



COMPETENCIA DESLEAL

Análisis del Decreto 274/2019

SUPLEMENTO ESPECIAL

AGOSTO 2019

Directores:

MIGUEL DEL PINO y DEMETRIO ALEJANDRO CHAMATROPULOS



THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS

LA LEY

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 descritas 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 Nº 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 Nº 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 explaye 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⁽²⁾ 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 marcaria, 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 marcarias, 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. 4° 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 marcaria 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. 3°, 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⁽³⁾?

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 marcarias. La protección

de la Constitución Nacional y de los artículos 2°, 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.

marc
La cc
tualm
frente
ción
quizá
ante
com
prote

De
desle
mativ
norm
por r
medi
prote
rés e
cia lo
es co
la co
les (7
tiene
tuaci
cabrí
consu
una c
sito d
la afé
con e

En
ment
dand
rech
régim
quizá

(4)

(5)

que la
térmi
Comp
orden
gener
alos c
gob. a
llerm
Ley, B

(6)

CVH-

(7)

daños

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

(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 1º 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.

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 marcarias y de competencia desleal, entre muchas otras normas.

El DNU no desconoció esta problemática y la reguló en el art. 7º 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".

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=zNu-jAX4iWDXX2Nsmkq0>.

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. 9° de la Ley de Lealtad Comercial que impone ser veraz al publicitar, también brindar información adecuada al consumidor mediante la exigencia del art. 4° 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. 9° 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. 9° 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,

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.

(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