



## Competencia desleal.

Por **María Ángeles Ramos**

**Art. 159:** *“Será reprimido con multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos, 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.”*

### **Bien Jurídico.**

Las reglas del mercado y de productividad comercial ocasionan muchas veces que perderá valor o “morirá” aquello que no pueda subsistir. Por ello, se estimula la libre concurrencia y propaganda en la medida que se desarrolle dentro de un ámbito de lealtad comercial.

En este caso, el bien jurídico lesionado ha de ser otro aspecto de la libertad de trabajo referido a la libre concurrencia comercial o industrial<sup>1</sup> o el pacífico disfrute de la libertad de comerciar.<sup>2</sup> Podría pensarse que la ubicación de este tipo penal dentro de los delitos que ofenden la libertad no es la más acertada por estar íntimamente vinculado a un derecho de propiedad que deriva del perjuicio económico que la conducta es capaz de ocasionar.

Sin embargo, el legislador no tuvo por propósito proteger la clientela de una industria o comercio -como ocurre en las leyes de defensa de la competencia<sup>3</sup>- sino castigar la restricción de su libre concurrencia. Como vemos, el interés de la ley es distinto.

La naturaleza de la acción de este delito a los fines de ejercerla penalmente es de carácter privada, de acuerdo a lo que manda el artículo 73 del C.P.<sup>4</sup> Por lo tanto, regirán las reglas de los juicios de acción privada previstas en los códigos procesales de cada jurisdicción.

### **Acción.**

La conducta típica debe consistir en tratar de desviar en provecho propio, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, la clientela de un establecimiento comercial o industrial total o parcialmente ajeno.

Ante un supuesto de clientela propia nunca se podría desviar en provecho propio pero sí, como explica Núñez<sup>5</sup>, en provecho exclusivo. Por ejemplo, cuando se da un caso de una sociedad comercial que posee una cartera de clientes compartida por los socios. En el supuesto en que uno de los socios desviare en su propio provecho la clientela, se daría un supuesto de desvío en provecho exclusivo.

<sup>1</sup> NÚÑEZ, op.cit., pág. 146.

<sup>2</sup> SOLER, op.cit., pág. 163.

<sup>3</sup> La ley 22.262 de defensa de la competencia o ley antimonopólica tuvo su primera manifestación en el año 1923 cuando se sancionó la ley 11.210. El objetivo de su dictado fue el de evitar las prácticas anticompetitivas capaces de afectar el bienestar de la comunidad cuando operan comercialmente.

<sup>4</sup> Art. 73 C.P.: *“Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos: ... 3º Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159;...”*

<sup>5</sup> NÚÑEZ, op.cit., pág. 147.

No se trata solamente de restar clientela sino de hacerlo en provecho propio<sup>6</sup>, circunstancia que confiere un carácter lucrativo a la conducta del autor<sup>7</sup>. La conducta de quien ocasione la disminución de la clientela de un comercio o industria por medio de difamaciones o desprestigio no resulta típica del presente artículo aunque podría constituir otro delito, como por ejemplo, el de injurias.

Se debe tener cuidado y evitar confundir la acción típica del presente delito con las modalidades delictivas previstas por la Ley de Marcas y Designaciones<sup>8</sup> que prevé una serie de conductas típicas que ofenden otro bien jurídico, la libertad y buena fe de los consumidores y el derecho de propiedad de los propietarios de marcas y designaciones.

### **Tipo objetivo.**

#### **Sujetos.**

En cuanto al sujeto activo, el legislador ha optado por la fórmula tradicional, es decir, cualquier persona puede revestir la calidad de sujeto activo. Sin embargo, en razón de que la conducta típica exige un desvío de clientela, hay consenso en considerar que generalmente se tratará de una persona física comerciante o industrial –o que aspire a serlo- porque solamente quien reúna esta condición podrá captar la clientela de algún establecimiento<sup>9</sup>.

Distinta es la situación para el sujeto pasivo que sí debe reunir la condición de comerciante o que se desarrolle en la actividad industrial. Soler deja afuera de este grupo a los profesionales, médicos, dentistas, abogados y establecimientos de enseñanza que solo podrán querrellarse por injurias<sup>10</sup>.

### **Elemento normativo.**

El tipo penal exige que la conducta tenga por objeto tratar de desviar la *clientela*. Por cliente debemos entender a toda persona que utiliza servicios, consume, adquiera determinado producto en determinado lugar<sup>11</sup>, con independencia de la habitualidad o periodicidad con que lo haga. Clientela, será entonces, el grupo de esas personas. Como la ley no lo aclara, la clientela puede ser total o parcial.

### **Medios comisivos.**

Los instrumentos para llevar a cabo la acción son de carácter intelectual que, en todos los casos, deberán ser de una entidad tal que resulte suficiente para lograr el desvío de clientela. Entre los medios comisivos previstos por la ley se encuentran:

---

<sup>6</sup> SOLER, op.cit., pág. 163.

<sup>7</sup> FONTÁN BALESTRA, op.cit., pág. 427.

<sup>8</sup> LEY 22.362, artículo 31: “Será reprimido con prisión de tres meses a dos años pudiendo aplicarse además una multa austral un millón trescientos sesenta y ocho mil a doscientos seis millones ciento ochenta y nueve mil. A) El que falsifique o emite fraudulentamente una marca registrada o una designación; b) El que use una marca registrada o una designación falsificada fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin autorización; c) El que ponga en venta o venda una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin autorización; d) El que ponga en venta, venda o de otra manera comercialice productos o servicios con marca registrada falsificada o fraudulentamente imitada. El poder Ejecutivo nacional actualizará anualmente el monto de multa prevista sobre la base de la variación registrada en el índice de precios al por mayor nivel genera, publicado oficialmente por el Instituto Nacional de Estadística y Censos.”

<sup>9</sup> NÚÑEZ, op.cit., pág. 146, con cita de Soler y Moreno. En el mismo sentido, MORLINARIO, op.cit., pág. 167; SOLER, op.cit., pág. 163.

<sup>10</sup> SOLER, op.cit., pág. 165.

<sup>11</sup> FONTÁN BALESTRA, op.cit., pág. 430.



-*maquinaciones fraudulentas* que se vinculan a la utilización de medios ardidosos o engañosos, por ejemplo: la venta de un producto distinto en envases de una marca ajena y a menor precio del que corresponde a éste.<sup>12</sup>

-*sospechas malévolas*, entendidas como falsas o exageradas afirmaciones o insinuaciones perjudiciales. Soler las considera un supuesto de propaganda insidiosa de descrédito<sup>13</sup>.

-*propaganda desleal*, es decir, aquella que viola las reglas de la buena fe debida en el comercio. Se trata de una acción psicológica ejercida sobre el público o clientes, tendiente a convencerlos injustamente de la necesidad de alejarlos del producto o comercio y que opten, a su vez, por el producto o comercio ofrecido por el autor.<sup>14</sup>

No debe ser confundida con la propaganda propia que es lícita o exagerada respecto de las virtudes de algún producto, porque la exaltación de la bondad de un producto no constituye un medio comisivo típico más allá de que se realice con el propósito de desviar la clientela.<sup>15</sup>

En todos los casos deberá acreditarse la idoneidad de los medios comisivos para permitir mantener la afirmación de la tipicidad objetiva.

#### **Tipo subjetivo.**

Se trata de un delito doloso. El autor debe manifestar su dolo en los medios comisivos.<sup>16</sup> Sin embargo, corresponde distinguir dos supuestos; es decir, casos en los que el autor actúe con la finalidad de atraer el público para su negocio o industria de aquellos supuestos en los que realice una acción de desvío ilegítimo. Sólo en este último caso, podrá hablarse de tipicidad penal. Por ello, resulta sumamente importante determinar en cada caso la existencia del propósito de desvío en provecho propio por parte del autor<sup>17</sup>.

#### **Consumación y tentativa.**

Estamos ante un delito formal que se consuma con la acción fraudulenta que es la de “*tratar de desviar*”. Con lo cual no es necesario que el desvío se concrete sino, simplemente, que se lleve a cabo una conducta que exteriorice de manera idónea tanto objetiva como subjetivamente. Pese a ello creemos que es posible la tentativa, aunque en cada caso habrá de comprobarse la puesta en peligro del bien jurídico.

#### **Autoría y participación.**

<sup>12</sup> NÚÑEZ, op. cit., pág. 149.

<sup>13</sup> SOLER, op.cit., pág. 165.

<sup>14</sup> SOLER, op.cit., pág. 164/165.

<sup>15</sup> MOLINARIO, op.cit., pág. 164.

<sup>16</sup> NÚÑEZ, op.cit., pág. 148.

<sup>17</sup> Molinario considera que el propósito de desviar la clientela, es un elemento psicológico exigido por el tipo penal que deberá ser establecido de la misma manera que el resto de los elementos que conforman la tipicidad porque permiten establecer una diferencia con una injuria, cuando, por ejemplo, sólo se intenta dañar la reputación de un comerciante alegando falsamente que los productos que comercializa son peligrosos para la salud. Op.cit., pág. 168.

El tipo penal no tiene exigencias en cuanto a la calidad que deben reunir los autores, por ello, más allá de las aclaraciones realizadas al analizar los sujetos, la modalidad de imputación se rige por las reglas generales del artículo 45 del Código Penal.<sup>18</sup>

### **Particularidades de la figura.**

De acuerdo a la redacción del tipo penal advertimos que la acción reprimida se castiga con la sola puesta en peligro del bien jurídico. Los delitos de peligro son figuras complejas que, en muchos casos, se enfrentan al estándar de constitucionalidad fijado por el principio de lesividad. Por lo tanto, habrá que distinguir casos en los que se trate de una conducta peligrosa de otras que por su configuración son capaces de poner en riesgo el bien jurídico. Sólo estas últimas serán las que pasen el filtro de constitucionalidad mientras que las restantes serán atípicas por ausencia de ofensividad.<sup>19</sup>

Otra cuestión relevante es que como se trata de un delito que tiene prevista pena de multa, el pago voluntario del mínimo de la multa correspondiente y la reparación de los daños causados mientras no se haya iniciado el juicio extinguirá en cualquier estado de la instrucción la acción penal. Si el juicio ya está iniciado, deberá pagarse el máximo.<sup>20</sup>

En cualquiera de los dos casos, y ante un supuesto de reiteración delictiva por un hecho similar, podrá admitirse una segunda extinción de la acción penal por pago voluntario de la multa en el caso de que hayan transcurrido ocho años a partir de la primera extinción.

### **Jurisprudencia de la CSJN.**

- CSJN, 7/6/1933, publicado en JA, 45-30, *“Comete Concurrencia desleal el socio que vende su haber presente y futuro en la sociedad que explota un negocio, aunque el contrato no contenga prohibición especial y después abre en las proximidades un comercio similar con instalaciones exteriores idénticas, denominándolo con su apellido, que forma parte de la enseña del establecimiento del cual se retiró, circulando con una rúbrica análoga a la característica de dicha enseña.”*

### **Bibliografía.**

---

<sup>18</sup> Artículo 45 C.P.: *“Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.”*

<sup>19</sup> Para profundizar este aspecto ver: ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, op.cit., págs. 126 y siguientes. También, AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, *Un paseo por el peligro*, publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año 2, Número 3, ed. Ad-Hoc, 1996.

<sup>20</sup> Artículo 64 del C.P.: *“La acción penal por delito reprimido con multa se extinguirá en cualquier estado de la instrucción y mientras no se haya iniciado el juicio, por el pago voluntario del mínimo de la multa correspondiente y la reparación de los daños causados por el delito. Si se hubiere iniciado el juicio deberá pagarse el máximo de la multa correspondiente, además de repararse los daños causados por el delito. En ambos casos el imputado deberá abandonar a favor del Estado, los objetos que presumiblemente resultarían decomisados en caso de que recayera sentencia. El modo de extinción de la acción penal previsto en este artículo podrá ser admitido por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la resolución que hubiese declarado la extinción de la acción penal en la causa anterior.”*



- 
- BAIGÚN, D.- ZAFFARONI, E.R (Directores), *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, tomo 5, Artículo 159 comentado por Carlos Cruz, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
  - BUOMPADRE, Jorge E., *Delitos contra la libertad*, ed. Mave, Corrientes, 1999.
  - CARRARA, Francesco; *Programa de Derecho Criminal*, Parte Especial, Volumen II, tomo 4, segunda reimpresión de la cuarta edición, ed. Temis SA, Bogotá-Colombia, 2000.
  - DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, parte especial, tomo II-A*, ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2001.
  - FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, Parte Especial, 2ª edición actualizada por el doctor Guillermo A. C. Ledesma, ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1992.'
  - FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Parte Especial, edición actualizada y ampliada, Guillermo A. C. Ledesma –actualizador-, ed. La Ley, Buenos Aires, 2013.
  - MOLINARIO, Alfredo, *Los Delitos*, tomo II, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, ed. TEA, Buenos Aires, 1996.
  - MORENO, Rodolfo (hijo), *El Código penal y sus antecedentes*, tomo V, H. A. Tommasi editor, Buenos Aires, 1923.
  - NIÑO, L.F.- MARTÍNEZ, S.M. (Coordinadores), *Delitos contra la libertad*, ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2010.
  - NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, parte especial, tomo V, pág. 20, ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967.
  - SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, tomo IV, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, ed. TEA, 4ª edición, 10ª reimpresión, Buenos Aires, 1992.
  - ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal- Parte General*, ed. Ediar, segunda edición, Buenos Aires, 2002.