

Convenio de *Non Compete* en operaciones de M&A.
Límite territorial y temporal. Captación desleal de
clientela y empleados. Un interesante precedente de
la sala D: el caso *Hidroлимп SRL*



Por:
Pablo Augusto Van Thienen
Director

Convenio de *Non Compete* en operaciones de M&A. Límite territorial y temporal. Captación desleal de clientela y empleados. Un interesante precedente de la sala D: el caso *Hidrolimp SRL*

Por: Pablo Augusto VAN THIENEN

Comentario correspondiente a los encuentros de debate de jurisprudencia mercantil, laboral y tributaria que mensualmente se llevan a cabo en el **CEDEF Law & Finance**.

SUMARIO: *Abstract*. I. Los hechos. – II. Decisión de la sala. – III. Nuestra opinión. – 1. El deber de lealtad del capital. – 2. Competencia desleal y competencia ilícita. – 3. Pacto de no competencia, simetría contractual y equilibrio de las prestaciones. – 4. Ausencia de plazo o plazo excesivo. La mora. – 5. Acción autónoma de revisión (de plazo). – 6. Captación desleal de clientes y empleados. – 7. La clientela y el valor llave. – 8. La contradicción del fallo. – 9. Captación desleal del cliente. – 10. Conclusiones.

Abstract:

La sala D con el ilustrado voto del juez preopinante Dr. Pablo Heredia dictó sentencia en el caso “Hidrolimp”. Se trató de un expediente simple y a la vez complejo: condenar a un ex – socio a indemnizar daños por presunta *competencia desleal*.

El caso merece ser analizado a la luz del veredicto teniendo en consideración lo usual de estos pactos en transacciones “de salida” como puede ser la venta de una participación en un negocio asociativo, o si se quiere, la salida de la gestión social.

Hay cierto camino recorrido en nuestra jurisprudencia respecto de este tipo de pactos. Sirvan como botón de muestra los casos *Martha Harff*, *Nestlé* y *Nidera*. No hay dudas sobre la licitud de estos pactos. Sin embargo la sala D sienta algunos criterios orientadores de suma importancia para quienes participan de este tipo de prácticas contractuales; en particular lo relativo al aspecto temporal y territorial del pacto de *Non Compete* como obligación negativa.

No resulta nada menor la aproximación que el tribunal hace a ciertas conductas achacadas al demandado sobre dos rubros: (i) captación *desleal* de clientela y (ii) captación *desleal* de empleados. La sala D sienta un criterio acertado y bien fundado.

Veamos los hechos.

I. Los hechos:

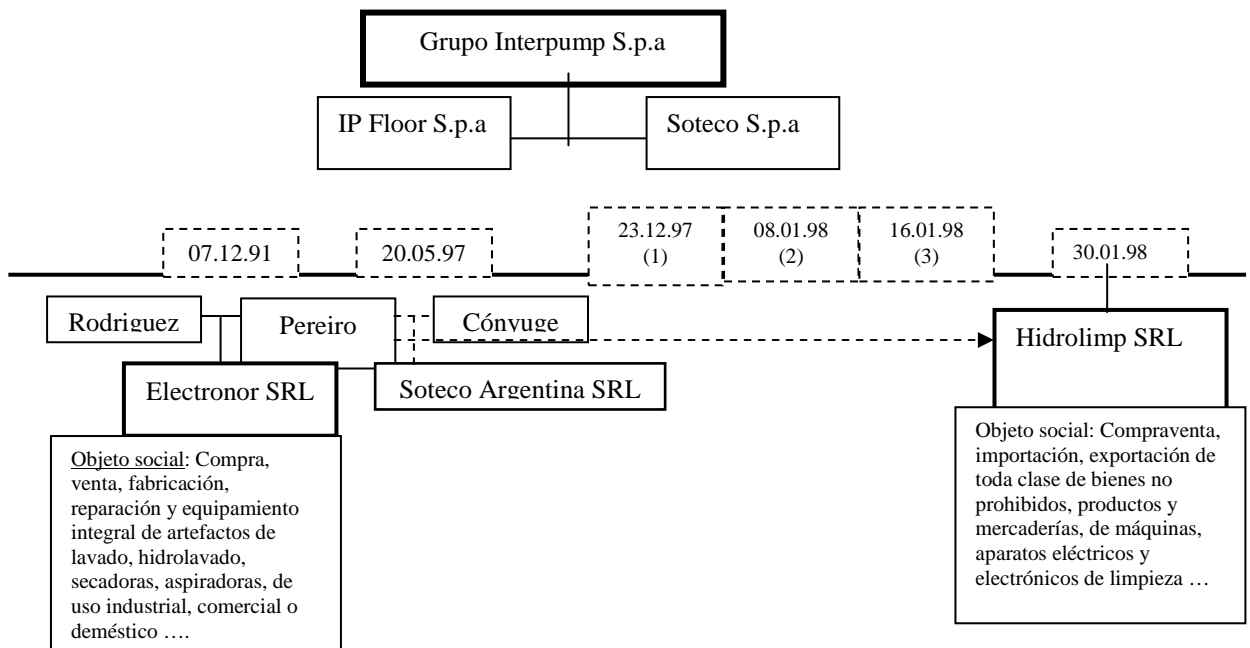
Los hechos no son simples. Si bien se trató de una mera escisión de negocios lo complejo radicó en el diseño de la *estrategia de salida*. El Sr. Rodríguez y el Sr. Pereiro constituyeron en el año 1991 la sociedad Electronor SRL comercializadora en el territorio argentino de productos de la marca “SOTECO” perteneciente al grupo industrial italiano “Interpump S.p.a.”.

Años más tarde (1996) el Sr. Pereiro constituyó junto con su esposa la sociedad SOTECO Argentina SRL. Ésta se dedicó también a la comercialización en nuestro territorio de productos de aquella marca.

Frente a esta situación de competencia “desleal” Rodríguez le pidió a Pereiro abandonar Electronor SRL y a tal fin suscribieron ciertos acuerdos tendientes a dar por terminada la relación asociativa. Habían perdido toda “affectio societatis”. Era necesario buscar una “salida consensuada” frente a la actitud “desleal” de Pereiro.

La cuestión debía resolverse de una manera simple: Pereiro le vendería a Rodríguez su participación en Electronor SRL a cambio de un precio. Éste debía descontar los perjuicios causados a Electronor SRL por la actividad en competencia desplegada por el socio desleal.

Pero no operó así. El siguiente cuadro explica la operación de “salida”:



La operación de salida se instrumentó así:

- (1) Precontrato (A)
- (2) Acuerdo complementario
- (3) Acuerdo definitivo

(A)

1. Rodríguez adquiere bienes inmuebles, rodados, útiles y herramientas de Electronor SRL pagando el precio a Pereiro 50% al contado y el saldo en cuotas.
2. El valor llave y el fondo de comercio son cedidos a Rodríguez compensando los daños y perjuicios causados por la creación de Soteco Argentina SRL.
3. Pereiro se compromete a no competir durante 3 años obligándose a: (i) no comercializar productos de la empresa Soteco S.p.a., y (ii) se compromete sin plazo a no establecer comercio dentro del radio de 30 cuadras a la redonda.
4. Soteco Argentina SRL es cedida a Electronor SRL asumiendo Rodríguez todos los gastos.

RECLAMO DE RODRIGUEZ: Resarcimiento de daños y perjuicios por: (i) competencia desleal, (ii) captación de clientela y (iii) captación de empleados.

II. Decisión de la Sala:

1. Convenio de no competencia: La libre competencia, que deriva del principio constitucional de la libertad de trabajar, comerciar y ejercer cualquier industria lícita, puede estar sujeta no

solo a reglamentaciones de origen legal, sino también a restricciones de fuente convencional a fin de proteger a la propia actividad. Nada impide, entre otras hipótesis que cláusulas convencionales de esos tipos se pacten a fin de **restringir la competencia** futura que pudiera asumir un ex socio, con motivo de su separación de la sociedad, es decir, para asegurar la abstención de que concurra con la empresa a la que perteneció

2. Validez del pacto de no competencia: El problema del pacto no es tanto el de su genérica aceptación sino, el relativo a establecer su validez en función de los límites y condiciones dadas a la restricción en cuanto al objeto, al tiempo o al espacio.

3. Límite de tiempo: Las partes no han hecho cuestión alguna sobre la validez específica de las cláusulas 6 y 8 y ello ni siquiera en cuanto la última establece una restricción "sin límite temporal" alguno. Nada corresponde decidir (arg. art. 1048 del C.c), sin perjuicio de observar, a título ilustrativo, que por ejemplo en el derecho italiano una cláusula sin restricción temporal daría lugar, según algunos, a su nulidad por aplicación del principio favor debitoris, y según otros a una conversión ope legis del negocio jurídico con el efecto de limitar la restricción a una determinada cantidad de años (vrg., 5 años) solución que no se encuentra en el ordenamiento jurídico argentino, pero a la cual podría llegarse mediante el prudente arbitrio del juez, conforme al espíritu del art. 953 del Código Civil.

4. Competencia desleal y competencia ilícita: La violación de los límites convencionales constituyen concurrencia ilícita y no concurrencia desleal. La abstención es una obligación surgente del contrato y el incumplimiento constituye de por sí al acto en ilícito. La competencia desleal no es la que deriva de una prohibición legal o contractual. La competencia desleal no es un acto contra un derecho, sino un abuso de derecho, precisamente por abusar de una posición determinada en el mercado.

5. No competencia en marcas y productos: Al no haberse detallado las marcas y/o productos dentro de la obligación de no competencia la interpretación de esta prohibición debe ser restrictiva.

6. No competencia territorial: Esta cláusula definió una zona de exclusión para la instalación de un local más no, para comercializar productos o instalar un cartel publicitario.

7. Interpretación literal de la cláusula de no competencia: Al fijar la cláusula de no competencia una restricción a la libertad de comerciar, su interpretación debe ser estrictamente literal y restringida a favor del obligado.

8. Efectos económicos de la violación del pacto de no competencia:

1) Disminución de ventas: Se queja Rodríguez porque la sentencia no encontró acreditado que la pérdida de ganancias sufrida por Electronor S.R.L. estuviera relacionada causalmente con el incremento de las obtenidas por Hidrolimp S.R.L.. El peritaje contable confirma que a partir de 1998 Electronor sufrió una merma en sus ventas de aproximadamente 34,42%, y que en años sucesivos se fue incrementando hasta llegar al ejercicio cerrado en 2003 con un acumulado del 81,42%. El informe aclara que esa pérdida debe imputarse a factores externos e internos.-

a) Factor externo: Agravamiento de la situación económica del país a partir de 1999.

b) Factores internos:

1) Cambio de las condiciones de venta. Se eliminó las ventas a crédito por ventas al contado;

2) Mantenimiento de precios de venta: Electronor SRL no varió sus precios de venta con el objetivo de mantener el nivel de ingresos;

3) Capital de trabajo: Disminución de los fondos operativos por incremento de retiros de socios: si bien en el ejercicio 1998, las ventas disminuyeron en un 34,42%, la cuenta particular del Sr. Rodríguez se vio incrementada en un 1.719% lo cual produjo una disminución de las disponibilidades de capital corriente de Electronor SRL circunstancia

ésta que determinó que al no existir posibilidad de obtener créditos de terceros, restó recursos para ser aplicados al giro del negocio, originando una consecuente merma en la venta de productos.

2) Captación ilegítima de clientes: La transferencia entre socios da cuenta de que se cedió el “valor llave” y siendo que la clientela forma parte de ese concepto podría concluirse que Pereiro estaba inhibido de captar clientes de Electronor SRL. Ahora bien esa inhibición de captación de clientes comprende: (i) a los clientes existentes y conocidos y (ii) siempre que la captación sea desleal y no, si ellos optaron libremente por contratar a Hidrolimp SRL. La testimonial de ciertos clientes de Electronor SRL dan cuenta de que optaron por Hidrolimp SRL por las siguientes razones: (i) mejor trato comercial, (ii) mejores formas de pago y (iii) mejores precios. *Ergo*, son las decisiones comerciales de Rodríguez o Electronor SRL las que llevaron a la pérdida de clientela y no el actuar culposo de Pereiro.

3) Captación ilegítima de empleados: La captación de empleados no puede dar lugar a responsabilidad alguna. Aquella para generar responsabilidad debe ser tal que desestabilice o desorganice la estructura del competidor, o sea una captación cuantitativa y cualitativa relevante. No puede captación desleal cuando el empleado es quien opta libremente por el nuevo empleador.

III. Nuestra opinión:

1. El *deber de lealtad* del capital.

Todos sabemos que los administradores sociales deben obrar bajo la pauta de conducta del buen hombre negocios. Pero esto no es todo, el legislador además exige a los gestores sociales dedicar su función en forma leal. Mientras el deber de diligencia apunta a la gestión eficiente de la hacienda empresaria, el deber de lealtad apunta a que dicha gestión además de eficiente sea en interés exclusivo de la sociedad. El deber de lealtad obliga al administrador subordinar sus intereses personales al interés común de todos los socios.

Está clara la pauta de conducta a nivel de gestión. Ahora bien no está tan claro que se le pueda exigir a un accionista igual deber de conducta, en particular el *deber de lealtad*. ¿Deber de lealtad del capital?

Son pocas las normas de la ley societaria que aluden a este deber de conducta. Ciertamente son dos: (i) el artículo 248 que alude al “voto en interés contrario” y (ii) el artículo 54 que refiere al daño causado al patrimonio social por culpa del socio. El primer y segundo párrafo de esta norma es elocuente y fija dos reglas bien precisas:

Regla 1: el socio culpable debe indemnizar los daños sin que pueda alegar compensación por las ganancias generadas.

Regla 2: el socio desleal está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes de las actividades realizadas en competencia o, en su caso, aplicando fondos o activos sociales para negocios propios.

El artículo 248 nos pone un límite muy preciso para reclamar los daños: que la actividad dañosa sea considerada y tratada en el ámbito de la asamblea. Fuera de este preciso ámbito no hay espacio para la acción de daños. Esta norma apunta al “voto” en interés contrario y el deber de abstinencia del accionista desleal¹.

El artículo 54 abre las puertas para reclamar daños frente a actividades desleales desarrolladas por un accionista. Esta norma no hace más que repetir el principio general de responsabilidad

¹ El lector interesado puede consultar VAN THIENEN – DI CHIAZZA. *Relaciones de grupo e interés contrario*. Working Paper CEDEF. *Impugnación de balances por interés contrario: el caso Multicanal*. Working Paper CEDEF.

aquiliana del artículo 1109 c.c. Quien causa un daño tiene la obligación de repararlo. El secreto del artículo 54 es que prohíbe al socio culposo invocar compensación obligándolo a traer a la sociedad las ganancias obtenidas por su actividad desleal. Ambas fórmulas tienen por objetivo desalentar conductas oportunistas a quienes ejercer el control de los flujos.

El capital no tiene un deber de lealtad expreso. No le resulta aplicable un deber de conducta. Ahora bien cuando el capital reviste calidad de *controlante* el legislador ha considerado necesario, prudente y oportuno aplicar a estos *Insiders* un deber de conducta preciso de forma tal de alinearlos con los intereses de los *Outsiders* evitando expropiación de derechos sobre los flujos de caja.

Los accionistas tienen plena libertad para actuar en competencia con la sociedad participada salvo que aquellos posean la calidad de grupo controlante. Esta es la *Regla 3*. Un dato no menor: la competencia tiene que causar daño efectivo y real al patrimonio social. Caso contrario no hay acción civil.

Acreditado el daño por competencia desleal bien pudo Electronor iniciar acción civil contra Pereiro en los términos del artículo 54 LSC. Razones que desconozco impiden sacar alguna conclusión sobre este punto.

2. Competencia desleal y competencia ilícita.

La sala D hace una distinción entre competencia “desleal” y competencia “ilícita” y para ello parte de que el deber de no competir nació de un expreso pacto contractual. Lo ocurrido en el caso Electronor no fue un típico supuesto de competencia desleal (entendido como abuso de posición dominante) sino que estaríamos ante un claro supuesto de violación contractual y por lo tanto, frente a un caso de competencia ilícita. Esta es la posición de la sala D.

Más allá de la distinción está claro que tanto la competencia desleal por abuso de posición dominante como la competencia llevada a cabo en violación de un pacto contractual son ilícitos jurídicos. El primero hace al ejercicio abusivo de un derecho (posición dominante en el mercado que sienta su base en el artículo 1071 c.c.) y el segundo hace al ejercicio de un derecho prohibido por ley contractual (artículo 1137 y 1197 c.c.).

Ahora bien repensado el caso Electronor desde la perspectiva del socio controlante que ejerce actividad en competencia causando daño al patrimonio social está claro que estamos ante un evidente supuesto de *competencia desleal*. Y la deslealtad no estaría dada por aquel abuso de posición dominante (en términos próximos a la ley de defensa de la competencia) sino por la obligación implícita que todo accionista de control tiene de actuar con lealtad al interés social. Por lo tanto la *competencia desleal* se presenta por la actitud no leal del socio de control, y no por el ejercicio abusivo de posición en el mercado.

El accionista de control puede ser responsable por *competencia desleal* en los términos del artículo 54 LSC². No hay duda que Pereiro ejercía sobre la voluntad social de Electronor un efectivo control negativo: derecho de veto por poseer el 50% del capital y votos de la sociedad.

3. Pacto de no competencia, simetría contractual y equilibrio de las prestaciones.

El Tribunal sentenció la absoluta validez de estos pactos. Y los consideró necesarios dentro del negocio de salida de un socio en operaciones de M&A. El fin económico de este pacto es evitar

² Tengo presente que en el caso anotado la competencia es ilícita por violación del pacto de *non compete*. Lo que sostengo es que la competencia desleal es un fenómeno que también puede presentarse a nivel de grupo de control y que aquella deslealtad no está dada por la posición dominante (o no) en el mercado sino por la violación al deber de conducta prevista en el artículo 54 LSC.

toda potencial competencia del socio saliente. El problema serio que presentan en este tipo de acuerdos es el de *equilibrio de las prestaciones*. Por un lado el derecho que le asiste al beneficiario de evitarse la competencia y por otro, el derecho que le asiste al obligado a ejercer industria lícita. Nuestra Carta Magna nos dice que ningún derecho es absoluto. Y para ello debemos encontrar puntos de equilibrio entre ambos intereses legítimos. Es necesario lograr cierta simetría contractual.

1. Límite temporal: Las partes habían pactado de manera expresa e indubitada la siguiente fórmula: *el pacto de no competencia no tendrá límite temporal*. Aún cuando esta cláusula no fue motivo de debate puesto que ninguna de las partes solicitó su nulidad (art. 1048 c.c.), no pasó inadvertido para la sala D. El Tribunal consideró equilibrado (para este tipo de convenios) fijar un plazo máximo de cinco años. Sin duda el Tribunal quiere ofrecernos un criterio orientador muy lejos de ser una regla inderogable. Lo cierto es que bajo nuestro derecho privado un pacto de no competencia ingresa dentro del marco de la plena libertad de configuración contractual. No hay normas imperativas que puedan corroer el legítimo derecho de pactar obligaciones de no hacer por el plazo que las partes consideren ajustado a sus mutuos intereses.

El Tribunal fijó aquel plazo amparándose en la fórmula abierta del artículo 953 c.c. que nos dice que *los actos contrarios a las buenas costumbres, o que se opongan a la libertad de acciones o de conciencia, o que perjudiquen derechos de terceros son nulos como si no tuvieran objeto*. En este punto discrepamos con el Tribunal. Nada de esto ocurre con el pacto de no competencia y su plazo.

Está claro que el plazo de la obligación de no hacer es, en este tipo de convenios, un elemento esencial del negocio. Es sin duda estructural. Hace a su matriz negocial. Ergo debemos partir de la siguiente pauta de interpretación de la intención de las partes: el plazo pactado es el plazo querido (art. 218 c.com). Es difícil imaginar que alguien que se somete a una obligación de no competir (con el indiscutido impacto que esta obligación negativa tiene en su capacidad futura de generar utilidades) le pueda pasar inadvertido el plazo. Quien ha decidido abandonar la competencia conoce perfectamente y es conciente del costo de oportunidad de asumir esa obligación negativa. Por ello es posible imaginar que la cesión irrevocable de este derecho de competir *por tiempo indeterminado* pueda estar adecuadamente compensada con la obtención de otras ventajas (*urg.*, competencia en productos, o en territorio, etc).

A mi modo de ver las cosas no hay un plazo razonable que un juez (intérprete) pueda fijar. Es evidente que el plazo dependerá del negocio de no competencia subyacente y estará íntimamente ligado a otros dos elementos esenciales: el producto y el territorio.

Veamos:

2. Límite de producto: Sin producto no hay razón de ser del pacto: no hay causa. Se trata, siempre, de evitar la competencia en la fabricación, comercialización y distribución de bienes transables en el mercado ya sean materiales o inmateriales.

Sobre este rubro del negocio de *Non Compete* no debería haber mayor controversia académica más allá de que los bienes sobre los que hay obligación de no competir deben estar claramente detallados. En este sentido estamos de acuerdo en que frente a la ambigüedad, silencio u oscuridad sobre los datos específicos de los bienes objeto del pacto, aquella deficiencia contractual debe operar a favor de liberar al deudor (art. 218.7 c.com). El caso “Nestlé” es un claro ejemplo de esto que digo. Aplicación del principio *favor debitoris*.

3. Límite territorial: Se trata de evitar un competidor no sólo respecto del producto sino, además respecto de un territorio específico. Es evidente que la obligación de no competir debe llevar añadido el ámbito espacial de esa obligación. En caso de silencio deberíamos interpretar que la obligación de no competencia abarca sólo el territorio dentro del cual influye e incide el fabricante, productor o distribuidor (beneficiario del pacto) al momento de la firma del convenio.

El silencio sobre este aspecto del negocio no perjudica en nada el pacto de no competencia puesto que se entiende – según la naturaleza de la obligación - que de nada serviría un pacto de este tipo si dicha obligación no tuviere efecto, como mínimo, dentro del territorio de influencia

del beneficiario. El fin económico del pacto es precisamente que una de las partes omita competir en beneficio de la otra y para ello se presume que dicha obligación negativa influye sobre un territorio determinado al momento de la celebración del pacto, esté expresamente fijado en el contrato o no.

4. Ausencia de plazo o plazo excesivo. La mora.

He dicho antes que el plazo del pacto de no competencia se inserta dentro de la libertad de configuración contractual que tienen las partes. He dicho también que el plazo es, sin duda, <el> elemento esencial de este negocio jurídico. Cualquier diligente hombre de negocios invertiría razonable atención a este elemento teniendo en cuenta que esta obligación negativa significa ponerle límite a la potencial generación de futuros beneficios y que no sólo impacta sobre la persona del obligado sino que además se expande a sus herederos y sucesores (arts. 503, 1195 y concordantes del c.c.). La importancia estratégica y estructural de este aspecto del acuerdo de no competencia obliga prestarle un poco más de atención. A este efecto podemos imaginar dos supuestos hipotéticos a la luz del precedente Electronor: (i) contrato de *Non Compete* sin plazo y (ii) contrato de *Non Compete* con plazo cierto pero, excesivo.

i. *Obligación de no competencia (sin plazo).*

Deberíamos recalar en la fórmula del artículo 509 del c.c. Esta norma fija dos reglas para las obligaciones sin plazo: (i) el *acreedor* debe interpelar al deudor si el plazo resultare de la *naturaleza y circunstancias* de la obligación ó (ii) el acreedor podrá solicitar judicialmente la fijación de plazo.

Lo cierto es que esta norma ha sido engendrada por Vélez para la constitución en mora en caso de obligaciones sin plazo.

El caso que estoy planteando no alude a mora alguna sino a la necesidad jurídica de fijar plazo cierto a una obligación de no hacer. La incertidumbre que genera no conocer el límite temporal de dicha obligación negativa impone fijarle un plazo. El obligado se encuentra cumpliendo la obligación pero necesita fijarle un plazo para saber a partir de qué instante quedará definitivamente liberado. Surge la pregunta: ¿Corresponde aplicar el artículo 509 c.c.?

El caso que estoy planteando (obligación sin plazo) nos lleva a dos posibles escenarios: (a) que haya transcurrido el plazo de cinco (5) años sugeridos por la sala D ó (b) que el plazo esté transcurriendo. En ambos casos el deudor quiere fijar un plazo para liberarse de la obligación.

En la hipótesis (a) habiendo transcurrido el plazo de cinco años el obligado podría hacer uso de la interpelación judicial: el plazo está vencido “... *dada la naturaleza y circunstancias de la obligación...*”. Debe entenderse superado el plazo razonable de mercado para una obligación de no competencia. Este sería el argumento del deudor basado en la doctrina del caso Electronor³.

En la hipótesis del ejemplo (b) el obligado podría hacer uso de la interpelación buscando poner un límite temporal razonable a la obligación de *Non Compete*.

En ambos escenarios el deudor buscará liberarse de la obligación. La duda que se presenta es si el acreedor está obligado a aceptar la interpelación. Lo cierto es que la interpelación

³ Un dato para tener en cuenta es que el artículo 509 c.c. alude al *acreedor* como titular del derecho de interpelación. En nuestro ejemplo no está claro quien es el acreedor en la relación jurídica de pacto de no competencia. A primera vista el acreedor en el negocio jurídico de no competencia es el beneficiario del pacto. Siendo esto así el obligado a no competir es el deudor y por lo tanto inhibido de ejercer el derecho que otorga el artículo 509 c.c.. Si en cambio pensamos que el deudor es titular de un crédito (liberarse de la obligación o fijar un plazo) podríamos interpretar que el artículo 509 c.c. es de aplicación.

extrajudicial para la fijación de plazo dentro del contexto del negocio que estamos analizando no es materia sencilla. El asunto terminará en manos de un juez quien deberá fijarlo. ¿Tomará como criterio la doctrina del caso Eleltronor?

ii. *Obligación de no competencia (sujeto a plazo excesivo).*

Ya no se trata del caso anterior sino de algo mucho más difícil y remanido: ajustar el plazo pactado. Esto es solicitar la revisión judicial del plazo con el objetivo de reducirlo a términos acordes con el criterio fijado por la sala D. Me refiero a una obligación de no competencia por diez o quince años y que frente a este precedente judicial el obligado intente un ajuste equitativo de la prestación comprometida: no competir.

Este es, a mi modo de ver, el lado oscuro del precedente Electronor y que llena de incertidumbre los acuerdos hoy vigentes pactados con plazos superiores al sugerido por el Tribunal Colegiado. Vale la pena recordar que plazos excesivos podrían quedar alcanzados por el artículo 953 c.c. y por ende ser declarados nulos ... *como si no tuvieran objeto (sic)*.

Según la sala D el plazo razonable para un acuerdo de esta naturaleza debería rondar los cinco (5) años. Frente a esta doctrina judicial –de peso- cabe hacerse la siguiente pregunta y sin pecar de ingenuos: ¿Podría el deudor solicitar el reajuste de la prestación adecuando el plazo contractual al término sugerido por el Tribunal mercantil?

5. Acción autónoma de revisión (de plazo).

Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de (...) acuerdo con lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. Esta es la regla contractual del artículo 1198 c.c. a la que deben someterse todos los habitantes del territorio argentino.

Sin embargo no puedo dejar de advertir que en nuestro entorno contractual ha prosperado en el ámbito civil la doctrina de la revisión judicial de los contratos cuando las prestaciones se tornan excesivamente onerosas. Ya no se trata de la resolución del negocio por imprevisión sino, de recurrir al auxilio jurisdiccional para recomponer las prestaciones. Ya no se trata de permitir al cocontratante ofrecer una mejora equitativa frente a la amenaza de ruptura contractual sino, la intervención directa del Estado en los negocios privados. Son los jueces estatales quienes entran de lleno al contrato y deciden de manera unilateral equilibrar las prestaciones forzando a las partes a continuar el negocio como al juez le plazca. Esta acción judicial llamada *Acción Autónoma de Revisión* cuenta con el beneplácito de importante doctrina civilista y con cierta opinión refractaria dentro del ámbito mercantil; afortunadamente, si se me permite esta expresión.

Esta acción autónoma ha prosperado con el objetivo de *reajustar precio* en contratos bilaterales conmutativos y onerosos dentro de marco de la teoría de la imprevisión (art. 1198 c.c.). En este contexto uno podría descartar de plano la revisión judicial de plazo de un contrato de *Non Compete*. Sin embargo existen razones de peso para entender que esta Acción Autónoma podría prosperar en el ámbito de los pactos de no competencia si consideramos que un plazo irrazonable equivaldría a excesiva onerosidad de la prestación: lucro cesante.

Este tema no es menor y debe ponernos en alerta respecto del plazo de la obligación de no competencia.

6. Captación “deleal” de clientes y empleados.

Este fue el nudo gordiano de la acción civil por incumplimiento contractual. La competencia desleal tuvo por efecto económico provocar un daño efectivo al patrimonio de Electronor a partir de la captura de clientes y de empleados por parte del competidor. Estos aspectos fueron correctamente abordados por el Tribunal, *salvo cierta contradicción que señalaré más abajo*.

Parece que no estaríamos ante un supuesto de *captura desleal* de clientes y empleados sino más bien frente a un caso de *fuga* ...

Aparentemente la salida de Pereiro habría tenido causa en la deficiente administración llevada adelante por su ex - socio. La desfinanciación de capital de trabajo mediante los llamados “retiros a cuenta” es un claro ejemplo de que las necesidades personales del socio Rodríguez estaban muy por encima de las necesidades operativas de fondos de Electronor. Todos sabemos que en las empresas de capital cerrado el capital de trabajo (activo corriente menos pasivo corriente) suele financiarse con los recursos generados por el giro social. Retirar estos fondos sin reinvertirlos en el giro (vrg., compra de bienes de cambio, entre otros activos) termina socavando las finanzas de la empresa. Está claro que la compra de activos deberá financiarse de alguna manera. Si el costo financiero supera la renta que generan los activos, la empresa pierde valor y entra en un círculo vicioso hasta la quiebra si no se logra detener este proceso de descapitalización. Si las compras son al contado la literatura financiera recomienda que las ventas tengan similar política de plazos. Caso contrario la diferencia entre días de compra y días de caja deberá ser financiado. Los descuentos que hacen los proveedores por pago contado responden a políticas comerciales y financieras y que obligan implementar determinada política de plazos.

En este sentido la prueba arrimada por los peritos contables habría sido bien elocuente: Electronor SRL vendía contado rabioso! Esto terminó demostrando que la empresa carecía de capacidad para financiar clientes. O sea estaba impedida de ofrecer financiación comercial por una errada política de compras ... al contado.

Y esta política comercial terminó por minar las bases del negocio de Electronor SRL pues generó la consecuente pérdida de clientes y la fuga hacia nuevas marcas. Clientes de Electronor SRL pasaron a ser nuevos clientes de Hidrolimp SRL: la competencia.

¿Captación desleal de clientes o negligencia comercial?

7. La clientela y el “valor llave”.

El Tribunal sostuvo lo siguiente: “*La transferencia entre socios da cuenta de que se cedió el “valor llave” y siendo que la clientela forma parte de ese concepto podría concluirse que Pereiro estaba inhibido de captar clientes de Electronor SRL*”.

Esta afirmación merece ser analizada con mucho cuidado para evaluar hasta dónde la obligación de no competencia alcanza a la clientela, cuando esta obligación no está expresamente acordada en el pacto.

Una primera conclusión debemos sacar: el pacto de no competencia no incluye necesariamente la clientela. Éste rubro no hace a la naturaleza del negocio. En verdad es muy difícil conocer las razones que mueven a un cliente a elegir una u otra marca. Es muy complejo obligar al competidor a no captar clientes como también lo es evitar que los clientes fuguen hacia la marca del competidor. La barrera de entrada para que no ocurra este riesgo de captura de clientes es, precisamente, la cláusula de exclusividad territorial o de no competencia en un territorio determinado.

El Tribunal sostuvo que *dada la naturaleza del pacto (cesión del valor llave) correspondía la obligación de no competir respecto de la clientela. Y agregó: Pereiro debía evitar captar clientes de Electronor SRL (sic)*. Según la opinión de la sala D aquella obligación alcanzaría a todos los clientes *existentes y conocidos*. Ahora bien esa obligación no alcanzaría a los clientes existentes y conocidos de Electronor SRL ... *que libremente optan por comprar en la competencia*.

La duda que presenta esta afirmación es cómo hacemos para conocer los clientes existentes y cómo hacemos para conocer si el cliente ejerce libremente su derecho de opción. Cómo equilibrar el derecho del cliente a elegir con la obligación del empresario de no competir.

¿Puedo negarme a vender si mis productos compiten en el mercado en condiciones de calidad y precio? ¿Esta cláusula no termina perjudicando la libre competencia de mercado?

8. La contradicción del fallo.

El veredicto encierra cierta contradicción argumental. Por un lado nos dice que la interpretación de los pactos de *Non Compete* debe ser restrictiva y literal en sentido de liberar al deudor de la obligación de no competencia (principio *favor debitoris*).

En mi opinión si la obligación no alcanza de manera expresa a los clientes debe interpretarse que la no competencia se limita sólo a producto, marca, territorio y plazo. Como expresé más arriba la manera más eficaz de proteger la clientela evitando la competencia no pasa por incluir un listado de clientes sino por la cláusula de territorialidad. Esta cláusula opera como eficaz *barrera de entrada*: los clientes deberán trasladarse (se presume más lejos) para acceder a los mismos productos. Sólo frente a la combinación de precio y calidad aquellos decidirán gastar sus ahorros en la competencia haciendo un esfuerzo adicional. La diferencia de precio, o las mejores condiciones de pago terminan pagando la inversión de traslado.

Es muy difícil controlar este aspecto del mercado y la competencia.

9. Captación “desleal” del cliente.

Este lado del fallo también debe ser analizado, por peligroso. El Tribunal sostuvo que mientras la captación del cliente no sea desleal el obligado a no competir no es responsable.

La duda que encierra esta afirmación es determinar cuál sería la conducta achacable como *captación desleal de un cliente*. ¿Regalarle un viaje al Caribe? ¿Ofrecerle un descuento? ¿Ofrecerle un plan 2x1? ¿Delivery o entrega a domicilio? ¿Qué significa captar un cliente en forma desleal? ¿Debemos recurrir a las normas de la ley de lealtad comercial? Si así fuera estaríamos dentro del ámbito del derecho administrativo. No es el caso que estamos analizando puesto que la ley de lealtad comercial ampara intereses difusos protegiendo el mercado y no, la competencia entre dos empresas a partir de un convenio privado que en nada perjudica a los consumidores. Todo lo contrario, podría llegar a favorecerlos.

Los clientes de Elctronor SRL dieron cuenta en el expediente de que optaron por Hidrolimp SRL por las siguientes razones: (i) mejor trato comercial, (ii) mejores formas de pago y (iii) mejores precios. *Ergo*, son las decisiones comerciales de Electronor SRL las que habrían llevado a la fuga de clientela y no el actuar culposo del competidor: Hidrolimp SRL.

Esto demuestra que la obligación de no competencia no puede alcanzar a los clientes, salvo que esté expresamente pactado entre las partes y siempre que pueda determinarse con precisa exactitud el alcance de la obligación de no competir en este rubro.

10. Conclusiones.

El precedente “Electronor” sirve como botón de muestra para prestarle mucha atención a la redacción de este tipo de convenios de *Non Compete*, sus potenciales efectos y consecuencias jurídicas.

En cuanto al plazo de este tipo de pactos, el tribunal considera razonable fijarlo en 5 años. La duda que plantea este precedente es si las partes fijan uno mayor: ¿ilicitud?

Atte.,

Prof. Pablo A. VAN THIENEN | Director académico | CEDEF | law & finance