



## Las cláusulas de no competencia

Paolantonio, Martín E.

Voces

CONTRATO ~ CLAUSULA ~ CONCURRENCIA DESLEAL ~ COMPETENCIA ~ CLAUSULA DE INTERDICCION DE CONCURRENCIA ~ LEALTAD COMERCIAL ~ INTERPRETACION ~ FACULTADES DE INTERPRETACION ~ INTERPRETACION CONTRACTUAL ~ CONDUCTA CONTRACTUAL ~ RESCISION DEL CONTRATO ~ CLAUSULA RESCISORIA ~ AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD ~ OBLIGACION DE NO HACER ~ OBLIGACIONES ~ OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Título: Las cláusulas de no competencia

Autor: Paolantonio, Martín E.

Publicado en: LA LEY 09/12/2009, 7

Fallo Comentado: [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D \(CNCom\)\(SalaD\) CNCom., sala D - 2009-07-30 - Rodríguez, Sergio Omar R. y otro c. Pereiro, Eduardo Enrique y otro](#)

**Sumario: 1. Introducción: dimensión jurídica y económica de las cláusulas de no competencia. 2. El fallo anotado: síntesis fáctica y argumental. 3. Nuestra opinión. Práctica profesional y redacción de las cláusulas de no competencia.**

---

### 1. Introducción: dimensión jurídica y económica de las cláusulas de no competencia

El fallo que anotamos, cuya reseña argumental presentamos en la sección 2 de este trabajo, versa esencialmente sobre la interpretación de una cláusula de no competencia pactada por dos socios de una sociedad de responsabilidad limitada, al tiempo de su "separación" comercial.

No es ese ámbito el único en el que suelen verse variantes de pactos de no concurrencia o no competencia, y cabe pues una breve mención de los usos de esa alternativa convencional, como marco referencial para el análisis del fallo.

Así, por ejemplo, las cláusulas de no competencia, suelen utilizarse:

- a. En operaciones de adquisición –en sentido lato– de empresas, en las que se requiere del enajenante ese compromiso de abstención.
- b. En contratos de locación de servicios o contratos individuales de trabajo, típicamente como cláusula destinada a sobrevivir la extinción del vínculo.
- c. En rescisiones de los vínculos indicados en b., como parte del acuerdo de indemnización o "salida" del locador de servicios o empleado.
- d. En contratos de –en sentido lato– distribución comercial, particularmente para el post-contrato.

En cualquiera de los casos, dentro de la tradicional clasificación de obligaciones por su objeto (dar, hacer o no hacer: art. 495, Cód. Civ.), el pacto (1) de no competencia califica como obligación de no hacer, (2) lo que le da una impronta inicial seguida de la cautelosa mirada de la doctrina acerca del rol de la autonomía de la voluntad en la configuración del alcance del deber de abstención.

Así, se ha señalado que:

- a. La obligación es legítima siempre que sea limitada en el tiempo, en el espacio y con respecto a la actividad general de la persona, ya que de lo contrario se violaría el art. 953 del Código Civil. (3)
- b. La duración de la obligación de no hacer no puede ser indefinida o perpetua, ni tener una duración excesiva, y la existencia de un interés del acreedor opera como una exigencia en el desenvolvimiento mismo de la obligación. (4)
- c. La implementación del deber de no concurrencia debe observar ciertos recaudos, atento a la posible infracción al art. 14 de la Constitución Nacional. (5)

Por otro lado, y fuera del ámbito personal o individual, los pactos de no concurrencia han de respetar siempre el límite de orden público que impone la legislación de defensa de la competencia (ley 25.156). (6)

También en el derecho comparado se observan opiniones en la doctrina y decisiones judiciales que evidencian la existencia de limitaciones al libre albedrío contractual, aun en jurisdicciones donde esa regla es normalmente respetada y no se registra una recurrente intervención pública que "reescribe" lo pactado.

Así, se ha señalado que más allá de los cambios económicos, la tradición jurisprudencial ha sido siempre restrictiva a la hora de validar cláusulas de no competencia, (7) y que las restricciones posteriores a la extinción de la relación de empleo son por definición anticompetitivas, (8)

Más cercano a la temática del fallo anotado, la razonabilidad como precondition para la validez del pacto de no concurrencia y su necesaria limitación en consideración al interés tutelable del su beneficiario es un lugar común en la doctrina extranjera. (9)

Desde la perspectiva tradicional de la teoría económica, aunque el punto de partida habitual es sostener la regla de no intervención en los términos pactados, la generación de externalidades negativas en los terceros es una razón posible para justificar la intervención estatal, vía negativa de la validación de las cláusulas o pactos de no competencia. (10)

Típicamente, los pactos en análisis suponen una limitación de la oferta de bienes y servicios en el mercado, y son por hipótesis anticompetitivas. No crean riqueza, sino que su propia naturaleza de obligaciones de abstención tiende a su disminución.

Pero por otro lado, ha de analizarse si la validez de dichos pactos no es requerida como precondition para decisiones de inversión por parte de los empresarios, que no se adoptarían si no tuvieran la protección legal de los pactos de no concurrencia. (11)

El tema es debatido, la evidencia empírica no es concluyente, (12) y no puede darse una respuesta única para todas las modalidades de pactos de no concurrencia.

## 2. El fallo anotado: síntesis fáctica y argumental

La sentencia de la Sala D da detenida cuenta de las circunstancias de hecho que originaron la contienda. Básicamente:

a. Rodríguez (actor) y Pereiro (demandado) habían sido socios de Electronor S.R.L. (también actor en el pleito), desde su constitución en 1991 hasta comienzos de 1998, cuando Rodríguez y Pereiro acordaron finalizar su relación societaria, mediante la enajenación de la participación de Pereiro a Rodríguez.

b. En dicho acuerdo, Pereiro aceptó una cláusula de no competencia por un plazo de 3 años y con un área geográfica determinada.

c. Rodríguez afirmó que Pereiro incumplió su compromiso mediante la sociedad Hidrolimp S.R.L., captando clientes y personal de Electronor S.R.L., y ejerciendo asimismo las actividades vedadas por el pacto de no concurrencia.

d. Rodríguez sostuvo también que existía una obligación implícita de no competencia derivada de la transmisión del fondo de comercio.

e. Pereiro sostuvo que Rodríguez conocía, al tiempo la celebración del acuerdo de desvinculación entre ambos, la existencia de Hidrolimp S.R.L. y que esta sociedad actuaría en el mismo rubro que Electronor S.R.L., con las restricciones acordadas. Negó por supuesto que las actividades que realizó hubieran quebrantado la obligación de no concurrencia.

En lo que interesa a este comentario, el decisorio señaló:

a. La inexistencia de transferencia de fondo de comercio, y consecuentemente la posibilidad de aplicación de la obligación implícita de no concurrencia.

b. La necesidad de remitirse exclusivamente a lo acordado en la desvinculación entre Pereiro y Rodríguez para determinar el alcance del pacto de no competencia, también consecuencia de la ausencia de enajenación de hacienda mercantil en el caso.

c. La validez, *prima facie*, de las obligaciones de no concurrencia, como fuentes convencionales de reglamentación del art. 14 de la Constitución Nacional.

d. La consideración de lo pactado como una hipótesis de responsabilidad contractual, ajeno al ámbito de una posible competencia desleal, a la que se identifica con un abuso de derecho.

e. La necesidad de una interpretación literal y restrictiva de lo pactado, en tanto limitación de un derecho constitucionalmente tutelado, sosteniéndose incluso que la interpretación ha de hacerse contra el que pretende validar la cláusula de restricción. f. La obligación de abstención de captar clientes no puede más que referirse a los existentes

al tiempo del acuerdo entre Rodríguez y Pereiro, y aplicarse sólo cuando su captación fue desleal, extremo no probado por los actores.

g. No puede considerarse una conducta ilícita a la contratación de empleados de la sociedad actora por parte de la demandada, si la decisión del cambio laboral es voluntaria y no existe una finalidad de desestabilización, ya que la captación no fue ni cuantitativa ni cualitativamente relevante. También debe interpretarse con carácter restrictivo la posibilidad de que pueda reputarse desleal la contratación de empleados de un competidor. La movilidad laboral resulta un valor más relevante que la lealtad en la competencia.

### 3. Nuestra opinión. Práctica profesional y redacción de las cláusulas de no competencia

Coincidimos en lo sustancial con los criterios del fallo anotado, sin perjuicio de algunas consideraciones de hermenéutica que hacemos más abajo.

Como lo explicamos en la primera sección de este trabajo, las cláusulas de no competencia se encuentran en zona de licitud acotada por su fricción permanente con derechos tutelados por la Constitución Nacional, lo que junto con sus eventuales externalidades negativas (que pueden superar ampliamente los beneficios para las partes), ameritan *prima facie* una modulación de la autonomía de la voluntad, así como una interpretación acotada de sus alcances.

En lo que toca a las reglas de interpretación jurídicas de los contratos y sus fuentes normativas, (13) entendemos que cabe hacer foco no tanto en la naturaleza jurídica del acuerdo entre Rodríguez y Pereiro por el cual discontinuaron su relación societaria, (14) sino fundamentalmente en:

- (i) lo que las partes pudieron *verosíblemente* pudieron entender con una conducta diligente; y
- (ii) la conducta de las partes, previa a la celebración del contrato, (15)

Para ser más claros: una de las razones que provocó la "separación comercial" entre Rodríguez y Pereiro fue, justamente, la realización de actividades en competencia del demandado.

Con ese antecedente, no resulta verosímil suponer que la redacción de la cláusula de no competencia acordada no cubriera en su literalidad el cabal entendimiento de las partes acerca de la extensión de la obligación de abstención, o que ésta pudiera extenderse interpretativamente. Era una carga del beneficiario del pacto de no concurrencia precisar su alcance (diligencia), en atención a la conducta anterior (previsibilidad).

No se trata, ciertamente, de sostener la preeminencia de una interpretación literal de los términos contractuales, sino el sentido de la voluntad declarada por las partes y la influencia de su comportamiento antecedente.

Una breve reflexión final acerca del rol del abogado en la redacción de las cláusulas de no competencia.

En no pocos casos, particularmente cuando la cláusula no tiene virtualidad para infringir la legislación de defensa de la competencia, los pactos de no concurrencia se tratan como boilerplate, sin mayor atención a los problemas de su validación judicial en la hipótesis de conflicto.

Si el conocimiento de la finalidad económica y jurídica del contrato es siempre aconsejable al redactar un contrato, esa circunstancia se magnifica en las cláusulas de no competencia, que bordean permanentemente zonas del ordenamiento jurídico vedadas a la autonomía de la voluntad.

Su inclusión automática, y el exceso en el alcance de sus efectos (sea en su plazo, área geográfica o actividad económica), constituyen un supuesto en el cual el abogado con su actuación, claramente, no crea valor para su cliente (16) y siembra la semilla de un futuro litigio.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) En este trabajo nos referimos de manera indistinta al pacto o cláusula de no competencia, para abarcar así las diferentes modalidades que puede presentar la configuración de la obligación negativa. Como lo ha señalado Díez-Picazo, la obligación negativa puede constituir una obligación autónoma entre dos personas determinadas y puede constituir también el especial contenido de una prestación incorporada a una obligación más amplia. Así, por ejemplo, el pacto de no concurrencia puede ser un pacto autónomo o puede ser un pacto incorporado a un contrato de carácter más extenso (Díez-Picazo, Luis, Fundamentos del derecho civil patrimonial, Civitas, Madrid, 1996, t. II, p. 249).

(2) Aunque en este trabajo nos referimos únicamente a la fuente convencional para las obligaciones de no competencia o concurrencia, éstas tienen en algún caso origen legal. Así, por ejemplo, el art. 88 de la Ley de Contrato de Trabajo, el art. 273 de la Ley de Sociedades Comerciales, y con carácter general el art. 3 de la ley 24.766, que prevé que "toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a una información que reúna las condiciones enumeradas en el

artículo 1° y sobre cuya confidencialidad se los haya prevenido, deberá abstenerse de usarla y de revelarla sin causa justificada o sin consentimiento de la persona que guarda dicha información o de su usuario autorizado". Para estos casos, obviamente, no tienen aplicación directa las consideraciones realizadas en el trabajo.

(3) Llambías, Jorge, Tratado de derecho civil. Obligaciones, Perrot, Buenos Aires, 2ª ed., 1975, t. II-A, p. 290 en nota.

(4) Díez-Picazo, Fundamentos..., cit., ps. 249 y 251.

(5) Carcavallo, Esteban, Obligaciones de Buena Fe. Subtemas: Obligación de no concurrencia: a) carácter restrictivo; b) plazo determinado; c) constitucionalidad, La Ley Online. El tema de más frecuente tratamiento en la doctrina -fruto de la abundante jurisprudencia- es, justamente, el vinculado a la posición del empleado. Sobre el punto se ha señalado que en el conflicto de derechos (la propiedad por parte del principal o empleador, y el derecho a trabajar del empleado o subordinado), la tendencia es a favorecer la posición de éste último (Acosta, Miguel, Confidencialidad en relación a los agentes auxiliares de comercio, LA LEY, 2003-C, 989). Ver también Christensen, Esteban y Gabet, Emiliano, Celebración de acuerdos de no competencia en el ámbito de las relaciones laborales, La Ley, 2007-D, 266. En España, el artículo 21.2 ET regula el pacto de no competencia poscontractual, cuya validez requiere: (i) una duración que no supere los 2 años; (ii) la existencia de un efectivo interés comercial o industrial del empresario; y (iii) una compensación económica adecuada para el trabajador. Para el derecho mexicano, y su relación con el art. 5 de su ordenamiento constitucional, Adame Goddard, Jorge, ¿Deben ser válidas las cláusulas de no competencia en el derecho mexicano?, "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", n° 102, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/102/art/art1.htm>, visitado por última vez el 01/12/2009.

(6) Sobre el tema, Waisman, Agustín, Cláusulas contractuales de no competencia, LA LEY, 2004-C, 1420. La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ha establecido diferentes requisitos que los pactos de no competencia han de cumplir cuando dicho acuerdo entra en la órbita de la ley 25.156: Caparrós, María del Carmen, La CNDC y las cláusulas de no competencia, en <http://www.abogados.com.ar/la-cndc-y-las-clausulas-de-no-competencia/3209>, visitado por última vez el 01/12/2009. Los criterios son, sin perjuicio de matices, convergentes en el derecho antimonopólico extranjero: ver Altman, Louis y Pollack, Malla en Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies (2 Callmann on Unfair Comp., Tr. & Mono. § 16:16 4th. Ed.)

(7) Berger, Bill, From dyer's case to hard bargains: six centuries of covenants not to compete, 36-APR Colo Law 39. Un análisis empírico de los diferentes criterios que se registran en EE.UU., donde la cuestión presenta variaciones relevantes de estado a estado puede verse en Garmaise, Mark, Ties that truly bind: non-competition agreements, executive compensation and firm investment, disponible en <http://personal.anderson.ucla.edu/mark.garmaise/noncomp7.pdf>, visitado por última vez el 01/12/2009.

(8) Baker, Alice, Legislative prohibitions on the enforcement of post-employment covenants not to compete in the broadcasting industry, 23 Hastings Comm. & Ent. L.J. 647).

(9) Ver Williston on Contracts, actualizado por Richard Lord a noviembre de 2009, cap. 13 (6 Williston on Contracts, § 13:4, 4ª ed.).

(10) El tema se relaciona con el denominado orden público de dirección, en el cual la intervención del Estado en materia contractual no se justifica en una función tutelar de alguna parte del contrato, sino en la implementación de objetivos públicos generales, teniendo en cuenta los efectos que el contrato puede producir sobre terceros y el bienestar general.

(11) El argumento, como bien lo señala Baker (Legislative..., p. 11), es similar al que justifica en términos económicos la protección jurídica de ciertos derechos intelectuales.

(12) No obstante lo cual se ha sostenido que una de las causas de la innovación permanente de las empresas de alta tecnología de California es la tradicional negativa de su jurisprudencia respecto del enforcement de los pactos de no concurrencia post-laboral (Gilson, Ronald, The legal infrastructure of high technology industrial districts: Silicon Valley, Route 128, and covenants not to compete, 74 NYULR 575).

(13) Esto es, el art. 1198, Cód. Civ. y arts. 217 a 220, Cód. Com.

(14) El decisorio puntualiza que las obligaciones implícitas de no competencia que doctrina y jurisprudencia entienden inherentes a la transferencia de fondos de comercio (Piedecabras, Miguel, Régimen legal de la transferencia de fondos de comercio. Ley 11.867, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, ps. 81 y ss.), no aplican al litigio. Nos parece, considerando la dimensión económica de las partes y la transacción involucrada, una conclusión excesivamente formalista, que prescinde de la circunstancia de que la finalidad económica perseguida puede manifestarse en expresiones jurídicas diferentes. Que el acuerdo entre las partes fuera una venta de una participación societaria o una transferencia de fondo de comercio (en ambos casos, con la finalidad de finalizar

una relación societaria) no define el alcance de la obligación de no competencia.

[\(15\)](#) Aunque el art. 218, inc. 4 del Código de Comercio se refiere a la conducta posterior, la doctrina señala que son igualmente valorables los actos anteriores o coetáneos, en tanto no se excluyan por la letra del contrato o resulten incompatibles con éste: Alegría, Héctor, La interpretación de los contratos en el derecho argentino, en Reglas y principios del derecho comercial, La Ley, Bs. As., 2008, p. 104.

[\(16\)](#) Del tema en general nos ocupamos en Paolantonio, Martín E., El abogado y la creación de valor en los negocios, "Temas de Management" (UCEMA) vol. IV, marzo de 2006, p. 16.



Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D

Rodríguez, Sergio Omar R. y otro c. Pereiro, Eduardo Enrique y otro

30/07/2009

Voces

CAPTACION ILICITA DE CLIENTELA ~ CESION DE DERECHOS ~ CLAUSULA DE INTERDICCION DE CONCURRENCIA ~ CLIENTELA ~ COMPETENCIA DESLEAL ~ CONCURRENCIA DESLEAL ~ DAÑOS Y PERJUICIOS

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D

Fecha: 30/07/2009

Partes: Rodríguez, Sergio Omar R. y otro c. Pereiro, Eduardo Enrique y otro

Publicado en: LA LEY 09/12/2009, 7, con nota de Martín E. Paolantonio;

Hechos

Un socio cedió al otro los derechos que tenía respecto de la sociedad que ambos integraban. En el marco de esa cesión, se pactó una cláusula de no concurrencia, por la cual el ex socio se comprometió a no comercializar productos fabricados por determinada empresa, y a no instalar un establecimiento concurrente en una zona determinada. El ex socio comercializó, en la aludida zona, productos fabricados por una firma vinculada a la prevista en la cláusula de no concurrencia. El juez de primera instancia rechazó la acción de daños y perjuicios promovida, por considerar que no había mediado un incumplimiento contractual por parte del demandado. La Cámara confirmó el fallo apelado.

Sumarios

1. 1 - Debe rechazarse la acción de daños y perjuicios promovida, en virtud del presunto incumplimiento de la cláusula de no concurrencia pactada, con motivo de la cesión al actor de los derechos que el demandado tenía respecto de la sociedad que ambos integraban, a través de la cual se le prohibía al cedente comercializar productos fabricados por determinada firma e instalar un establecimiento concurrente en un radio determinado, pues, si bien aquél comercializó, dentro de la zona de exclusión, productos fabricados por una firma vinculada a la consignada en la respectiva cláusula, no incurrió en un incumplimiento contractual, por cuanto no puede considerarse que el demandado haya renunciado a la libertad de competir en una medida más amplia de la que literalmente surge de la cláusula de no concurrencia.

[Abrir Jurisprudencia y Doctrina Vinculada](#)

Doctrina Vinculada (\*)

Ver También

[Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, "Chaar, Ana M. c. Aguado de Alonso, María C.", 20/03/1996, LA LEY 1997-B, 354, con nota de Nilda E. Di Bartolo ; DJ 1997-1, 817 .](#)

(\*) Informacion a la época del fallo.

2. 2 - El incumplimiento de las cláusulas que se pacten a fin de restringir la competencia futura que pudiera asumir un ex socio, con motivo de su separación de la sociedad, no constituye un supuesto de competencia desleal, sino de competencia anti-contractual.

[Abrir Jurisprudencia y Doctrina Vinculada](#)

Doctrina Vinculada (\*)

Ver También

[Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, "Chaar, Ana M. c. Aguado de Alonso, María C.", 20/03/1996, LA LEY 1997-B, 354, con nota de Nilda E. Di Bartolo ; DJ 1997-1, 817 .](#)

(\*) Informacion a la época del fallo.

3. 3 - La responsabilidad de un ex socio del actor sólo podría verse comprometida si, recurrió a prácticas desleales para captar la clientela de la sociedad que ambos integraban, pero no si los clientes voluntariamente optaron por continuar su relación con él.

Abrir Jurisprudencia y Doctrina Vinculada ▼

Doctrina Vinculada (\*)

Ver También

[Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, "Chaar, Ana M. c. Aguado de Alonso, María C.", 20/03/1996, LA LEY 1997-B, 354, con nota de Nilda E. Di Bartolo ; DJ 1997-1, 817 .](#)

(\*) Informacion a la época del fallo.

4. 4 - La captación de empleados no puede ser entendida en sí misma como un acto de competencia desleal, salvo que tenga una envergadura suficiente como para desestabilizar la estructura del competidor, es decir, que la captación debe ser cuantitativa y cualitativamente relevante, y no puede hablarse de captación desleal cuando el nuevo dador del trabajo no intervino en la decisión del empleado.

Abrir Jurisprudencia y Doctrina Vinculada ▼

Doctrina Vinculada (\*)

Ver También

[Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, "Chaar, Ana M. c. Aguado de Alonso, María C.", 20/03/1996, LA LEY 1997-B, 354, con nota de Nilda E. Di Bartolo ; DJ 1997-1, 817 .](#)

(\*) Informacion a la época del fallo.

#### TEXTO COMPLETO:

2ª Instancia. – Buenos Aires, julio 30 de 2009.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, Doctor Heredia dijo:

1°) El señor Sergio O. Rodríguez y Electronor S.R.L., promovieron demanda de trámite ordinario contra el señor Eduardo E. Pereiro y contra Hidrolimp S.R.L. con el objeto de que estos últimos sean condenados a resarcir los daños y perjuicios que, según dijeron los demandantes, les produjo diversos actos de concurrencia o competencia desleal realizados por los accionados (fs. 64/87).

Los demandados resistieron la demanda (fs. 186/207), pero la sentencia de primera instancia, finalmente, la rechazó en todas sus partes, con costas a la actora (fs. 985/999).

Contra esa decisión apelaron Sergio O. Rodríguez y Electronor S.R.L. (fs. 1005), quienes fundaron su recurso con el memorial de fs. 1023/1032, que fue resistido por los demandados a fs. 1036/1040.

2°) Como cuestión de preliminar tratamiento, aduce la parte actora que la sentencia de primera instancia es nula porque se aprecia en ella una incongruencia interna, toda vez que pese a rechazar la falta de legitimación pasiva opuesta por los accionados al contestar demanda, omitió en la parte dispositiva destacar lo propio imponiéndoles las costas. Sostiene, en tal sentido, la imposibilidad de que esta alzada meramente revoque la sentencia cargando a los demandados con las costas de la defensa que se les rechazó, ya que ello los privaría de la garantía de la doble instancia que tiene raíz constitucional (fs. 1023 y vta.).

Ante todo, corresponde señalar que los demandados opusieron la defensa de falta de acción -sine actione agit- como defensa de fondo (fs. 201 vta. y punto 3° del petitorio de fs. 207), que la sentencia definitiva apelada trató como una excepción de falta de legitimación para obrar activa, desestimándola (fs. 989/990).

Pues bien, este último señalamiento basta para comprender la sinrazón del planteo de la actora. Es que cuando la excepción de falta de legitimación pasiva ha sido opuesta como defensa de fondo a resolverse conjuntamente con la sentencia, debe entenderse como integrando la totalidad de las defensas articuladas. Por ello, a los efectos de la imposición de costas, no debe ser considerada como si se tratara de un incidente, sino que debe quedar sujeta al

resultado del pleito. Es decir, no procede regulación de honorarios o imposición de costas en forma separada de la cuestión principal, de modo que su rechazo no es motivo suficiente para resolver que los demandados deban cargar con parte de las costas (conf. CNCom. Sala A, 12/12/03, "Miller, Jorge y otros c. Visa Argentina S.A. y otro s/ ordinario", ED del 13.8.04; Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Santa Fe, 1993, t. 7, p. 358).

Desde la perspectiva precedentemente indicada, la nulidad planteada es inadmisibile.

3°) A los fines del correcto tratamiento de los agravios que la parte actora levanta contra la sentencia de primera instancia, resulta necesario recordar -sin perjuicio de las mayores precisiones que se harán en el desarrollo este voto- los antecedentes fundamentales del caso.

(a) El 7/12/91 los señores Sergio O. Rodríguez y Eduardo E. Pereiro constituyeron a Electronor S.R.L., con una duración prevista de 20 años, y estableciendo que su objeto social sería la compra y venta, fabricación, reparación y equipamiento integral de artefactos de lavado, hidrolavado, secadoras, aspiradoras automáticas y semi-automáticas, de uso industrial, comercial o doméstico, así como la importación y exportación de los artefactos mencionados, sus materiales y repuestos, y la comercialización de cada una de las partes componentes de tales artefactos (fs. 12/15 y modificaciones de fs. 16/17, 18/19, 21/23).

(b) El día 20/5/97 el señor Eduardo E. Pereiro y su cónyuge constituyeron Soteco de Argentina S.R.L., con una duración de 30 años, y con el siguiente objeto social: compra, venta, importación y exportación de toda clase de bienes no prohibidos por normas legales en vigencia, de productos y mercaderías, sean bienes tradicionales o no; y de máquinas y aparatos eléctricos, electrónicos y de limpieza, incluyendo asesoramiento técnico sobre reparaciones, reacondicionamiento, instalación, enajenación y adquisición de los mismos (fs. 10 de la causa n° 71.918 -medida precautoria-).

(c) Por razones y dentro de un marco que es innecesario referir, los socios Sergio O. Rodríguez y Eduardo E. Pereiro suscribieron el 23/12/97 un "pre-contrato" (fs. 50/54) cuyos principales alcances, en cuanto aquí interesa mencionar, fueron los siguientes:

i) el señor Rodríguez adquiriría la propiedad de los bienes inmuebles y vehículos de la sociedad, así como los muebles, útiles y herramientas, pagándole a Pereiro el 50% de su valor en cuotas -cláusula 1ª, 3ª y 5ª-; en tanto que las maquinarias repuestos y valores se dividirían entre los socios por mitades -cláusula 2ª-;

ii) el valor llave y fondo se comercio serían cedidos a Sergio O. Rodríguez, compensándose ello con los daños y perjuicios que ocasionó la constitución de Soteco de Argentina S.R.L. -cláusula 4ª-.

iii) el señor Eduardo E. Pereiro suscribiría una "...cláusula de exclusión durante tres años a partir del momento en que se suscriba el acuerdo definitivo..." por la cual "...Durante ese lapso no podrá comercializar productos de la empresa Soteco de Italia y/o cualquiera de sus representantes, por sí o por terceras personas. La exclusión incluye productos de la empresa Comet. La violación de esta cláusula hará al señor Rodríguez acreedor de los daños y perjuicios producidos por la competencia que se considerará desleal. Si se adeudaran cuotas, éstas dejarán de abonarse e ingresarán al patrimonio de Rodríguez, sin perjuicio de los mayores perjuicios que se puedan reclamar judicialmente. Se aclara que la presente cláusula y de modo excepcional, no alcanza a las mercaderías mencionadas en el inventario que se confeccionará ni a las que se encuentran en puerto y que fueran adquiridas por Soteco Argentina S.R.L..." -cláusula 6ª-.

iv) complementariamente a lo anterior se aclaró que las maquinarias que se encontraban en puerto y que había adquirido Soteco de Argentina S.R.L. quedarían de propiedad del señor Pereiro, quien las podía comercializar como única excepción a la cláusula de exclusión precedentemente transcrita, haciéndose responsable por la violación por cualquier modo de ella, ya sea a título personal o recurriendo a terceras personas -cláusula 7ª-.

v) asimismo, se estipuló que "...La exclusión implica la prohibición de establecerse, sin límite temporal, del señor Pereiro con un comercio o explotación similar, en un radio inferior a treinta (30) cuerdas a la redonda. La violación de esta cláusula dará derecho al señor Rodríguez a demandar los daños y perjuicios derivados del mismo. El incumplimiento de esta cláusula será entendida como competencia desleal..." -cláusula 8ª-.

vi) la empresa Soteco de Argentina S.R.L. sería cedida y pasaría a formar parte de Electronor S.R.L., haciéndose cargo de los gastos pertinentes el señor Rodríguez, desistiendo el señor Pereiro de reclamo alguno por los gastos de constitución de aquella -cláusula 10ª-.

(d) El 8/1/98 los señores Rodríguez y Pereiro firmaron un acuerdo complementario del "pre-contrato" precedentemente reseñado (fs. 114/115) y, finalmente, el 16/1/98 suscribieron el "...acuerdo definitivo en relación a las cuestiones planteadas entre ambos como integrantes de Electronor S.R.L." (fs. 116).

Mediante tal "acuerdo definitivo" las partes otorgaron operatividad a todas las cláusulas de los pre-acuerdos

firmados el 23/12/97 y el 8/1/98 -cláusula 5ª- y a ello prestó conformidad la cónyuge de Pereiro en su calidad de socia de Soteco de Argentina S.R.L. -cláusula 6ª-.

(f) El 30/1/98 el señor Eduardo E. Pereiro constituyó con la participación de una tercera persona a Hidrolimp S.R.L., con una duración de treinta años, y con el siguiente objeto social: compra, venta, importación y exportación de toda clase de bienes no prohibidos por normas legales en vigencia, de productos y mercaderías, sean bienes tradicionales o no; y de máquinas y aparatos eléctricos, electrónicos y de limpieza, incluyendo asesoramiento técnico sobre reparaciones, reacondicionamiento, instalación, enajenación y adquisición de los mismos (fs. 97/99).

(g) Sergio O. Rodríguez promovió la presente demanda argumentando que a través de la constitución de Hidrolimp S.R.L. el señor Eduardo E. Pereiro incumplió la cláusula de exclusión pactada en el "pre-contrato" del 23/12/97, ratificada por el "acuerdo definitivo" del 16/1/98, realizando actos de concurrencia o competencia desleal, a saber, desviando clientela que pertenecía a Electronor S.R.L.; captando para sí personal de esta última empresa (vendedores, cobradores y empleados); ofreciendo precios inferiores a los costos para asfixiar económicamente a Electronor S.R.L.; proveyendo a clientes dentro de la zona de exclusión; y colocando un cartel de publicidad dentro del radio de exclusión; etc. (fs. 79 vta./81). Particularmente, sostuvo en la demanda que Pereiro, a través de Hidrolimp S.R.L., violó el compromiso asumido de no comercializar productos de la empresa Soteco de Italia y/o cualquiera de sus representantes, ya que adquirió bienes a IP Floor S.p.A (fs. 76 y vta.). Se adujo, asimismo, existir una violación a la obligación implícita de abstención que deriva de la transmisión del fondo de comercio (fs. 77), y haberse soportado daños materiales y morales, particularmente el daño financiero derivado de la disminución del giro de las operaciones de Electronor S.R.L., que se correlaciona con el proporcional aumento de las operaciones de Hidrolimp S.R.L. (fs. 81 vta./83).

(h) En la contestación de demanda se expuso que la suscripción del "pre-contrato" del 23/12/97 y del "acuerdo definitivo" del 16/1/98 se hizo con pleno conocimiento por parte de Sergio O. Rodríguez de que su ex socio constituiría una nueva sociedad, que a la sazón fue Hidrolimp S.R.L., y que dicha nueva empresa actuaría en el mismo rubro que Electronor S.R.L., aunque con las restricciones que resultaban: (1) de la cláusula de exclusión de comercialización por tres años y sin perjuicio de las excepciones vinculadas a las "...mercaderías mencionadas en el inventario que se confeccionará..." y a las "...que se encuentran en puerto y que fueran adquiridas por Soteco Argentina S.R.L..." -cláusula 6ª-; y (2) de la cláusula de prohibición, sin límite temporal, de instalación de comercio o explotación similar en un radio inferior a treinta cuerdas del asiento de Electronor S.R.L. -cláusula 8ª- (fs. 194 vta./195). En función de ello, y respetándose esas restricciones, se sostuvo no haber existido ningún impedimento para la constitución de Hidrolimp S.R.L. a fin de desarrollar la misma e idéntica actividad que Electronor S.R.L. (fs. 195); no haberse suscripto cláusula de exclusión alguna con relación a la clientela de la empresa actora (fs. 195 vta.); que no hubo ninguna captación de clientela ilegítima ya que Electronor S.R.L. comunicó a sus clientes la desvinculación de Pereiro, por lo cual no puede decirse que este último los haya engañado para negociar con él (fs. 196); que el personal de Electronor S.R.L. que pasó a desempeñar tareas en Hidrolimp S.R.L. lo hizo voluntaria y libremente (fs. 196 y vta.); que la adquisición de bienes a la empresa italiana IP Floor S.p.A. no implicó violación a la referida cláusula de exclusión de comercialización, ya que si bien esa firma pasó a integrar un grupo empresarial del que también forma parte Soteco de Italia (fs. 197), aquellos bienes adquiridos no era de marca de esta última empresa, sino de marca Ghibli S.p.A. (fs. 197 vta.); y que las pérdidas económicas experimentadas por Electronor S.R.L. no se deben a actos de competencia desleal, sino al mal manejo empresarial del señor Sergio O. Rodríguez (fs. 198).

4°) Dejando atrás la reseña de los antecedentes del caso, e ingresando de lleno en el tratamiento de los agravios de la actora, se observa que esta parte habla, inicialmente, de la posibilidad de un "escándalo jurídico" derivado del hecho de que en las actuaciones penales que promoviera debió haber existido una sentencia de condena contra el codemandado Pereiro y que, frente a ello, es contradictorio que en autos se hubiese rechazado la demanda en su contra, máxime cuando la causa penal terminó, no por sobreseimiento o absolución suya, sino por una ley de prescripción de dudosa constitucionalidad (fs. 1024 vta.).

Más allá de observarse que esta alzada comercial no puede juzgar sobre la constitucionalidad de la ley extintiva aludida, lo cierto es que, al haber prescripto la acción penal, ello indudablemente puso fin al proceso criminal pertinente, al par que posibilitó el dictado de la sentencia civil (conf. Bustamante Alsina, J., Teoría general de la responsabilidad civil, Buenos Aires, 1983, p. 519/520, n° 1642; Belluscio, A. y Zannoni, E., Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, 1984, t. 5, p. 303) con total libertad de apreciación de los hechos probados y del derecho aplicable por parte de la juez a quo, pues en esa situación no juegan los arts. 1102 y 1103 del Código Civil.

Al ser ello así, de ningún escándalo jurídico puede hablarse por el hecho de que la sentencia apelada hubiera rechazado la demanda contra Eduardo E. Pereiro.

El primer agravio de la parte actora es, pues, inadmisibile.

5°) Los restantes agravios de la actora se refieren al tema principal representado por la alegada concurrencia o competencia desleal imputada a los demandados, que se entiende resuelto arbitrariamente por la sentencia apelada.

En ese orden de ideas, sostiene la parte actora que el fallo recurrido perdió de vista que en la base fáctica del caso anida una transferencia de fondo de comercio (fs. 1026) que de suyo dio lugar a la implícita prohibición de que Pereiro compitiera con Electronor S.R.L., máxime cuando la transferencia fue hecha de un socio a otro (fs. 1029). Sobre el particular, cita jurisprudencia que destaca que quien transfiere un fondo de comercio adquiere la obligación de no competir con dicho fondo (fs. 1028), y detalla las distintas pruebas, rendidas en la causa penal y en el sub lite, que acreditarían la violación a esa obligación.

En el "pre-contrato" del 23/12/97 se pactó lo siguiente: "...El eventual valor llave y el fondo de comercio serán cedidos a Rodríguez y se compensan con los daños y perjuicios eventualmente ocasionados por la constitución de Soteco de Argentina S.R.L..." (cláusula 4ª, fs. 51). Como se dijo, esa disposición contractual se mantuvo y se hizo operativa con el "acuerdo definitivo" del 16/1/98 (fs. 116). Las partes son contestes, asimismo, en cuanto a que con los referidos instrumentos se produjo la cesación de Pereiro como socio de Electronor S.R.L..

Con base en lo precedentemente dicho, no puede afirmarse, a contrario de lo que sostiene la actora, que hubiera existido propia y técnicamente una transferencia de fondo de comercio, pues no la hay cuando, precisamente, de lo que se trata es simplemente de la cesión que un socio hace al otro de los derechos que tiene en la sociedad, ya que la hacienda sigue en la misma condición que antes, garantizando a los acreedores (conf. Cámara, H., Transmisión de establecimientos comerciales e industriales, Córdoba, 1947, p. 154, ap. 4°).

Y al no haber existido, en rigor, una transferencia de fondo de comercio, mal puede la actora argumentar sobre la base de la jurisprudencia que acepta la existencia de una cláusula implícita de no establecerse o de no concurrencia por parte del enajenante en los supuestos de transmisiones regidas por la ley 11.867. Esa jurisprudencia, en efecto, es inaplicable al caso.

Pero más allá de la inaplicabilidad de tal jurisprudencia al caso de autos, lo cierto es que si en el "pre-contrato" del 23/12/97 se pactaron condiciones de las que resultaban interdicciones concretas que afectaban a Eduardo E. Pereiro en cuanto a su actividad comercial futura, resulta indudable que a tales interdicciones cabe exclusivamente estar para decidir el presente pleito, pues ellas marcan lo que fue voluntad y designio específico de las partes (art. 1197 del Código Civil).

6°) Sentado lo anterior, interesa precisar que la libre competencia, que deriva del principio constitucional de la libertad de trabajar, comerciar y ejercer cualquier industria lícita, puede estar sujeta no sólo a reglamentaciones de origen legal (art. 14 de la Constitución Nacional; Fontanarrosa, R., Derecho Comercial Argentino, Buenos Aires, 1979, p. 393, n° 292), sino también a restricciones de fuente convencional a fin de proteger a la propia actividad (conf. Ascarelli, T., Introducción al derecho comercial, Buenos Aires, 1947, p. 129, n° 4; Ripert, G., Aspectos jurídicos del capitalismo moderno, Buenos Aires, 1950, ps. 201/202, n° 87), pudiendo distinguirse, según un criterio posible, básicamente dos especies: las cláusulas impeditivas de la instalación de una empresa concurrente, y las cláusulas enderezadas a reglar las condiciones comunes en las que puede funcionar una empresa concurrente, es decir, relativas al ejercicio del comercio (conf. Ripert, G., Traité Élémentaire de Droit Commercial, L.G.D. & J., París, 1948, ps. 170/174, n° 434 a 445; en similar sentido: Broseta Pont, M., Manual de Derecho Mercantil, Tecnos, Madrid, 1981, p. 116).

Nada impide, entre otras hipótesis admisibles, 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 (conf. Garrigues, J., Tratado de Derecho Mercantil, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1947, t. I, vol. I, p. 186, n° 153; García Menéndez, S., Competencia desleal - actos de desorganización del competidor, Buenos Aires, 2004, p. 127).

Pero en ese caso, como en muchos otros análogos, el problema del pacto de no concurrencia no es tanto el de su genérica aceptación sino, como lo advierte Mario Rotondi, el relativo a establecer su validez en función de los límites y condiciones dadas a la restricción de la concurrencia en cuanto al objeto, al tiempo o al espacio (conf. Rotondi, M., Diritto Industriale, Cedam, Padova, 1965, p. 541, n° 349).

Al respecto, cabe observar que en el sub lite los demandados no han hecho cuestión alguna sobre la validez específica de las cláusulas 6ª y 8ª del "pre-contrato" del 23/12/97, y ello ni siquiera en cuanto la última establece una restricción "sin límite temporal" alguno. Nada corresponde decidir, consiguientemente, sobre el particular (arg. art. 1048 del Código Civil), sin perjuicio de observar, a título ilustrativo, que por ejemplo en el derecho italiano una cláusula sin restricción temporal como la indicada daría lugar, según algunos, a su nulidad por aplicación del principio favor debitoris (conf. Rotondi, M., ob. cit., p. 545, n° 349), y según otros a una conversión ope legis del negocio jurídico con el efecto de limitar la restricción a una determinada cantidad de

años (conf. Messineo, F., Manual de derecho civil y comercial, Buenos Aires, 1955, t. VI, ps. 17/18, quien propone cinco años fundándose en el art. 2596 del código civil italiano), solución esta última 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 (véase en este sentido: Vittorio Neppi, su anotación de derecho argentino a la obra de Messineo, F., Doctrina general del contrato, Buenos Aires, 1952, t. I, p. 523, adición XXX), siempre y cuando exista petición al respecto -la que tampoco se ha dado en la especie- pues para producirse conversión del negocio jurídico es necesaria una manifestación de voluntad de las partes, expresa o tácita (conf. Betti, E., Teoría general del negocio jurídico, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 376).

7°) En un afín pero distinto orden de ideas, también interesa precisar que fundada la demanda de la actora en la violación a las apuntadas cláusulas contractuales, la acción deducida no es, en rigor, de competencia desleal como esa parte lo calificó, sino de competencia ilícita o, más específicamente, de competencia anti-contractual.

En efecto, la violación de los límites convencionales o legales de la concurrencia constituyen concurrencia ilícita y no concurrencia desleal. La abstención de la concurrencia en tales casos es una obligación surgente del contrato o de la ley, y el cumplimiento de un acto de concurrencia constituye de por sí al acto en ilícito (conf. Ferri, G., Manuale di Diritto Commerciale, Utet, Torino, 1965, p. 149, n° 90).

La competencia desleal no es la que deriva de una prohibición legal o la que aparece cuando se viola una cláusula contractual. La competencia desleal, se ha dicho, no es un acto contra un derecho, sino un abuso de derecho (conf. Morles Hernández, A., Curso de Derecho Mercantil, Caracas, 1986, t. I, p. 255).

Y tal distinción es sustancial para entender que demandas como la de autos no separan del cauce contractual en el que han nacido. Es decir, si como ocurre en el sub lite, el reclamo se funda en la violación de una cláusula convencional de no concurrencia, la cuestión no es de competencia desleal, sino simplemente de indemnización de daños y perjuicios aneja al incumplimiento del contrato, dando lugar a una cuestión de competencia ilícita o de competencia anti-contractual, donde basta el incumplimiento voluntario culpable, no requiriéndose dolo (conf. Garrigues, J., ob. cit., t. I., vol. I, p. 287, n° 154).

Sostener que casos como el presente están aprehendidos por lo que se conoce como concurrencia desleal, significa -como lo enseña Paul Roubier- ampliar de una manera excesiva el campo de las acciones por concurrencia desleal, confundiéndolas con las acciones sobre responsabilidad contractual ordinaria (conf. Roubier, P., Le Droit de la Propriété Industrielle, Librairie du Recueil Sirey, París, 1952, t. I, ps. 486/487, n° 104, ap. B).

De tal suerte, encuadrado el caso en la órbita de la responsabilidad contractual, los presupuestos de la indemnización reclamada son: i) el incumplimiento del deudor; ii) la imputabilidad del incumplimiento al deudor; iii) el daño sufrido por el acreedor; y iv) la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño experimentado por el acreedor (conf. Llambías, J., Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, Buenos Aires, 1967, t. I, p. 111, n° 98; Bustamante Alsina, J., ob. cit., p. 86, n° 170).

8°) Los agravios contra la sentencia en punto al examen del alegado incumplimiento de las cláusulas 6ª y 8ª del "pre-contrato" del 23/12/97 (operativas entre las partes de conformidad con el "acuerdo definitivo" del 16/1/98), se encuentran expresados de un modo un tanto desorganizado en el escrito de fs. 1023/1032. Por ello, para dar un orden a la exposición, seguiré el propuesto por la sentencia apelada, confrontando las razones y conclusiones de esta última con los párrafos pertinentes del memorial que fundamenta la apelación.

(a) Sostuvo el fallo apelado que no hubo incumplimiento de Pereiro a la cláusula 6ª por haber importado mercadería de IP Floor S.p.A.. En tal sentido, tuvo por acreditado, por una parte, que esta última empresa italiana se integró el 30/4/99 al agrupamiento societario liderado por Interpump S.p.A. del que, para entonces, ya formaba parte Soteco de Italia; y por otra parte, que Hidrolimp S.R.L. no sólo comercializa productos de IP Floor S.p.A., sino también de Udor S.R.L., Teknova S.R.L., Técnica Ghibli S.p.A. y Spiwater. Empero, apreció que ninguna de tales empresas fue mencionada en la citada cláusula 6ª, por lo que los vínculos comerciales mantenidos con ellas por Pereiro no pueden considerarse incumplimientos de este último. Asimismo, para refrendar tal conclusión, ponderó lo declarado por el testigo Amato Gagliardi en cuanto a que las empresas integrantes del referido grupo societario compiten entre sí, y que si bien Soteco de Italia fabrica aspiradoras para IP Floor S.p.A., nunca ingresó alguna de ellas a nuestro país (fs. 992).

Respecto de estas consideraciones de la sentencia recurrida la parte actora dijo: "...No debe dejarse de lado tampoco la circunstancia de que IP Floor S.p.A. como miembro del grupo Interpump, fabrica y/o comercializa exactamente los mismos productos que Soteco de Italia. Impone la ley y el sentido común,

que los contratos deben interpretarse de buena fe. Dejando de lado la casuística de los convenios, lo cierto es que se trata de los mismos productos..." (fs. 1025 vta.). Y más adelante, refiriéndose la declaración de Amato Gagliardi, dijo: "...ese testigo, que es el representante de todas las empresas del grupo Interpump, ha manifestado que Soteco de Italia fabrica productos para IP Floor. Que no hayan entrado al país es un dato que no está demostrado ni integra la litis..." (fs. 1026); afirma, asimismo, que es un testigo que tergiversó datos y hechos, incurriendo en el delito de falso testimonio, con la única intención de favorecer a la demandada (fs. 1030 vta./1031).

Las críticas precedentemente reseñadas no alcanzan, en mi opinión, a conmovir la conclusión del fallo apelado en cuanto a la inexistencia de incumplimiento a la cláusula 6ª, desde la perspectiva de los hechos y pruebas indicados.

Por lo pronto, se observa una clara intención de la parte actora de apartarse de la literalidad de la cláusula 6ª para así fundar un deber de abstención más amplio que el asumido por Pereiro, esto es, comprensivo no sólo de la comercialización de productos de la firma Soteco de Italia y/o cualquiera de sus representantes, o de la empresa Comet (únicos sujetos mencionados por la cláusula), sino igualmente abarcativo de otros fabricantes distintos no mencionados siquiera implícitamente, como lo sería el caso de IP Floor S.p.A..

Resulta evidente, sin embargo, que semejante pretensión hermenéutica no puede ser admitida, porque en esta materia no cabe apartarse de la literalidad de la cláusula de referencia, ya que al establecer ella una limitación a la libertad de competencia que, como se dijo, tiene fundamento constitucional, su interpretación no puede ser sino restringida y textual. La interpretación de buena fe a la que alude la actora se cumple, precisamente, haciendo una exégesis contractual restringida y textual, sin cargar al obligado con un deber de abstención más amplio del que asumiera o, lo que es lo mismo decir, sin entender que renunció a la libertad de competir en medida más amplia de la que literalmente resulta de la cláusula de concurrencia (arg. art. 874 del Código Civil).

Más todavía: como lo enseña Erich Danz, en los casos de cláusulas de concurrencia, que implican la pérdida de derecho o restricciones a la libertad de la otra parte, corresponde decidir "contra" el que las hace valer (conf. Danz, E., La interpretación de los negocios jurídicos, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1926, p. 198, traducción de W. Roces).

De todo lo cual se sigue que, a contrario de lo pretendido por la actora, no es posible dejar de lado "la casuística de los convenios" del 23/12/97 y 16/1/98.

Pero independientemente de lo anterior, también se advierte como insustancial la crítica que dicha parte levanta contra lo concluido en la sentencia acerca de que la importación y comercialización de productos de IP Floor S.p.A. por parte de Hidrolimp S.R.L. no representó violación alguna a la citada cláusula 6ª. Esto es así, no sólo porque la cláusula no provocaba material y formalmente ninguna interdicción que alcanzara a Pereiro con relación a IP Floor S.p.A., sino porque la integración de esta última empresa en el mismo grupo societario donde se ubica Soteco de Italia, no parece razón suficiente para extenderle a aquella -como interpósita persona- los efectos de una interdicción que no le concierne, debiendo ser observado que para llegar a semejante consecuencia habría que prescindir de la personalidad diferenciada de ambas firmas italianas, lo que ni siquiera se ha esbozado en el caso como hipótesis (véase en este sentido, aunque refiriéndose al caso de competencia desleal, a García Menéndez, S., ob. cit., p. 134).

En fin, tampoco son atendibles los cuestionamientos que hace la parte actora acerca de lo declarado, en los aspectos indicados y en otros mencionados en fs. 1030 vta., por el testigo Gagliardi. Sobre el particular, observo que frente a las supuestas falsedades que se invocan como incurridas por este testigo al declarar en fs. 457/461, la actitud esperable de quien las considera existentes es su denuncia en la misma audiencia a los fines de posibilitar lo dispuesto por el art. 449 del mismo código, o bien posteriormente recurrir a la justicia penal para dilucidar la existencia de falso testimonio, nada de lo cual ha ocurrido en la especie (conf. CNCom. Sala D, 13/5/08, "Argentoil S.A. c. Soft Pack S.A."; CNCom. Sala B, 27/8/91, "Torreiro, Oscar c. Vilas, Jorge"; íd. Sala B, 29/6/07, "Ripio, Javier c. Sagazola S.A. s/ ordinario"). Aparte de ello, las impugnaciones que a su declaración se ensayan en la expresión de agravios no pueden ser tenidas en cuenta porque se construyeron en base a una consideración fragmentaria de algunas de las respuestas dadas por Gagliardi, lo cual es contrario a la regla de la sana crítica que indica que las declaraciones testimoniales deben ser apreciadas en su conjunto sin artificiales desmembraciones (conf. CNFed. Civ. Com. Sala II, 29/3/85, "Jiménez, Juan c. Transporte Automotor La Plata S.A. s/ daños y perjuicios), ya que, como lo ha destacado la jurisprudencia, la prueba testimonial debe tomarse como formando parte de un todo, desde que las declaraciones no son compartimentos estancos, al punto que la atomización de cada contestación de los testigos conduce al polo opuesto a la sana crítica (conf. CNEsp. Civ. Com. Sala I, 28/3/1983, "Cenzano, Raúl c. González, Manuel", LA LEY,

1983-C, 225; Cám. Apel. Civ. Com. Resistencia, Sala II, 19/6/97, LL Litoral, 1997-750). Y, en este sentido, la demandada al formalizar su impugnación a dicho testimonio no hizo más que exponer distintas parcialidades de las respuestas dadas, para deducir de ellas supuestas contradicciones entre sí o con otros elementos de juicio allegados a la causa a los que se asigna un mayor valor probatorio, reflejando ello una inconsistencia en el discurso crítico, que se agudiza cuando afirma como no demostrado y ajeno a la litis el hecho de que Soteco de Italia no ingresó producto alguno al país, toda vez que, precisamente, lo declarado por el testigo en ese sentido es probatorio de esa circunstancia que, ciertamente, formó parte del thema decidendum en la medida que, al contestar demanda, los accionados negaron haber adquirido productos de dicha empresa italiana (fs. 197 vta.).

(b) Al analizar la imputación de violación de la cláusula 8ª del "pre-contrato" del 23/12/97, la juez a quo entendió que ello no podía ser admitido porque tal previsión, en su interpretación, se limitó a restringir la instalación de un establecimiento por parte de Pereiro dentro de las treinta cuadras de la sede de Electronor S.R.L., pero no prohibió la comercialización de productos en la zona de exclusión. Con ese argumento, la sentenciante descartó como infracciones a dicha cláusula la colocación por Hidrolimp S.R.L. de un cartel publicitario, y cierta venta hecha a una estación de servicio distante a tres cuadras del domicilio de Electronor S.R.L. (fs. 992 vta./993).

La actora califica como absurda la interpretación de la juez a quo (fs. 1026) y afirma, contra ella, que es obvio que la prohibición de establecerse implica la de comercializar (fs. 1028 vta.).

Esta última argumentación, empero, no convence, al menos en su aplicación al caso de autos, aunque por hipótesis pudiera ser válida en otros.

Así lo pienso, porque la cláusula 8ª del "pre-contrato" del 23/12/97, no puede interpretarse desvinculada de la cláusula 6ª.

En efecto, mediante la cláusula 6ª se restringió la posibilidad de que Pereiro comercializara ciertos productos taxativamente identificados en ella, a saber, los producidos por la empresa Soteco de Italia y/o sus representantes, y los de la empresa Comet. Las partes designaron a esta estipulación como una "cláusula de exclusión".

De su lado, la cláusula 8ª no amplió las restricciones a la comercialización resultantes de la cláusula 6ª, sino que, haciendo expresa referencia a "...La exclusión..." consagrada por esta última, se limitó a establecer una prohibición de instalación dentro de determinado ámbito espacial.

Así pues, partiendo de la base de una interpretación sistemática del contrato, ya que él es un todo indivisible, no pudiendo sus cláusulas entenderse aisladas unas de las otras (conf. Santos Briz, J., La contratación privada, Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, p. 227, n° 20), debe llegarse a la conclusión de que el deber de no concurrencia asumido por el codemandado Pereiro implicó una prohibición de instalación en determinada zona (cláusula 8ª), con exclusión dentro o fuera de ella de la comercialización de productos taxativamente identificados por referencia a sus fabricantes de origen (cláusula 6ª), pero sin exclusión, fuera o dentro de la misma zona, de la comercialización de otros productos provenientes de fabricantes diversos.

En esas condiciones, teniendo en cuenta, por una parte, que no pudo ser identificado el origen de la lavadora encontrada en la estación de servicio mencionada más arriba (afirmación de fs. 993 no cuestionada ante esta alzada) y, por otra parte, que ninguna de las cláusulas del "pre-contrato" del 23/12/97 estableció limitaciones en orden a la publicidad que de su actividad podría realizar Pereiro dentro o fuera de la zona de exclusión referida, no cabe sino compartir lo juzgado por la sentencia apelada.

9°) Dejando atrás lo atinente al imputado -y, como se vio, no acreditado- incumplimiento de Pereiro a las cláusulas 6ª y 8ª del "pre-contrato" del 23/12/97, corresponde examinar otras críticas de la parte actora contra lo resuelto en la instancia anterior.

Sobre tales críticas destaco, ante todo, que ellas se construyen sobre la base entendida de la existencia de una transferencia de fondo de comercio y de actos de competencia desleal por parte del codemandado Pereiro. Ya fue visto, sin embargo, que el caso no guarda relación con ninguna de esas dos cosas (considerandos 5 y 7). No obstante, a fin de dar la más amplia respuesta jurisdiccional, trataré los agravios en los términos que han sido propuestos.

(a) Se queja la parte actora 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. a partir de su constitución.

Al respecto, cabe recordar que el fallo apelado decidió el punto con sujeción a lo informado por el peritaje contable (fs. 996, punto E.5).

Pues bien, dicho informe confirma que, en efecto, a partir del ejercicio del año 1998 (recuérdese que Hidrolimp S.R.L. se constituyó el 30/1/98) la empresa Electronor S.R.L. sufrió una merma en sus ventas que en ese ejercicio, comparativamente con el del año 1997, trepó al 34,42%, y que en años sucesivos se fue incrementando hasta llegar al ejercicio cerrado en 2003 con un acumulado del 81,42%.

Sin embargo, el mismo peritaje se encarga de aclarar que esa pérdida debe imputarse a factores externos e internos.

Como factor externo, destaca el informe pericial el agravamiento de la situación económica del país a partir de 1999 que dio origen a la crisis de 2001, y a que la devaluación provocó la pérdida de mercado de Electronor S.R.L. como consecuencia de la sustitución de los productos importados que hasta entonces comercializaba por otros de fabricación nacional.

En tanto, como factores internos, la experticia sostuvo que tenía que considerarse: 1) el cambio de las condiciones de venta que dispuso Electronor S.R.L., ya que eliminó las ventas a crédito y las reemplazó por ventas al contado, hecho que encontró demostrado a partir de la verificación de que al 31/12/98 ya no se registraba contablemente saldo por ventas al contado; 2) las variaciones del costo de venta de las mercaderías comercializadas por Electronor S.R.L., cuyas oscilaciones a través de los distintos ejercicios dan cuenta de que esa empresa varió sus precios de venta para mantener el nivel de ingresos esperado por ella; 3) disminución de los fondos de la empresa por incremento de retiros de socios, observando en tal sentido que, si bien en el ejercicio 1998, las ventas disminuyeron en un 34,42%, la cuenta particular del actor Sergio O. Rodríguez se vio incrementada en un 1719%, lo cual, en opinión del perito, produjo una disminución de las disponibilidades de Electronor S.R.L., circunstancia esta que determinó que al no existir posibilidad de obtener créditos de terceros, restó a la empresa recursos para ser aplicados al giro del negocio, originando una consecuente merma en la venta de productos (fs. 321 vta./322 y vta., punto 8).

Estas aseveraciones del peritaje contable fueron objeto de un breve pedido de explicaciones por parte de la actora (fs. 328 y vta.), pero el experto contable las ratificó en su totalidad, reiterando especialmente que el retiro de fondos por socios fue una de las causas del deterioro de Electronor S.R.L. (fs. 356 vta.).

Contra lo informado por el perito, la parte actora en su alegato se limitó a decir que el peritaje no aportaba datos que permitiesen atribuir las caídas de ventas a las referidas causas, sin relacionar ello con la ascendente operatoria de Hidrolimp S.R.L.; que, por ello, el informe es tendencioso y parcial; y que no fueron significativos los retiros de fondos de socios de Electronor S.R.L. (fs. 970 vta.).

Estas últimas impugnaciones de la actora son claramente insuficientes para restar eficacia probatoria al dictamen de referencia. Ello es así, porque la experticia en el aspecto aquí considerado, particularmente en cuanto a los recordados "factores internos", se basó en datos objetivos resultantes del Libro Inventario y Balance de Electronor S.R.L, por lo que mal puede decirse, repitiéndose frases del alegato, que "...No existen datos..." y que lo informado es "...tendencioso y parcial..." (fs. 1027 y vta.). Y en cuanto al problema del retiro de fondos, no es ocioso observar que el propio consultor técnico de la parte actora, aunque adjudicó -como era de esperarse dado el origen de su designación- las pérdidas a la competencia hecha por Hidrolimp S.R.L., no dejó de admitir, coincidiendo con el perito contador, que el aumento del retiro de fondos por los socios de Electronor S.R.L. afectó la baja en las ventas de esta última (fs. 353).

En las condiciones que anteceden, es evidente que el agravio no puede prosperar.

(b) Se queja también la actora porque la sentencia no tuvo por acreditada la captación ilegítima de clientes que se invocó en la demanda. En este sentido, cuestiona la ponderación que la juez a quo hizo de los testimonios prestados en la causa a fin de descartar esa captación (fs. 1029/1030 y vta.), y destaca la apelante con relación a esta cuestión que cuando se cede un fondo de comercio, no se puede tocar su clientela (fs. 1024 vta.).

Como se dijo, no hubo en el caso ninguna transferencia de fondo de comercio pero, no obstante, la lectura del "pre-contrato" del 23/12/97 da cuenta de que comprendió una cesión del "valor llave" (cláusula 4ª; fs. 51).

Al ser ello así, toda vez que la "clientela" influye en la formación del "valor llave" (conf.

Fontanarrosa, R., ob. cit., p. 231, n° 192; Etcheverry, R., Derecho Comercial y Económico - Parte General, Buenos Aires, 1987, ps. 530/531), puede ser sostenido que Rodríguez pagó para que Pereiro se inhibiera de comercializar con los clientes de Electronor S.R.L. (conf. Garo, F., Tratado de las compraventas comerciales y marítimas, Buenos Aires, 1945, t. II, ps. 319/320, n° 791).

Ahora bien, la inhibición asumida por Pereiro de valerse -por sí o por sociedades integradas por él- de la clientela de Electronor S.R.L., solo puede estar referida, como es lógico, a los clientes existentes y conocidos por dicho cedente en el momento en que se apartó de la referida empresa (en el mismo sentido, véase: CNCom. Sala D, 4/7/90, "Riera, Rubén c. Dotro, Francisco"), y obviamente su responsabilidad solamente podría verse comprometida si a esos clientes los captó deslealmente, pero no si ellos voluntariamente optaron por continuar su relación con Hidrolimp S.R.L. cesando de hacerlo con Rodríguez o con Electronor S.R.L..

En el caso, la parte actora no ha acreditado, tal como le incumbía, que los demandados hubieran recurrido a prácticas aptas para captar deslealmente su clientela.

Por ejemplo, quedó huérfana de prueba su alegación de que Hidrolimp S.R.L. ofrecía precios más bajos que Electronor S.R.L. para asfixiarla económicamente. Antes bien, la cuestión no pudo ser abordada por el perito contador (fs. 323, punto 11), sin que ello mereciera comentario por parte de Rodríguez y Electronor S.R.L. (fs. 326/328).

Asimismo, tampoco se ha acreditado en autos que el cartel publicitario puesto por Hidrolimp S.R.L. hubiera difamado o denigrado a Electronor S.R.L., o hubiera inducido a engaño a sus clientes con el fin de captarlos, lo cual desde el plano de lo extracontractual, habría dado lugar a una forma típica de concurrencia desleal por medio de la publicidad (conf. Zavala Rodríguez, C., Publicidad comercial - su régimen legal, Buenos Aires, 1947, p. 377 y sgtes.).

Nada resulta, en fin, del peritaje rendido en la causa penal, cuya ponderación reclama la actora con énfasis en la expresión de agravios (véase copia en fs. 34 y sgtes.). Dicho peritaje pudo informar solamente sobre algunos clientes compartidos por Electronor S.R.L. y Hidrolimp S.R.L. (fs. 36 y 46/47) y la posibilidad de existencia de otros más (fs. 43), pero no estableció la presencia de desvío alguno de clientela (fs. 39).

Frente a la apuntada carencia probatoria, los testimonios ponderados por la juez a quo en fs. 997 dan cuenta de una realidad distinta de la alegada por la parte actora, pues se trata de declaraciones de ex clientes de Electronor S.R.L. que explicaron que dejaron voluntariamente de vincularse con esta última por razones de mejor trato comercial dado por Pereiro o Hidrolimp S.R.L. en cuanto resolvían mejor los problemas de las máquinas, daban mejores formas de pago (recuérdese que Electronor S.R.L. discontinuó las facilidades crediticias), ofrecían precios más ventajosos por equipos similares, etc..

A todo evento, las impugnaciones que la parte actora hace en su expresión de agravios a esos testimonios (fs. 1029 vta./1030 vta.), muestran el mismo defecto ya señalado respecto de la tacha que levantó contra el testigo Amato Gagliardi. En efecto, al igual que esta última, las referidas impugnaciones denotan consideraciones fragmentarias de las declaraciones de los testigos Ana y Gabriel Casquero, Guillermo Romagnoli, Oscar Jiménez y Jorge Álvarez, lo que no se corresponde con la regla de la sana crítica (art. 456 de Código Procesal). Los dichos de los testigos que a la actora le parecen poco convincentes, no borran la impresión general que resulta de las declaraciones en el sentido de que fueron las actitudes y decisiones comerciales de Sergio O. Rodríguez y/o Electronor S.R.L. las que llevaron a la pérdida de clientela. Por lo demás, los calificativos puestos por la actora a esos testigos (reticentes, inverosímiles, cargados de animosidad, leales al interés de los demandados, etc.), no son más que derivación de la personal interpretación de quien, finalmente, no fue beneficiada por el tenor de las correspondientes declaraciones y para desvirtuar las cuales, como se dijo, no produjo otra prueba de mérito.

Coadyuva a formar convicción de que no hubo captación ilegítima de clientes, el hecho de que fue la propia Electronor S.R.L. la que anotició a los suyos acerca de la desvinculación de Pereiro de la empresa (fs. 125).

En suma, se trata de otro agravio que no puede ser admitido. (c) Cuestiona la parte actora que la sentencia de primera instancia no hubiera tenido debidamente en cuenta que Hidrolimp S.R.L. tiene el mismo objeto social que Electronor S.R.L. (fs. 1024), y que vende los mismos productos que esta última (fs. 1024 vta.).

En rigor, el objeto social de ambas empresas no es el mismo, pero sí similar (véase considerando 3°, apartados "a" y "f"). Tampoco los productos son los mismos, pero sí de naturaleza análoga, tales como hidrolavadoras y artículos de limpieza diversos, barredoras, aspiradoras, hidroaspiradoras y repuestos (fs. 37).

Ahora bien, tales particularidades no fundan adecuadamente la demanda (y, por tanto los agravios) porque las prohibiciones resultantes del "pre-contrato" del 23/12/97 no implicaron, bien entendidas, la interdicción de toda forma de competencia por parte de Pereiro. Y, ciertamente, la integración de este último a otra sociedad establecida con el mismo objeto que el que perseguía Electronor S.R.L., no configura por sí sola un "acto de competencia desleal", ya que Pereiro no se obligó a no ejercer una actividad comercial relativa a ese objeto sino, en el mejor de los casos, a no "competir deslealmente" (conf. CNCom. Sala D, 4/7/90, "Riera, Rubén c. Dotro, Francisco"), sin que resulte de las constancias de autos que hubiera incurrido en esto último.

(d) Finalmente, también se agravia la parte actora porque la juez a quo no hubiera tenido por probado que Hidrolimp S.R.L. realizó una captación de empleados de Electronor S.R.L., entendiéndose asimismo falta la disyuntiva planteada por la sentenciante entre libertad de empleo y preservación de la lealtad comercial (fs. 998 y 1031 vta.).

En la materia tratada, la disyuntiva entre libertad de empleo o libre competencia en el mercado de trabajo, por una parte, y preservación de la lealtad en la lucha competencial, por la otra, lejos de ser falsa es claramente real. Así lo ha destacado la doctrina especializada concluyendo que la lealtad en la lucha competencial debe subordinarse a la movilidad laboral, de donde resulta, consiguientemente, que la captación de empleados no puede ser entendida en sí misma como un acto de competencia desleal, y el reproche de deslealtad solamente podría ser admitido en circunstancias excepcionales y con criterio restrictivo. Particularmente, para dar lugar a responsabilidades, la captación de empleados o colaboradores debería tener una envergadura suficiente como para desestabilizar y desorganizar la estructura del competidor; es decir, la captación debe ser cuantitativa y cualitativamente relevante, y no puede hablarse de captación desleal cuando el nuevo dador del trabajo no intervenga en la decisión del empleado, o sea, si este último se desvincula voluntariamente (conf. García Menéndez, S., ob. cit., ps. 145/146, n° 3).

Por lo que toca al sub lite, como lo destacó la sentencia apelada, solamente cuatro empleados de la empresa actora pasaron a desempeñarse en Hidrolimp S.R.L., y no hay prueba alguna de que ellos hubieran sido inducidos a hacer ese cambio laboral, como tampoco que de esa circunstancia derivara una pérdida cuantitativa o cualitativamente relevante para Electronor S.R.L..

Frente a ello, la parte actora se limitó a sostener la necesidad de examinar la causa penal para obtener otras conclusiones, mas sin indicar cuáles serían en concreto las constancias a ponderar y cuáles las conclusiones (fs. 1031 vta./1032). Ello claramente es insuficiente para controvertir el fallo apelado (arts. 265 y 266 del Código Procesal), máxime ponderando que de la causa penal lo único que surge es la identificación de los cuatro empleados referidos (fs. 38), pero para nada elemento de juicio alguno que hable de la existencia de la inducción antes referida, o de la presencia de la pérdida cualitativa y cuantitativamente relevante mencionada.

10) Con lo desarrollado hasta aquí queda agotado el tratamiento de los agravios de la actora vinculados al fondo del asunto, y puesto que se los rechaza íntegramente, habrá de confirmarse la sentencia en cuando rechazó la demanda.

Para tal hipótesis pide la vencida, no obstante, que las costas se distribuyan en el orden causado "...atento que no existe duda alguna del derecho que tuvo el actor de considerarse habilitado para demandar, atento el abrumador cúmulo de probanzas que existen, aunque la sentencia se haya negado a percibir las..." (fs. 1032).

La petición es inadmisibles. De lo que no hay duda es de que la actora resultó vencida, y que ello es así no por una negativa a percibir debidamente el mérito de la prueba, sino simplemente porque esta última no fue favorable a esa parte.

Ninguna razón hay, pues, para distribuir las costas. Como ocurre en la mayoría de los sistemas procesales y como lo sostiene la doctrina clásica, la imposición de costas se funda en el criterio objetivo del vencimiento (conf. Chiovenda, G., Principios de derecho procesal civil, t.

II, p. 404, Madrid, 1925; Alsina, H., Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, t. II, p. 472, Buenos Aires, 1942). Este criterio ha sido adoptado también, como principio, en la ley procesal vigente (art. 68 del Código Procesal; Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Santa Fe, 1989, t. 3, p. 85), lo que implica que el peso de las costas debe ser soportado por quien provocó una actividad jurisdiccional sin razón suficiente (conf. Fassi, S., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, t. 1, n° 315, Buenos Aires, 1971). Es evidente, por otra parte, que la exención de costas al vencido reviste carácter excepcional, pues como regla no es justo que el triunfador se vea privado del resarcimiento de los gastos que ha debido hacer para lograr que se le reconozcan sus derechos (conf. CNCom. Sala D, causa n° 9888/02 "Srebro, Brenda c. Red Cellular SA y otro", sentencia del 21/10/2006; CNFed. Civ. Com. Sala III, 13/12/91, "Antorcha Cía. de Seg. SA c. Buque Monte Rosa", LA LEY, 1992-C, 155).

11) Por lo expuesto, propongo al acuerdo confirmar la sentencia apelada en lo que fue materia de apelación, con costas de alzada a la parte actora (art. 68 del Código Procesal).

Así voto.

El señor Juez de Cámara Juan José Dieuzeide no interviene en el presente acuerdo por hallarse en uso de licencia (RJN 109).

El señor Juez de Cámara Gerardo G. Vassallo adhiere al voto que antecede.

Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

(a) Confirmar la sentencia de primera instancia, con costas a cargo de la parte actora (art. 68, primer párrafo, del Código Procesal).

(b) Diferir la consideración de los honorarios hasta tanto se hayan regulado los de la anterior instancia.

Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen. — Pablo D. Heredia. — Gerardo G. Vassallo.