica

ductas manifestadas bajo cualquier forma que tengan como objeto o puedan producir los siguientes efectos, aunque no se logren:

- "I- limitar, falsear o, de cualquier forma, perjudicar la libre competencia o la libertad de iniciativa;
- "II - dominar mercado relevante de bienes o servicios;
- "III - aumentar arbitrariamente los beneficios; y
- "IV - ejercer de forma abusiva posición dominante. (...)"

(CADE), un rol protagónico en el cumplimiento de sus normas (14).

También es posible verificarse una práctica de abuso del poder económico que alcance determinada empresa actuante en el mercado importante. De tal suerte, la misma práctica anticompetitiva puede resultar en una práctica de competencia desleal, de agravio al orden económico en general.

Cabe señalar que el derecho de la competencia tiene por finalidad básica preservar la libre competencia como un bien de la colectividad para el correcto funcionamiento del mercado (intereses básicamente públicos), reprimiendo conductas que falseen la competencia. La competencia desleal prohíbe ciertas prácticas que superen determinados límites establecidos por el ordenamiento (contrarias a las buenas costumbres comerciales y a la buena fe). La naturaleza de los bienes protegidos no es directamente colectiva como en el derecho de la competencia, pero esencialmente privada; más específicamente, los intereses del competidor.

Las materias de la competencia desleal y de las infracciones al orden económico presentan, sin embargo, cierta convergencia, pues protegen intereses comunes. Además de la libre competencia y de la libertad de iniciativa, la protección del consumidor está siempre presente como uno de los objetivos centrales. Las mate-

---

(14) De acuerdo con los arts. 1º, 3º y 4º de la ley 12.529/2011:

"Art. 1º — Esta Ley estructura el Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia - SBDC y dispone sobre la prevención y la represión a las infracciones contra el orden económico, orientada por las determinaciones constitucionales de libertad de iniciativa, libre competencia, función social de la propiedad, defensa de los consumidores y represión al abuso de poder económico.

"*Párrafo único.* La colectividad es la titular de los bienes jurídicos protegidos por esta Ley.

"Art. 3º — El SBDC está conformado por el Consejo Administrativo de Defensa Económica - CADE y por la Secretaría de Seguimiento Económico del Ministerio de Hacienda, con las atribuciones previstas en esta Ley.

"Art. 4º — Cade es la entidad judicante con jurisdicción en todo el territorio nacional, que se constituye en una entidad de la administración pública indirecta nacional, vinculada al Ministerio de Justicia, con domicilio legal en el Distrito Federal, y competencias previstas en esta Ley".

rias, por lo tanto, son complementarias y, en ese sentido, el art. 47 de la ley 12.529/2011 (15) establece expresamente la aplicación privada del derecho de la competencia (*antitrust private enforcement*) a través de tutelas inhibitorias e indemnizatorias de conductas lesivas en el ámbito del mercado.

### **III.2. La competencia desleal y el sistema de protección a la propiedad industrial**

Examinadas las conexiones entre las materias del abuso del poder económico y de la competencia desleal, identificándose aquel principalmente con las normas prescriptas en la ley 12.529/2011, cabe explayarse un poco más sobre el *locus* más específico de inhibición a la competencia desleal en el derecho brasileño.

Tal posición pertenece, como anteriormente hemos citado, a la ley 9279/1996 (Ley de Propiedad Industrial), que en el título V (arts. 183 a 210) reglamenta los crímenes contra la propiedad industrial (crímenes contra las patentes, contra las marcas, cometidos por medio de marca, título de establecimiento y señal de publicidad, contra indicaciones geográficas y demás indicaciones, y finalmente, crímenes de competencia desleal).

Los crímenes de competencia desleal figuran en el art. 195 de la Ley de Propiedad Industrial brasileña, reproducida a continuación para facilitar su comprensión:

“Art. 195.— Ejecuta crimen de competencia desleal aquel que:

“I - publica, por cualquier medio, falsa afirmación, contra algún competidor, con el objetivo de obtener ventaja;

“II - brinda o difunde, sobre algún competidor, falsa información, con el objetivo de obtener ventaja;

“III - utiliza medio fraudulento, para desviar, en provecho propio o ajeno, clientes de otro;

“IV - usa expresión o señal de publicidad ajenos o los imita, de modo a generar confusión entre los productos o establecimientos;

“V - usa, indebidamente, nombre comercial, título de establecimiento o símbolo ajeno o vende, expone o pone a la venta o tiene en stock producto con esas referencias;

“VI - sustituye, por su propio nombre o razón social, en producto ajeno, el nombre o la razón social del referido producto, sin consentimiento;

“VII - se atribuye, como medio de publicidad, recompensa o distinción que no obtuvo;

“VIII - vende o expone o pone a la venta, en recipiente o envase ajeno, producto adulterado o falsificado, o se utiliza del mismo para negociar con producto de la misma especie, aunque no adulterado o falsificado, si el hecho no constituye crimen más grave;

“IX - entrega o promete entregar dinero u otra utilidad a empleado de algún competidor, para que ése, faltando al deber de fidelidad, le brinde alguna ventaja;

“X - recibe dinero u otra utilidad, o acepta promesa de pago o recompensa, para, faltando al deber de fidelidad, brindar ventaja a algún competidor de su empleador;

“XI - difunde, explora o se utiliza, sin autorización, de conocimientos, informaciones o datos confidenciales, de uso industrial, comercial o de prestación de servicios, salvo los que fueren de conocimiento público o que fueren evidentes para un técnico en el tema, a los que accedió mediante relación contractual o de dependencia, aún después de la conclusión del contrato;

“XII - difunde, explora o se utiliza, sin autorización, de conocimientos o informaciones a que se refiere el punto anterior, obtenidos por medios ilegales o a que accedió mediante fraude; o

(15) “Art. 47. — Los perjudicados, por ellos o por los legitimados referidos en el art. 82 de la Ley n° 8078, de 11 de septiembre de 1990, podrán iniciar juicio para, en la defensa de sus intereses individuales o individuales homogéneos, obtener el cese de las prácticas que constituyan infracción del orden económico, bien como el cobro de indemnización por los daños y perjuicios sufridos, independientemente de denuncia o sumario administrativo, que no será suspendido debido al inicio del juicio”.

”XIII - vende, expone o pone a la venta producto, declarando ser objeto de patente depositada, o concedida, o de diseño industrial registrado, que no lo sea, o lo menciona, en anuncio o papel comercial, como depositado o patentado, o registrado, sin que lo fuere;

”XIV - difunde, explora o se utiliza, sin autorización, de resultados de pruebas u otros datos no difundidos, cuya elaboración involucre esfuerzo considerable y que hayan sido presentados a entidades gubernamentales como condición para aprobar la comercialización de productos.

”Sanción - detención, de 3 (tres) meses a 1 (un) año, o multa.

”§ 1º Se incluye en las hipótesis a las que se refieren los puntos XI y XII el empleador, socio o administrador da empresa, que ejecutare las acciones establecidas en los citados dispositivos.

”§ 2º Lo dispuesto en el punto XIV no se aplica en relación a la difusión por órgano gubernamental competente para autorizar la comercialización de producto, cuando necesario para proteger al público”.

Analizar con mayor profundidad cada punto citado anteriormente no es el objetivo del presente artículo. Sin embargo, cabe señalar que, para la configuración de los delitos, el listado del art. 195 es taxativo. Sin perjuicio de ello, otras conductas también pueden configurarse en competencia desleal, aunque no se caractericen como penalmente ilegales, siendo abarcados por los instrumentos de tutela del ámbito civil (16).

Entre ellos, resaltan la responsabilidad contractual y extracontractual. La primera puede surgir en la medida en que se verifique el incumplimiento contractual de la cláusula que establezca convención válida y eficaz que disponga sobre la libertad de competencia entre las partes. Algunas disposiciones muy comúnmente utilizadas en contratos empresariales,

que establecen obligaciones negativas, como las cláusulas de exclusividad y de no competencia (*non-competere*) brindan ejemplos de dicha hipótesis, en la cual el incumplimiento puede dar lugar a la responsabilidad de la parte incumplidora. También es posible que la disposición agreda al ordenamiento jurídico al establecer, por ejemplo, una obligación que hiera la defensa de la competencia, como, v.gr., la disposición de establecimiento de un cartel (17).

En la segunda hipótesis, la obligación de indemnizar surge no por la presencia de un vínculo contractual anterior entre las partes, pero a cuenta de una conducta ilegal que genere daño al competidor.

En los arts. 207 a 210 de la Ley de Propiedad Industrial se encuentran las disposiciones que reglamentan los aspectos relativos a la responsabilidad civil por daños a competidores, a saber:

“Art. 207.— Independientemente de acción penal, el perjudicado podrá iniciar las demandas en lo civil que considerare pertinentes en la forma del Código Procesal Civil.

“Art. 208.— La indemnización será determinada por los beneficios que el perjudicado hubiera obtenido caso la ilegalidad no se hubiere producido.

“Art. 209.— El perjudicado tiene resguardado el derecho a la obtención de daños y perjuicios para recuperar las pérdidas causadas por las conductas de violación de derechos de propiedad industrial y conductas de competencia desleal no previstos en esta Ley, tendientes a perjudicar la reputación o los negocios ajenos, a generar confusión entre establecimientos comerciales, industriales o proveedores de servicios, o entre los productos y servicios comercializados.

“§ 1º El juez tendrá la facultad de, en el mismo expediente, para evitar daños irreparables o de difícil reparación, determinar, preliminarmente, el cese de la violación o de la conducta que la genere, antes de la citación del deman-

(16) En dicho aspecto, las conductas previstas en el art. 36 de la Ley de Competencia, cuando usadas para, de forma fraudulenta, obtener clientes de competidores específicos, pueden generar competencia desleal como consecuencia de infracciones al orden económico.

(17) LOPES, Carlos L., “Concorrência desleal: aspectos civis”, *Revista de Direito Privado*, vol. 11, julio-setiembre 2002, ps. 25-67.

dado, mediante, caso entendiere necesario, caución en efectivo o garantía personal.

“§ 2º En los casos de reproducción o de clara imitación de marca registrada, el juez podrá determinar que se incaute todas las mercaderías, productos, objetos, envases, etiquetas y otros que contengan la marca falsificada o imitada.

“Art. 210.— Los lucros cesantes se determinarán según el criterio más favorable al perjudicado, entre los siguientes:

“I - los beneficios que el perjudicado hubiere obtenido caso la violación no hubiere tenido lugar; o

“II - los beneficios obtenidos por el actor de la violación del derecho; o

“III - la remuneración que el actor de la violación hubiere pagado al titular del derecho violado por la concesión de una licencia que le permitiera legalmente explorar el bien”.

Dichos dispositivos contienen normas disponiendo sobre aspectos relativos a la indemnización de los daños y su cuantificación (arts. 208 y 210), referencias a las acciones y medidas procesales eventualmente posibles para amparar los intereses de la víctima del evento dañoso (art. 207 y §§ 1º y 2º del art. 209), bien como

una cláusula de apertura establecida en la parte superior del art. 209, que presenta la posibilidad de reconocer las conductas de competencia desleal no presentadas entre los puntos del art. 195, que generarían la responsabilidad civil del agente que las provocó.

#### **IV. Conclusión**

La competencia desleal en el derecho brasileño se encuentra reglamentada por un conjunto normativo que involucra la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico de nivel inferior al constitucional que tienen por objeto, principalmente, regular las infracciones al orden económico, a la propiedad industrial y a la protección del consumidor. Cada una de ellas contribuye con una parte específica de la protección a la libre competencia y de la inhibición a la deslealtad y al abuso en la relación entre los competidores en el mercado y aquellos por ellos afectados.

Poniéndole énfasis a los instrumentos de las leyes 12.529/2011 y 9279/1996 se buscó delinear, favoreciendo la amplitud ante el nivel de detalle, los aspectos más generales de dicha protección, de forma que el presente texto sirva como una presentación al lector extranjero sobre la forma cómo el derecho brasileño trata a la competencia desleal.



# Régimen de Lealtad de la Competencia en Colombia

---

EMILIO GARCÍA R. (\*)

## I. Introducción

La existencia de un régimen jurídico de lealtad en la competencia protege el interés privado de los agentes que participan en el mercado, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público que tiene el Estado de mantener un orden concurrencial exento de actos que puedan afectar el normal funcionamiento de los mercados.

En este contexto, el bien jurídico protegido por la norma es la libre y leal competencia económica, orientada bajo el principio fundamental de buena fe que se refleja en la prohibición de conductas tipificadas en la ley como desleales.

Con lo anterior en mente, se expidió en Colombia hace 23 años, la ley 256 de 1996 sobre Competencia Desleal(1) (en adelante LCD), procurando que quienes participan en el mer-

cado lo hagan a través de sus propios esfuerzos empresariales, absteniéndose de conductas que limiten la libertad de iniciativa económica de los terceros o que obstaculicen la libertad de decisión de los consumidores.

Este artículo analiza los presupuestos necesarios para aplicar la LCD, frente a un supuesto de hecho determinado, advirtiendo un previo encuadramiento sistemático de varios elementos inherentes a dicha ley, a saber: los ámbitos objetivo, subjetivo y territorial, la legitimación activa y pasiva y, finalmente, el término de caducidad para el ejercicio de las acciones correspondientes.

Analizados dichos presupuestos, nos referiremos a los elementos estructurales presentes en la tipificación de cada una de las trece conductas desleales previstas en la LCD, con un enfoque de derecho comparado que permita entender la teleología de la norma colombiana y su interpretación a través de algunos casos fallados por los jueces y tribunales.

Teniendo en cuenta que este artículo forma parte de una obra colectiva a la que se vinculan autores nacionales y extranjeros a propósito de la expedición del dec. 274/2019 sobre Lealtad Comercial dictado por el presidente de la Nación argentina en uso de las facultades de ne-

---

mercio de Bogotá. Director y Socio fundador de la firma EGR Abogados de Bogotá. (2013 - presente).

(1) Sin embargo, las normas relativas a competencia desleal en Colombia datan de 1914 con la ley 110, y posteriormente se expidieron las leyes 391 de 1925, 59 de 1936 y 155 de 1959, el Código de Comercio de 1971, y finalmente, la ley 256 de 1996.

---

(\*) Abogado, Especializado en Derecho Financiero de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho de la Empresa, Universidad Pompeu Fabra (Barcelona). Director Jurídico del Ministerio de Agricultura de Colombia (2002 - 2004). Miembro del equipo negociador del TLC Colombia / EEUU. (2004-2006). Catedrático en Propiedad Intelectual e Innovación, Derecho de la Competencia y Protección al Consumidor (2005 - presente). Profesor de Maestría en PI de la Universidad de las Américas (Ecuador). Profesor de Maestría en Negocios Internacionales de la Universidad Politécnica Gracolumbiano. Director de la Especialización en Derecho de la Competencia y Protección al Consumidor y Vicepresidente de la Liga de Protección del Consumidor de la Universidad Sergio Arboleda. Autor de varios artículos y capítulos de libro publicados en revistas indexadas. Conferencista nacional e internacional. Arbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Co-

cesidad y urgencia, disposición que en su art. 10 tipifica varias conductas desleales con elementos normativos similares a los que contempla la LCD en Colombia, resulta relevante esta revisión de derecho comparado, que además se refiere al régimen legal español, teniendo en cuenta que la ley 3/1991 de competencia desleal en España fue el antecedente que inspiró en forma más próxima a la LCD.

## II. Ámbitos de aplicación de la Ley de Competencia Desleal

La LCD en Colombia no contiene una definición del acto o conducta desleal, pero delimitó sus elementos estructurales en varias disposiciones, de manera que la conducta relevante para aplicarla, impone la presencia de los siguientes elementos:

### II.1. *Ámbito objetivo* (2)

La finalidad concurrencial implica que el acto de competencia que se pretende juzgar bajo la LCD sea idóneo para influir en la posición competitiva del sujeto activo y que el comportamiento trascienda al mercado, es decir, que tengan efectos en este, en cuanto la acción que se promueva sea declarativa y de condena, sin excluir aquellos comportamientos encaminados a que el acto pueda trascender, de tal manera que la finalidad concurrencial no depende necesariamente de que la conducta haya logrado sus objetivos, por cuanto el tipo de responsabilidad extracontractual que consagra la ley es propia de un ilícito de peligro, habida cuenta que existe una modalidad de acción preventiva o de prohibición de los actos preparativos, cuyo objeto es impedir que el acto de competencia desleal se materialice o produzca sus plenos efectos.

Por otra parte, la finalidad concurrencial no depende del propósito del sujeto activo, ni del conocimiento sobre la aptitud de la conducta para causar un daño. Para estos efectos, la LCD

(2) Art. 2º, ley 256 de 1996: “Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que (*sic*) realicen en el mercado y con fines concurrenciales. La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero”.

presume el fin concurrencial cuando la conducta se revela como objetivamente idónea para mantener o incrementar la participación propia o de un tercero en un mercado. Esta presunción, *iuris tantum*, es un elemento importante de la ley, por cuanto invierte la carga de la prueba poniendo en manos del demandado la necesidad de desvirtuar la finalidad concurrencial de su conducta.

En una precisión adicional sobre el ámbito objetivo, debemos señalar que en la conducta de violación de secretos empresariales, la ley no exige la presencia de fines concurrenciales, conforme lo dispone el art. 16 de la LCD, en razón de que dada la propia naturaleza de esta conducta, el sujeto activo puede ser un trabajador que divulga el secreto empresarial, quien no participa directamente en el mercado y no mejora su posición competitiva al proceder de tal manera, o igualmente puede ser cualquier persona que sustrae o adquiere el secreto cuya finalidad no es de carácter concurrencial (3).

Ahora bien, la previsión del art. 2º de la LCD, según la cual se debe atender a las circunstancias del caso para establecer la presencia del ámbito objetivo, hace necesario señalar algunos supuestos en los que se puede evaluar *ab initio* que la presunción no opera a favor del demandante, como ocurriría cuando una asociación de consumidores haga públicos los resultados de una prueba comparativa de productos o servicios o en el caso del científico que publica una investigación que revela efectos negativos del uso o consumo de un determinado producto, situaciones que, en principio, no representan una finalidad concurrencial (4).

### II.2. *Ámbito subjetivo* (5)

Este ámbito de aplicación de la ley implica que los comportamientos que se prohíben pue-

(3) BARONA VILAR, Silvia, *Competencia desleal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2008, p. 578.

(4) Estos ejemplos, entre otros, los señala MAS-SAGUER, José, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, p. 125.

(5) “Art. 3º — Ámbito subjetivo de aplicación. Esta Ley se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado. La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal”.

den provenir de cualquier partícipe en el mercado, incluyendo a sujetos no comerciantes, como ocurre con quienes desarrollan actividades que el Código de Comercio de Colombia no considera mercantiles, p. ej., los consumidores, los profesionales independientes que ejercen una profesión liberal, los agricultores, los artistas (6), deportistas, trabajadores en determinadas circunstancias, incluso la administración pública, no solo en el caso de empresas industriales o comerciales o sociedades de economía mixta que intervienen directamente en el mercado, sino también entidades públicas que pudieren contribuir a la realización de actos desleales en cuanto estén accediendo a bienes o servicios en el mercado a través de la contratación pública (7). Al respecto, en varias jurisdicciones se reconoce que la administración pública queda sometida a la LCD, en cuanto procuran desarrollar una actividad económica y no en cuanto ejerza una actividad reguladora (8).

Recientes decisiones judiciales en Colombia proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de funciones jurisdiccionales, han señalado que la jurisdicción para conocer de la demanda de competencia desleal contra una entidad pública corresponde a los jueces de lo contencioso administrativo, con independencia de las personas de derecho privado que integran tanto la parte demandante como demandada y la especialidad del asunto debatido, por aplicación del fuero de atracción del juez administrativo (9).

---

(6) “Art. 23.— No son mercantiles: 1) La adquisición de bienes con destino al consumo doméstico o al uso del adquirente, y la enajenación de los mismos o de los sobrantes; 2) La adquisición de bienes para producir obras artísticas y la enajenación de éstas por su autor; (...) 4) Las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural, y 5) La prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales”.

(7) Algunos autores aclaran que las entidades públicas no estarían sometidas a control de deslealtad en su actividad propia del ejercicio de política pública o de vigilancia de una actividad. Ver GARCÍA PÉREZ, Rafael, *Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 59.

(8) MASSAGUER, José, *Comentarios...*, cit., p. 134.

(9) Auto 119695 del 29 de noviembre de 2019. Superintendencia de Industria y Comercio, invocando el art. 104 del CPACA.

Un aspecto estructural del ámbito subjetivo se refiere a que la LCD, no exige la presencia de una relación de competencia entre el sujeto activo de la conducta y el afectado por las consecuencias de la conducta o sujeto pasivo, circunstancia que, dicho sea de paso, implicaría repensar el título de la LCD que no debería titularse “Ley de Competencia Desleal”, sino en forma más precisa “Ley de Lealtad Concurrencial” (10).

Esta regla resulta relevante desde varios aspectos, en primer lugar, les otorga legitimación a los consumidores o a las asociaciones gremiales o profesionales para demandar y, en segundo lugar, recoge un hecho natural y es que, en las relaciones verticales de mercado, agentes ubicados en diferentes eslabones o niveles de la cadena productiva, pueden ser sujetos activos o pasivos de actos de competencia desleal realizados o sufridos por agentes ubicados en otra posición de esta. A manera de ejemplo, algunos casos de terminación intempestiva o no avisada con suficiente antelación de relaciones de distribución exclusiva por parte de un fabricante a su distribuidor, presentes otras ciertas circunstancias tales como la inexistencia de justificación alguna, han dado lugar a declarar actos desleales de desviación de clientela o desorganización de dicho fabricante frente a su distribuidor, no obstante que ambos no son competidores (11).

### II.3. *Ámbito territorial* (12)

Este ámbito exige que el comportamiento produzca efectos en el mercado colombiano, por razón de que el orden concurrencial protegido por la ley 256, es el propio mercado nacional, de manera que se protegen los intereses

---

(10) En el dec. 274/2019 de Lealtad Comercial en la Argentina tampoco se aprecia una denominación afortunada de la norma bajo la designación de Lealtad Comercial, por cuanto su ámbito subjetivo se extiende no solo a los comerciantes.

(11) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 001 de 2017, “Animal Market c. Nestlé Purina”. Disponible en [www.sic.gov.co/normativa/sentencias-de-competencia-desleal/2017](http://www.sic.gov.co/normativa/sentencias-de-competencia-desleal/2017).

(12) “Art. 4º — Ámbito territorial de aplicación. Esta Ley se le aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano”.

de los agentes que participen en el mercado colombiano.

Conforme con lo anteriormente descrito, la ley de competencia desleal desestimó el criterio de “lugar de la realización del acto” o la “nacionalidad del sujeto activo”, y estableció una norma de derecho internacional privado, que determina que el ámbito de aplicación espacial de la ley colombiana de competencia desleal, depende de si el acto produjo efectos en Colombia. Ahora bien, no está de más aclarar que si un acto desleal se realiza fuera del país, pero produce efectos en él, está sometido a la ley de competencia, repetimos siendo irrelevantes entonces el lugar de realización de la conducta o la nacionalidad de los sujetos implicados.

### III. La legitimación activa (13) y pasiva (14)

La legitimación en la causa para demandar un acto de competencia desleal está reconocida en la LCD no solo en favor de las personas que resulten perjudicadas (directamente (15)), sino también frente a quienes se vean amenazados con actos desleales, incluyendo la protección

(13) “Art. 21.— Legitimación activa. En concordancia con lo establecido por el artículo 10 del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley”.

(14) “Art. 22.— La legitimación pasiva. Las acciones (...) procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal. Si el acto de competencia desleal es realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones (...) deberán dirigirse contra el patrono”.

(15) Aunque el adverbio “directamente” no forme parte de la norma entendemos que existe legitimación para la persona directamente perjudicada y una legitimación colectiva en cabeza de las asociaciones profesionales o gremiales, las asociaciones de consumidores y el procurador general de la Nación. Los eventos en que aquellos puedan resultar “directamente” perjudicados no es claro y, por tal razón, la ley española de competencia con una norma idéntica, al establecer las acciones posibles de las asociaciones de consumidores, las limita a aquellas que tengan por objeto la declaración, cesación, prohibición y remoción y excluye la posibilidad de que estos ejerzan la acción de resarcimiento de daños y perjuicios.

de intereses colectivos, situación que se explica en el régimen colombiano por dos razones fundamentales: la primera, porque las normas acogen un modelo institucional de la competencia en virtud del cual la Superintendencia de Industria y Comercio —siendo una autoridad administrativa—, ejerce igualmente funciones jurisdiccionales, de manera que cuando los intereses colectivos se ven comprometidos en un acto desleal, la autoridad tiene competencia, incluso *ex officio* para adelantar una actuación administrativa que tiene por objeto prohibir y sancionar con multas un acto desleal (16).

La legitimación pasiva está definida en forma amplia por la ley colombiana, en tanto que la extiende a “cualquier persona que haya contribuido a la realización del acto”, de manera que no solo cobija al autor, sino también a quien coopera o contribuye a la realización del acto desleal, lo que suscita interesantes supuestos, tales como la posibilidad de vinculación de medios de comunicación que difunden publicidad abiertamente engañosa de un anunciante y a los distribuidores que contribuyen con el fabricante a la realización de actos desleales.

Finalmente, la norma establece una regla especial de legitimación por pasiva para quien pueda calificarse como patrono o empleador, respecto de actos desleales realizados por trabajadores y colaboradores en ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, lo que implica una regla de atribución de responsabilidad directa a la persona por cuya cuenta y dirección obran aquellos. La condición de colaborador nace en virtud de contratos de prestación de servicios profesionales independientes o de arrendamiento de servicios u otras tipologías de contratos, como ocurriría en algunas conductas de engaño, confusión o descrédito fruto del trabajo realizado por agencias de publicidad, en las que estas últimas serían colaboradores y, por tanto, argumentar estar exentos

(16) La competencia desleal administrativa tiene su origen en la sentencia de constitucionalidad C-649 de 2001 y en el art. 6° de la ley 1340 de 2009. La sentencia aclaró que la competencia desleal administrativa, se activa cuando las conductas representen o puedan representar afectación al interés general, y la competencia desleal jurisdiccional a conflictos de intereses particulares de quienes han sido afectados por comportamientos desleales.

de legitimación para ser demandados por la creación de una campaña que contenga publicidad engañosa.

#### IV. El concepto de prestaciones mercantiles

La ley colombiana define el concepto de prestaciones mercantiles como actos y operaciones de los partícipes en el mercado, relacionados con la entrega de bienes y mercancías, la prestación de servicios o el cumplimiento de hechos positivos o negativos susceptibles de apreciación pecuniaria.

Este concepto resulta relevante en tanto y en cuanto varias de las conductas tipificadas en la ley 256 de 1996 establecen en su tipificación aquellas que tengan como objeto o como efecto afectar las prestaciones mercantiles ajenas.

Al respecto, los actos típicos de obstaculización de un competidor afectan las prestaciones mercantiles del sujeto pasivo cuando le impiden al afectado acceder a materias primas o productos necesarios para participar en el mercado. Un caso paradigmático fallado por la Superintendencia de Industria y Comercio, en el cual se consideró que existía una afectación directa a una prestación mercantil y no en sí misma a la actividad o al establecimiento de comercio ajenos, se presentó en un supuesto de actos desleales realizados por un fabricante frente a un distribuidor al que se le terminó en forma intempestiva, sin previo aviso y sin ninguna causa invocada la relación, afectando una prestación a la que tenía derecho con relativa estabilidad, relacionada a la entrega de productos por parte del fabricante, que el demandante distribuía en forma exclusiva como condición impuesta por aquel, de manera que se le impedía al distribuidor vender productos de marcas competidoras. En ese sentido, la terminación intempestiva y sin causa, con efectos de haber marginado al distribuidor de la posibilidad de participar en el mercado, acompañada de los efectos de pérdida de inversiones realizadas por este para que le fuere adjudicada la distribución, con efectos de desviación de clientela en tanto que la lista de clientes, conocida por el fabricante, le fue entregada a otro distribuidor, afectaba una prestación mercantil. Este caso es muy relevante, porque aclaró que pueden existir actos desleales en el desarrollo de un con-

trato y que ello no implica que la responsabilidad que establece el juez de la causa de competencia desleal, no siga manteniendo el carácter de extracontractual, porque lo que determina este último no es la responsabilidad contractual, sino que declara la comisión de actos desleales y sus consecuencias (17).

#### V. Prescripción (18)

La LCD consagra un plazo subjetivo y otro objetivo para el ejercicio de las acciones previstas en el art. 20 de la misma, a saber, una acción declarativa y de condena y una acción preventiva o de prohibición.

El plazo subjetivo se cuenta desde que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto desleal y se extiende hasta dos años dentro de los cuales sería posible adelantar la acción, en tanto que, el plazo objetivo tiene como extremos temporales: la realización del acto desleal como extremo inicial y un plazo de tres años contados a partir de aquel, como fecha hasta la cual se puede ejercitar la acción.

El término objetivo de prescripción sólo aplica en la medida en que el primer término de dos años de la caducidad subjetiva no haya operado, por cuanto la expresión “y en todo caso, por el transcurso de 3 años”, no implica que siempre se cuenten con ese término para ejercer la acción. En este sentido, quien se encuentra en interés de discutir la operancia del término de caducidad subjetivo de dos años será el demandado a través de la excepción de prescripción o caducidad correspondiente, teniendo la carga de demostrar que el demandante conoció a la persona que realizó el acto con una antelación mayor a los dos años dentro de los cuales estaba facultado para ejercer la acción. Si dicha prueba no subyace al debate probatorio el término aplicable será de tres años.

(17) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia nro. 001 de 2007, “Animal Market c. Nestlé Purina”, cit.

(18) “Art. 23.— Prescripción. Las acciones de competencia desleal prescriben en dos (2) años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y en todo caso, por el transcurso de tres (3) años contados a partir del momento de la realización del acto”.

Existen vacíos importantes en la tipificación de la prescripción y aplicaciones incongruentes por los tribunales en Colombia. Lo anterior deriva en el hecho de que la norma no previó cómo se computa el término cuando el acto es continuado, ni tampoco si existen varias conductas desleales que se puedan configurar a través de un mismo supuesto de hecho, pero cuyos efectos suceden en momentos temporales diferentes.

## VI. Conductas de la Ley de Competencia Desleal

La LCD, tipifica trece conductas no taxativas que califica como desleales y que se derivan en específicos deberes para quienes participan en un mercado, dirigidos fundamentalmente a que los medios que utilicen para competir no resulten reprochables, a que toda ventaja, beneficio o prerrogativa se obtenga por el mérito de los propios esfuerzos, no se capte indebidamente su clientela, ni se obstaculice o desorganice a otro participante, o finalmente, no se afecte la libre elección de los consumidores para ganar ventajas competitivas.

### VI.1. Prohibición general (19)

La prohibición general en la LCD, contiene varios elementos en su tipificación que dan lugar a su configuración, a saber: (i) la contravención al principio de la buena fe comercial, (ii) a los usos honestos en el comercio, (iii) o a las sanas costumbres mercantiles, apartándose de su inspiración más próxima contenida en la ley española que estableció un elemento objetivo de enjuiciamiento en la prohibición general en el siguiente sentido: “Se reputa desleal todo com-

portamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe” (20).

En nuestra opinión los elementos subjetivos de la norma colombiana generan inconvenientes interpretativos, como ha ocurrido ciertamente en el país. En efecto, obsérvese, en primer lugar, que ni la ley española, ni la argentina califican a la buena fe como comercial, lo que resulta lógico y consecuente con el ámbito subjetivo de aplicación, que revisamos más arriba, según el cual, la ley de competencia desleal no es de aplicación exclusiva a los empresarios comerciantes, sino que aplica a cualquier tipo de individuo, persona natural o jurídica, que participe o tenga la intención de participar en el mercado.

En segundo lugar, se extraña en la ley colombiana el adverbio “*objetivamente* contrario a las exigencias de la buena fe”, porque este representa la esencia de la cláusula general que pretende consagrar un ilícito civil de carácter objetivo, de peligro y de naturaleza fundamentalmente extracontractual.

En efecto, para la mayor parte de la doctrina, la ocurrencia del acto de competencia desleal consagrado en la prohibición general, no depende del dolo o culpa del sujeto, ni está condicionado al conocimiento de las circunstancias, ni tampoco a la presencia de finalidades específicas del agente del mercado (21).

La prohibición general pretende tipificar la conducta que carezca de justificación razonable desde el punto de vista de las estrategias de participación en el mercado y de un comportamiento competitivo basado en el mérito de las prestaciones propias y al incluir el concepto de buena fe incorpora un principio informador de todo el régimen (22).

(19) “Art. 7º — Prohibición general. Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial. En concordancia con lo establecido por el numeral 2º del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”.

(20) Este mismo tipo de consagración objetiva de la prohibición general se presenta en el art. 9º del dec. 274/2019 en la regulación argentina, que establece: “Art. 9º — Cláusula general. Constituye un acto de competencia desleal toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo”.

(21) MASSAGUER, José, *Comentarios...*, cit., p. 149.

(22) BARONA VILAR, Silvia, *Competencia desleal*, cit., p. 306.

No obstante, la consagración legal colombiana incluye los conceptos de “buena fe comercial”, “usos honestos en el comercio” y “sanas costumbres mercantiles”, sin ocuparse de aclarar su alcance o entendimiento, lo que ha generado decisiones inconsistentes de los jueces.

Al respecto, resulta ilustrativo relevar la confrontación de dos posiciones diametralmente opuestas de la Superintendencia de Industria y Comercio, en dos sentencias proferidas en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales en procesos de competencia desleal, dicho sea de paso, con un año de diferencia, en las cuales se advierte la tensión entre dos corrientes diferentes para la definición de los conceptos referidos y la manera de acreditarlos en el proceso correspondiente.

En efecto, una decisión del año 2016(23) definió el concepto de lealtad contenido en la prohibición general del art. 7º de la ley 256 de 1996, desde un punto de vista subjetivo, atribuyéndole un contenido puramente ético referido a los usos sociales y a las buenas prácticas mercantiles(24). Conforme con la sentencia, el concepto de buena fe comercial, encarna un contenido ético de obrar honestamente en el comercio cuya calificación, se infiere, correspondería realizarse al juez, atendiendo las circunstancias del caso. La misma sentencia se refirió al concepto de “sanas costumbres mercantiles”, otorgándole igualmente un carácter

subjetivo(25). La sentencia, entonces, concluye que éticamente es igualmente reprochable violar la ley, transgredir una costumbre y/o actuar por fuera de los parámetros honestos, afirmación que tiene particular relevancia en materia probatoria por cuanto implicaría que la contrariedad de una conducta con las “sanas costumbres mercantiles”, no impone al demandante la carga de probar la existencia de la costumbre, por cuanto el juicio de valor de la conducta es ético, es decir, el juez revisa la conducta conforme con las prácticas honestas del comercio.

Un año después, en el 2017(26), la Superintendencia de Industria y Comercio, cambió su

(25) “El respeto a las sanas costumbres mercantiles genera para los competidores en el mercado un cuidado mayor que el que conlleva la actitud de no violar la ley o la costumbre jurídica, pues además de estar obligados a respetar estas últimas, deben ser lo suficientemente cuidadosos para que sus conductas sean éticamente acordes con la práctica honesta del comercio, esté o no reconocida en una ley o en una costumbre mercantil”. (...) “Es así como el término costumbre no tiene un significado unívoco en nuestro derecho, especialmente cuando está vinculado con adjetivos que denotan un comportamiento moral o ético tales como ‘buenas’ o en este caso ‘sanas’. Como se observa en los ejemplos que cita la Corte y que se transcriben a continuación, el término costumbre no implica necesariamente costumbre como fuente de derecho, sino que en muchos casos la expresión costumbre está ligada a la práctica conforme a la moral, utilizando para tal fin el vocablo acompañado de un adjetivo que denote un estándar ético, como, por ejemplo, el de las buenas costumbres o sanas costumbres”.

(26) En la sentencia número 002 de fecha 26 de septiembre de 2007, la Superintendencia de Industria y Comercio, se sostuvo: “En algunas ocasiones anteriores la Superintendencia ha considerado como distintos los conceptos o patrones de comportamiento concurrential cuya contravención ha de calificarse como desleal según la prohibición general de competencia desleal (ley 256 de 1996, art. 7º), señalando la necesidad de probar la existencia de las sanas costumbres mercantiles o de los usos honestos en materia industrial o comercial, explicando de paso, las diferencias existentes entre tales nociones y el principio de la buena fe comercial. (...)”.

“Buena fe, entendida como la conciencia de no perjudicar a otra persona ni defraudar la ley, y *buena fe comercial*, como la convicción de estar actuando honestamente, con honradez y lealtad en el desarrollo y cumplimiento de los negocios, presumiblemente, mientras no se demuestre lo contrario (C. Co., art. 835). *Sanas costumbres mercantiles*, como especie de la ‘costumbre mercantil’ provista de fuerza de ley comercial siempre y cuando no la contrarié, esté constituida por

(23) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 002 de fecha 17 de febrero de 2006. Disponible en [www.sic.gov.co/normativa/sentencias\\_de\\_competencia\\_desleal/2006](http://www.sic.gov.co/normativa/sentencias_de_competencia_desleal/2006).

(24) “La noción de deslealtad arriba citada encuentra su fuente en la obligación que tienen los participantes en el mercado de respetar en sus actuaciones la buena fe comercial, por lo cual incurrir en actos de competencia desleal quienes con su conducta violan dicho deber. Esta conclusión acorde con el *contenido ético* que envuelve el concepto de lealtad permite concluir como lo hizo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el año 1958, reiterada por la misma corporación y Sala en agosto de 2001, que actuar lealmente, es obrar de conformidad con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente en el comercio, vale decir, con un determinado *estándar de usos sociales y buenas prácticas mercantiles*” (el destacado me pertenece).

posición al respecto y concluye que las sanas costumbres mercantiles no pueden continuar considerándose como puros referentes éticos y morales, de manera que deben demostrarse de la misma forma que la costumbre mercantil y la violación de esta por el sujeto activo, para que la conducta pueda ser considerada desleal.

Pasando a otro aspecto de la cláusula general, debemos señalar que es una norma autónoma, que tipifica un acto desleal propio, de manera que, si un determinado supuesto de hecho se enmarca en otro acto desleal expresamente tipificada en los arts. 8° a 19, no debería enjuiciarse acudiendo a la prohibición general, no obstante, que un mismo supuesto de hecho pueda concurrir en la violación de dos conductas de la ley.

Desde otro punto de vista, la consagración de la prohibición general resulta de gran importancia para reprimir nuevos comportamientos desleales que puedan presentarse en el mercado, por cuanto tiene el efecto de otorgarle a la ley 256, un carácter no taxativo de las conductas desleales, encontrando recibo en ella cualquier otro acto que no se encuentre expresamente tipificado.

### VI.2. *Desviación de clientela* (27)

La tipificación autónoma de una conducta de desviación de clientela no le es común a otros estatutos de competencia desleal, como a las leyes española y argentina y podría considerarse asistemática, por cuanto la desviación de

hechos públicos, uniformes y reiterados (C. Co., art. 3°), útil como criterio de interpretación (C. Co., art. 6°). *Usos honestos en materia industrial y comercial*, entendidos como especie de los usos o prácticas generales, locales o profesionales que envuelven tácitamente la formación de los actos jurídicos y que tiene por objeto interpretar o completar la voluntad de las partes o la del autor del acto, los cuales se diferencian de las costumbres principalmente por carecer de *opinio iuris* o convicción de obligatoriedad, y que requieren ser demostrados por los medios probatorios señalados por la ley procesal (C.P.C., art. 189)".

(27) "Art. 8° — Actos de desviación de la clientela. Se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial".

clientela es un elemento común y un efecto de un acto desleal; claramente, cuando se genera confusión, engaño, comparación o denigración, el efecto al menos potencial es la desviación de la clientela.

Desde otro punto de vista, probar la desviación de clientela resulta relevante para cuantificar el perjuicio causado por un acto desleal en general, no obstante, consagrada esta conducta en forma independiente en la ley colombiana, la jurisprudencia ha fijado su alcance a través de los siguientes elementos: (i) el análisis de ilicitud se debe basar en los medios utilizados y no en el objeto o el efecto de la conducta, de manera que teniendo en cuenta que esta conducta se encuentra tipificada acudiendo a los mismos conceptos de sanas costumbres mercantiles o usos honestos en materia industrial o comercial, que se encuentran en la prohibición general, aquellos conceptos tendrán el mismo entendimiento y calificarán si el medio empleado estaba o no conforme con las reglas de comportamiento de mercado (28); (ii) teniendo en cuenta que la norma no mencionó expresamente a la buena fe como principio inmerso en la tipificación de la desviación de clientela, las decisiones judiciales han precisado que dicho concepto se encuentra reflejado en todas las conductas desleales (29); (iii) se le ha reconocido su carácter de conducta autónoma (30).

### VI.3. *Actos de desorganización* (31)

Esta conducta, como la desviación de clientela tampoco está tipificada en forma independiente en la norma argentina o en la española, porque en última instancia es un efecto de otro acto de competencia desleal, como por ejem-

(28) Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 5321 de 2004. Disponible en [www.sic.gov.co/normativa/sentencias de competencia desleal/2004](http://www.sic.gov.co/normativa/sentencias_de_competencia_desleal/2004).

(29) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 3297 de 2016. Disponible en [www.sic.gov.co/normativa/sentencias de competencia desleal/2016](http://www.sic.gov.co/normativa/sentencias_de_competencia_desleal/2016).

(30) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 11 de 2005. Disponible en [www.sic.gov.co/normativa/sentencias de competencia desleal/2005](http://www.sic.gov.co/normativa/sentencias_de_competencia_desleal/2005).

(31) "Art. 9° — Actos de desorganización. Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno".



plo, la inducción a la ruptura contractual o la violación de secretos empresariales, porque parece difícil advertir que una actuación de un agente del mercado —desligada de un acto previo de competencia desleal—, pueda causar en sí mismo, la desorganización interna de otro agente del mercado. Situaciones extremas como afectar la infraestructura de una empresa, afectar su acceso a servicios públicos, o redes telefónicas o de Internet, son actos objetivamente contrarios a la buena fe, cuya deslealtad se ampara en la prohibición general.

En este sentido, como acto desleal propio, la causa que origina la desorganización es el elemento propio del reproche y en ello el análisis de las circunstancias que rodean cada situación es fundamental. No estamos de acuerdo con una posición doctrinaria que incluye como elemento de la conducta una afectación de la empresa en “grado sumo” (32).

En efecto, no son necesarias situaciones como la quiebra de la empresa o que la misma entre en causales de disolución, porque basta que el sujeto pasivo no pueda desarrollar en forma normal sus actividades con ocasión del acto desleal. En este sentido, un solo día en que la empresa no pueda operar, o una disminución de sus ventas mensuales, son elementos relevantes para configurar la conducta, por cuanto consideramos que, para efectos muy diferentes, propios de la cuantificación del perjuicio sufrido, se debe evaluar la magnitud de la afectación, así como los costes en que incurra el afectado para superar los efectos del acto desleal.

Un tema interesante para evaluar a la luz de esta conducta es la estrategia sistemática que emprende un agente del mercado de contratar personal de su competidor. En esta situación, las decisiones judiciales en Colombia han tenido en cuenta para evaluar la deslealtad del acto, tanto la importancia cualitativa de los empleados retirados del afectado y contratados por el sujeto activo del acto desleal, como ocurre cuando los trabajadores retirados tienen cargos directivos o son miembros de un grupo o división importante de la empresa según su objeto

(32) DE LA CRUZ CAMARGO, Dionisio M., *La Competencia Desleal en Colombia. Un estudio sustantivo de la ley*, Universidad Externado de Colombia, 2014.

social(33), “(...) la privó intempestivamente de su equipo técnico y de profesionales” (34), así como la relevancia cuantitativa, es decir, el número de personas y el porcentaje que representan en la organización o el área específica afectada(35) y un elemento adicional de alta relevancia referido al tipo de información a la que logra acceder la empresa competidora (36).

#### VI.4. Confusión (37)

En esta conducta el agente del mercado genera un error de juicio en la asociación por el consumidor sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, obtenida a través del uso o manipulación de instrumentos de identificación empresarial o profesional. De la redacción de la conducta se observa que basta crear un riesgo de confusión para salvaguardar la reacción de los consumidores ante el suministro de una información en el mercado que no se corresponde con la realidad, acerca de la identidad o procedencia empresarial o profesional y no sobre el aprovechamiento del buen nombre de otro para captar clientes, conducta que se reprime en otra norma de la LCD (art. 5º, ley 256 de 1996).

Teniendo en cuenta que los instrumentos más utilizados para desarrollar el proceso de comunicación son los signos distintivos, es im-

(33) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 31714 de 2003. Disponible en [www.sic.gov.co/normativa/sentencias\\_de\\_competencia\\_desleal/2003](http://www.sic.gov.co/normativa/sentencias_de_competencia_desleal/2003).

(34) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 3300 de 2012. Disponible en [www.sic.gov.co/normativa/sentencias\\_de\\_competencia\\_desleal/2012](http://www.sic.gov.co/normativa/sentencias_de_competencia_desleal/2012).

(35) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 615 de 2012. Disponible en [www.sic.gov.co/normativa/sentencias\\_de\\_competencia\\_desleal/2012](http://www.sic.gov.co/normativa/sentencias_de_competencia_desleal/2012).

(36) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 3289 de 2012. Disponible en [www.sic.gov.co/normativa/sentencias\\_de\\_competencia\\_desleal/2012](http://www.sic.gov.co/normativa/sentencias_de_competencia_desleal/2012). En ese caso se demostró que los demandados emprendieron una estrategia para obtener la información necesaria para iniciar la misma actividad económica del demandante.

(37) Art. 10, ley 256. Confusión. “En concordancia con lo establecido por el punto 1 del numeral 3º del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos”.

portante que los jueces fijen un lindero entre las normas de propiedad industrial y las de competencia desleal para establecer la utilización de unas y otras, según el supuesto de hecho específico. En Colombia, se ha reconocido que las dos disciplinas resultan complementarias. A manera de ejemplo, el análisis de confusión en la propiedad industrial, se concentra, en primer lugar, en establecer las identidades fonéticas, gramaticales e ideológicas entre dos signos comparados y en la conexidad competitiva por el principio de especialidad.

La confusión en materia de competencia desleal se analiza desde otra perspectiva, complementaria como lo hemos señalado, incluyendo otros instrumentos de identificación empresarial o profesional, como ocurre con la publicidad, la razón social de un empresario, la reproducción de uso de la marca notoriamente conocida, la obtención de un registro marcario fraudulento, el tipo o forma de los empaques, las vitrinas, entre otros. La comparación en estos casos no es puramente normativa, sino fáctica y atiende también a la similitud de prestaciones, establecimientos o actividades (38).

Los grupos de casos en donde podría acudirse a la protección complementaria de la propiedad industrial, a través de la competencia desleal por el tipo especial de confusión, que permitirían perseguir daños y perjuicios son: (i) uso de una marca notoriamente conocida o de la marca del agente (*art. 6º septies del Convenio de París*); (ii) uso de marcas registradas con fraude de los derechos de un tercero o con violación de una obligación legal o contractual; (iii) el uso del nombre comercial, razones sociales de las compañías; (iv) demandar la utilización de la presentación de los productos,

(38) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 2762 de mayo 31 de 2012. Disponible en [www.sic.gov.co/normativa/sentencias\\_de\\_competencia\\_desleal/2012](http://www.sic.gov.co/normativa/sentencias_de_competencia_desleal/2012). En esta sentencia se logró este avance de enfoque cuando frente a la presentación de dos productos se afirmó: “La reproducción de elementos característicos de la presentación comercial del producto de un competidor resulta legítima y, por tanto, no tiene un carácter desleal, en aquellos eventos en que, además, se incluyan aspectos diferenciadores relevantes que permitan diluir el riesgo de que un producto sea adquirido pensando que es el otro o de que a ambos se atribuya el mismo origen empresarial”.

elementos configurativos de estos o del establecimiento del comercio original que evocan en el consumidor una procedencia empresarial o profesional; (v) utilización de elementos decorativos, disposición de vitrinas, arquitectura interior de un establecimiento, o diseño de los embalajes o etiquetas; (vi) reproducción de nombres o representación de personajes de series televisivas, películas cinematográficas, historias gráficas, nombres de personas afamadas o en las denominaciones o símbolos de eventos o asociaciones deportivas (Federación Colombiana de Fútbol), de Universidades o de acontecimientos culturales (Festival de teatro de Bogotá).

#### VI.5. Engaño (39)

La norma no sanciona necesariamente el error efectivo del consumidor, sino que basta la inducción a dicho error (40). La norma enumera algunas circunstancias que pueden determinar el error, tales como difundir indicaciones incorrectas o falsas u omitir las verdaderas o “(...) cualquier otro tipo de práctica que (...) sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza (...)”.

La conducta igualmente se genera por omisión de informaciones supuesto en el cual se determina si esta era relevante para que los

(39) “En concordancia con lo establecido por el punto 1 del numeral 3º del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público en error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento *ajenos*”.

“Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento *ajenos*, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos”.

(40) Ver entre otras, Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 10 de 2005. Disponible en [www.sic.gov.co/normativa/sentencias\\_de\\_competencia\\_desleal/2012](http://www.sic.gov.co/normativa/sentencias_de_competencia_desleal/2012). “La conducta no requiere de un error efectivamente causado” y Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 20 de 2010, según la cual: “(...) resulta necesario que pueda inducir a error a los consumidores o que les genere falsas expectativas”.

consumidores decidieran sus preferencias por el producto o servicio.

El análisis de la configuración de un error se realiza siguiendo los siguientes pasos: (i) determinación del círculo de destinatarios del mensaje, que generalmente debe hacerse teniendo en cuenta el conocimiento del consumidor medio (41); (ii) establecer la impresión y las expectativas al percibir el mensaje, es decir, medir el entendimiento que tienen sobre las prestaciones ofrecidas; (iii) posteriormente, se confrontan la impresión y las expectativas del destinatario medio, con la realidad para advertir si fueron engañados; (iv) un medio de prueba suelen ser las encuestas o los estudios demoscópicos.

Esta norma ha servido en Colombia y en otros países, que no cuentan con un estatuto de publicidad autónomo, para sancionar varios supuestos de publicidad engañosa (42), tales como la publicidad agresiva, la publicidad encubierta o la publicidad de tono excluyente. La jurisprudencia en Colombia en procesos de competencia desleal ha contribuido a delimitar varios elementos importantes para el análisis de una pieza publicitaria, tales como: (i) no aislar sus partes para estudiarlas separadamente y analizar todo el contexto o mensaje de la pieza publicitaria; (ii) identificar si el mensaje contiene afirmaciones objetivas que necesariamente deban comprobarse, o si por el contrario es subjetivo y exento de someterse a un juicio de veracidad y (iii) la exageración publicitaria no es engañosa, porque no resulta objetivamente creíble (43).

Las características descolantes del engaño son entonces las siguientes: (i) es necesario que la conducta se exteriorice, es decir, que se utilice

---

(41) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 32749 de 2004. “La interpretación de la pieza publicitaria que hace el evaluador debe reflejar la forma, el análisis o la interpretación que de la misma hace el consumidor racional o “común y corriente” (...). Disponible en [www.sic.gov.co/normativa/sentencias\\_de\\_competencia\\_desleal/2014](http://www.sic.gov.co/normativa/sentencias_de_competencia_desleal/2014).

(42) Ver, entre otras, Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 32749 de 2004. Disponible en [www.sic.gov.co/normativa/sentencias\\_de\\_competencia\\_desleal/2004](http://www.sic.gov.co/normativa/sentencias_de_competencia_desleal/2004).

(43) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 2 de 2006. Disponible en [www.sic.gov.co/normativa/sentencias\\_de\\_competencia\\_desleal/2006](http://www.sic.gov.co/normativa/sentencias_de_competencia_desleal/2006).

en los canales de comunicación con la clientela; (ii) la norma incluye el error sobre la actividad, las prestaciones o el establecimiento *ajenos*, lo que nos parece anti técnico porque en esta conducta por su propia naturaleza el agente del mercado se refiere a sus propias prestaciones. En efecto, si en la comunicación con la clientela se hace relación a otro agente competidor, estamos en presencia de otra conducta diferente y según las circunstancias, frente a un acto de denigración, comparación o desviación de clientela. Esta interpretación se ajusta a la redacción, tanto del Convenio de París, como a la Decisión Andina 486 de 2000, en su art. 259, literal c).

El posible engaño sobre la procedencia geográfica, es bastante relevante a propósito del uso habitual de indicaciones de procedencia falsas o engañosas y de usurpación de indicaciones geográficas. En este sentido, el régimen de propiedad industrial tiene un ámbito restringido de protección en estas materias por cuanto el presupuesto fundamental es que la indicación geográfica se encuentre protegida en el país a través de su reconocimiento por la oficina nacional competente. No obstante, suele ocurrir que, frente a denominaciones de origen extranjero, tales como champagne, roquefort, manchego, parmesano, entre otros, los productores nacionales utilicen esas denominaciones a falta de protección en el país. Sin embargo, esta conducta específica se enmarca en el segundo párrafo del art. 15 de la ley 256 de 1996, que considera desleal la explotación de la reputación ajena.

#### VI.6. *Descrédito* (44)

El acto de descrédito en la LCD, comprende la difusión de manifestaciones no veraces respecto de un tercero, anotando que la ley tolera el menoscabo del crédito en el mercado cuando las afirmaciones son ciertas, es decir, están cu-

---

(44) “Art. 12.— En concordancia con lo establecido por el punto 2 del numeral 3º del artículo 10 bis del Convenio de París. Aprobado mediante ley 178 de 1994, se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes”.

biertas por la *exceptio veritatis*(45), siempre que igualmente resulten pertinentes.

La tolerancia de la difusión de informaciones verdaderas esta impuesta por la tutela constitucional al derecho de la información y por cuanto se considera útil en el mercado que el consumidor cuente con mayor información, que siendo verdadera pueda incluso afectar a un empresario.

Ahora bien, en lo que se refiere al concepto de pertinencia de las manifestaciones, la ley colombiana guardó silencio. En efecto, no se cuenta con el siguiente párrafo, presente en la ley española, que, al tipificar el acto de denigración, establece:

“En particular no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado”.

Lo anterior se justifica porque este tipo de manifestaciones personales no procuran ofrecer datos acerca de los productos o servicios. Dicho esto, los eventos en los cuales se suele configurar un descrédito por afirmaciones incorrectas o falsas son a manera de ejemplo, las relativas a la mala situación económica y financiera, el mal estado de la empresa o las dudas acerca de su permanencia en el mercado (46), la cualificación y capacitación para la realización de una actividad (47) y la imputación de ilicitud de una conducta, cuando todas esas afirmaciones no resulten verdaderas.

### VI.7. Comparación (48)

La norma colombiana consagra un principio de licitud de la comparación, condicionado

(45) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 2019 de 2012. Disponible en [www.sic.gov.co/normativa/sentencias\\_de\\_competencia\\_desleal/2012](http://www.sic.gov.co/normativa/sentencias_de_competencia_desleal/2012).

(46) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 5131 de 2012. Disponible en [www.sic.gov.co/normativa/sentencias\\_de\\_competencia\\_desleal/2012](http://www.sic.gov.co/normativa/sentencias_de_competencia_desleal/2012).

(47) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 1451 de 2011. Disponible en [www.sic.gov.co/normativa/sentencias\\_de\\_competencia\\_desleal/2011](http://www.sic.gov.co/normativa/sentencias_de_competencia_desleal/2011).

(48) Art. 13 de la ley 256 de 1996: “Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 11 y 13 de esta ley, se consi-

al cumplimiento de determinados requisitos previos, justificado en permitir la afluencia de información importante para la formación de decisiones por parte de los consumidores, con fines de transparencia en el mercado.

Los elementos característicos de la conducta son: i) confrontación de actividades, prestaciones o establecimientos; ii) la referencia a uno o varios terceros identificables por el destinatario del mensaje; iii) el objeto de la comparación es resaltar la propia oferta. Este elemento resulta importante porque un supuesto de publicidad adhesiva o parasitaria que equipara la propia actividad, establecimientos o prestaciones con la de terceros particularmente conocidos para generar asociación se enmarca en un acto de explotación de la reputación ajena.

Sin embargo, la comparación debe referirse a extremos análogos, relevantes y comprobables. El requisito de que los extremos sean análogos y comprobables, procura prohibir que se confronten propiedades que típicamente el consumidor no compara. A manera de ejemplo, son análogos los extremos que tengan el mismo ámbito, como las que se refieren a comparar utilidad, precio, rendimiento o procedencia entre dos productos.

### VI.8. Imitación (49)

La norma contiene un principio de licitud de la imitación, salvo que existan derechos

desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables”.

(49) Art. 14, ley 256 de 2000: “La imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley.

”No obstante, la imitación exacta y minuciosa de las prestaciones de un tercero se considera desleal cuando genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento de la reputación ajena.

”La inevitable existencia de los indicados riesgos de confusión o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

”También se considerará desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un

de exclusiva protegidos, caso en el cual el *ius prohibendi*, se expresa como un derecho legal de exclusión que permitiría perseguir la imitación por las acciones de infracción de la propiedad intelectual.

Las circunstancias que determinan la deslealtad de una conducta por imitación pueden referirse a la forma (riesgo de confusión o asociación, explotación de la fama ajena o del esfuerzo ajeno) o la finalidad de una conducta (predación u obstaculización de un competidor).

Por el primer aspecto, el párrafo segundo del artículo, contiene el reproche de la imitación exacta y minuciosa, siempre que sea susceptible de causar confusión, entendida como un error sobre la procedencia empresarial de la prestación.

En el tercer párrafo, se prevé que la imitación solo es desleal cuando el imitador pudo adoptar medidas para evitar la confusión y le era exigible hacerlo. En otro sentido, solo la confusión o asociación evitable se reprime como desleal, por ejemplo, cuando se refiere a la muy particular forma de presentación de una prestación se debe demostrar que para el imitador era posible ofrecer una prestación similar, sin generar confusión en el mercado.

Se desprende de lo anterior, que para que exista confusión por un acto de imitación, la prestación imitada y ofrecida en el mercado debe tener singularidad, es decir, no ser habitual, de otra forma el consumidor no se confunde, lo que correlativamente implica que la prestación debe tener un cierto grado de asentamiento o implantación suficiente en el mercado.

La imitación minuciosa o exacta también se considera desleal cuando comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena que consiste en la usurpación lograda a través del crédito o buen nombre, que utiliza el imitador con propósitos de introducir o afirmar su propia oferta en el mercado.

---

competidor cuando dicha estrategia se halle encaminada a impedir u obstaculice su afirmación en el mercado y exceda de lo que según las circunstancias, pueda reputarse como una respuesta natural del mercado”.

Un elemento importante que justifica la tipificación de esta conducta y que resulta determinante demostrar en el proceso son los costos en que incurre el titular de la prestación original para crear y afianzar su prestación en el mercado, que el imitador desleal se ahorra con su conducta parasitaria.

Finalmente, en el último párrafo de la norma se contempla un supuesto de imitación en función de reprimir una finalidad predatoria o una estrategia encaminada a impedir u obstaculizar la afirmación de un agente en el mercado. Dicha conducta debe ser sistemática y se debe demostrar que estuvo dirigida a obstaculizar la posición competitiva y que carecía de justificación, es decir, que excedió la respuesta normal del mercado.

#### VI.9. Explotación de la reputación ajena (50)

La explotación de la reputación ajena ocurre normalmente por el empleo de signos distintivos de un tercero (51), concepto utilizado en el segundo párrafo como una categoría genérica, no necesariamente vinculada a los signos protegidos por la propiedad industrial, sino que comprende todos los elementos o medios que sean idóneos para transmitir al consumidor informaciones acerca de las actividades, prestaciones o establecimientos. Es decir, consideramos que la norma no protege el uso de signos distintivos en sus funciones primarias de identificar un origen empresarial (marcas y nombres comerciales) o la procedencia geográfica (denominaciones de origen), porque ello está comprendido en otras conductas como la confusión y el engaño, o en las normas de la propiedad industrial. En efecto, esta norma protege el buen nombre o la fama de las actividades, es-

---

(50) Se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional, adquirida por otro en un mercado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y en los tratados internacionales, se considera desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas o engañosas, aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como “modelo”, “sistema”, “tipo”, “clase”, “género”, “manera”, “imitación” y similares.

(51) MASSAGUER, José, *Comentarios...*, cit., ps. 367-369.

tablecimientos (52) o prestaciones de un agente en el mercado, que de no demostrarse llevaría al fracaso la pretensión (53).

La ley española exige que el acto mediante el cual se aproveche de la reputación ajena, sea susceptible de calificarse como “indebido”. Consecuente con lo anterior, los comentaristas de la ley española, consideran que, para determinar la existencia de un aprovechamiento de la reputación ajena por el uso de signos distintivos, deben tenerse en cuenta necesariamente la reputación del signo, su notoriedad entre el círculo de destinatarios, la implantación del signo, el esfuerzo realizado para propiciar la reputación de este y, en fin, el aprovechamiento indebido (54).

Por ello, no estamos de acuerdo con un autor colombiano (55) que considera que en el párr. 2º del art. 15 de la ley 256 de 2000, que regula el supuesto de la utilización de signos distintivos como acto de explotación de reputación ajena se contemple una especie de presunción legal de manera que la simple utilización del signo imponga declarar la deslealtad de la conducta, sin necesidad de probar una reputación existente.

En efecto, para el autor mencionado, basta probar “...el derecho que posee el demandante sobre un signo distintivo y el uso por parte del demandante de un signo idéntico al registrado”, con lo cual no existiría una razón que justifique la norma, por cuanto sería suficiente acudir a las acciones de infracción de la propiedad industrial. Al respecto, la norma de competencia

desleal no está prevista para sustituir la protección de las normas de propiedad industrial, sino para recoger supuestos complementarios.

En efecto, varios supuestos de uso de marcas por terceros no constituyen actos desleales por las limitaciones y excepciones propias reconocidas en el régimen de propiedad industrial, de allí lo peligroso de considerar que existe una presunción. Por ejemplo, la utilización de un tercero de su propio nombre, el uso por un tercero de la marca ajena a fin de indicar el destino de un producto, el uso por distribuidores de accesorios o piezas, o el uso con fines de indicar la compatibilidad del producto.

En conclusión, consideramos que en el ámbito de la explotación de la reputación ajena entran las conductas que impliquen apropiarse injustificadamente de la reputación ganada por otro, o *per se* el simple uso de un signo distintivo ajeno, porque la reputación en todo caso, es un elemento que debe acreditarse en el proceso, diferente a los presupuestos para una acción por infracción de las normas de propiedad intelectual.

Finalmente, el acto de explotación de la reputación ajena se justifica como conducta autónoma tipificada en la Ley de Competencia Desleal, porque no implica necesariamente un engaño o confusión, y complementa la propiedad intelectual al dejar de lado el principio de la especialidad marcaria.

#### VI.10. Violación de secretos empresariales (56)

La norma protege secretos industriales o relativos a la fabricación de un producto, aplicación de cierto procedimiento, prestación de un

(52) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 38 de 2011, en la cual se declaró la reputación de un establecimiento de comercio, por varios factores tales como la calidad de sus productos, la ubicación, la afluencia masiva de clientes y su aparición en publicaciones especializadas.

(53) En efecto en varias sentencias proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, se han desestimado las pretensiones por no probar la reputación. Ver, entre otras, sentencias 1228 y 1425 de 2012.

(54) ARROYO APARICIO, Alicia, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Alberto (dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2011.

(55) Ver VELANDIA, Mauricio, “Derecho de los Mercados” (apuntes), 2006, ps. 17-18.

(56) “(...) La divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta ley.

“Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

“Las acciones referentes a la violación de secretos procederán sin que para ello sea preciso que concurran los requisitos a que hace referencia al artículo 2º de esta ley”.

determinado servicio, composición de un producto, mantenimiento u optimización de una planta o instalación industrial, entre otros.

Igualmente se refiere a secretos comerciales, propiamente dichos que comprenden, información relativa a la organización y planificación de la actividad interna de la empresa, en aspectos administrativos, financieros, listas de clientes (cuando las mismas establecen la identidad, localización, preferencias, hábitos de compra, condiciones contractuales) (57), estrategias, planes de negocios, decisiones y estudios, entre otros.

El término más amplio que utiliza la norma es “secreto empresarial”, que comprende el conjunto de conocimientos o informaciones que no son de dominio público, que le proporcionan a quien los maneja una ventaja competitiva en el mercado o *know-how*.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 260 de la decisión 486 de 2000 (58), se considera secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en cualquier actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero.

El secreto empresarial es un saber especializado, secreto y profesional que se consolida con el tiempo y es fruto de la experiencia que acumula un empresario en un proceso productivo. Sin embargo, el *know-how* no solo es un secreto técnico o industrial, sino que puede ser también comercial, p. ej., cuando una empresa conoce una serie de estrategias para la explotación de un producto o empresa.

La información protegida por el secreto empresarial puede estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.

(57) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 31714 de 2003. Disponible en [www.sic.gov.co](http://www.sic.gov.co), ruta: *normatividad/sentenciascompetencia desleal/2003*.

(58) Régimen Común Andino de Propiedad industrial.

Ahora bien, como lo establece el párrafo final del art. 16, anteriormente transcrito, para interponer una acción por violación de secretos, no se exige la finalidad concurrencial del acto, es decir, que con este se haya mantenido o incrementado la participación en el mercado de quien violó el secreto o de un tercero, lo que significa que, demostrando el uso o divulgación del acto, se configura la violación. Más precisamente podríamos decir, que el requisito del fin concurrencial se sustituye por la exigencia de que el sujeto agente actúe con el fin de obtener un provecho propio o de un tercero o de perjudicar al titular del secreto, que agregamos, no es necesario probar el efectivo ánimo de obtener dicho provecho.

Las condiciones para considerar una determinada información como secreto empresarial, son las siguientes:

- Que la información sea secreta en el sentido de que, como conjunto o configuración y reunión de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por los círculos que normalmente manejan la información (59).

- Que tenga un valor comercial por ser secreta y en ese sentido, importa demostrar ese valor a los efectos de la indemnización perseguida por el uso infractor del secreto.

- Que haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta (60).

La Decisión Andina 486, establece una protección para quien lícitamente tenga el control de un secreto empresarial, contra la divulgación

(59) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 3129 de 2012. Disponible en [www.sic.gov.co](http://www.sic.gov.co), ruta: *normatividad/sentenciascompetencia desleal/2012*. En esta sentencia se consideró que este presupuesto no se acreditó porque la información se encontraba disponible en Internet y otra información se encontraba en fuentes públicas.

(60) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 1406 de 2012. Disponible en [www.sic.gov.co](http://www.sic.gov.co), ruta: *normatividad/sentenciascompetencia desleal/2012*. En esta niegan las pretensiones porque el demandado no tomó las medidas suficientes para proteger la información, tratándose de unas fórmulas para preparación de pastas que estaban contenidas en un libro sin ninguna medida de seguridad.

ción, adquisición o uso de tal secreto de manera contraria a las normas sobre la libre competencia y califica como desleales los siguientes actos:

- Explotar sin autorización de su poseedor legítimo, un secreto empresarial al que ha tenido acceso con sujeción a una obligación de reserva resultante de una relación contractual o laboral. La explotación consiste en la utilización de la información secreta que sea idónea para aprovecharla con cualquier finalidad y de cualquier modo.

- Comunicar o divulgar el secreto con ánimo de obtener provecho propio o de un tercero. La divulgación comprende toda comunicación hecha por cualquier medio que permita su ulterior utilización, bien sea al público o a una o varias personas no autorizadas, sea activamente (puesta en conocimiento directo) o pasiva (facilitación al tercero el acceso).

- Adquirir un secreto empresarial por medios ilícitos o contrarios a los usos comerciales honestos. Un secreto empresarial se considera adquirido por medios contrarios a los usos comerciales honestos cuando la adquisición resulte de actos de espionaje industrial, el incumplimiento de un contrato u otra obligación, el abuso de confianza, el incumplimiento de un deber de lealtad, entre otros.

Por ello, la norma de competencia desleal en Colombia, debe ser necesariamente concordada y complementada con lo dispuesto en la Decisión Andina 486 sobre régimen común andino de propiedad industrial, que se encarga de definir el secreto empresarial y sus requisitos, ocupándose la LCD, de definir qué actos constituyen violación.

### VI.11. Violación de normas (61)

La tipificación abierta contenida en la LCD sobre la naturaleza de la norma jurídica infringida por un agente del mercado que puede llegar a configurar el acto desleal, no es deseable

(61) “Art. 18.— Violación de normas. Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. *La ventaja ha de ser significativa*”.

porque deja importantes vacíos sobre varias cuestiones que necesariamente deben ser interpretadas por el juez.

En un primer aspecto, surge la inquietud natural referida a si la conducta prohibida como desleal tiende a proteger el orden jurídico en general cuando afecte el orden concurrencial.

A manera de ejemplo, tomando un supuesto extremo, nos preguntamos si la amplitud de la norma podría dar a entender que, si un agente del mercado decide asesinar a su competidor para evitar que pueda abrir su establecimiento de comercio, para ganar una ventaja competitiva significativa, la norma encuentra aplicación. Por ello, no dejaba de ser importante introducir una primera precisión, como se ocupó de hacerlo la norma española al indicar que se trata de “(...) la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial” (62).

En este sentido, el espectro de normas que pretende acoger esta conducta para calificar su violación como desleal, tendría su ámbito natural en aquellas destinadas a la regulación de los mercados, tales como las normas sobre prácticas restrictivas de la libre competencia, así como aquellas que en términos generales fijen condiciones o requisitos para el ejercicio de una actividad económica (63). A *contrario sensu*, en Colombia no se ha considerado que normas contenidas en el Código Contencioso Administrativo, (64) en la legislación sobre marcas (65) o trámites relativos a la importación de productos (66), tipifiquen esta conducta.

(62) Art. 15 de la ley 3 de 1991, modificada por la ley 29 de 2009.

(63) Al respecto, Barona Vilar señala: “se trata de aquellas que regulan la actividad concurrencial” elemento que se incorporó a la norma española, siguiendo a su vez la norma alemana. BARONA VILAR, Silvia, *Competencia desleal*, cit., p. 608.

(64) Ver, Superintendencia de industria y Comercio, sentencia 28 de 2010.

(65) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 2 de 2011. Disponible en [www.sic.gov.co](http://www.sic.gov.co), ruta: *normatividad/sentencias de competencia desleal/2011*.

(66) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 11 de 2011. Disponible en [www.sic.gov.co](http://www.sic.gov.co), ruta: *normatividad/sentencias de competencia desleal/2011*.



Lo anterior suscita un segundo vacío de la norma, en el sentido de determinar quién califica la infracción, es decir, si es el juez de la causa de competencia desleal o se requiere el pronunciamiento previo de una autoridad administrativa u otro juez con competencias para el efecto o, en otros términos, si existen circunstancias que hagan necesaria la prejudicial. Algunas posiciones doctrinales que con claridad advierten que no se debería confundir la competencia que tendría el juez de la causa de competencia desleal para comprobar si se presenta el supuesto de hecho de la norma infringida con la competencia para calificar concretamente la infracción, la responsabilidad administrativa o sus consecuencias, no siempre han tenido eco en la jurisprudencia nacional.

Ahora bien, señalemos que a diferencia de otras normas de la LCD, en esta conducta se exige expresamente un resultado representado en la obtención de una ventaja competitiva (67), que además se califica como significativa, entendida como de tal magnitud, que origine un efecto concreto en el mercado, y en las condiciones de este, referidas a la decisión de los consumidores, de manera que exista un desequilibrio en el afectado con la conducta respecto a las ventajas que obtuvo el demandado a través de la infracción de la norma.

#### **VI.12. Inducción a la ruptura contractual** (68)

La norma consagra tres supuestos diferentes: la inducción a la infracción de deberes contractuales básicos, la inducción a la terminación regular de un contrato y el aprovechamiento de una infracción contractual ajena inducida.

---

(67) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 7 de 2008. Disponible en [www.sic.gov.co](http://www.sic.gov.co), ruta: *normatividad/sentencias de competencia desleal/2008*.

(68) Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos.

Lo anterior impone desagregar el significado de dos conceptos claves: deber contractual básico y terminación regular de un contrato. El primer concepto se refiere a deberes que resulten relevantes en el funcionamiento del contrato, lo que debe revisarse necesariamente frente a los potenciales sujetos inducidos, a manera de ejemplo, si es un trabajador, su deber contractual básico puede estar referido a prestar sus servicios en forma exclusiva a su patrono (69) o guardar reserva sobre la información confidencial que conoce, en tanto que si es un proveedor, su deber contractual básico con el afectado con la conducta desleal es suministrarle el producto y, si es un cliente, pagarle el precio. Ahora bien, la terminación regular se refiere a que el contrato fenece por vías contractualmente establecidas, tanto legales como contractualmente pactadas, por ejemplo, porque termina su período de vigencia.

En este caso, la conducta se considera desleal, solo en la medida que se demuestre que tiene por objeto la expansión de un sector o la intención de eliminar a un competidor o en general se reprochan los medios utilizados para generar la terminación, como cuando son fruto del engaño.

Resulta importante señalar que la doctrina en cuanto a la calificación de los medios desleales para inferir que los mismos tienden a eliminar a un competidor ha referido como supuestos la captación de trabajadores ajenos, dadas las características de su carácter masivo, la especial cualificación y la esencialidad de los equipos de trabajo, entre otras (70).

#### **VI.13. Pactos desleales de exclusividad** (71)

Esta norma fue demandada por inconstitucional en Colombia, por considerar que afec-

---

(69) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 1024 de 2011. Disponible en [www.sic.gov.co](http://www.sic.gov.co), ruta: *normatividad/sentencias de competencia desleal/2011*.

(70) BARONA VILAR, Silvia, *Competencia desleal*, cit., p. 600.

(71) “Art. 19.— Pactos desleales de exclusividad. Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución

taba la LCD, al tipificar una práctica contraria a la libre competencia.

No obstante, la norma fue declarada condicionalmente exequible por la Corte constitucional (72), ya que no prohíbe los pactos de exclusividad, sino solo en la medida que restringa el acceso de los competidores, es decir, que el pacto tenga un efecto sustancial en la disminución de la competencia.

La disposición ha sido de escaso análisis en la jurisdicción y cuando se ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta, se ha desestimado

---

de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales”.

(72) Sentencia C-535 - 97 de 23 de octubre de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

su configuración, al considerar que el pacto no tiene el objeto prevenido en la norma (73), no produce el efecto o no se demuestra la existencia de un contrato de suministro para configurar la prohibición (74).

---

(73) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 821 de 2011. Disponible en *www.sic.gov.co*, ruta: *normatividad/sentencias de competencia desleal/2011*. Se consideró que no se demostró que la relación de exclusividad tuviera como objeto o efecto restringir el acceso de los competidores al mercado.

(74) Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 1391 de 2011. Disponible en: *www.sic.gov.co*, ruta: *normatividad/sentencias de competencia desleal/2011*. Se consideró que no se demostró la existencia de un contrato de suministro en el que pudiera estar contenida la cláusula de exclusividad.

# La competencia desleal en Paraguay, una mirada amplia ante un catálogo normativo disperso

---

MARTA MARTÍNEZ (\*)

## I. Introducción

A diferencia de otros países con leyes especiales o donde las autoridades de competencia entienden en casos de competencia desleal y a falta de un cuerpo normativo unificado, en Paraguay es el juez mercantil el encargado de valorar la calificación de los actos desleales dentro de un catálogo normativo disperso y extremadamente abarcativo.

El presente artículo pretende brindar una mirada amplia que engloba los supuestos que determinan la existencia de un acto desleal en Paraguay, su diferencia con los actos contra la defensa de la competencia, los sujetos legitimados y las acciones posibles en casos de incumplimiento.

## II. Catálogo normativo

En orden cronológico de aparición, debemos citar como primer cuerpo encargado de legislar actos desleales en Paraguay a la denominada "Ley del comerciante". Según Buongermi "esta ley tiene un carácter marcadamente profesionalista, pues regula todo lo relacionado con la

profesión y actividad de quien es comerciante. Entre sus disposiciones cuenta con un título referente a la Competencia Comercial, con dos capítulos: uno dedicado a normas generales de competencia, que solo tiene tres artículos, y en el que se trata muy brevemente el derecho a competir en el mercado y la posibilidad de establecer pactos que limiten la competencia en cierto tiempo y relativos a zonas y actividades determinadas; asimismo regula la obligación de igualdad de trato impuesta al proveedor único. El capítulo II trata de la competencia desleal en cuatro artículos" (1).

La ley del comerciante sigue vigente en Paraguay considerando como actos de competencia desleal los siguientes (2):

a) usar nombres o signos distintivos que puedan causar confusión con los legítimamente usados por otros;

b) imitar los productos de un competidor, o realizar por cualquier otro medio, actos susceptibles de crear confusión con los productos o con la actividad de aquel;

c) difundir noticias o apreciaciones sobre los productos o actividad de un competidor, oca-

---

(\*) Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, 2017 (calificación sobresaliente *cum laude*). Máster en Derecho Público por la Universidad Complutense de Madrid, 2011. Máster en Gobierno y Administración Pública por la Universidad Complutense de Madrid, 2010. Actualmente Asociada Senior en Vouga Abogados y Profesora del Máster en Derecho de la Empresa de la Universidad Católica de Asunción.

---

(1) BUONGERMINI, M., "Legislación paraguaya en materia de competencia desleal. (Análisis comparativo de la legislación española)", *Revista Jurídica La Ley Paraguay*, 2001, p. 629.

(2) Art. 108.

sionar su descrédito o apropiarse de los méritos de los productos de aquel;

d) utilizar directa o indirectamente cualquier medio contrario a los principios de la ética profesional que puedan causar daño al competidor.

Dos años después, el Código Civil paraguayo (3) dispone que el que quiera ejercer una actividad lucrativa ya emprendida o explotada por otro con el mismo nombre o razón social, podrá hacerlo, pero con agregados o supresiones que eviten toda confusión o competencia desleal (4), limitando así la conducta desleal a la utilización ilícita del nombre o razón social.

En el año 1994, la ley 300 aprueba el *Convenio de París para la protección industrial*, consagrando que el Paraguay está obligado a asegurar una protección eficaz contra la competencia desleal con los recursos legales apropiados para reprimir eficazmente todos los actos previstos y determina que constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial, prohibiendo en particular (5):

1. Cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

2. Las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

3. Las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

Finalmente, en el año 1998 la Ley de Marcas (6) dispone que cualquier persona interesada tendrá acción judicial para impedir la utilización de cualquier medio que, en la designación o presentación de algún producto, indique

o sugiera que este proviene de una región geográfica distinta del verdadero lugar de origen, o cualquier otra utilización que constituya un acto de competencia desleal (7). Así, según la Ley de Marcas, constituye competencia desleal *todo acto contrario a la buena práctica y al uso honrado en materia industrial o comercial* (8) y más específicamente, los siguientes supuestos:

a) los actos susceptibles de causar confusión o un riesgo de asociación con respecto a los productos, los servicios, la empresa o el establecimiento ajenos;

b) las falsas descripciones de los productos o servicios por el empleo de palabras, símbolos y otros medios que tiendan a inducir a engaño al público con respecto a la naturaleza, calidad o utilidad de los mismos;

c) las falsas indicaciones geográficas de los productos o servicios, por medio de palabras, símbolos o cualquier otro medio que tienda a inducir a engaño al público; y

d) la utilización directa o indirecta, o la imitación de una indicación geográfica, aun cuando se indique el verdadero origen del producto, o la indicación esté traducida o vaya acompañada de expresiones tales como género, tipo, manera, imitación o similares;

e) el uso o propagación de indicaciones o alegaciones falsas, capaces de denigrar o de desacreditar a los productos, los servicios o las empresas ajenas.

f) el uso o propagación de indicaciones o alegaciones susceptibles de causar error o confusión con respecto a la procedencia, fabricación, aptitud para su empleo o consumo u otras características de productos o servicios propios o ajenos;

g) la utilización de un producto comercializado por un tercero para moldear, calcar o reproducir servilmente ese producto con fines comerciales, el esfuerzo o prestigio ajenos; y

h) el uso indebido de una marca.

(3) Ley 1183/1985.

(4) Art. 46.

(5) Art. 10.

(6) Ley 1294/1998.

(7) Art. 60.

(8) Art. 80.

### III. Actos desleales y su diferencia con los actos contrarios a la defensa de la competencia

En Paraguay, el derecho de la competencia es aún una materia recientemente incorporada al ordenamiento jurídico y poco conocida entre los juristas. Con la vigencia de la ley 4956/2013 se crea la Comisión Nacional de Competencia<sup>(9)</sup> como primer organismo encargado de velar por el cumplimiento de las normas anticoncurrenciales, entendiéndose estas como aquellas que buscan el correcto funcionamiento del mercado.

Si bien, la competencia desleal se encuentra protegida en el ordenamiento jurídico paraguayo desde larga data —tal y como se describe en el apartado precedente—, el bien jurídico tutelado se encuentra siempre circunscrito a la violación de un derecho entre comerciantes, es decir, de una persona jurídica frente a otra ante hechos “desleales” consistentes generalmente en actos de confusión, denigración, engaño, imitación o aprovechamiento de la reputación.

La Comisión Nacional de Competencia en Paraguay, por ende, no tiene habilitación competencial para entender en casos de competencia desleal y estos siempre serán dirimidos en sede judicial, ya que la legislación de competencia no prevé actos de competencia desleal que en su caso puedan lesionar el interés público, como sí lo hacen otras legislaciones a nivel mundial.

Dicho esto, queda suficientemente claro que nos encontramos ante actos de distinta tipología. Por un lado, la Comisión Nacional de Competencia entenderá ante hechos violatorios de competencia, entendida esta como un bien público y por tanto reprimida y controlada por una autoridad de naturaleza pública, como lo es la Comisión; y, por otro lado, podemos encontrarlos ante actos de naturaleza privada, en donde intereses particulares puedan verse afectados por casos desleales que si bien pueden venir aparejados a actos anticompetitivos, son resueltos en el seno judicial y no administrativo.

(9) Integrada finalmente en el año 2015 con la designación de todos sus miembros.

La tendencia mundial nos ha venido indicando que el derecho de la competencia desleal pasó de un modelo corporativo o profesional (como lo es aún en el Paraguay) a un modelo institucional o social.

El principio de libre competencia, implícito en el derecho constitucional de libertad de empresa (10), recoge el derecho y el deber de competir en el mercado, con la obligación, además, de hacerlo correctamente, sin obstaculizar la posición competitiva de terceros y sin alterar la libertad de decisión de los consumidores. El principio de libre competencia incluye, asimismo, de forma tácita, el principio de corrección en el tráfico económico. Y ambos principios se desarrollan en la legislación ordinaria, por medio de la legislación de defensa de la competencia y por la legislación de competencia desleal junto con las distintas leyes de propiedad industrial e intelectual, conformando todos ellos el derecho de la competencia en sentido amplio (11).

Así pues, en una visión comparada, la competencia desleal ya no responde solo a los intereses de los empresarios competidores, sino que el bien tutelado es la competencia y el interés protegido es el interés público en el funcionamiento competitivo del mercado, en el entendimiento de que protegiendo la competencia en el mercado se tutelan también los intereses de los competidores y de los consumidores (12).

El acto desleal se presenta así como un acto operativo pluriofensivo: puede perjudicar de manera prevalente los intereses de los compe-

(10) En Paraguay consagrado en el art. 107 de la CN en los siguientes términos: “Art. 107.— De la libertad de concurrencia. Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades. Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia. La usura y el comercio no autorizado de artículos nocivos serán sancionados por la Ley Penal”.

(11) Véase CARBAJO CASCÓN, Fernando, “La competencia desleal (I). Cláusula general e ilícitos por competencia desleal. La publicidad comercial desleal”, en AA.VV., *Manual práctico de derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2017, p. 344.

(12) TSpañol, sala Primera, 19/2/2013, TOL.3.800.177.

tidores o consumidores y en última instancia perjudicará el interés público por distorsionar el orden concurrencial (13).

#### IV. Legitimación y acciones posibles ante casos de competencia desleal

La ley del comerciante dispone que la acción encaminada a reprimir la competencia desleal corresponde al particular afectado y a las asociaciones profesionales interesadas (14). Sin embargo, la ley de marcas establece que cualquier persona interesada tendrá acción judicial para impedir la utilización de cualquier medio que, en la designación o presentación de algún producto, indique o sugiera que este proviene de una región geográfica distinta del verdadero lugar de origen, o cualquier otra utilización que constituya un acto de competencia desleal (15), y más específicamente legitima al productor, industrial o comerciante que pueda ser perjudicado por actos de competencia desleal para accionar judicialmente ante el fuero Civil y Comercial con la finalidad de hacerlos cesar o impedir su repetición, y para obtener la reparación de los daños y perjuicios (16).

El actor pretende del juez que declare la existencia de una determinada situación jurídica: la deslealtad del acto, esto es, la concurrencia de los requisitos precisos para un ilícito concurrencial y para ello analizará si los hechos invocados por la parte actora encajan en alguno de los ilícitos descritos en el apart. 2 del presente artículo. Por tanto, debe acreditarse la realidad del acto o comportamiento desleal y el interés legítimo del actor.

La Ley del Comerciante establecía que los actos de competencia desleal realizados con dolo o culpa del agente le obligan a reparar el daño causado. La Ley de Marcas complementa esta disposición cuando determina que el productor, industrial o comerciante que pueda ser perjudicado por actos de competencia desleal tiene acción judicial ante el fuero Civil y Comercial, para hacerlos cesar o impedir su repetición, y para obtener la reparación de los daños y per-

juicios. Esta acción prescribirá a los dos años de haberse tenido conocimiento fehaciente de dichos actos, o a los cuatro años contados desde que se cometió por última vez el acto, aplicándose el plazo que expire antes (17).

#### V. Breve repaso jurisprudencial

De un repaso a los fallos nacionales, podemos ver cómo los jueces paraguayos al momento de valorar conductas desleales han optado por un criterio ampliatorio entendiendo que “la conducta sometida a la norma es todo acto que se realice en el mercado y con fines concurrenciales. La Ley de Marcas establece los presupuestos para que un acto de comercio pueda ser considerado como desleal y define las conductas típicas bajo las que puede aparecer el ilícito. En efecto, en su art. 80 de la Ley de Marcas dice que se considera competencia desleal a todo acto contrario a la buena práctica y al uso honrado en materia industrial o comercial. En el propio Convenio de París (art. 10 bis 2) se consagra el principio. Las conductas típicas han sido desarrolladas en los arts. 81 y ss., igualmente la ley 444/1994 contiene algunas conductas típicas de deslealtad; pero en todos los casos su numeración no es taxativa, sino meramente enunciativa. Como puede verse, algunas de las conductas desleales están referidas a la cuestión marcaria, o son directamente delitos marcarios, pero muchas de ellas no tienen vinculación directa ni indirecta con las marcas, el ámbito de aplicación de la competencia desleal se extiende, sin duda, mucho más allá de los derechos de exclusiva, que son de carácter eminentemente real, abarcando esencialmente a las conductas, es decir a una actividad humana, que desarrollada dentro del mercado y con fines concurrenciales, pueda considerarse como contraria a los buenos usos comerciales” (18).

(17) Arts. 82 y 83.

(18) TApel. Civ. y Com. de Asunción, sala 3, “Souza Cruz SA c. Tabacalera Boquerón SA (Tabosa) s/competencia desleal” (ac. y sent. nro. 80). En esta sentencia la parte demandada se agravia contra la sentencia que hizo lugar a la demanda por competencia desleal y ordenó el cese de los actos de competencia desleal de producción, venta y comercialización de cigarrillos. El Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, tercera sala, resuelve declarar la nulidad parcial de la resolución recurrida, rechazar la demanda de competencia desleal con respecto a las marcas sobre las que no hubo pronunciamiento,

(13) CARBAJO CASCÓN, Fernando, “La competencia desleal (I)...”, cit., p. 345.

(14) Art. 112.

(15) Art. 60.

(16) Ídem.

De igual forma, los magistrados han entendido que, para analizar actos de competencia desleal, los mismos no pueden ser tenidos en cuenta de forma abstracta. Así, en la sentencia podemos ver:

“El demandante no puede ser sujeto de una acción por Competencia Desleal, sin justificar una marca en uso o un producto o servicio afectado por competencia deshonrosa [-], en este caso por la marca Hamilton Lights que el demandante reconoce que la titularidad lo tiene la empresa demandada. El demandante ya no es solicitante de la marca, pues le fue rechazada su solicitud y ha quedado firme el rechazo, por tanto, no existe una marca que pueda ser afectada por Competencia Desleal. Pero, en lo que concierne a la Competencia Desleal invocada, el accionante tampoco ha demostrado la existencia de una actuación competitiva que le perjudique a algún producto o servicio del demandante de una forma desleal [-].

“Si el demandante no tiene producto o servicio en competencia de mercado, no puede invocar la acción de Competencia Desleal. La conducta ilícita en la Competencia Desleal no es la transgresión a una norma jurídica, sino es la falta de ética en la concurrencia competitiva. La ilicitud de la competencia, puede ser de una Competencia prohibida o de una competencia desleal y esta última se apoya en la afectación de principios éticos de competencia, y, la ley, para establecerlo cuáles son establece una cláusula general y cita algunos casos que sirven de referencia para que el juez diga si la conducta es desleal, pero desde luego, debe existir un perjuicio para el demandante derivada de la concurrencia competitiva y el demandante no dijo cual daño le ocasionó la supuesta competencia desleal. *La competencia desleal no puede darse en forma abstracta [-], sino que debe existir un acto ilícito, pero ese acto ilícito debe ser por la transgresión a un principio de moralidad en la concurrencia del mercado.*

“Por otro lado, y en lo esencial, no están dados los presupuestos para la procedencia de la acción de Competencia Desleal, pues, el demandante, no ha demostrado, ni siquiera señalado, la utili-

zación de medios repudiados por la ética profesional para ser considerado desleal [-]. De hecho, en su escrito de demanda no ha señalado ninguna conducta desleal contra una marca vigente del demandante u otro acto de competencia deshonrosa sobre algún producto del demandante ofertado en el mercado y afectado por una conducta de competencia desleal. Si no hay algún producto o servicio afectado en concurrencia competitiva no hay propiamente competencia desleal. la competencia desleal es una competencia ilícita, en la que, a diferencia de la competencia prohibida, la ilicitud deviene de actos desleales, pero, el demandante no ha señalado cuál es la conducta deshonrosa que le afecta. Siendo así el acto de competencia desleal no puede atentar contra una disposición legal, porque, en ese caso, sería una ilicitud por la transgresión a una norma de prohibición y eso no es competencia desleal. Desde luego la Competencia Desleal es una ilicitud derivada de una actividad de competencia realizada fuera de los cánones que se deben enmarcar dentro de la cláusula general del Convenio de París, que establece los usos deshonestos y las buenas costumbres. De hecho, esta acción de competencia desleal es improcedente al no señalar el producto o el servicio, del demandante puesto en el mercado que haya sido afectado por un uso deshonesto en la concurrencia competitiva. Por tanto, no están dados los presupuestos básicos para invocar la competencia desleal. Y, en el caso, que el demandante considere que la falta de registro de una empresa extranjera en los Registros públicos sea una competencia desleal, está errado, en todo caso eso sería una competencia prohibida pero no desleal. La competencia desleal subsidiaría a la carencia de una norma prohibitiva, pues si hay una norma prohibitiva no debe usarse la acción de competencia desleal. La conducta señalada debe estar registrada la sociedad en el Registro Público, en todo caso, sería una competencia prohibida, pero no una competencia desleal. Sin embargo, una empresa extranjera no necesita constituirse o registrarse para solicitar la inscripción de la marca, considerando que los arts. 1200 y 1202 del Cód. Civil, establece que es suficiente la persona del representante de dicha empresa extranjera y para registrarlo no existe una exigencia de ese tenor [-]. Por lo tanto, al no haber una conducta ilícita de concurrencia

confirmar la sentencia en cuanto declaró la procedencia de la demanda e imponer las costas a la perdedora.

de competencia, sea esta desleal o prohibida, debe confirmarse este punto, más aun que no se ha señalado ningún producto o servicio que sea afectado por concurrencia competitiva desleal” (19).

## VI. Reflexiones finales

Con un disperso catálogo normativo en la materia, será el juez mercantil (Juzgado Civil y Comercial) quien deberá valorar cuestiones como: las buenas prácticas, el uso honrado en mate-

ria industrial o comercial y los medios contrarios a los principios de la ética profesional que puedan causar daño al competidor, siendo esta valoración —más allá de la dispersión normativa— lo que hace vulnerable al sistema jurídico de protección a los actos desleal en Paraguay.

Además, respecto a la relación entre actos de competencia desleal y actos anticompetitivos, Paraguay debería encaminar su legislación hacia la tendencia internacional de entender los actos desleales como aquellos que atentan en definitiva contra el correcto funcionamiento del mercado, ya sea con la promulgación de una ley especial de competencia desleal o con la incorporación de los actos desleales en la legislación actual de defensa de la competencia.

---

(19) TApel. Civ. y Com. de Asunción, sala 5, “Q., O. R. c. Empresa Tabacalera Nacional SA s/competencia desleal y cancelación de registro de marca Hamilton Lights por nulidad de uso” (ac. y sent. nro. 23).



# La competencia desleal en el Uruguay. Ámbito de aplicación, alcance, configuración y nuevas tendencias en materia de daños y perjuicios

---

JORGE ACHARD (\*) Y PABLO MONSUÁREZ (\*\*)

## I. Concepto

La competencia desleal en el Uruguay es un instituto que ha adquirido una importancia creciente en los últimos años, a pesar de contar con escasa regulación legal, a diferencia de nuestros países vecinos que desde tiempo atrás han buscado una mayor protección contra este tipo de prácticas (1).

Este instituto ha crecido de la mano de la doctrina y la jurisprudencia que, lentamente ha ido resolviendo conflictos ocasionados por actitudes desleales y contrarias a los usos honestos de empresarios.

En nuestro país, Eva Holz define la competencia desleal como los “actos ejecutados por una o más personas que emplean medios ilícitos para atraer o desviar la clientela de otra u otras personas” (2). Para Rippe y Germán el concepto de competencia desleal se integra de tres elementos: a) un acto de concurrencia —el autor debe ejercer una actividad que suponga clientela— y la perjudicada, debe tener una actividad igual o similar; b) una conducta incorrecta de quien rechaza el acto, es decir cuando la competencia usa medios desleales; c) un acto susceptible de provocar un perjuicio al competidor, el que puede ser material o moral (3).

Bugallo nos enseña que “la función del derecho contra la competencia desleal es asegurar el buen funcionamiento de la competencia, combatiendo ciertos componentes desleales de la misma como los son —entre otros— el ‘parasitismo’ del trabajo ajeno o los actos de confusión o engaño y cualquier otro calificado por la ley como desleal” (4).

Teniendo en cuenta la función de la competencia desleal como instituto podemos concluir que es similar a la función de la propiedad

---

(\*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de República Oriental del Uruguay. Especialista en derecho civil por la Universidad Católica del Uruguay. Estudios de Propiedad Industrial en la Universidad de Buenos Aires. Docente grado 1 de Nociones Fundamentales de Derecho Privado y Propiedad Industrial en la UDELAR. Abogado litigante en el Estudio Cervieri, Monsuárez y Asoc.

(\*\*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y Posgrado en derecho comercial por la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Socio director del Estudio Cervieri, Monsuárez y Asoc.

(1) RIPPE, Sigbert, “La competencia en el mercado nacional y regional”, Seminario aspectos éticos de los negocios, 2000, ps. 123-129.

(2) Definición de Holz citada por RIPPE, Sigbert - GERMÁN, Daniel, “Publicidad comparativa y competencia desleal”, *Anuario de Derecho Comercial*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, t. 8, p. 84.

(3) Ídem.

(4) BUGALLO, Beatriz, “Competencia desleal: Noción evolutiva y algunos actos no previsto expresamente en el art. 10 bis del Convenio de París”, *Anuario de Derecho Comercial*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2016, vol. 11, ps. 82-91.

industrial como tal, lo que es absolutamente coherente con el hecho de que nuestra única regulación se encuentra dentro de un tratado internacional sobre propiedad industrial.

En el mismo sentido nuestra Suprema Corte de Justicia dijo que “la competencia es desleal cuando (...) se valga de medios que, por su cualidad y eficiencia, vayan más allá de su finalidad de batir a las empresas en competición, con las armas de la superioridad técnica o con el más bajo costo de producción, y lesionen el derecho del competidor afectándolo con tal competencia...” (5).

## II. Régimen jurídico

En nuestro país no existe una regulación específica, ordenada y sistematizada del instituto en estudio. Únicamente contamos con principios generales y la previsión del Protocolo de París en su art. 10 bis ratificada en Uruguay por el dec.-ley 14.910 de 1979 (6).

Debemos recordar que el principio general de convivencia siempre está en la libertad de las personas a emprender y realizar la actividad económica que deseen. Esto está consagrado en nuestra constitución en su art. 36 que dice: “Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes”. Como derivado de este principio tenemos al principio de libre competencia y de mercado.

El derecho sobre competencia desleal es una excepción al principio general de la libertad que impera en nuestro país. Por lo que, siendo la libertad de comercio y empresa un principio general de nuestra sociedad, cualquier limitación que se establezca debe contar con consagración legal y ser de interpretación estricta.

(5) SC, sentencia 161/2005 (ministros: Van Rompaey [r], Gutiérrez, Parga, Rodríguez, Troise), citado en FALCO, Enrique - IGLESIAS, Leandro, “Defensa de la competencia y competencia desleal”, *Revista derecho comercial*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2014, p. 145.

(6) En el Uruguay la denominación de decreto-ley refiere a los decretos aprobados fuera del período democrático, que adquieren fuerza de ley una vez recuperada la democracia, en este caso mediante la ley 15.738.

El fundamento jurídico para la protección contra los actos de competencia desleal está principalmente en tres artículos del Código Civil, considerados como principios generales del derecho, por lo que son de aplicación por más que no estén específicamente previstos para el instituto en estudio. Así, tenemos:

a) El art. 1319 del Cód. Civil: “Todo hecho ilícito que causa a otro u daño impone a aquel por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo”. Conocido como principio de reparación integral del daño y base jurídica de la responsabilidad aquiliana o extracontractual.

b) El art. 1321 del Cód. Civil: “El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte”. Conocido como abuso de derecho.

c) El art. 1291 del Cód. Civil: “Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma. Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley”. Conocido como principio de buena fe.

Estas normas, consideradas como principios generales del derecho, son la base conceptual sobre la que se desarrolla y construye el instituto de la competencia desleal, no existiendo acuerdo en doctrina y jurisprudencia sobre si son de aplicación los tres principios o solo algunos de ellos. Tradicionalmente el art. 1319 fue el fundamento principal para la aplicación del instituto de la competencia desleal, siendo para algunos un delito civil y para otros un cuasidelito civil (7), aunque en tiempos recientes la jurisprudencia ha invocado al 1321. El abuso de derecho se configura cuando se utiliza un derecho acordado por el orden jurídico, con una finalidad contraria a aquella para la que se le consagró (8).

(7) BUGALLO, Beatriz, “Competencia desleal...”, cit., ps. 82-91.

(8) MERLINSKY, Ricardo - CARRIÓN RAMOS, Ivonne, “Competencia desleal. Comentario de jurisprudencia”,

Por otro lado, existe como normativa específica sobre competencia desleal el art. 10 bis del Convenio de París (9). No existe en nuestro ordenamiento jurídico reglamentación, ni medida de prevención o proceso de sanción de la competencia desleal, como sí podemos encontrar para el caso de la defensa de la competencia.

Por lo que es a partir de los principios generales mencionados junto a la escasa regulación específica que nuestra doctrina y jurisprudencia ha venido construyendo sobre las diversas ilicitudes que pueden existir a partir de un obrar desleal.

Existe un caso específico de previsión de conducta prohibida por ser considerada como competencia desleal. Tal el caso de la prohibición de los socios de competir con la propia sociedad (art. 209 de la ley 16.060 —Ley de Sociedades Comerciales—) (10).

El art. 10 bis del Convenio de París cuenta con una cláusula general y tres casos específicos a título enunciativo. La cláusula general prevé la concurrencia de tres elementos:

---

*Anuario de Derecho Comercial*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, t. 10, p. 406.

(9) “Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal. 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial. 3) En particular deberán prohibirse: 1. Cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 2. Las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 3. Las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos”.

(10) Art. 209 ley 16.060 (sociedades comerciales): Actos de competencia. “Un socio no podrá realizar, por cuenta propia o ajena, actos que importen competir con la sociedad, salvo consentimiento unánime y expreso de los otros socios. La violación de esta prohibición autorizará la exclusión del socio y otorgará a la sociedad el derecho a percibir los beneficios que resulten de aquellos actos y al resarcimiento de los daños y perjuicios”.

- Acto de competencia.
- Contrario a los usos honrados.
- Una actividad industrial o comercial.

Un acto de competencia desleal debe incluir estos tres elementos conjuntamente.

Uruguay también es parte del denominado ADPIC o TRIPS por ley 16.671 que regula aspectos del derecho de propiedad intelectual y dentro de lo que se prevé como un acto de competencia desleal la divulgación de información reservada o secreta en el art. 39 (11).

### III. Diferencias entre competencia desleal y defensa de la competencia

La habitual confusión entre ambos institutos nos ha llevado a dedicarle unas breves líneas para poder comprender las diferencias que lo sustentan.

Existen razones que llevan a limitar el accionar de los empresarios basados en diversos fundamentos tales como fomentar la competencia honesta entre los comerciantes y evitar la conformación de monopolios privados.

Así surgen dos institutos que, por más que integran la misma categoría jurídica denominada “derecho de la competencia”, tienen fundamentos y regulaciones diversos. Estos son la compe-

---

(11) ADPIC. Artículo 39: 1. Al garantizar una protección eficaz contra la competencia desleal, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 bis del Convenio de París (1967), los Miembros protegerán la información no divulgada de conformidad con el párrafo 2, y los datos que se hayan sometido a los gobiernos o a organismos oficiales, de conformidad con el párrafo 3. 2. Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida en que dicha información: a) sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; b) tenga un valor comercial por ser secreta; y c) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

tencia desleal y la defensa de la competencia. El primero es el que nos ocupa en este trabajo y busca evitar el accionar desleal entre empresarios al momento de competir por captar clientes, fomentando una competencia sana basada en la venta de mejores bienes y servicios.

Por otro lado, la defensa de la competencia busca evitar la confección de monopolios privados mediante la prohibición de una serie de actividades como el abuso de posición dominante y está regulada por la ley 18.159. Esta ley es de orden público y faculta a un organismo del Estado a velar por su cumplimiento con competencia para sancionar a las empresas incumplidoras con amonestaciones y/o multas. Los fundamentos económicos de este instituto exceden largamente este trabajo, pero responden a la tendencia de ciertos mercados a actuar monopólicamente provocando enormes daños al sistema en su conjunto (12).

Por otra parte, la competencia desleal establece reglas de carácter privados, no existiendo organismo estatal que las haga cumplir, quedando este reservado al ámbito privado de los particulares.

Ambos institutos tienen bienes jurídicos tutelados diversos y por tanto sus regulaciones también varían: la defensa de la competencia busca proteger la competencia en igualdad de condiciones, mientras que la competencia desleal busca proteger la clientela de los competidores (13).

#### IV. Actos comerciales considerados ilícitos

Ante la orfandad regulatoria ha sido tarea de la doctrina completar los vacíos legales previstos y establecer conductas concretas de ser tipificadas como contrarias a los usos honestos de los empresarios al momento de competir por un mercado.

(12) En EE. UU. las legislaciones *antitrust* son de principios del siglo XX y llevaron incluso a la división de grandes compañías, especialmente petroleras.

(13) BORDOLI ETCHAMENDI, Carlos R., "Daños por competencia desleal", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Uruguaya, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010, t. 40, p. 844.

Beatriz Bugallo entiende que el concepto de competencia desleal varía según cada mercado y cada tiempo histórico, por lo que algo que puede ser considerado como desleal hoy en día, no necesariamente lo fue en el pasado (14).

Por otro lado, Siegbert Rippe y Daniel Germán han interpretado el concepto de "usos honestos" como excluyente de las siguientes acciones (15):

- Medios de confusión en nombre o aspecto exterior de los establecimientos, en signos distintivos, etc. Alcanza una posible confusión para el eventual consumidor de atención media (16).

- Medios de denigración al publicitar afirmaciones sobre la persona, productos o establecimiento de un competidor (17).

- Medios de desorganización de un competidor al divulgar secretos de fábrica, de comercio o negocios, etcétera (18).

- Medios de desorganización de la economía en general a través de publicidad falsa, atribución de falsas cualidades, etcétera.

- Indebida atracción o desviación de clientela.

Por otro lado, Merlinsky y Carrión clasifican estos actos de competencia desleal de la siguiente manera (19):

- a) Frente a los competidores: los actos de denigración, de imitación, de explotación de la reputación ajena, de violación de secretos y de inducción a la ruptura contractual.

(14) BUGALLO, Beatriz, "Competencia desleal...", cit., ps. 82-91.

(15) RIPPE, Siegbert, *El derecho de la competencia en el derecho uruguayo*, Derecho y política de derecho de la competencia, Buenos Aires, 2000.

(16) RIPPE, Sigbert - GERMÁN, Daniel, "Publicidad comparativa...", cit.

(17) Ídem.

(18) Ídem.

(19) MERLINSKY, Ricardo - CARRIÓN RAMOS, Ivonne, "Competencia desleal...", cit., ps. 406-413.

b) Frente a los consumidores: actos de confusión, de engaño, de entrega de obsequios y regalos, de comparación y de discriminación.

c) Frente al mercado: la violación de normas, explotación de la situación de dependencia económica y venta con pérdida, para citar algunos casos particulares.

Complementando estos conceptos Beatriz Bugallo agrega también la inducción al público a error, la explotación de reputación ajena y la competencia parasitaria. Para esta autora hay competencia parasitaria, "cuando se produce un aprovechamiento ilícito de marcas o de patentes registradas por otra persona, así como la imitación sistemática de métodos comerciales del competidor" (20).

Por otro lado, no constituyen competencia parasitaria cuando se utilizan expresiones similares, pero estas son necesarias para describir el producto o servicio, cuando el autor de estos actos no es concurrente directo o cuando ha tenido acceso por medios lícitos a la producción intelectual o secretos (21).

## V. Daños y perjuicios ocasionados

Un tema importante con respecto a la competencia desleal refiere a la determinación de los daños y perjuicios ocasionados ya que por la temática referida no resulta sencillo establecer criterios objetivos ni mucho menos probarlos.

Como puede verse de los puntos anteriores los actos que constituyen competencia desleal, todos refieren a pérdida de negocios (afectación de clientela) o daños a la imagen. La determinación de los posibles daños ocasionados resulta una tarea por demás difícil, tanto por razones probatorias como por cuestiones técnico-jurídicas.

En especial el principal punto del debate está en la posibilidad o no de indemnizar los daños morales o extrapatrimoniales ocasionados a personas jurídicas o físicas por afectar aspectos de la empresa con características eminentemente

patrimoniales. La afectación de la imagen de una empresa tiene consecuencias eminentemente patrimoniales para una empresa, por lo que no resulta sencillo que nuestros jueces acepten indemnizar eventuales daños extrapatrimoniales en casos en los que fue afectado el derecho a la imagen de una empresa.

Esto ha sido objeto de arduo debate en las últimas décadas, sin poder concluir que este haya finalizado. Ahora, creo que es claro que el rumbo de la jurisprudencia va hacia una ampliación en el ámbito de aplicación del instituto del daño extrapatrimonial a situaciones que hace unos años habría sido impensado.

Claramente la imagen y el prestigio comercial de una empresa es un activo que tiene contenido patrimonial, pero que, en caso de ser violentado, dañado o vilipendiado, debe ser restaurado o compensado mediante el instituto del daño extrapatrimonial tal como reciente jurisprudencia ha determinado en nuestro país. En nuestro país, Rippe y Germán se pronunciaron de manera favorable a indemnizar el daño extrapatrimonial por actos de competencia desleal (22).

Por otro lado, están los casos en los que el daño se puede producir por una pérdida de clientes. Aquí tampoco es sencillo poder determinar cuánto implica el daño por una pérdida de clientes ya que difícilmente sea posible aislar todos los eventos de una empresa para establecer una relación de causalidad directa entre la pérdida de clientes en un período específico y el acto desleal del infractor.

Por ello, únicamente queda apelar a la razonabilidad de los jueces que a partir de hechos probados puedan estimar el daño ocasionado, a pesar de no contar con prueba exacta de la cuantificación del daño. De lo contrario, la situación de impunidad llevará necesariamente a una generalización de actitudes desleales por parte de las empresas, algo que justamente nuestras leyes buscan evitar.

(20) BUGALLO, Beatriz, "Competencia desleal...", cit., ps. 82-91.

(21) Ídem.

(22) RIPPE, Sigbert - GERMÁN, Daniel, "Publicidad comparativa...", cit., p. 84.

## VI. Jurisprudencia (23)

### VI.1. (24) *Tema principal: concepto de competencia desleal*

La competencia desleal, una de las formas del abuso del derecho (arts. 1319 y 1321 del Cód. Civil) también se configura en autos pues como se ha señalado en forma reiterada la empresa Emergencia Uno se creó mientras Garat era socio de SUAT y que en un mercado de tan reducidas dimensiones se iban a disputar los socios. Pero en el caso la situación es más grave porque no se desarrolló una competencia “limpia” pues el socio saliente se valió de múltiples maniobras —no sin advertirlo a sus compañeros de SUAT, bueno es reconocer— para desprestigiar a esta, ya sea mediante denuncias de conductas de las que era, por lo menos, último responsable en calidad de Administrador y Gerente General (...). La competencia desleal “es aquella que se pretende ejercer de forma irregular, con intención de perjudicar, eligiendo la vía más dañosa o actuando de manera no razonable y repugnante a la libertad y confianza recíproca” (Kemelmajer de Carlucci, “Principios y tendencias en torno al abuso de derecho”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nro. 16, 1998, p. 218, citado en ADCU, t. XXXVI, c. 157, p. 95). Los actos de competencia desleal son aquellos que se configuran frente a los competidores (violación de secretos, imitación, explotación de la reputación ajena, denigración, etc.), a los consumidores (confusión, engaño) o al mercado a partir de conductas contrarias a los usos honestos provocando perjuicios indebidos (Conf. Merlinski - Carrión, ADComercial, t. X, ps. 412-413, citado en ADCU, t. XXXVI, c. 157). Los actos reseñados en autos encartan plásticamente en la figura por lo cual no cabe duda alguna que el profesional demandado en autos actuó con abuso de derecho compitiendo en forma no leal en una conducta reñida con la más elemental buena fe.

(23) Las tres sentencias comentadas en este capítulo fueron obtenidas de la base de datos online del Poder Judicial, <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>.

(24) TApel. Civ. 5º turno, sentencia 114/2010 “Suat sociedad civil c. Garat Beisso” (Fiorentino Ferreiro, Simón Olivera, Presa Bayce).

*Comentario de la sentencia:* Por los hechos relatados surge de manera clara la existencia de un acto de competencia desleal. Solamente llama la atención que la sentencia no haya citado el art. 209 de la ley 16.060, la que, por más que no es de aplicación para una sociedad civil, sí puede ser invocada como norma análoga en vista de la orfandad regulatoria de la sociedad civil en el derecho uruguayo.

### VI.2. (Discordia) (25) *Tema principal: existencia de competencia desleal y daños y perjuicios extrapatrimoniales*

Las ministras discordes consideran que la actora tiene derecho a que se le indemnice por el daño que sufrió la persona jurídica por haberse atentado contra su patrimonio y contra sus presupuestos personales. Precisamente, uno de los ejemplos de cátedra que se mencionan para que se configure un daño de esta naturaleza (a una persona jurídica), es cuando se pretende usurpar su nombre. Esto es lo que ocurrió en la especie, además de otras conductas ilícitas que se analizaron y que perjudicaron el buen nombre y prestigio de Automotora Romano (entre otras utilizar su nombre para efectuar compras). También es resarcible las molestias que se le ocasionan a la persona jurídica, ataques a sus afecciones legítimas, en el goce de sus bienes, etc. (...). Es posible que una persona jurídica pueda experimentar un daño no patrimonial que sea consecuencia de la afectación a su nombre, a su prestigio, a sus valores, aunque ello no tenga precio en el mercado. La persona jurídica es titular de derechos patrimoniales y también de los que no son tales, de derechos “inmateriales” que se pueden ver afectados (...). Ello, porque el daño moral no debe ser sinónimo únicamente de sufrimiento personal, de aflicción espiritual. Tal es la posición de nuestro maestro Gamarra citado por la actora en su demanda. Otros autores como Pizarro han dicho que si bien las personas jurídicas carecen de honor en sentido subjetivo tienen sí una reputación u honor objetivo que puede llegar a ser afectado por las ofensas de diversa índole y al que es posible defender (Cfme., *Responsabilidad civil de los medios de comunica-*

(25) TApel. Civ., 3º turno, sentencia 111/2018, “Automotora Romano c. Romano Bellizi, Francisco” (discordia de Loreley Operti y Claudia Keland).

ción, Hammurabi, Buenos Aires, p. 277). (...) En nuestro enfoque, el daño personal se causa no solo a las personas jurídicas que no tienen fines de lucro, sino también a las que los tienen. En estos casos, puede ocurrir que el perjuicio al nombre o a la imagen comercial tenga repercusiones patrimoniales, pero ello no puede hacernos dejar de lado los perjuicios personales inmateriales *stricto sensu* que pueden existir, según los casos, con total prescindencia de las repercusiones patrimoniales.

*Comentario de la sentencia:* lo realmente interesante de esta sentencia en discordia está en que el acto de competencia desleal impetrado por el demandado implicó la afectación de la imagen de una empresa y que por tanto esto constituía un daño extrapatrimonial resarcible.

Este criterio es un cambio significativo respecto a la concepción tradicional de daño extrapatrimonial indemnizable. En efecto, prestigiosa doctrina y jurisprudencia asociaron el daño moral o extrapatrimonial, primero al *pretium doloris* de una persona física y luego a derechos relacionados con la personalidad humana. Lo cierto es que no es habitual que se acepte una indemnización por daño extrapatrimonial cuando estamos ante daños patrimoniales en esencia. Esto no obstó a que en la discordia comentada se aceptara su indemnización, citando prestigiosa doctrina nacional y extranjera (la mayoría no incluida por razones de espacio, pero puede recurrirse a la fuente). Habrá que esperar algún tiempo para saber si este criterio termina por ser aceptado por el resto de la jurisprudencia.

En este caso el derecho aplicable fue el art. 10 bis del Convenio de París y el art. 1321 del Cód. Civil referido a abuso de derecho.

### **VI.3.(26) Tema principal: publicidad engañosa; inversión de la carga de la prueba**

El tribunal con anterior integración, lo que ratifica en la actualidad, sostiene que “el Convenio de París definió a la concurrencia desleal como ‘todo acto de concurrencia contrario a los

usos honestos en materia industrial o comercial’ (art. 10). En nuestro derecho, a falta de una ley especial que la regule, la concurrencia desleal debe ser considerada como una forma de la responsabilidad extracontractual, y por tanto encarada según lo que dispone fundamentalmente el art. 1319 Cód. Civil”. Ahora bien, de todas maneras, como se anticipó, el art. 10 bis del Convenio de París y el régimen general de la responsabilidad aquiliana (arts. 1319 y concs. del Cód. Civil) no constituyen regímenes contradictorios. Las mentadas normas no son excluyentes sino complementarias. Porque si bien el art. 10 bis multicitado califica el ilícito, reconduce su definición a que no se sostenga una conducta contraria a “los usos honestos en materia industrial y comercial”, lo que no es otra cosa que reclamar que no se contraríe el estándar de la diligencia media exigido para configurar uno de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual (el hecho ilícito) (...). Ahora bien, en el caso debe verse que la pauta publicitaria desarrollada en Radio Real CX 159, desde el día 18 de setiembre hasta el 20 de setiembre de 2007, no se limitó a ofrecer un precio menor, sino que indujo en confusión a los clientes de “Asistir”, quienes ante un eventual alejamiento de la empresa del mercado podrían afiliarse a “Vida” por el 50% de la cuota mensual que abonaban durante el primer año de afiliación y sin perder un minuto de su cobertura. Se insinuaba la eventual salida del mercado de Asistir y la existencia de un convenio entre ambas empresas lo que razonablemente generó confusión en la clientela ocasionando perjuicios a la actora. Tal publicidad debe valorarse, como lo hace el Sr. juez *a quo*, como publicidad engañosa y, por tanto, ilícita lo que genera responsabilidad civil de la demandada. (...) VII) Acreditado el hecho ilícito y el nexo causal, corresponde analizar los perjuicios irrogados al accionante por la pérdida de clientela operada. Como sostuvo el tribunal en la sentencia 91/95 “debe existir un acto susceptible de provocar un perjuicio al competidor (...) probado el hecho se presume el daño y será la contraparte la que deberá probar que el daño no se ha verificado ni puede llegar a verificarse”.

*Comentario de la sentencia:* la sentencia condenó a una empresa que mediante publicidad engañosa se apropió de una clientela perjudi-

(26) TApel. Civ., 4º turno, sentencia 64/2012, “Magistral SA c. Vida SRL” (Maggi Silva, Turell Araquistain, Couto Vilar).

cando a su competencia, y por más que la entidad del daño no ameritó la condena de daño extrapatrimonial, este no fue descartado por cuestiones de derecho. A su vez, establece que una vez configurado el ilícito se debe invertir la carga de la prueba y debe ser el demandado quien deberá aportar medios probatorios para acreditar la inexistencia de daño. El derecho aplicable en este caso fue el art. 10 bis del Convenio de París y el art. 1319 sobre responsabilidad aquiliana.

### VII. Conclusiones

1) La competencia desleal en nuestro país está prevista específicamente en el art. 10 bis del Convenio de París y se desprende de la aplicación de principios generales como el principio de reparación integral del daño, abuso de derecho y la buena fe.

2) Existe normativa específica en materia secretos comerciales y de competencia de un socio con su propia sociedad.

3) Es un concepto diferente a la defensa de la competencia, aunque ambos pertenecen a una misma familia.

4) Los actos prohibidos por este instituto son:

a) Medios de confusión en el nombre o aspecto exterior de los establecimientos, en signos distintivos, etcétera.

b) Medios de denigración al publicitar afirmaciones sobre la persona, productos o establecimiento de un competidor.

c) Medios de desorganización de un competidor al divulgar secretos de fábrica, de comercio o negocios, etcétera.

d) Medios de desorganización de la economía en general a través de publicidad falsa, atribución de falsas cualidades, etcétera.

e) Indevida atracción o desviación de clientela.

5) Los daños y perjuicios que pueden ser reclamados son patrimoniales o extrapatrimoniales según el caso.

6) Nuestra jurisprudencia ha aceptado el instituto de la competencia desleal y la posibilidad de indemnizar los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, aunque suele ser restrictiva en este último.



# El régimen de competencia desleal en el derecho francés

---

JUAN C. VILLALBA CUÉLLAR (\*)

## I. Introducción

El derecho de la competencia desleal encuentra sus orígenes casi al mismo tiempo que se va dando el desarrollo de las normas de propiedad industrial. De hecho, primero se trató de un derecho intrínsecamente relacionado con el derecho de la propiedad industrial y posteriormente se fue expandiendo al ámbito general de las conductas de los comerciantes. En general, se ha entendido por competencia desleal los actos entre comerciantes que atentan contra la lealtad y los buenos usos mercantiles, que generan daños a los competidores.

Este derecho, además, ha tenido una dificultad histórica para su ubicación en el marco del derecho privado, dado que se puede ver en un estricto sentido como un asunto de responsabilidad civil entre empresarios, algunos teóricos lo han querido ubicar junto al derecho de competencia, como un complemento del tradicional derecho *antitrust* o derecho antimonopolio, ópticas bajo las cuales puede adquirir sin duda unos tintes diferentes. No obstante,

los dos tienen diferencias sustanciales y tal vez el único factor que los une es que en ambos se pretende que la lealtad de las conductas de los comerciantes sea un imperativo en el mercado. Francia no ha sido la excepción y cabe señalar que el derecho de la competencia desleal posee unas particularidades especiales en el ámbito galo, sobre todo porque en el derecho francés no existe una norma general sobre competencia desleal con lineamientos y una tipificación de conductas sobre la materia, sino que este régimen se ha desarrollado jurisprudencialmente a partir del mandato del art. 1382 del Cód. Civil francés, actual art. 1480. Es por este motivo que primero se abordará el desarrollo que ha tenido dicho artículo para que a partir de este se haya creado un régimen de la competencia desleal fundado en el Código Civil (I). Y por otro lado cabe destacar que una norma de origen europeo, la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores creó un régimen complementario de competencia desleal, muy utilizada hoy por los comerciantes para promover la lealtad comercial, que vino a crear unas conductas propias y además puso de manifiesto la intrínseca relación entre competencia desleal y protección al consumidor (II).

## II. El régimen tradicional fundado en el Código Civil

### II.1. Fundamentos y características del régimen general de la competencia desleal

El derecho de la competencia desleal francés, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos que cuentan con una ley referida específicamente al

---

(\*) Abogado, docente e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada (Colombia), Grupo de Derecho Privado. LLM en derecho francés, europeo e internacional de negocios de la Universidad Panthéon-Assas París II y el Instituto de Derecho Comparado de París (Francia). Candidato a doctor de la Universidad Panthéon Sorbonne París I.

Nota: las traducciones efectuadas para este texto son traducciones libres del autor por tratarse de citaciones de textos originales en lengua francesa sin versiones en idioma español.

tema, se desarrolló alrededor del art. 1382 del Cód. Civil, el cual prescribe que “todo aquel que cause daño a otro, se obliga por la culpa a reparar el daño causado”, el cual, como aparece evidente, no hace otra cosa que prescribir la regla general de la responsabilidad civil extracontractual, delictual o aquiliana. Este artículo fue subrogado por la ordenanza 2016-131 del 10 de febrero de 2016 sobre la reforma del derecho de los contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones, actual art. 1240 del Cód. Civil, del mismo tenor. Lo anterior pone de manifiesto que el régimen de competencia desleal es un régimen de responsabilidad civil extracontractual con unos matices especiales que han sido desarrollados jurisprudencial y doctrinalmente. Esta particularidad del derecho francés ha dado lugar a debates y algunos connotados profesores como Yves Picod han señalado que esa relación con el derecho de la responsabilidad y la ausencia de una norma específica destinada a la lealtad comercial son un síntoma de atraso del derecho francés en la materia (1). A pesar de ello, el derecho de la competencia francés ha mantenido a través de dicho cauce un desarrollo dinámico.

La competencia desleal se define como “el conjunto de prácticas comerciales contrarias a la ley o a los usos comerciales, constitutivos de una culpa intencional o no de naturaleza a causar daño a un competidor, el cual debe ser indemnizado” (2). Señala Pirovano y es unánime en el derecho francés esta posición, que el derecho de la competencia desleal está construido sobre dos principios: a) la libertad de industria y comercio; y b) la premisa que la libertad de competir no es absoluta (3).

También la doctrina y la jurisprudencia han marcado el desarrollo de este régimen en lo que tiene que ver principalmente la noción de deslealtad, la noción de parasitismo comercial, el abandono de la exigencia de competencia entre

las partes y el desarrollo de una serie de conductas que constituyen actos de competencia desleal, aspectos que se explicarán brevemente.

En lo relativo a la lealtad, la doctrina y la jurisprudencia francesas han hecho énfasis en que la lealtad comercial tiene unos alcances especiales, pues todos los medios de competencia no son admisibles en la lucha comercial (4), y al respecto en el contexto francés sigue siendo un referente importante la Ley Chapellier del 2 y 17 de marzo de 1791 que consagró el principio de la libertad de comercio e industria, bajo el cual se desarrolló el derecho comercial francés. Este texto adquiere relevancia porque la competencia desleal constituye un abuso de la libertad que cada cual tiene de competir en el mercado, pues la lealtad exige un comportamiento honesto frente a los competidores. En este sentido resulta difícil desligar el derecho de la competencia desleal de una cierta noción de moral en el actuar “la moral comercial” o “moral profesional”. Para el Decano Roubier, considerado el padre del derecho de la competencia desleal francés este ligamen era claro en 1952 al manifestar: “quien comete un acto de competencia desleal actúa sin derecho e incurre simplemente en un abuso de la libertad” (5). También destacaremos las palabras de Picod y Dorandeu, quienes en una actualización jurisprudencial reciente manifiestan al respecto: “La libertad y la competencia leal aparecen *a priori* como valores situados a diferentes escalas, pero la tensión es permanente: la libertad de competencia es el sustrato de la economía de mercado, mientras que la lealtad es un instrumento al servicio de la ética económica” (6).

En la doctrina francesa se ha insistido igualmente que la noción de lealtad, y sobre todo aquella de lealtad comercial, es variable y va cambiando de acuerdo a la época y los usos sociales en el contexto de las prácticas entre comerciantes, lo cual lo condena a una inesta-

(1) PICOD, Yves, “Concurrence déloyale et responsabilité civile”, AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2014, p. 152.

(2) GUINCHARD, S., *Lexique de termes juridiques 2017-2018*, Dalloz, 2017, p. 246.

(3) PIROVANO, Antoine, “La concurrence déloyale en droit français”, en *Revue internationale de droit comparé*, vol. 26, nro. 3, juillet-septembre 1974, ps. 467-504.

(4) TOPORKOFF, Michel, *Droit de la concurrence déloyale*, Gualino éditions, Paris, 2010, p. 25.

(5) ROUBIER P., *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1952, t. 1, nro. 10.

(6) PICOD, Yves - DORANDEU, Nicolás - AUGUET, Yvan, *Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme*, novembre 2017 - novembre 2018, Recueil, Dalloz, 2018, p. 2326.

bilidad permanente (7). Aunque al respecto el mismo Toporkoff señala que también sucede, aunque es menos frecuente, que algunas prácticas que son admitidas entre comerciantes puedan ser consideradas desleales (8).

También sirvió como soporte al desarrollo del derecho de la competencia desleal francés su ligamen inicial al tema de la propiedad industrial, ya que la convención de París del 20 de marzo de 1883, dispuso que un acto de competencia desleal es “todo acto contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”, replicado en la Directiva europea 89/104 del 21 de diciembre de 1988. Es claro entonces que por su estrecha relación con el derecho de la propiedad industrial las numerosas sentencias de los jueces durante más de un siglo en esta materia contribuyeron al avance del derecho de la competencia desleal y sus principios básicos.

Otro aspecto que resulta una especificidad del derecho francés de la competencia desleal es la noción de parasitismo comercial. La expresión parasitismo económico fue definida por primera vez por Yves Saint-Gal en 1956 para quien consiste en “el hecho de un tercero que vive como un parásito en el lugar de otro, aprovechándose de los esfuerzos realizados por este y de la reputación y el nombre de sus productos” (9). La Corte de Apelaciones de Bourges en una sentencia del 7 de octubre de 1996 complementó esta definición al decir que “el parasitismo económico se define como el conjunto de comportamientos mediante los cuales un agente económico se inmiscuye en los negocios de otro con el fin de sacar provecho de su trabajo y de su saber hacer, sin ningún esfuerzo económico (...)” (10). Esta noción de parasitismo comercial ha sido utilizada en el derecho francés para ubicar dentro de esta una serie de

conductas que son constitutivas de competencia desleal, a las cuales haremos referencia líneas abajo.

Cabe destacar igualmente que el derecho de la competencia desleal francés tuvo una evolución, la cual se ha dado en muchos ordenamientos jurídicos (11), en lo relativo a la desaparición de la exigencia de una relación de competencia entre las partes como requisito para que se pueda configurar un acto de competencia desleal. En efecto, en Francia la jurisprudencia marcó paulatinamente esta transición, la primera sentencia fue el fallo “Champagne” que enfrentó al productor de un perfume con una asociación de productores del Comité interprofesional de Vino de Champagne (12) en el cual la Corte de Apelaciones de París consideró que la utilización del signo distintivo Champagne como marca de un perfume tenía un carácter ilegal en concordancia con el art. L 115-5-4 del Código del Consumo (13). Posteriormente una sentencia en la cual un productor de flores había utilizado el eslogan inspirado de una marca perteneciente a la Oficina Holandesa de productos lecheros (14). En estos casos se consideró que había competencia desleal a pesar de que la demanda no había sido entablada por un competidor, sin embargo, los jueces no repararon con profundidad en esa circunstancia. En una sentencia que enfrentaba dos sociedades productoras de yogurt la Corte de Casación dijo que “la Corte de Apelaciones no necesitaba caracterizar una competencia directa o efectiva entre las sociedades La Fermière y Yoplait, lo

(7) MENDOZA-CAMINADE, Alexandra, “De la loyauté de toute compétition économique ou les merites redécouverts) de la concurrence déloyale”, *Les petites affiches*, 17 octobre 2008, nro. 209.

(8) TOPORKOFF, Michel, *Droit de la concurrence...*, cit., p. 27.

(9) *Concurrence déloyale et concurrence parasitaire*, RIPIA, 1956, p. 37.

(10) *Cour d'appel de Bourges, 7 octobre 1996, Cour de cassation, chambre commerciale, 26 janvier 1999, pourvoi nro. 96-22.457.*

(11) Ha sido señalado por la doctrina que este cambio marcó una evolución de una concepción de la competencia desleal netamente profesional, propio del modelo paleoliberal, a un modelo llamado “social” de la competencia desleal, en el cual se protegen intereses sociales más que intereses exclusivos de los competidores.

(12) CA Paris, *Ire ch. A, 15 déc. 1993; SA Yves Saint Laurent Parfums, Sté de droit néerlandais Yves Saint Laurent International BV, Sté en commandite par actions Yves Saint Laurent Groupe, SA Elf Sanofi et Institut National des Appellations d'Origine “INAO”, Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne “CIVC” et al.*

(13) *La Semaine Juridique Edition Générale*, nro. 3, 19 Janvier 1994, act. 100026, *Concurrence. Illicéité du parfum “Champagne”.*

(14) *Cour de cassation chambre commerciale Audience publique du mardi, 30 janvier 1996, Nro. de pourvoi: 94-15725, publié au bulletin.*

cual no es una condición de la acción en competencia desleal que exige solamente la existencia de hechos dañinos generadores de un daño” (15). Estos, entre otros fallos demuestran que para la doctrina y la jurisprudencia la exigencia de la relación de competencia entre los demandantes es un estadio superado, aceptándose la aplicación de normas de competencia desleal entre no competidores, lo cual según Larrieu “le da al derecho de la competencia desleal un carácter de disciplina, como un arma para la protección del interés general más que de intereses particulares, y lo muestra como un derecho de regulación del mercado más allá de un mecanismo para indemnizar la captación de clientela por medios no conformes con la moral de las relaciones comerciales” (16). Así las cosas, el abandono progresivo de la exigencia de un vínculo de competencia entre las partes se impuso por vía jurisprudencial (17).

Cabe también destacar que, para los jueces franceses, la mala fe no es un requisito de un acto de competencia desleal, lo que de paso nos permite recordar la tendencia a la objetivación que tienen en el derecho moderno las conductas que se sancionan en el contexto del mercado. Y es que, en efecto, la doctrina ha manifestado que la culpa concurrencial tiene unos matices especiales, cuestión que si bien está lejos de ser bien definida, ha sido aproximada por los jueces en el sentido que, por ejemplo, se ha dicho que en materia de competencia el elemento intencional no es necesario (18). Esto quiere decir que, si bien se trata de una responsabilidad subjetiva, como lo admite la doctrina, existe una presunción de culpa (19).

Una vez dadas unas pinceladas sobre los fundamentos del derecho de la competencia desleal francés se pasará a examinar las conductas constitutivas de competencia desleal.

## II.2. Las conductas constitutivas de competencia desleal

Cabe inicialmente recordar que la falta de norma específica de competencia desleal en el derecho francés conlleva que tampoco exista una tipificación legal de las conductas que la configuran, a diferencia de muchos ordenamientos jurídicos modernos. Han sido entonces la doctrina y la jurisprudencia francesas las que han ido decantando algunas conductas como constitutivas de competencia desleal. El primero en doctrina en esforzarse en hacer una clasificación de estas conductas fue el decano Roubier en 1952 (20), lo que marcó un hito en la materia. Así, se consideran desleales principalmente: el parasitismo comercial, actos de denigración, la desviación de clientela, la publicidad comparativa y los actos de desorganización.

### II.2.1. El parasitismo comercial

El parasitismo permite en general sancionar toda usurpación ilegítima de la notoriedad de otro (21). La doctrina habla de la competencia parasitaria para hacer énfasis en que en este caso sí existe una situación necesaria de competencia, subrayando sobre todo los últimos desarrollos jurisprudenciales en caso de competencia por Internet, específicamente en caso de nombres de dominio (22). A su vez, dentro del parasitismo comercial encontramos varias conductas, tales como la creación de un riesgo de confusión con un competidor, la cual se presenta cada vez que un competidor se quiere aprovechar de manera ilegítima de la reputación de otro. Igualmente se puede presentar parasitismo con la utilización ilegítima de los signos distintivos de un competidor, lo cual ha justificado muchas demandas de competencia desleal basadas en la infracción de derechos

(15) *Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 12 février 2008, 06-17.501, publié au bulletin.*

(16) LARRIEU, J., “L’oxymore de la concurrence déloyale”, *commentaire par LARRIEU, Jacques, Propriété industrielle* nro. 9, *Septembre 2008, comm.* 71.

(17) PASSA, J. - LAPOUSTIERE, J., Fasc. 240: “Domaine de l’action”, en *Concurrence Déloyale, Juris-Classeur Concurrence - Consommation, 6 mai 2019.*

(18) Cass. com., 18 avr. 1958: Bull. civ. III, nro. 148, Cass. com., 6 mai 1986, nro. 84-16.537, Cass. com., 12 mai 2004, nro. 02-19.199, Cass. Ire civ., 14 nov. 2013, nro. 12-20.687.

(19) PICOD, Yves, “Concurrence déloyale...”, cit., p. 2.

(20) ROUBIER P., *Le droit de la propriété industrielle*, t. I, Sirey, 1952.

(21) LEGEAIS, Dominique, *Juris-Classeur Commercial*, fasc. 254: “Concurrence déloyale et parasitaire”, septembre de 2017.

(22) *Ibidem.*

de propiedad industrial sobre marcas y otros signos distintivos. Los jueces también han admitido la procedibilidad de la acción de competencia desleal por la usurpación de un nombre comercial bajo la condición de que este sea distintivo(23), pues nombres comerciales genéricos no son protegidos(24). Igualmente se ha admitido que los diseños, los modelos, los programas de *software*, entre otros que estén protegidos con derechos de autor son susceptibles de generar acciones de competencia desleal.

Los actos de imitación pueden de la misma manera generar competencia desleal por parasitismo. Para la profesora Malaurie-Vignal la imitación consiste en la copia de un producto comercializado por una empresa susceptible de crear un riesgo de confusión en la clientela (25). Según Legeais “para ejercer la acción de competencia desleal, la demandante debe establecer la similitud existente entre sus propios productos y aquellos del presunto imitador, así como aportar la prueba de la similitud tiene por efecto, en ausencia de una intención de perjudicar, de crear entre el público una confusión entre los productos” (26). El mismo autor señala los criterios que ha depurado la jurisprudencia para evaluar si existe un acto de imitación cuando se trata de copia de productos a los ojos de un consumidor medio:

- El grado de originalidad de un producto con respecto al otro.
- La identidad de clientela de los productos.
- La identidad de uso de los productos en cuestión.
- La existencia de una reproducción idéntica de un modelo o diseño que no puede ser protegido.

La imitación de empaquetados y etiquetados también ha sido sancionado en el derecho

francés como un acto de competencia desleal parasitario(27).

### II.2.2. Los actos de denigración

Consisten en crear descrédito en una persona o un producto para sacar provecho económico y para que sea constitutivo de un acto de competencia desleal, ha señalado la doctrina, es necesario que la información malintencionada o peyorativa sea conocida por la clientela (28). Se suelen distinguir los actos de denigración con el derecho a la libre crítica, el cual depende del carácter objetivo, neutro y motivado de las afirmaciones efectuadas(29). Vogel a su vez señala las condiciones para que se presenten esta clase de actos: a) que la persona objeto de las afirmaciones denigrantes sea identificada o identificable; b) que las afirmaciones se refieran no solamente a empresas, sino también a productos y servicios; c) que la información sea malintencionada y provenga de un competidor directo o indirecto; d) la difusión pública de la información(30).

### II.2.3. Los actos de desviación de clientela

La desviación de la clientela implica el ejercicio de maniobras que se consideran desleales con el fin de sonsacar los clientes de un competidor. En el derecho francés no se considera desleal que un antiguo directivo de una empresa constituya una nueva empresa dedicada a la misma actividad siempre y cuando no haya cláusula de no competencia. Por el contrario, se ha considerado desleal por los jueces el ejercicio de presión sobre la clientela del competidor, la utilización de bonos de descuento idénticos a los de la empresa competidora, la utilización de un contestador telefónico que dirigía a la empresa competidora, la utilización ilegítima de listas de clientes, entre otras conductas(31). Los jueces ponen un énfasis en la realización de maniobras indebidas por parte de quien pretende desviar la clientela, ya que si no existen

(23) Cass. com., 14 janv. 2003.

(24) CA *Versailles*, 12e ch., 5 déc. 1991.

(25) MALAURIE-VIGNAL, Marie, *Droit de la concurrence interne et europeen*, París, 2014, p. 183.

(26) LEGEAIS, Dominique, *Juris-Classeur Commercial*, fasc. 254: “Concurrence déloyale et parasitaire”, *septembre* de 2017.

(27) Cass. com., 21 févr. 2012.

(28) VOGEL, Louis, *Droit français de la concurrence*, Lawlex, Bruxelles, 2004, p. 184.

(29) *Idem*.

(30) *Ibidem*, ps. 190-200.

(31) LEGEAIS, Dominique, *Juris-Classeur Commercial*, cit., p. 14.

maniobras o si estas son legítimas no estamos frente a un acto de competencia desleal, por ejemplo, si un antiguo empleado se lleva sus clientes sin que existan por parte de él actos encaminados a denigrar de su antiguo empleador no existe acto de competencia desleal.

#### *II.2.4. Los actos de desorganización*

En el derecho francés de la competencia desleal se ha distinguido entre los actos de desorganización de la empresa rival y los actos de desorganización del mercado. Según Vogel la primera distinción se caracteriza por afectar a un competidor, en particular a través de la utilización de diversas maniobras como la sustracción de empleados, la apropiación o divulgación del *know how*, secreto empresarial o métodos de comercialización, la desorganización de circuitos comerciales o redes de distribución o la creación de una empresa paralela apta para captar toda la clientela. Mientras que la segunda afecta a una pluralidad de operadores que fabrican o comercializan productos o servicios idénticos o similares a través de prácticas como la venta a pérdida y la violación de normas, entre otras (32).

#### *II.3. El régimen de competencia desleal fundado en la directiva sobre prácticas desleales*

La Directiva 2005/29/CE del 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales con los consumidores en el mercado interior, es una norma que se caracteriza por su transversalidad, tal vez como la mayoría de las normas que regulan el mercado, ya que más allá de su finalidad fundamental de proteger a los consumidores contra prácticas desleales se trata de una norma que busca regular el mercado común con miras a levantar obstáculos y distorsiones que afecten su buen funcionamiento. La directiva en sus considerandos reconoce los efectos que esta produce sobre la competencia leal en el mercado ya que “protege también indirectamente a las empresas que operan ilícitamente de aquellos de sus competidores que no cumplen lo dispuesto en la directiva, garantizando así una competencia leal

en el ámbito coordinado de la directiva” (33). Es así como la inserción de esta norma europea complementó no solo el contexto legal de los países miembros en materia de protección al consumidor, sino que también su influjo se extendió hasta el ámbito de la competencia desleal, lo cual en el contexto francés adquirió más relevancia, dado que como se señaló antes, el derecho francés no tiene una norma dedicada a este tema. La transposición de la directiva sobre prácticas desleales se materializó en Francia a través de las leyes del 3 de enero y 4 de agosto de 2008 que introdujeron en el Código del Consumo la prohibición de estas prácticas. Primero se incluyó una definición genérica de las prácticas desleales con la doble clasificación que trae la directiva entre prácticas comerciales engañosas y prácticas desleales agresivas. Luego, la ley 2008-776 del 4 de agosto de 2008, llamada “de modernización de la economía”, introdujo dos nuevos artículos al Código incluyendo la lista negra de prácticas insertas en el anexo de la directiva.

Tal y como se acaba de señalar, la directiva contempla dos clases de prácticas prohibidas, las engañosas y las agresivas, y para entrar rápidamente en el contexto de la competencia desleal, cabe acotar que sobre todo las primeras se convirtieron rápidamente en un instrumento al servicio de los comerciantes frente a las conductas desleales en que incurren sus competidores. Es así como se comenzó a evidenciar que de manera paralela a las funciones que cumplen las normas derivadas de la directiva en el ordenamiento interno de protección al consumidor, las demandas de competencia desleal se comenzaron a fundamentar en estos artículos del Código del Consumo, cuestión que además no riñe en nada con la finalidad de la norma europea, ya que la misma directiva señala que esta puede ser alegada por otros sujetos del mercado diferentes a los consumidores. Además, debe destacarse que se trata de una directiva de armonización plena que busca que los Estados miembros se ajusten a ella y no consagren protecciones mayores a las contempladas allí, en busca de lograr el mayor grado de armonización a nivel del mercado común.

(32) VOGEL, Louis, *Droit français de la concurrence*, cit., p. 125.

(33) Considerando 8.

De esta forma, la doctrina francesa comenzó a evidenciar que la norma de protección al consumidor se convirtió en instrumento de defensa de la competencia leal en el mercado a través de las acciones interpuestas con la finalidad de lograr la cesación de este tipo de conductas, pero sobre todo la indemnización de los perjuicios causados a los competidores. Dicho esto, se describirán las conductas que más utilizan los competidores en el ámbito de la competencia desleal amparados en las normas derivadas de la directiva, para hacer un breve panorama jurisprudencial con los casos más sonados en Francia en los últimos años.

#### ***II.4. Las prácticas comerciales engañosas y su repercusión en la competencia desleal***

En el ámbito de la competencia desleal han sido las prácticas comerciales engañosas las que más han servido de soporte para el fundamento de demandas en el derecho de la competencia desleal francés. El art. L 121-1 del Código del Consumo francés las define como: “una práctica comercial desleal es aquella que es contraria a la exigencia y diligencia profesional y que altera o es susceptible de alterar de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, con respecto a un bien o un servicio”. Acto seguido, el art. L 121-2 contempla una definición, que más bien es una descripción, de las prácticas que se consideran engañosas:

“Una práctica comercial es engañosa si se comete en cualquiera de las siguientes circunstancias:

“1° Cuando crea confusión con otro bien o servicio, una marca, un nombre comercial u otro signo distintivo de un competidor;

“2° Cuando se basa en alegaciones, indicaciones o presentaciones que son falsas o que pueden ser engañosas, en lo relacionado con uno o más de los siguientes elementos:

“a) La existencia, la disponibilidad o la naturaleza del bien o servicio;

“b) Las características esenciales del bien o servicio, a saber: sus cualidades sustanciales, composición, accesorios, origen, cantidad,

modo y fecha de fabricación, condiciones de uso e idoneidad para el uso, sus propiedades y los resultados esperados de su uso, así como los resultados y las principales características de las pruebas y controles llevados a cabo en el bien o servicio;

“c) El precio o el método de cálculo del precio, la naturaleza promocional del precio y las condiciones de venta, pago y entrega del bien o servicio;

“d) El servicio de postventa, la necesidad de un servicio, repuesto, pieza, reparación o reemplazo.

“e) El alcance de los compromisos del anunciante, la naturaleza, el proceso o el motivo de la venta o de la prestación del servicio;

“f) La identidad, cualidades, aptitudes y derechos del profesional;

“g) El manejo de reclamaciones y derechos del consumidor;

“3° Cuando la persona en cuyo nombre se implementa no es claramente identificable”.

Dicha definición no es transcripción exacta de la directiva, sin embargo, recoge la generalidad del mandato a integrar al ordenamiento interno.

El art. 121-3 adiciona otros criterios que trae la directiva relacionados con el contexto en que se puede mostrar una información comercial que puede llegar a considerarse engañosa, sobre todo para el caso de mensajes que se emiten por medios de comunicación que no permiten amplitud de detalles, tales como la televisión y la radio y que, con frecuencia, suelen ser fuente de conflicto (34).

---

(34) Artículo 121-3.— Una práctica comercial también es engañosa si, dadas las limitaciones de los medios de comunicación utilizados y las circunstancias que la rodean, omite, oculta o transmite de manera ininteligible, ambigua o a destiempo una información sustancial o cuando no indica una verdadera intención comercial que no se puede deducir del contexto. Cuando el medio de comunicación utilizado imponga límites de espacio o tiempo, para evaluar si se ha omitido una información sustancial, deben tenerse en cuenta estos límites y cualquier medida adoptada por el comerciante

Luego, el art. 121-4 contiene una nómina, tipo lista negra, es decir de prácticas que se consideran engañosas *per se*, dentro del cual se enumeran veintidós casos, que corresponden a las prácticas engañosas de listado del anexo I de la directiva que contiene treinta y una prácticas enumeradas. El legislador francés dividió la lista de la directiva en dos, clasificadas entre prácticas agresivas y prácticas engañosas. Nótese además que el sistema europeo actual acude a un doble sistema de control, una definición o criterios generales que sirven de cláusulas de prohibición general y un listado de prácticas prohibidas. Esto permite que más allá del listado de prácticas prohibidas se puedan configurar otras prácticas desleales, tal y como lo ha sugerido la Corte de Justicia de la Unión Europea (CJUE) en algunos fallos, por ejemplo en 2013 en el caso “Inno” la Corte determinó que una prohibición que establecía la ley belga sobre anuncios de precios antes de períodos de saldos no era válida, ya que por no encontrarse dentro de la lista negra de la directiva no podía ser prohibida *per se*, pues esta debía ser analizada, para poder ser considerada desleal, conforme a los criterios de deslealtad previstos en la directiva y teniendo en cuenta las circunstancias particulares en que se presentó la práctica acusada de ser engañosa (35). Por lo tanto, para la Corte la prohibición establecida por la ley era contraria a la directiva. Resulta claro según ese criterio de la CJUE que cuando la conducta no se encuentre en la lista negra debe ser probado su carácter desleal sobre base de los criterios que da la cláusula de prohibición general.

---

para poner esa información disponible al consumidor por otros medios. En cualquier comunicación comercial que constituya una invitación comercial y destinada al consumidor que mencione el precio y las características del bien o servicio propuesto, la siguiente información se considera sustancial: 1° Las principales características del bien o servicio; 2° La dirección y la identidad del profesional. 3° el precio incluido de todos los impuestos y gastos de envío a cargo del consumidor, o su método de cálculo, si no pueden establecerse por adelantado; 4° Las condiciones de pago, entrega, ejecución y trámite de quejas de los consumidores, siempre que sean diferentes de las que se practican habitualmente en el campo de la actividad profesional de que se trate; 5° La existencia de un derecho de retracto, si este último está previsto por la ley.

(35) CJUE, 15 de diciembre de 2011, “Inno”, C-126-11 (83).

En lo relativo a la noción de consumidor, tanto la directiva como la norma francesa hacen referencia al consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, con respecto a un bien o servicio. Este consumidor se convirtió en una especie de consumidor estándar para medir el comportamiento de los consumidores a quienes se dirigen esta clase de prácticas, el cual, coincide la doctrina no es el mismo padre de familia concebido inicialmente en el derecho civil, noción que, además, en Francia fue cambiada por la de la persona razonable, ya que los consumidores son despreocupados en su actuar por naturaleza (36), de tal forma que el consumidor medio es una categoría aparte que sirve para contener algunos casos de abuso y para en general medir la potencialidad de la práctica para alterar el comportamiento económico del consumidor, quien al sentir de los jueces europeos no puede ser alguien negligente (37). La directiva también hace referencia a los grupos vulnerables de consumidores a los que se puede dirigir una práctica, estableciendo la diferencia, según la doctrina, en que la noción de consumidor medio se valora *in abstracto*, mientras que la noción consumidor vulnerable se valor *in concreto*, según se deduce igualmente del art. L 121-1 del Código de Consumo (38).

La versión del Código del Consumo anterior a la reforma de 2016 consideraba que las prácticas desleales por acción podían ser alegadas por el consumidor como por los comerciantes, mientras que las contempladas en el art. 121-1 II, relativas a las omisiones engañosas, no protegían sino al consumidor. Esta distinción fue superada a partir de 2016, ya que el art. L 121-5 actual considera que las disposiciones de los arts. 121-2 a 121-4 son aplicables también a las prácticas desleales con los comerciantes (profesionales según la

---

(36) JÉRÔME, Julien, *Droit de la Consommation*, LGDJ, París, 2015, p. 134.

(37) En efecto, el TJUE ha sido particularmente exigente con esta noción de consumidor medio, lo cual ha llevado en ciertos casos a crear una noción de consumidor alejada de la realidad del comportamiento de estos. Dos sentencias que marcaron esta tendencia fueron “Darbo” del 4 de abril de 2000, asunto C-465/98, y “Mars” de 1993, asunto C 470/93.

(38) JÉRÔME, Julien, *Droit de la Consommation*, cit., p. 135.



terminología legal francesa), lo cual amplió el espectro de cobertura de estas prácticas y sin duda abrió, de paso, la puerta para que estas disposiciones se integraran inmediatamente al derecho de la competencia desleal francés. Hoy en día ese es el principal fundamento jurídico para la integración de la directiva de 2005 al derecho de la competencia francés con unanimidad de aceptación.

Así las cosas, hoy en día son numerosas las acciones legales por competencia desleal ante los jueces franceses amparadas en las normas sobre prácticas comerciales desleales. En ese sentido se evidencia el juego de complementariedad que se da entre las normas que protegen a los consumidores y las normas que regulan la competencia, cuestión que como hemos afirmado es normal, porque ese doble efecto de protección, directo a veces e indirecto otras, es cada día más palpable en los ordenamientos jurídicos. Cuando se regula la protección a los consumidores también se moraliza la competencia entre comerciantes y viceversa, y en este caso, la norma cumple directamente la doble función.

Al respecto cabe agregar que muchas de las conductas que atentan contra los consumidores también afectan a los competidores y, por este motivo, es que asuntos como la regulación de la publicidad, especialmente la publicidad engañosa y en general la publicidad desleal, pueden ser analizadas y producen efectos desde una doble perspectiva de intereses jurídicos protegidos por la norma, de un lado los intereses de los consumidores y de otro el de los comerciantes en el mercado. Por este motivo es que no dudamos en afirmar que la regla moral sigue presente, hoy más que nunca en las reglas del derecho privado y del mercado, ya que la lealtad no es otra cosa que la buena fe que se objetiva en el contexto de los negocios.

A continuación, haremos un breve repaso por la jurisprudencia más notable en la materia en el derecho francés reciente.

## **II.5. Panorama jurisprudencial en la materia**

Tal y como se afirmó líneas atrás a partir de la vigencia de la directiva de 2005 sobre prácticas desleales y su transposición al derecho francés son frecuentes las demandas por competencia

desleal fundadas en el derecho del consumo sobre prácticas comerciales desleales. Encontramos demandas fundamentadas normalmente en una mezcla entre el artículo base del derecho de la competencia desleal francés, actual art. 1480 del Cód. Civil, y normas del derecho del consumo, principalmente los arts. 121-1 a 121-2 del Código del Consumo e incluso algunas veces otros artículos que regulan la publicidad engañosa y la comparativa. También cabe resaltar que antes de la vigencia de la directiva 2005/29/CE también existían algunas normas comunitarias que permitían hacer esa utilización de las normas de derecho del consumo en el campo de la competencia desleal, aunque con restricciones que lo hacían esporádico, pues el efecto de la directiva de 2005 ha sido amplio en el derecho de la competencia desleal.

Entonces, a partir de la vigencia de la directiva de prácticas desleales en el derecho francés interno la primera sentencia que se destacó fue la concerniente a una demanda entre operadores de televisión paga, la Sociedad Orange, filial de France Telecom, y de otro lado la sociedad Free, la cual demandó por competencia desleal a la primera por una práctica de venta atada contraria al art. 121-1 del derecho del consumo. La sociedad demandante consideró desleal el hecho de que la sociedad demandada, siendo la dueña de los derechos de transmisión de los partidos de fútbol de la liga profesional francesa, los cuales transmitía a través de su canal especializado Orange Sports, exigiera a los consumidores una inscripción a Internet de banda ancha adicional para poder acceder al servicio. El fallo de la Corte de Casación no consideró desleal la práctica teniendo en cuenta algunos fallos anteriores del TJUE (39), basados en lo que considera la doctrina una fundamentación jurídica más cercana al análisis económico y al derecho de la competencia, ya que la venta atada no es una práctica ilegal *per se* (40).

(39) BEHAR-TOUCHAIS, Martine, "Droit européen des pratiques commerciales déloyales, rapport conclusif", en TERRY, Evelyne - VOINOT, Denis, *Droit européen des pratiques commerciales déloyales, évolution et perspectives*, Larcier, Bruxelles, 2012, p. 180.

(40) MALAURIE-VIGNAL, Marie, "Une offre de vente liée n'est pas une pratique déloyale per se", CCC nro. 11, Novembre, 2010, comm. 253.

Para hacer referencia a otras sentencias cabe anotar que las páginas web de comparadores de precios han sido fuente amplia de controversias judiciales en el derecho francés. En un caso de 2011 la Corte de Casación casó un fallo de la Corte de Apelaciones de Grenoble que había considerado desleal en los términos del art. 121-1 del Código del Consumo la omisión que hizo la demandada al no indicar varios aspectos al público, tales como indicar que había una finalidad publicitaria, que no actualizaba constantemente los precios, que no indicaba las fechas de validez de las ofertas, entre otras omisiones. Para la Corte de Casación, conforme con el art. 120-1 del Código del Consumo, esas conductas no eran susceptibles de alterar el comportamiento económico del consumidor (41). Y al respecto cabe anotar que la Corte de Casación además ha sido exigente frente a los dos requisitos que exige la directiva para que la práctica sea desleal, el comportamiento engañoso y la alteración del comportamiento económico del consumidor (42), aspecto que la doctrina ha señalado con razón puede hacer más difícil la demostración de la conducta por parte del demandante al fundarse en las normas del derecho del consumo, requisitos que no existen bajo la óptica del derecho de la competencia desleal tradicional anclado en el derecho civil (43).

En otro caso la empresa especialista en viajes Expedia fue demandada bajo la acusación de prácticas engañosas, inducción a error e indicaciones falsas, por tres hoteles y el Sindicato Nacional de Hoteleros, quienes alegaban que la empresa demandada dirigía fraudulentamente a los consumidores hacia sitios con los que tenía convenio, mostrando condiciones de estadía (falta de disponibilidad de habitaciones) y precios falsos en los sitios de Internet que

regenteaba. La empresa fue condenada a pagar perjuicios a los demandantes (44).

Un caso posterior que dio mucho de qué hablar a la doctrina especializada fue el de jabón de Alep. La sociedad Laboratorio Lea, especialista en la fabricación y comercialización de productos cosméticos, había celebrado un contrato con otra empresa para comercializar y distribuir los jabones con denominación Alep, de origen tunecino. Una vez terminada la relación contractual para tal fin, la empresa Lea comenzó a comercializar un jabón bajo la denominación “Jabón de Alep” fabricado en Túnez. La sociedad Najjar la demandó por competencia desleal, bajo el fundamento del derecho del consumo, por la inducción a error a los consumidores, ya que el embalaje o empaquetado daba a entender que el jabón tenía como origen la ciudad de Alep en Túnez, cuando en realidad no era cierto, además de la utilización de la expresión “tradicional” que daba a entender que era fabricado conforme con un saber hacer o conocimiento local. La Corte de Apelaciones de Lyon ordenó cesar la comercialización del producto y reprochó a la demandada la confusión y la inducción a error a los consumidores (45). No obstante, se reputó que la Corte de apelaciones había errado al considerar el engaño sin tener en cuenta que era necesario demostrar que este era susceptible de alterar o había alterado el comportamiento económico del consumidor, cuestión que no fue demostrada por el demandante en criterio de la Corte de Casación (46). Esta posición la mantuvo la Corte de Casación en otro fallo en que se demandó a un productor de cuchillos que había utilizado el nombre de una municipalidad para distinguir sus productos y fue demandado por la inducción a error a los consumidores sobre el origen geográfico de los productos (47). Este criterio, que ha sido controversial, proviene según la doctrina de la

(41) Cass. com., 29 nov. 2011, nro. 10-27.402, “FS-P+B, SAS Kelkoo c. SA Concurrence”.

(42) LEGRAND, Véronique, “La double condition caractérisant une pratique trompeuse”, AJ Contrat 2017, p. 181.

(43) MALAURIE-VIGNAL, Marie, “Concurrence déloyale. Le droit des pratiques commerciales déloyales du Code de la consommation est plus difficile à mettre en œuvre que le droit de la concurrence déloyale fondé sur le droit civil”, CCC nro. 6, Juillet 2017, comm. 123.

(44) Tribunal de commerce de Paris, 15<sup>ème</sup> chambre, Jugement du 4 octobre 2011.

(45) CA Lyon, ch. 8, 17 févr. 2015, nro. 14/08224, “SAS Laboratoires Léa”.

(46) Cour de cassation, chambre commerciale, Audience publique du mercredi 1 mars 2017, nro. de pourvoi: 15-15448.

(47) Cour de Cassation. com., 4 oct. 2016, nro. 14-22.245, “Cne de Laguiole c. SASU Lunettes Folomi *et al.*”.

influencia que el fallo “Trento Sviluppo” (48) pudo tener sobre la Corte de Casación, en el cual el tribunal europeo plantea la necesidad de configurar la alteración del comportamiento económico del consumidor (49).

Posteriormente podemos referenciar el caso de un sitio de Internet o página web de intermediación en el cual los particulares ponían sus anuncios, el cual fue demandado porque permitió la inclusión de una oferta de venta de imitaciones de los productos de un productor de bolsos y marroquinería de marca reconocida. La demanda se fundamentó además de en las normas que regulan la infracción a las normas de propiedad industrial, en el art. 121-1 del Código del Consumo. La empresa demandada alegó que ella incluía un aviso en el cual mencionaba que rechazaba toda infracción legal por parte de los anunciantes. No obstante, fue condenada por competencia desleal al no respetar el compromiso de su anuncio (50).

Finalizaremos con la referencia a dos casos del año 2018, uno relativo a la competencia entre dos grandes superficies, una de ellas fue acusada de publicidad comparativa desleal por inducir a error a los consumidores, como quiera que esta sociedad presentó un carrito de mercado acompañado de la expresión escrita “ahora Casino es más barato” y a continuación la leyenda “La prueba en un carrito con 7 productos de grandes marcas”, acompañado de una factura o tirilla de compra con los precios, comparado en una imagen con una foto del carrito con los mismos productos del competidor y una factura que indicaba el precio de cada uno de ellos en las dos tiendas. El competidor consideró desleal que se hiciera una afirmación general de ser más barato en el otro almacén cuando en realidad solamente se estaban comparando siete, lo cual consideró que inducía a error al público. No obstante, los jueces consideraron que esta comparación era lícita porque los consumidores tenían los suficientes

elementos de juicio para entender el alcance de la comparación (51).

Y el último caso a que haremos referencia, fundamentado en el derecho de las prácticas comerciales desleales, es el de una empresa de aspiradoras que vendía un modelo de aspiradora bajo el eslogan “la mejor eficacia en limpieza”, la cual fue encontrada engañosa por su competidor porque su modelo que competía con esa aspiradora tenía mejor eficacia. Los jueces efectivamente consideraron que al hacer afirmaciones de esta naturaleza la sociedad demandada atrajo de manera indebida la clientela al inducirla a error (52).

En ese orden de ideas, es evidente que el derecho de las prácticas comerciales desleales en Francia, de origen en norma europea, ha jugado un papel importante no solamente en la protección de los intereses de los consumidores, sino también en la protección de la competencia leal en el mercado, ya que actualmente muchas demandas por competencia desleal están fundamentadas en esas normas del Código del Consumo, en combinación generalmente con la norma del Código Civil que sirve de base al sistema de competencia desleal francés, por lo cual se puede afirmar, sin duda, que el derecho de las prácticas desleales hace parte fundamental del sistema francés de competencia desleal.

### III. Conclusiones

El derecho de la competencia desleal francés tiene sin duda unos matices especiales porque en este ordenamiento jurídico se ha mantenido la tradición de conservar un régimen fundado en un sistema de responsabilidad civil ligado al respeto de los principios de la libertad de industria y comercio y los límites trazados a la competencia en el mercado sobre la base del respeto a la lealtad comercial y a la ética en los negocios. Si bien se ha discutido mucho sobre las ventajas e inconvenientes de un régimen sin una ley especial que lo soporte, como sucede en otros Estados, se ha preferido la dinámica que adquiere bajo un impulso apoyado sobre todo en la jurisprudencia constante que se emite sobre el tema. Es por esto por lo que los jueces han ido

(48) CJUE, 19 déc. 2013, aff. C-281/12, “Trento Sviluppo SRL”.

(49) LEGRAND, Véronique, “La double condition caractérisant une pratique trompeuse”, *AJ Contrat* 2017, p. 181.

(50) Tribunal de grande instance de Paris, 3ème chambre, 2ème section, jugement du 4 décembre 2015.

(51) CA Aix-en-Provence, 14 juin 2018, nro. 15/19615.

(52) Cass. com., 13 juin 2018, nro. 16-22.054.

depurando las prácticas que constituyen competencia desleal y las características que puede tener este régimen especial de responsabilidad. Esto no deja de sorprender en un país con una tradición legal muy fuerte, ya que el derecho de la competencia desleal en esto no se asemeja en nada a otras ramas del derecho que tienen un desarrollo legal muy amplio. Esto le da una particularidad propia en el derecho francés.

Lo anterior condujo a que el complemento ideal del sistema de competencia desleal haya sido la inserción al orden normativo interno de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores que, a pesar de constituir parte del derecho del consumo, tuvo rápidamente unos alcances que eran predecibles, porque las mismas normas

lo contemplan, al proteger y apoyar de paso la competencia leal en el mercado. Es así como señalamos que hay una jurisprudencia creciente de casos de competencia desleal demandados bajo el esquema de las prácticas comerciales desleales, sobre todo las engañosas que compatibilizan mejor ese doble interés jurídico protegido por la norma. Lo anterior simplemente nos recuerda, tal y como lo reseñamos, que el control jurídico del buen funcionamiento del mercado es transversal y protege intereses de competidores y consumidores al mismo tiempo, siendo estos sistemas legales complementarios y necesarios para el buen funcionamiento de una economía de libre mercado. La lealtad, que no es otra cosa que la buena fe aplicada al mercado, sigue siendo el principal sustrato de todo ese sistema.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 2DA. QUINCENA DE AGOSTO DE 2019  
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130  
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA























