

La prohibición de competencia en los contratos, en las sociedades y en los concursos: reglas aplicables, pactos y efectos.

Por: Eduardo M. Favier Dubois (Pater) y Eduardo M. Favier dubois (H).

1. El derecho de la competencia como manifestación del interés general.

La búsqueda de la máxima ventaja individual en condiciones de competencia en el mercado es la que lleva a la riqueza individual y también a la riqueza de las naciones conforme con la premisa base del sistema liberal, en la formulación hecha por Adam Smith.

Sin embargo, a pesar de que en ese momento se compartía dicho ideario, los desajustes institucionales existentes en Estados Unidos en el último cuarto del siglo XIX, fueron dando lugar al inicio de la supervisión y reglamentación por parte del Estado de la libre competencia en un proceso en el que se destacan, como puntapié inicial, la sanción en 1890 de la Sherman Act de Estados Unidos y, como consolidación, los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, constitutivo en 1957 de lo que es hoy la Unión Europea, complementados luego con un reglamento sobre control de concentraciones.

Por su lado, y en materia de relaciones económicas internacionales entre empresas de diversos países o bloques, debe destacarse la presencia de la Organización Mundial del Comercio como organismo tendiente a custodiar la libre competencia en dicho ámbito.

En nuestro país se sancionaron en una primera etapa las leyes 11.210 y 12.906 de represión de monopolios, inspiradas en la legislación Norteamericana.

Posteriormente, las leyes 22.262 y 25.156, ésta última hoy vigente con su modificación por el Dec.396/01, siguieron una orientación más europea. Ello sin perjuicio de señalar que, al presente, los sistemas norteamericano y europeo de derecho de la competencia tienden a confluir en sus contenidos, mecanismos y alcances.

La ley 25.156, repitiendo la fórmula de la 22.262, consagra en su art.1º como valor tutelado “el interés económico general”. Puntualmente prohíbe ciertos acuerdos y prácticas anticompetitivos, sanciona el abuso de la posición dominante y establece un control de las concentraciones empresariales¹.

A su vez, la reforma constitucional de 1994 estableció en el art.42, segundo párrafo “...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...” confiriendo el art.43 acción de amparo.

Ello, sin perjuicio de destacar que el derecho a la libre competencia debe conjugarse con el resto de los derechos y bienes tutelados por la Constitución, los Tratados (art.75 incisos 22 y 24 C.N.) y con las demás leyes.

Ahora bien, la defensa del interés público en materia de competencia también se encuentra en algunas normas del derecho privado, pudiendo señalares a título de ejemplo las siguientes.

En la regulación de las “Agrupaciones de Colaboración Empresaria”, la ley 19.550 dispone que no pueden tener por objeto ejercer funciones de dirección sobre la actividad de sus miembros (art. 368, segundo párrafo), como así que el Registro Público de Comercio remitirá copia de todos los contratos a la Dirección Nacional de Defensa de la Competencia (art. 369, primer párrafo).

¹ Ver sobre el tema la obra colectiva Favier Dubois (h), E.M. y Tajan, Guillermina “Derecho de la Competencia y su control judicial. Doctrina y jurisprudencia relevante para la práctica profesional”, ed. Ad Hoc., Bs.As, 2008.

Similar norma contiene el art. 3º de la ley 26.005, en materia de “Consortios de Cooperación”, cuando dispone que los consortios no tendrán función de dirección en relación a la actividad de sus miembros.

En ambos casos se busca prevenir un eventual “acuerdo colusorio” entre los miembros de la ACE y de los “Consortios de Cooperación”, prohibido por el art.2º de la ley 25.156.

En materia concursal, la ley 24.522 establece que el síndico, en su informe general, debe hacer saber si el deudor resulta pasible del trámite prevenido por el Cap.III de la ley 25.156, por encontrarse comprendido en el art. 8º de dicha norma (art. 39 inc.10º).

Como se advierte, en este caso se busca prevenir un acto de concentración que puede requerir notificación y autorización previa (art.8 y conc. ley 25.156) para el caso de cambio de control accionario por vía del “cramdown” (art. 48 ley 24.522) o por compra de la empresa o de un establecimiento en la quiebra (arts. 205 y 208 de ley 24.522).

2.-LA TUTELA DE LA COMPETENCIA Y DEL INTERES INDIVIDUAL: LA COMPETENCIA DESLEAL.

Como una institución incluida en el Derecho de la Competencia, y junto con la represión de los acuerdos colusorios, del abuso de posición dominante y del control de las concentraciones, existe la represión de la “competencia desleal”.

La misma, concebida inicialmente solo como protección de intereses individuales, pasó de los modelos “paleoliberal” y “profesional”, al actualmente denominado “modelo social”, en cuyos términos excede el interés de los competidores para constituir una exigencia general de ordenación del mercado².

Es que el referido derecho de la competencia reconoce como exigencia que la competencia se haga conforme a ciertas reglas y, en consecuencia, al mismo tiempo que debe procurar la libre competencia debe prohibir a la competencia injusta o desleal.

Al respecto, la doctrina coincide en que no existe un concepto único sobre “competencia desleal”.

Como aproximación, se ha sostenido que será desleal el acto que por modos contrarios a los usos y costumbres afecte la libertad de comerciar e impida el funcionamiento efectivo de la competencia.

También se ha señalado que hay competencia desleal cuando el competidor, para luchar por la clientela, comienza a “apoyarse” en su o en sus competidores, en sus esfuerzos, en sus productos y servicios, entendiendo el “apoyo” en su sentido más amplio, abarcando la copia, el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno y hasta las maniobras para dañar o destruir al competidor. También hay competencia desleal cuando lo que se ofrece no es lo que se dice ofrecer y hay engaño³.

Calificada doctrina divide los actos de competencia desleal en “actos de confusión”, “actos de denigración”, “actos de desorganización interna de la empresa competidora” y “actos de desorganización general del mercado”⁴

Sin embargo no constituye competencia desleal el solo hecho de captar un cliente de un competidor, sino que ello es competencia comercial o industrial. La competencia desleal se refiere a los “medios” que se utilizan para la captación y no protege tanto a la clientela sino a la lealtad en el comercio⁵

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

² Alonso Soto, Ricardo “Competencia Desleal y Publicidad” en Uría, Rodrigo y Menendez, Aurelio “Curso de Derecho Mercantil”, t.I, Madrid 1999, Ed. Civitas, cap.16, p.326, nro.1.

³ C.N.Com., Sala A, 24-03-2000 “Mayèutica SRL c/Entrepreneur S.A.”, verlo en ED, 188-387.

⁴ Roubier, Paul “Droit de la Propriété industrielle”, 1954, Paris, Vol.1, pag.504, citado por Emery, Miguel Angel, “Competencia Desleal. Desorganización de la empresa competidora. Un fallo ejemplificador”, ED, 188-387.

⁵ Emery, Miguel Angel, op.cit., pag. cit.

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 caso⁶.

En lo que hace la normativa nacional sobre la competencia desleal, debe mencionarse, en primer lugar, el art. 10bis de la Convención de París que protege contra "...todo hecho contrario a los usos honestos en materia comercial e industrial...", lo que tiene vigencia en los términos del art. 75. Inc.22 de la Constitución Nacional.

Dicho principio tiene armonía con los arts. 953, 1109 y 1071 del código civil.

Por su parte, el art. 159 del código penal sanciona a quien "...por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier otro medio de propaganda desleal, tratarse de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial...".⁷

Además, como normas directamente vinculadas a la materia pueden mencionarse:

- a) El art. 2º inc.m) de la ley 25.156, en cuanto considera práctica restrictiva la de "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..."
- b) La ley de lealtad comercial 22.802, aun cuando su objeto directo es proteger al consumidor y solo indirectamente sanciona a la competencia desleal.
- c) La ley de defensa del consumidor, 24.240, con similar finalidad que la anterior.
- d) La ley 24.768 de confidencialidad, la que cubre un aspecto parcial de la materia referida a la divulgación de información de manera contraria a los usos comerciales honestos.

3.-LA PROHIBICIÓN DE COMPETIR EN CIERTOS CONTRATOS Y EN LAS SOCIEDADES.

Junto a las normas generales que prohíben la competencia desleal en el mercado entre competidores que no guardan vínculos contractuales entre sí, encontramos una serie de disposiciones legales, referidas a determinadas relaciones contractuales y societarias, que expresamente prohíben la competencia entre las partes contratantes.

Son los casos del contrato de mandato, la designación de factor de comercio, el contrato de trabajo y las relaciones que nacen del contrato de sociedad.

En tales casos el fundamento de la prohibición legal integra el ámbito de la competencia desleal con la particularidad que el "medio" deshonesto empleado consiste en la violación del especial deber de "lealtad" propio del vínculo contractual, deber del que surge la prohibición de aprovechar, en beneficio propio o de un tercero y con eventual perjuicio de la otra parte, el poder, las ventajas o la información derivados de la posición contractual.

4.-EL CONTRATO DE MANDATO.

Conforme con el art. 1869 del código civil, hay mandato cuando una parte da a la otra el poder de representarla y de ejecutar, en su nombre y en su cuenta, uno o más actos jurídicos.

Se trata de una relación "fiduciaria" entre el mandante y el mandatario en el sentido que reposa en la confianza del primero hacia el segundo quien recibe un poder que debe ejercer

⁶ Bercovitz, Alberto "Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal" en Bercovitz, Alberto (Coordinador) "La regulación contra la competencia desleal en la ley de 10 de enero de 1991", Ed. Boletín Oficial del Estado, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pag.19 y stes.

⁷ Spolansky, Norberto Eduardo "El delito de competencia desleal y el mercado competitivo", Ed. Ad Hoc, Bs.As. 1997, pag. 18 y stes.

en consecuencia y conforme a un deber de fidelidad⁸ que le impone dar preferencia a los intereses del mandante sobre los del mandatario (art. 1908 del código civil).

En materia de actos prohibidos, el art. 1918 del código civil establece: “No podrá el mandatario por sí ni por persona interpuesta, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante, lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuese con su aprobación expresa”.

Por su parte, el art. 1919 dispone que “Si fuera encargado de tomar dinero prestado, podrá prestarlo él mismo al interés corriente; pero facultado para dar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí, sin aprobación del mandante”.

Estas prohibiciones de “auto-contrato” deben interpretarse como prohibición de competir en los géneros confiados por el mandante al mandatario.

5.-EL FACTOR DE COMERCIO.

El factor o gerente es la persona a quien un comerciante encarga la administración de sus negocios, o la de un establecimiento comercial (art. 132 del código de comercio) y debe tener capacidad legal para contratar.

Se trata de un representante general del principal, gerente de un establecimiento comercial o fabril por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él⁹.

Si bien el factor es, por un lado un mandatario o representante del principal y, por otro, un dependiente del empresario¹⁰, calidades que por sí mismas le impiden competir (ver supra e infra), el código de comercio reitera tal prohibición y contiene una disposición especial que agrava la sanción por competir.

Es así que el art. 141 del código de comercio establece que “Ningún factor podrá negociar por cuenta propia, ni tomar interés bajo nombre propio ni ajeno, en negociaciones del mismo género de las que le están encomendadas, a no ser que sea con expresa autorización del principal. Si lo hiciera, las utilidades serán de cuenta del principal, sin que esté obligado por las pérdidas”.

Como se advierte la sanción consiste en la apropiación de las utilidades, sin perjuicio de los daños que la conducta del factor hubiera arrojado al principal y en quedar habilitado el despido con causa del factor competidor.

6.-EL CONTRATO DE TRABAJO:

La relación de empleo es también una relación de confianza que crea un deber de fidelidad del dependiente hacia el empleador (art. 85, primera parte, LCT).

Es por eso que el art. 88 de la Ley de Contrato de Trabajo establece que “El trabajador debe abstenerse de ejecutar negociaciones por cuenta propia o ajena, que pudieran afectar los intereses del empleador, salvo autorización de éste”.

Dicha norma se ve complementada por la segunda parte del art. 85, la que dispone que el trabajador debe actuar “...guardando reserva o secreto de las informaciones a que tenga acceso y que exijan tal comportamiento de su parte”.

⁸ Spota, Alberto “Instituciones de Derecho Civil. Contratos”, Buenos Aires 1983, Ed. Depalma, Volumen VIII, pag. 126, nro. 1698

⁹ Satanowsky, Marcos “Tratado...”. Tomo 2, Ed. Tipográfica, Bs.As. 1957, pag. 350, citado por Rouillon (Director), Alonso (Coordinador) en “Código de Comercio. Comentado y Anotado”, Ed. La Ley, Bs.As., 2005, tomo I pag.197.-

¹⁰ Se trata, en rigor, de un dependiente con un mandato de características especiales revocable en cualquier momento. Ver Fontanarosa, Rodolfo “Derecho Comercial Argentino”, Bs.As., 1999, Ed.Zavallá, pag.480.

La doctrina considera que no está prohibido que el trabajador tenga varios empleos en forma simultánea, mientras ello no implique competencia con el empleador, entendiéndose por tal aquella que redunde en perjuicio de éste y afecte sus intereses¹¹.

En el punto ha dicho la jurisprudencia que “existe competencia desleal si el trabajador renuncia resuelto a instalar un negocio similar al de su empleadora –peluquería para damas- e incurre en captación de la clientela”.¹²

En un caso emblemático, se condenó a reparar los daños por competencia desleal a dos ex empleados de una empresa de servicios que constituyeron una empresa competidora, con el agravante de uno de ellos, socio de la sociedad, convocaba al cuerpo de empleados especializados a reuniones fuera de la sede social para presionarlos a fin de que renunciaran y pasaran a integrar la empresa competidora¹³.

7.-LA PROHIBICIÓN DE COMPETIR EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES.

En las sociedades comerciales existe entre socios y funcionarios sociales un deber de fidelidad entre sí y respecto de la sociedad, y un deber de priorizar el interés social por sobre los intereses individuales cuya amplitud depende del tipo social de que se trate y del rol de los sujetos implicados.

En consecuencia, resulta necesario, en materia de competencia prohibida, diferenciar el rol de los administradores del rol de los fiscalizadores y del rol de los socios como tales.

Además, debe tenerse presente que la referencia para determinar si hay o no competencia será el “objeto social” y, con mayor precisión, las actividades del objeto que son habituales en la sociedad¹⁴.

Finalmente, téngase en cuenta que, a los efectos de juzgar la conducta social de socios o funcionarios, la sola actividad de competencia prohibida resulta reprochable por el derecho societario, aún cuando en el caso no hubiera daños resarcibles en tanto la norma busca actuar preventivamente, evitando los daños¹⁵.

7.1.-LOS ADMINISTRADORES SOCIALES.

Todos los administradores sociales están sujetos a la regla del art 59 de la ley 19.550 que dispone “Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con la lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios resultantes de su acción u omisión”¹⁶.

Esta regla de lealtad impone, de por sí, la prohibición para los administradores de competir con la sociedad, y tiene manifestaciones especiales en algunos tipos sociales.

Es así que en la SRL, el art. 157, tercer párrafo, in fine, de la ley 19.550, establece respecto de los gerentes: “...No pueden participar, por cuenta propia o ajena, en actos que importen competir con la sociedad, salvo autorización expresa y unánime de los socios”.

En la materia se registran dos precedentes jurisprudenciales relevantes.

El primero es el citado caso “Mayéutica S.R.L. c/Entrepreneur S.A.”¹⁷, donde además de calificarse la prohibición de competir del empleado infiel se determinó la responsabilidad societaria de un gerente que pasó a ser director de la nueva empresa competidora, quien

¹¹ Krotoschin, Ernesto “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, Ed. Depalma, Bs.As., 1987, tomo I, pag.229.-

¹² C.N.Trab. Sala II, 20-12-67 “Florencia, Ofelia c/Fandino de Cambon, Elena D.”, LL t.133-1019.

¹³ “Mayéutica SRL c/Entrepreneur S.A.”, cít. ED, 188-387

¹⁴ Consideramos que no hay competencia cuando se trata de un objeto múltiple y se refiere a una actividad que nunca fue desarrollada ni proyectada desarrollar por la sociedad.

¹⁵ Roitman, Horacio “Ley de sociedades comerciales”, Ed. La Ley, Bs.As. 2006, tomo IV, pag. 541.

¹⁶ En materia de sociedades civiles, el art. 1.700 del código civil remite a las obligaciones del mandatario respecto del mandante, lo que implica la prohibición de competir en los términos señalados supra.

¹⁷ ED, 188-387

con maniobras dolosas se llevó al personal calificado y a los principales clientes, admitiéndose los daños y perjuicios y desestimándose la personalidad de la nueva sociedad formada.

En otro caso, el fallo “Foretic, Carlos Alberto c/Foretic, Fernando Mario s/sumario”¹⁸, se desestimó la demanda de daños por falta de prueba. Se trataba de un socio gerente de una SRL que constituyó una S.A. como único director, y si bien utilizó sus conocimientos en el mercado no se acreditó perjuicio concreto a la primera sociedad disminuyendo o desviando su cartera de clientes.

En el caso de la Sociedad Anónima, la normativa es más contundente.

El art. 273 dice que “El director no puede participar, por cuenta propia o de terceros, en actividades en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de la asamblea, so pena de incurrir en la responsabilidad del art. 59”.

Dicha norma se complementa con el art. 272 que establece “Cuando el director tuviere un interés contrario al de la sociedad, deberá hacerlo saber al directorio y a los síndicos y abstenerse de intervenir en la deliberación, so pena de incurrir en la responsabilidad del art. 59”.

Vinculada a dichas reglas, aparece la disposición del art. 271 en cuanto prohíbe o limita los contratos del director con la sociedad.

Ahora bien, si se trata de una sociedad “cotizante”, o sea sujeta a la oferta pública de sus acciones, resultan aplicables las reglas del régimen de gobierno corporativo¹⁹ y de transparencia contenidas antes por el Decreto 677/01 (art.77) y ley 17.811 y ahora²⁰ por la ley 26.831, Ley de Mercado de Capitales, cuyo art. 78 establece: “Lealtad de los directores. En las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones se entenderán especialmente comprendidas en el deber de lealtad con que deben actuar los directores:

- a) La prohibición de hacer uso de los activos sociales y la de hacer uso de cualquier información confidencial, con fines privados;
- b) La prohibición de aprovechar o de permitir que otro aproveche, ya sea por acción y por omisión, las oportunidades de negocios de la sociedad;
- c) La obligación de ejercer sus facultades únicamente para los fines para los que la ley, el estatuto, la asamblea o el directorio se las hayan concedido;
- d) La obligación de velar escrupulosamente para que su actuación nunca incurra en conflicto de intereses, directo o indirecto con los de la sociedad.

En caso de duda acerca del cumplimiento del deber de lealtad, la carga de la prueba corresponde al director”.

De todo ello resulta que en todos los tipos sociales los administradores tienen, conforme con la ley, la prohibición de actuar en competencia con la sociedad.

Infra analizaremos en qué casos y bajo qué mecanismos pueden ser dispensados.

7.2.-OTROS FUNCIONARIOS SOCIETARIOS.

También en la sociedad anónima tienen prohibición de competir otros funcionarios, a pesar de no ser administradores.

¹⁸ C.N.Com., Sala B, 15-10-2000, verlo en “Derecho de la Competencia y su control judicial”, op.cit. pag.463 y stes.

¹⁹ Ver de Favier Dubois (h), E.M. “Gobierno corporativo. Derecho norteamericano y Derecho Argentino. La contratación social con un director”, en “X Congreso Argentino de D.Societario”, Ed. Fespresa, Córdoba, 2007, tomo IV, pag.273 en co-autoría con Ernesto Schafran.

²⁰ La nueva ley está aún en período de aplicación gradual sobre la situación pre-existente, conforme la reglamentación a dictarse, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 155 de la ley 26.831 y la R.G. 615 CNV del 21-1-13.-

En primer lugar, debe mencionarse el caso del síndico, sea abogado, contador o sociedad entre éstos (art.285), donde el art. 298 considera aplicable a los síndicos lo dispuesto por los arts. 271 a 279, lo que incluye al art. 273 sobre prohibición de competir.

La prohibición deriva de la lealtad con que el síndico debe desempeñar su cargo y de la información reservada a la que tiene acceso en razón de sus funciones.

En segundo lugar, no pueden competir los integrantes del consejo de vigilancia en tanto el art. 280 remite expresamente y declara aplicable al art. 273.

En el punto téngase en cuenta que si bien los miembros del consejo son accionistas, los que como tales sí podrían competir (ver infra), éste órgano puede tener facultades de co-administración cuando el estatuto disponga que “determinada clase de actos o contratos no podrán celebrarse sin su aprobación” (art. 281 inc.h).

Por encima de ello, las funciones de fiscalización que la ley otorga al consejo de vigilancia (art. 281 incisos a, b, e, f y g), hacen aplicables los fundamentos dados para el síndico.

Además, consideramos que cuando en otro tipo social se designe un síndico por aplicación de un imperativo legal o en forma estatutaria, el mismo debe considerarse sujeto a similar prohibición de competir.

7.3.-LOS SOCIOS:

El tema exige discriminar entre los diversos tipos sociales y a la sustancia personalista o no de la sociedad.

En cuanto al socio de la sociedad colectiva, el art. 133 de la ley 19.550 dispone: “Un socio no puede realizar por cuenta propia o ajena actos que importen competir con la sociedad, salvo consentimiento expreso y unánime de los consocios. La violación de esta prohibición autoriza al exclusión del socio, la incorporación de los beneficios obtenidos y el resarcimiento de daños”.

Como se ve, se establece una triple sanción.

Por un lado, la exclusión del socio competidor, la que ha sido conceptualizada como un mecanismo de defensa instaurado por la ley a favor de los coasociados y de la compañía misma, para posibilitar la preservación del equilibrio y necesario estado de igualdad jurídica que debe gobernar toda relación social²¹

La razón del instituto de la exclusión, en términos generales, radica en la necesidad social de evitar la participación perjudicial del socio que incurre en un comportamiento perturbador, atentando contra el cumplimiento del objeto social y el normal desarrollo de la actividad societaria²², como ocurre cuando actúa en competencia con la sociedad.

La otra sanción es la de apropiación de ganancias, como en el caso del factor (ver supra). Finalmente, también la norma reconoce la posibilidad de resarcir los concretos daños y perjuicios.

El fundamento de la norma debe buscarse en la gran importancia que tiene la persona del socio en este tipo de sociedades. Tal carácter personalísimo determina la lealtad y colaboración que el socio debe prestar, la existencia de la posible exclusión del socio, a lo que se suma la menor personalidad jurídica derivada de la responsabilidad solidaria e ilimitada por el pasivo social.

Por tales motivos, entendemos que esta regla es también aplicable por extensión, al tratarse de relaciones personalísimas, al socio comanditado de la sociedad en comandita simple (art.134) y de la sociedad en comandita por acciones (arts. 315 y 324), y al socio capitalista de la sociedad de capital e industria (art.141), en razón de que su situación y responsabilidad solidaria e ilimitada los coloca en similar situación.

²¹ Zaldívar, Enrique y otros, Cuadernos de Derecho Societario, ed. Abeledo Perrot, tº III. v. 4º, p. 210.

²² Escuti, Ignacio A., Receso, exclusión y muerte del socio, ed. Depalma, Bs. As., 1978, pág. 54.

También cabe incluir al socio industrial quien, a pesar de no tener responsabilidad ilimitada, participa diariamente en las actividades sociales, aun cuando no fuera administrador.

En el otro extremo, es claro que en la sociedad anónima no existe prohibición legal ni conceptual de competir por parte del accionista, en regla que debe entenderse comprensiva del socio comanditario de la sociedad en comandita simple y del accionista de la sociedad en comandita por acciones.

Ello sin perjuicio de la obligación de los accionistas de abstenerse de participar en decisiones donde tengan un interés contrario (art.248)

Sentado ello cabe considerar el caso de los socios de la SRL.

La ley 19.550 no contiene norma expresa que les prohíba competir con la sociedad, por lo que una primera lectura podría llevar a considerar que sí pueden hacerlo.

Sin embargo, las posturas de la doctrina no son pacíficas en el punto.

Algunos, hacen una interpretación literal y consideran que el socio de la SRL no tiene la prohibición de competir, sin perjuicio de su responsabilidad por daños²³

En cambio, otros autores consideran que se aplica por extensión la regla del art. 133 L.S. al socio de la SRL²⁴.

La jurisprudencia no es pacífica ya que en un caso se entendió que no existía la prohibición de competir²⁵ y en otro se hizo lugar a una medida cautelar en una acción de exclusión fundada en la competencia con el alcance de prohibir el acceso a la información del socio respecto de datos sensibles²⁶

Por nuestra parte consideramos que la clave radica en el carácter personalísimo de la sociedad, más allá de su tipo social.

Este puede derivar, en primer lugar, de las cláusulas del estatuto donde podrá haber importantes restricciones como la limitación para ceder las cuotas a socios y a terceros, la designación de gerente como condición y por toda la duración de la sociedad conforme con el art. 157 in fine, etc.

Pero también el carácter personalísimo, que impide competir, puede ser una derivación de la situación fáctica de funcionamiento de la sociedad en tal forma.

Es lo que ocurre en las “empresas familiares” donde a pesar que el estatuto no contemple cláusulas especiales, su dinámica interna y los pactos escritos o no escritos entre los socios, que asumen valor legal de reglamentos internos de hecho en la medida en que son considerados obligatorios²⁷, imponen considerar vigente la prohibición de competir propia de las sociedades colectivas.

Tal solución es aplicable también a los accionistas de S.A. cuando se presenten las mismas condiciones.

Finalmente, cabe señalar que aún en los casos de sociedades donde los socios no tienen la prohibición de competir, si de la competencia del socio resultan daños dolosos o culposos causados a la sociedad, aquél responderá por los daños y perjuicios en forma agravada y en los términos del art. 54, primer párrafo, de la ley 19.550.-.

²³ Nissen, Ricardo “La actividad del socio en competencia de la sociedad” LL 1993-C-168, donde considera que también corresponde la exclusión si dañó a la sociedad.

²⁴ Roitman, Horacio “Ley de sociedades comerciales” Ed. La Ley, Bs.As., 2006, tomo IV, pag.46.

²⁵ Birentzwaig, Alberto c/Amato, Alberto”, C.N.Com., Sala D, LL 1993-C, pag.168.

²⁶ Schori SRL c/Arroyo, Ezequiel s/incidente art.250” C.N.Com., Sala A, 30-10-07, Errepar DSE, nro.251, Octubre/08, t.XX, pag.961 con comentario de Raul Schiavino “La prohibición de competencia del socio con la sociedad”, quien adhiere a la vigencia de la prohibición en la SRL por su carácter personalista.

²⁷ Ver de los autores “El marco legal de la empresa familiar. Riesgos y soluciones con la ley vigente”, La Ley, T.2013-C publ.10-6-13 pag.1 y stes..

8.-LOS PACTOS DE AUTORIZACION DE LA COMPETENCIA.

8.1.-DISPENSA EXPRESA DE LA PROHIBICION.

Tal como se ha ido mencionando al analizar los diversos supuestos de competencia prohibida, en muchos casos la ley permite la dispensa de la prohibición de competir.

En el caso del mandato, el código civil en los arts.1918 y 1919 dispensa si hay autorización expresa del mandante.

En el caso del factor, el art.141 dispensa si hay autorización expresa del principal.

Por su parte, la Ley de Contrato de Trabajo, en su art. 88 último párrafo, deja a salvo la autorización del empleador.

En materia de administradores societarios, el art. 157, última parte, dispensa al gerente de la prohibición de competir en caso de "autorización expresa y unánime de los socios".

Por su parte, el art. 273 permite dispensar al director si hay "autorización expresa de la asamblea", en norma aplicable por remisión a los síndicos y consejeros de vigilancia.

En cuanto a los socios, en la sociedad colectiva (y demás tipos asimilados), se admite como salvedad a la prohibición de competir el "consentimiento expreso y unánime de los consocios".

En todos estos casos está claro que si existe consentimiento del principal, de todos los socios, o de la asamblea, los interesados pueden realizar actuaciones en competencia.

Los mecanismos naturales para tal autorización, serán una cláusula en los contratos de mandato y de designación de factor, una cláusula estatutaria en el caso de la sociedad colectiva (o reunión de socios unánime) y una decisión de asamblea en el caso de la sociedad anónima, con las mayorías exigidas para la asamblea ordinaria, en tanto se trata de la actuación de los directores encuadrable en lo establecido por el art.234 de la ley 19.550.

Sin embargo, entendemos fuera de la dispensa, expresa o tácita, el caso de los administradores de sociedades de oferta pública dado los exigentes estándares del gobierno corporativo y la necesidad de proteger a los inversores.

8.2.-DISPENSA TÁCITA.

Se plantea en doctrina la discusión relativa a si la dispensa debe ser siempre "expresa" y "previa", como parece resultar de la letra de la ley, o si pueda admitirse en forma tácita o como ratificación expresa posterior.

Por nuestra parte entendemos que si las mismas voluntades que pueden dar la autorización expresa conocen fehacientemente la actividad en competencia y la consienten, tal actividad no podría dar lugar a sanción por aplicación de la doctrina de los propios actos.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que no puede admitirse la impugnación de quien contradice al *status quo* societario que él mismo ha contribuido a formar, poniéndose en contradicción con sus propios actos, por lo cual nadie puede ejercer una conducta incompatible con otra anterior.

Es así que conforme con la conocida doctrina de los actos propios, resulta inadmisibles el intento de ejercer judicialmente un derecho subjetivo o facultad incompatible con el sentido que la buena fe atribuya a una conducta anterior, siendo una de las consecuencias del obrar de buena fe la necesidad de un comportamiento coherente²⁸

9.-LOS PACTOS DE NO COMPETENCIA.

9.1.-CLÁUSULAS EN MATERIA SOCIETARIA.

²⁸ Conf. C.N.Com., Sala A, 27.09.89, "Ituzaingo Cía. Financiera"; íd. Sala B, 09.09.92, "Saint Honore S.A."; Sala C, 16.06.87, "Rivas"; Sala D, 20.02.84, "Giudice" ; Sala, E, 30.06.92, "Bertenasco y leva"; Sala D, "Shichel Gerardo c/ Laboratorios Alex S.A. s/ Impugnacion de asamblea", 17.08.95, entre muchos otros; en igual sentido, Gagliardo Mariano, "La doctrina del propio acto en el derecho societario", Il 1987-b, pág. 44; Morello A. - Stiglitz R., "La doctrina del acto propio", Il 1984-a, pág. 865.

Más allá de su conveniencia ¿existe la posibilidad legal de que los fundadores de la SRL o sociedad anónima y/o de que sus socios o accionistas, introduzcan en el estatuto cláusulas que prohíban la competencia a los socios cuando ella no surge de la ley? ¿Podrían además prever la exclusión del socio por incumplimiento?

Damos respuesta afirmativa al interrogante sobre la base de que la ley fija ciertos mínimos a cumplir, por razones de interés general, fuera de los cuales los socios gozan de amplia libertad.

De tal suerte, podrá ejecutarse la manda societaria de consignar en el instrumento de constitución "...las cláusulas necesarias para que puedan establecerse con precisión los derechos y las obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros...y las cláusulas atinentes al funcionamiento...de la sociedad..." (art. 11 incs. 8º y 9º ley 19.550)²⁹ lo que, a nuestro juicio, incluye la facultad de fijar la prohibición de competir e, incluso, la exclusión por tal motivo en la SA³⁰

La moderna doctrina nacional, que compartimos³¹, es pacífica en cuanto a la posibilidad de incorporar cláusulas estatutarias basadas en la autonomía de la voluntad y con los límites señalados³².

Otro mecanismo para incorporar la obligación de no competir del socio está dado por el sistema de "prestaciones accesorias" (art.50 ley 19.550), que pueden incluir obligaciones de "no hacer", tal como la de no competir³³.

9.2.-CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA EN LOS CONTRATOS.

Las cláusulas de no competencia son cláusulas en las que dos partes estipulan obligaciones de no hacer vinculadas con actividades comerciales determinadas³⁴.

Por lo general, acceden a la terminación de una relación contractual duradera en la que hubo intercambio de información y de "know how" (locaciones de servicios, gerenciamiento, agencia, representación, sociedad, laboral, etc.) o a un contrato en el que una parte transfiere un bien, un conjunto de bienes o un conocimiento vinculado a la otra parte (transferencia de paquete accionario, transferencia de fondo de comercio, etc.).

Si bien estas cláusulas restringen la competencia al excluir a un oferente del mercado, no se han juzgado en sí mismo ilegítimas sino que se ha condicionado su validez a la existencia de algunas limitaciones.

Entre ellas se destacan el hecho de que deben ser accesorias de otro contrato, necesarias para su efectivización, no dañar a terceros y limitarse a una zona y a un tiempo³⁵

En lo que se refiere al citado límite temporal, se ha admitido como razonable un plazo de cinco años durante el cual la contraparte no puede competir.

²⁹ Richard, Efraín Hugo "Libertad asociativa y autonomía estatutaria" en "X Congreso Argentino de Derecho Societario", Ed. Fespresa, Córdoba 2007, tomo I, pag. 327.

³⁰ Ver de los autores "La exclusión de socios en la sociedad anónima", Errepar, DSE, nro.282, Tomo XXIII, mayo 2011, pag.504 y stes.

³¹ Ver de los autores "Condiciones estatutarias para el desempeño del cargo de director de sociedad anónima", Errepar, DSE, nro. 279, tomo XXII, febrero 2011, pag. 141

³² Fridman, Susana Alejandra "La autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato social", pag.253; Tom, Walter Ruben "El nuevo régimen societario argentino debe permitir la libertad asociativa respetando la autonomía de la voluntad", pag. 341, ambos en la obra colectiva "X Congreso Argentino de Derecho Societario", Ed. Fespresa, Córdoba 2007, tomo I,

³³ Favier Dubois (p), E.M. "Las prestaciones accesorias. Perspectiva, actualidad y prospección de un valioso instituto" en RDCO, año 24, tomo 1991, B, pag. 90, nro.1.6.;Vítolo, Daniel R. "Aportes, capital social e infracapitalización en las sociedades comerciales", Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As., 2010, pag. 226.-

³⁴ Seguimos en el punto el trabajo de Waisman, Agustín "Cláusulas contractuales de no competencia", LL 2004-C- pag. 1420.

³⁵ Ver las Resoluciones de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia citadas por Waisman en nota anterior.

9.3.-CLÁUSULAS PENALES.

El modo más frecuente de garantizar el cumplimiento de la cláusula de no competencia en un contrato consiste en sancionar la infracción con una cláusula penal.

La cláusula penal es un instituto proteico que proporciona un incentivo para el cumplimiento específico de la obligación (función compulsiva), o bien fija de antemano el monto indemnizatorio para el caso de incumplimiento (función indemnizatoria), sea este absoluto (cláusula penal compensatoria) o relativo (cláusula penal moratoria)

La función compulsiva de la cláusula penal surge del art. 652 del Cód. Civil. La función indemnizatoria se superpone a la anterior y en oportunidades la desplaza. Asimismo, rige aunque no haya perjuicio para el acreedor (así lo dispone el art. 656 CC).

Sólo ante supuestos excepcionales es procedente dejar de lado la cláusula penal pactada y revisar judicialmente la reparación de los daños sufridos por el acreedor: esos casos son la cláusula penal ínfima y la cláusula penal excesiva (art. 656, segundo párrafo).

10.-LA COMPETENCIA Y LOS CONCURSOS.

10.1.-CONSIDERACIONES GENERALES.

Las relaciones entre el derecho concursal y el derecho de la competencia son muchas.

Como ya se señaló supra, la ley 24.522 tiene alguna disposición tendiente a posibilitar el control de las concentraciones económicas, el que aplica en casos de “cramdown” y de venta de empresa en marcha (art.39 inc.10º) y da lugar al debate sobre la compatibilización entre la ley de defensa de la competencia y la ley de concursos y quiebras³⁶.

También debe considerarse la posibilidad de que la deudora, a los fines de poder continuar con sus actividades hasta que se decida la suerte del concurso, y entre las medidas cautelares concursales disponibles³⁷, pueda solicitar una medida para reestablecer un suministro indispensable cuando la interrupción del mismo pudiera violar las reglas de la libre competencia.

Tal fue el caso “Medic World Mandatary S.A. s/concurso preventivo”³⁸ donde se trataba de una farmacia en concurso preventivo a las cuales las droguerías con productos monopólicos se negaban a venderle medicamentos a precios y condiciones del mercado, lo que las excluía del mercado.

Por otra parte, aparece la cuestión de las “ayudas públicas” a las empresas privadas insolventes, que tienen aptitud para modificar la competencia, seriamente limitadas en el Derecho Europeo³⁹ y sin regulación en nuestro país⁴⁰, donde se ha propuesto que el

³⁶ Cárrega, Francisco Jose “Compatibilidad del régimen concursal con el derecho de defensa de la competencia”, LL 2004-C, 28-4-04, pag.1 y stes.

³⁷ Ver de los autores “Las medidas cautelares concursales sobre cheques diferidos en el ante concurso preventivo”, Errepar, DSE, nro. 256, Marzo 2009, T.XXI, pag. 242.

³⁸ C.N.Com., Sala D, 11-10-2001, verlo en la obra “Derecho de la competencia y su control judicial”, cit. Pag.493 y stes.

³⁹ El art. 87.1 del Tratado de la UE prohíbe las ayudas públicas y, como excepción, el art. 87.3, en su inciso B) admite las ayudas destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un estado miembro, y el inciso C) admite las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades...siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común. Igualmente hay Directivas Europeas sobre ayudas estatales a Empresa en Crisis siempre que tengan incapacidad, con recursos propios u obtenibles de accionistas y acreedores, de enjugar perdidas que la conducirían a su desaparición económica casi segura a corto o mediano plazo, en dos categorías: a) de salvamento: respiro no superior a seis meses; b) de reestructuración: plan para la viabilidad a largo plazo.

⁴⁰ Lo que plantea serios problemas ante las reiteradas intervenciones del Estado en la economía mediante el control, adquisición y/o subsidios a determinadas empresas, lo que puede afectar la competencia en el mercado. Ver Alegría, Héctor “La intervención del Estado en el saneamiento de la Empresa”, LL suplemento de Concursos

presupuesto legal para solicitarlas consiste en la presentación judicial en concurso preventivo⁴¹.

Sumados a tales casos, y en el ámbito propio de la competencia desleal, se analizarán dos casos especiales: el voto del acreedor que es mal competidor y la adquisición de la empresa insolvente por parte de la cooperativa de trabajo por maniobra deshonestas.

10.2.-EL VOTO DEL ACREEDOR COMPETIDOR DESLEAL.

Como es sabido el concurso preventivo se ordena a lograr un acuerdo de la deudora con sus acreedores para lograr la reestructuración viable de su pasivo y de su empresa.

A tales fines, se impone la decisión de la mayoría (2/3 de capital y 51% de personas: art. 45 LCQ) en el que se computa el voto de cada acreedor por el monto verificado o declarado admisible.

Sin embargo, no todos los acreedores tienen derecho al cómputo de su voto, señalando el art. 45, tercera parte, de la ley 24.522 algunas exclusiones fundadas en el “voto complaciente” (parientes y socios).

La redacción de dicho artículo ha llevado a una polémica doctrinaria relativa a si la misma es taxativa o meramente enunciativa y, si en el segundo caso, corresponde excluir del cómputo al denominado “acreedor hostil”, a quien se caracteriza por negar su voto fundando en una razón diversa a una evaluación objetiva de sus propios y legítimos intereses (el denominado “interés concursal”), sino en otras razones.

Dentro de este caso ubicamos el caso del “competidor deshonesto”, o sea de aquel que provoca y/o aprovecha la situación de concurso preventivo de su competidor para excluirlo del mercado.

Entiéndase bien, no se trata de excluir el voto de un acreedor por el solo hecho de ser competidor, sino de excluir a quien, mediante su deliberado no voto, activa o complementa una maniobra de competencia desleal tendiente a excluir al deudor del mercado mediante su quiebra.

En el caso “Equipos y Controles”, la sentencia de primera instancia del Juzgado Comercial Nro.9⁴², dispuso la exclusión de voto de un acreedor considerando que existían un conjunto de actos, positivos y negativos, que implicaban una maniobra de competencia desleal de exclusión de un competidor del mercado prohibida por la ley (art.42, 2, C.N.; art.10bis, punto 2, Tratado de Paris; y art. 1071 del código civil).

Al respecto se invocó que “...a través de diversas co-controladas (art.33 LS) el “grupo Fisher”, que era licenciante y proveedor de la concursada, adoptó y ejecutó las siguientes decisiones:” a) de revocar unilateralmente los contratos que la unían con la concursada, lo que fue causa de la imposibilidad de la continuidad operativa de ésta produciendo la cesación de pagos que derivó en el concursamiento preventivo; b) de instalarse simultáneamente en el país en actividad en competencia de la concursada; c) de no votar la propuesta oportunamente presentada por la concursada; d) de insistir en que su voto negativo se compute a los efectos de declarar la inexistencia del acuerdo”.

Dicha decisión fue revocada por la Cámara Comercial en voto dividido⁴³. La mayoría entendió que no se trataba de una exclusión prevista en el art.45 LCQ, que la infracción a

y Quiebras del 26-11-09; de la Riva, Ignacio M. “Ayudas Públicas. Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado”, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2004.

⁴¹ Tal era la calificada opinión de nuestro amigo y maestro, el Profesor español Emilio Beltran Sanchez, a quien recordamos con todo afecto. Ver las “Ayudas de Estado a Empresas en Crisis”, con Ana B. Campusano Laguillo, Estudios de Derecho Español y Europeo, 2009.

⁴² Juz.Nac.Com.Nro.9, entonces a cargo de E.M.Favier Dubois (h), Sec.18, 20/7/2001, verlo en “Derecho de la competencia y su control judicial”, op.cit. pag.469 y stes.

⁴³ C.N.Com., Sala C, 27-12-2002, verlo en “Derecho de la competencia y su control judicial”, op.cit., pag. 477 y stes. También en LL, suplemento de concursos y quiebras del 20-5-03, pag.6.-

la ley 25.156 debió plantearse ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, que no se probaron los hechos invocados por la concursada y que la continuación de la empresa podría hacerse aún en la quiebra.

La minoría de la Cámara propuso confirmar el decisorio sosteniendo que el art. 45 debe complementarse con otras normas del ordenamiento jurídico cuyos principios son de orden público y llevan a la ineficacia del acto más allá de otras consecuencias administrativas, no pudiendo postergarse la aplicación de la ley 25.156⁴⁴.

Luego, en el caso "Telearte"⁴⁵, fallado en primera instancia, planteada la exclusión del acreedor competidor deshonesto, se excluyó su voto pero abuso del derecho al negarse arbitrariamente a prestar conformidad produciendo un daño al resto de los acreedores ya que en la quiebra nada cobrarán estos al tratarse de una empresa cuyo principal activo (licencia de radiodifusión) se perderá en la falencia.

Posteriormente, en el caso "Juan C. Guzman y Cía. S.A."⁴⁶, se excluyó del cómputo el voto de un accionista minoritario que era titular de una empresa que ejecutaba actos de competencia desleal sosteniéndose que, más allá de ello, se trataba de un voto en colisión de intereses que importaba un abuso de derecho⁴⁷.

En definitiva, la cuestión de la exclusión del voto del competidor deshonesto como acreedor se encuentra actualmente controvertida, pero mantenemos la opinión de que debe ser excluido con fundamento en la aplicación inmediata, aún en materia concursal, de la normativa que prohíbe la competencia desleal y anula sus efectos.

10.3.- LOS NEGOCIOS CONCURSALES CON LA COOPERATIVA DE TRABAJO QUE PROMOVIÓ LA INSOLVENCIA EN CONDUCTA DESLEAL.

La situación de los trabajadores en la empresa, y particularmente en el caso de insolvencia, ha sido motivo de grandes preocupaciones y de estudios orientados a fortalecer su situación⁴⁸ frente al reparto del poder de decisión y de la soportación de daños que todo proceso concursal implica.

En el actual ordenamiento concursal, a partir de la vigencia de la ley 26.684 del año 2011, la cooperativa de trabajo integrada por dos tercios de trabajadores o acreedores laborales de la empresa, posee importantes roles y está legitimada para celebrar con ventajas ciertos "negocios concursales"⁴⁹, a saber:

1) Durante el concurso preventivo puede inscribirse para participar en el "salvataje de la empresa" (art.48), y tiene derecho a participar en dicho procedimiento "haciendo valer" los créditos que le corresponderían a los trabajadores en caso de quiebra, con conformidades y facilidades bancarias y fiscales, y exención de depósitos previos (art. 48 bis).

⁴⁴ En general la doctrina se inclinó por propiciar la aplicación de la ley de defensa de la competencia en sede concursal. Ver Vitolo, Daniel R. "La no exclusión del voto del competidor en un concurso preventivo. Un fallo desafortunado", Errepar, DSE, nro.189, agosto/03, t.XV, pag. 793; Cabanellas (h), Guillermo "Efectos de la ley de defensa de la competencia sobre los procesos concursales", en LL, suplemento de concursos y quiebras del 20-5-03, pag.6.-En contra, Cassagne, Bernardo "Derecho administrativo de la defensa de la competencia ¿aplicación administrativa o judicial de la ley 25.156?. Interrogantes y planteamientos", en El Derecho del 1-12-03, pag.9.

⁴⁵ Juz. Nac. Com. Nro.16, Sec. 32, "Telearte S.A. s/concurso preventivo", 7-3-06, verlo en "Derecho de la competencia y su control judicial", op.cít., pag. 499 y stes.

⁴⁶ C.N.Com., Sala C, 10-11-08, en El Derecho, t.233 del 19-6-09, año XLVII nro.12.278, pag.1. y stes.

⁴⁷ Ver el comentario de Truffat, E.Daniel "Otra vez sobre la exclusión del mal llamado voto hostil en los concursos", El Derecho, t.233 del 19-6-09, año XLVII nro.12.278, pag.1. y stes.

⁴⁸ Ver Tevez, Alejandra Noemí "Empresas recuperadas y cooperativas de trabajo", Ed. Astrea, Bs.As., 2010.-

⁴⁹ Favier Dubois (h), E.M.: "Los negocios concursales: reconocimiento, admisión y límites", en "VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia", Rosario, 2006, Ed.UNR y UCA, tomo I.

2) En caso de quiebra, la cooperativa de los trabajadores puede:

-Celebrar un contrato con la quiebra (locación, gerenciamiento, custodia, etc.) para continuar por un tiempo y ejercer por sí la explotación con ciertas facilidades (art. 187).

-Ser designada administradora a cargo de la explotación de la empresa durante la quiebra, en reemplazo de la administración del síndico, con facilidades para el acceso y asistencia técnica del Estado (arts.189, 190, 191, 191bis, 192) sin que los acreedores prendarios o hipotecarios puedan rematar hasta por dos años (195);

-Hacer oferta y requerir la adjudicación definitiva de la empresa fallida, o uno o más de sus establecimientos, compensando los créditos de sus trabajadores con el valor de la tasación que se practique, sin puja con los demás interesados.

Oportunamente planteamos la necesidad de algunas reglamentaciones necesarias para evitar abusos o presiones nacidos de la nueva situación⁵⁰.

En ese ámbito cabe analizar la conducta de los trabajadores y de las cooperativas de trabajo formadas por ellos.

Al respecto, y como se señaló supra, los trabajadores están sujetos a un deber de fidelidad que les impide competir y causar daños a su empleador (arts. 88 y 85 de la Ley de Contrato de Trabajo).

En dicho contexto, un presupuesto insoslayable para el otorgamiento a la cooperativa de trabajo de algunos de los derechos de contratación que le da la ley de quiebras consiste en que los trabajadores que la integran no hayan participado en maniobras tendientes primero a la cesación de pago y, luego, al fracaso del período de exclusividad del concurso preventivo o declaración de la quiebra.

En caso contrario, tales contrataciones serían nulas por integrar una cadena de actos de "competencia desleal" y, por ende, deberían ser rechazadas por el Tribunal o, ya celebradas, anuladas.

Es que la provocación deliberada de la insolvencia con miras a celebrar un negocio concursal en provecho propio constituiría, en la calificación de Roubier, competencia desleal como un "acto de desorganización interna de la empresa competidora"⁵¹.

Adviértase que si la conducta de los trabajadores incurrió en competencia indebida la sanción no es otra que la nulidad del acto conforme con los arts. 18, 21, 502, 530, 542, 872, 953, 1047, 1050 y 1081 del código civil.

En el punto resulta fundamental la información que pueda ser recolectada por el síndico y/o aportada por los acreedores interesados.

11.-CONCLUSIONES:

Siempre a título de propuestas provisorias, sujetas a la dialéctica del pensamiento⁵², y a modo de síntesis conclusivas formulamos las siguientes conclusiones:

1.-La prohibición de competencia desleal, conceptuada como la utilización de medios deshonestos para atraer clientela, excede hoy el interés de los competidores para constituir una exigencia general de ordenación del mercado y está incluida en la tutela constitucional y legal de la competencia en nuestro país.

2.-Junto a las normas generales que prohíben la competencia desleal en el mercado entre competidores encontramos una serie de disposiciones legales, referidas a determinadas relaciones contractuales, que expresamente prohíben la competencia entre las partes

⁵⁰ Ver Favier Dubois (h), E.M.: "Reglamentaciones necesarias para la correcta aplicación de la reforma de la ley de quiebras (ley 26.684)", en La Ley 2011-D, pag. 1308.

⁵¹ Ver nota 4.-

⁵² Los autores agradecerán comentarios al correo: "emfavierdubois@favierduboisspagnolo.com"

contratantes donde el “medio deshonesto” empleado es el incumplimiento del deber de “lealtad” propio del vínculo.

3.-En el contrato de mandato las prohibiciones de “auto contrato” de los arts.1918 y 1919 del código civil deben interpretarse como prohibición de competir en los géneros confiados por el mandante al mandatario.

4.-En la relación con el “factor de comercio”, la violación de la prohibición de competir tiene como efecto la apropiación de las utilidades por el principal, sin asumir las pérdidas, además de los daños y de la posibilidad de despedir con causa al factor.

5.-En el contrato de trabajo, el deber de fidelidad impide al trabajador competir y lo obliga a guardar reserva de todo conocimiento adquirido (arts. 88 y 85 L.C.T.).

6.-En las sociedades comerciales la competencia debe juzgarse no tanto en relación al objeto estatutario sino a las actividades sociales efectivamente realizadas o proyectadas realizar y la prohibición depende del rol de los sujetos y del tipo social de que se trate.

7.-Los administradores sociales, en cualquier tipo social, tienen prohibición de competir, agravándose el deber de lealtad en las sociedades autorizadas para la “oferta pública” por aplicación de las reglas del gobierno corporativo. Igual prohibición rige para los síndicos e integrantes del consejo de vigilancia.

8.-No pueden competir con la sociedad los socios de las sociedades de interés. En los demás tipos, los socios pueden competir a menos que se trate de una sociedad “personalista”, lo que puede derivar de cláusulas contractuales o del propio funcionamiento interno del ente interpretado como reglamento hecho en la medida de la existencia de una conciencia de obligatoriedad.

9.-Es admisible la dispensa expresa de la prohibición de competir en las sociedades mediante cláusulas estatutarias o decisiones sociales, tanto para socios como para administradores y síndicos, salvo el caso de las sociedades cotizantes. A nuestro juicio, la dispensa tácita, nacida del consentimiento de todos los socios, es válida por aplicación de la doctrina de los propios actos y salvo el caso de las sociedades cotizantes.

10.-Aún en casos de competencia no prohibida o dispensada, si de la competencia del socio resultan daños dolosos o culposos causados a la sociedad, aquél igualmente responderá por los daños y perjuicios en forma agravada y en los términos del art. 54, primer párrafo, de la ley 19.550.-.

11.-Las cláusulas de no competencia son válidas en las sociedades mediante estipulaciones estatutarias o como prestaciones accesorias. En los contratos son válidas las cláusulas de no competir mientras tengan limitaciones tales como ser accesorias de un contrato, ser necesarias para su efectivización, no dañar a terceros, estar circunscriptas a una zona y regir por un tiempo razonable, generalmente de no más de cinco años. Resulta pertinente pactar una cláusula penal para el caso de violación de la prohibición, con funciones compulsivas e indemnizatorias. Solo en caso de cláusula penal ínfima o excesiva (art. 656 segundo párrafo del código civil), es procedente dejar de lado la cláusula penal pactada y revisar judicialmente la reparación de los daños sufridos por el acreedor.

12.-En los concursos, el cómputo del voto negativo del acreedor que integra una maniobra de competencia desleal y los negocios concursales a favor de la cooperativa de trabajo que promovió la insolvencia violando su deber de fidelidad, pueden ser impedidos o anulados por aplicación de la normativa que tutela la competencia.

FINIS CORONAT OPUS