

ACCIONISTA. SOCIO. COMPETENCIA. COMPETENCIA DESLEAL.
DIRECTOR DE SOCIEDAD COMERCIAL

Informe: Comercial

Resumen

Obligación de no competencia (artículo 85 de la ley 16060). Diversos ámbitos de regulación de la obligación de no competencia.

Consulta

RELACIÓN DE HECHOS

ADP S.A.

1. Es persona jurídica vigente y fue constituida por acta de fecha 17 de diciembre de 2003, cuyo otorgamiento y suscripción autenticó el escribano JA en igual fecha, con un plazo de 100 años desde la fecha de la constitución, con domicilio en la ciudad de ...; sus estatutos

fueron aprobados por la Auditoría Interna de la Nación por resolución de fecha 16 de enero de 2004, inscriptos en el Registro de Personas Jurídicas, sección Registro Nacional de Comercio, y publicados en el *Diario Oficial* y en el periódico local ... De la resolución de asamblea extraordinaria de accionistas de fecha 27 de agosto de 2008, aprobada por la Auditoría Interna de la Nación el 27 de abril de 2009, protocolizada por la escribana AG el 8 de mayo de 2009 e inscripta en el Registro de Personas Jurídicas, Sección Registro Nacional de Comercio, el 2 de junio de 2009, resulta que el presidente o el vicepresidente, indistintamente, o un director de la serie A con un director de la serie B actuando conjuntamente, representan a la sociedad, y que su capital estaría representado por acciones al portador.

2. La entidad cumplió con la declaración jurada para registrar a los accionistas de la sociedad en el Registro del Banco Central del Uruguay previsto por la ley 18930 y el decreto 247/2012. La referida declaración fue presentada el 18 de enero de 2013. La citada sociedad cumplió con el otorgamiento de la declaratoria que exige la ley 17904, según escritura que autorizó la escribana AF el 27 de junio de 2013, cuya primera copia se inscribió en el Registro de Personas Jurídicas, Sección Comercio, con el número ... el 12 de julio siguiente de forma provisoria, y definitivamente el 7 de agosto de 2013, y por la que se comunicó al citado registro su sede en ... número 1400 de esta ciudad y la integración actual de su directorio, de la cual surge que el señor GG es el presidente de directorio —cargo que ocupa hasta el día de la consulta—.

A S. A.

1. Es una persona jurídica vigente y fue constituida por acta de fecha 1.º de marzo de 2003, cuyo otorgamiento y suscripción autenticó el escribano JA en igual fecha, con un plazo de 100 años desde la fecha de la constitución; sus estatutos fueron aprobados por la Auditoría Interna de la Nación por resolución de fecha 27 de marzo de 2003, inscriptos en el Registro de Personas Jurídicas, Sección Registro Nacional de Comercio, el 7 de abril siguiente y publicados en el *Diario Oficial* y en el periódico ... de esta ciudad. El referido estatuto fue modificado por resolución de asamblea extraordinaria de accionistas de fecha 20 de abril de 2007, aprobado por la Auditoría Interna de la Nación el 22 de junio de 2007, protocolizado por la escribana AG el 13 de julio de 2007 e inscripto en el Registro de Personas Jurídicas, Sección Comercio, el 20 de julio de 2007 y publicado en el *Diario Oficial* y el periódico ... Y posteriormente, por resolución de asamblea extraordinaria de accionistas de fecha 21 de mayo de 2009, aprobado por la Auditoría Interna de la Nación por resolución de fecha 18 de agosto de 2009, y protocolizado el 28 de agosto siguiente por la es-

- cribana AG, e inscripto en el Registro de Personas Jurídicas, sección Comercio el 5 de noviembre de 2009 y publicados en el *Diario Oficial* y el periódico ... Del texto resulta que el presidente o el vicepresidente, indistintamente, o un director de la serie A con un director de la serie B actuando conjuntamente, representan a la sociedad, y que la totalidad del capital de la sociedad estará formada por acciones ordinarias nominativas.
2. En virtud de las facultades conferidas por el artículo 1.º, inciso 3, de la ley 18092, en la redacción dada por el artículo 349 de la ley 18172, el Poder Ejecutivo, por resoluciones del 16 de mayo de 2011 y 22 de julio de 2012 y autorizaciones fictas del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca del 7 de diciembre de 2011, 30 de julio de 2012, 21 de mayo de 2014, 10 de setiembre de 2013, 1.º de noviembre de 2013 y 3 de enero de 2014, autorizó a ADP S.A. a ser arrendataria de los inmuebles rurales que explota.
 3. La citada sociedad cumplió con el otorgamiento de la declaratoria que exige la ley 17904, según escritura que autorizó la escribana AF el 27 de junio de 2013, cuya primera copia se inscribió en el Registro de Personas Jurídicas, Sección Comercio, con el número 14489 el 12 de julio siguiente, y por la que se comunicó al citado registro su sede en ... número 1400 de esta ciudad y la integración actual de su directorio, de la cual surge que el Sr. GG es el presidente del directorio, cargo que ocupa hasta el día de la consulta.

Actualmente los accionistas de la sociedad son:

- ME, a quien pertenece el 45% de ambas sociedades.
- Grupo LL, a quien pertenece el 55% de ambas sociedades.

En ambas sociedades existe un convenio de accionistas, el que se adjunta. Como se podrá advertir, *ninguno de los convenios de accionistas refiere a las actividades en competencia de la sociedad*, por lo que entiendo que se regirá por lo dispuesto por el artículo 85 de la ley 16060.

El 27 de agosto de 2008, ME enajenó por compraventa y tradición a GK, AK, IK y MK (quienes posteriormente a su vez vendieron a Grupo LL, actual accionista) el 5% de su participación en ambas sociedades.

En dicho contrato se estableció lo siguiente:

8. OBLIGACIÓN DE NO COMPETENCIA

8.1. El vendedor acuerda que se abstendrá, en forma directa o indirecta, solo o asociado con terceros, por sí o por interpósita persona, ya sea en forma personal o como dueño, socio, empleado, administrador, asesor, o representante de una sociedad, fideicomiso, u otra organización o entidad:

i. Ser propietario o titular, gerenciar, asesorar, operar o estar en alguna manera conectado con cualquier negocio desarrollado dentro del Territorio (según este término se define en la cláusula 8.4.), que resulte idéntico, similar y/o competitivo con las actividades y/o negocios *que constituyen el objeto principal que desarrollan las Sociedades y que son los siguientes: (a)*

tomar en arrendamiento campos de terceros; (b) acopiar y/o comercializar y/o distribuir granos de terceros y/o (c) vender y/o distribuir insumos agropecuarios;

ii. Causar, inducir o ayudar a cualquier persona que esté directa o indirectamente vinculada a las Sociedades o a cualquier empleado de las Sociedades, a renunciar o a desligarse de su empleo o a violar un contrato de empleo con las Sociedades; y

iii. Utilizar en cualquier sociedad u otro emprendimiento comercial que opere dentro de la República Oriental del Uruguay, los términos “Agronegocios”, y/o “ADP” y/o cualquier otro nombre comercial, denominaciones y/o designaciones utilizadas por las Sociedades en el presente o en cualquier momento durante la vigencia de este Contrato.

8.2. La obligación de no competencia prevista en la cláusula 8.1. se mantendrá vigente respecto de ambas Sociedades mientras el Vendedor conserve cualquier cargo y/o función en cualquiera de las Sociedades y se extenderá por un plazo de tres (3) años contados a partir de la fecha en que deje de ejercer dicho cargo y/o función en ambas Sociedades. Es decir que, mientras el Vendedor conserve cualquier cargo y/o función en una de las Sociedades se mantendrá vigente su obligación de no competencia respecto de ambas Sociedades y el plazo de 3 años comenzará a correr desde que cese en el último cargo y/o función en cualquiera de las Sociedades. Sin perjuicio de ello, queda entendido y acordado que, durante el plazo de tres (3) años contado a partir de la fecha en que el Vendedor deje de ejercer un cargo y/o función quedarán exceptuadas de las obligaciones de no competencia las actividades que desarrolle el Vendedor en: (a) campos de titularidad del Vendedor; (b) campos que posea el Vendedor en comunidad con su cónyuge; (c) campos de propiedad de los padres del Vendedor, Sres. LE y de NC, quedando asimismo comprendidos los campos que estas mismas personas adquieran en el futuro; y (d) la planta de los silos de T S. A., que el vendedor utiliza para la producción de sus propios campos, de los que posee en comunidad con su cónyuge, los campos propiedad de sus padres y los que se adquieran en el futuro por cualquier de estas personas. Los inmuebles referidos en los apartados (a), (b), (c) y (d) serán denominados en conjunto los “Inmuebles Autorizados”.

8.3. En caso de que el Vendedor no ejerza el “PUT”, serán de aplicación las siguientes previsiones respecto de la obligación de no competencia:

a) Si el Vendedor continúa ejerciendo algún cargo y/o función en cualquiera de las Sociedades, se mantendrá vigente la obligación de no competencia prevista en las cláusulas 8.1. y 8.2.

b) Si el Vendedor cesa en el ejercicio de su cargo y/o función de ambas Sociedades y solamente mantiene su calidad de accionista en cualquiera de las Sociedades, a partir de la fecha en el Vendedor cese en su cargo y/o función en ambas Sociedades podrá realizar todo tipo de actividades exceptuando las siguientes: (i) tomar en arrendamiento campo de terceros; (ii) acopiar y/o comercializar y/o distribuir granos de terceros y/o (iii) vender y/o distribuir insumos agropecuarios; salvo que las actividades referidas en (i), (ii) y/o (iii) se realicen en Inmuebles Autorizados, en cuyo caso el Vendedor podrá realizar las referidas actividades aún durante el plazo que sea accionista de cualquiera de las Sociedades.

8.4. La obligación de no competencia rige para el territorio de la República Oriental del Uruguay (el “Territorio”).

8.5. En caso de incumplimiento de cualquiera de los términos y obligaciones de la presente cláusula 8. los compradores podrán exigir al Vendedor que cese inmediatamente con la actividad en infracción y adicionalmente, será de aplicación en forma automática una multa a cargo del Vendedor y a favor de los Compradores que se fija en la suma de Dólares Estadounidenses Cinco Millones (U\$S 5.000.000). El Vendedor reconoce y acepta expresamente que la suma establecida es razonable conforme la gravedad de los daños que su actividad en competencia ocasionaría a las Sociedades y a sus accionistas.

El Sr. ME es socio de una empresa denominada O Ltda., que se dedica como giro principal a la «gestión tecnológica en el sector agropecuario». No es giro de esta sociedad tomar en arrendamiento campos de terceros, ni acopiar y/o comercializar y/o distribuir granos de terceros y/o vender y/o distribuir insumos agropecuarios.

AMPLIACIÓN DE CONSULTA

Por nota fechada 21 de agosto, el consultante modifica la información proporcionada, señalando que el accionista ME es a su vez integrante del directorio colegiado (seis miembros) de ambas sociedades (ADP S.A. y A S.A.)

Agrega además que la S. R. L. en la cual dicho accionista-director además participa no realiza competencia con ADP S.A. y A S.A.

CONSULTA

Se requiere el dictamen de la Asociación de Escribanos del Uruguay con relación a qué alcance tiene para el accionista y director ME la obligación de no competencia relacionada en el numeral 5 precedente con relación a las demás actividades que realice fuera del ámbito reservado como de no competencia con las sociedades ADP S.A. y A S.A.

OPINIÓN DEL CONSULTANTE

El artículo 7 de la Constitución Nacional expresa:

Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, *trabajo* y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general.

El artículo 36 dice:

Toda persona puede dedicarse al *trabajo*, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes.

Por lo tanto, entiendo que, en primer lugar, el señor ME se encuentra amparado por el derecho que le confiere la Constitución en cuanto al libre ejercicio del trabajo, cuya única limitación son las leyes de interés general.

La ley 16060, en su artículo 85, referido a las actividades en competencia, expresa:

Los administradores y los representantes no podrán participar, por cuenta propia o de terceros, en actividades en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de los socios, bajo pena de incurrir individualmente en la responsabilidad prevista en el artículo 8.

Está claro que podrán realizar todas las actividades, salvo aquellas que compitan en forma directa con la sociedad.

Y en este caso en particular existe un documento firmado por los accionistas que define claramente cuáles son aquellas actividades que en forma directa son competencia de la sociedad, que textualmente dice:

[...] el Sr. ME no podrá ser propietario o titular, gerenciar, asesorar, operar o estar en alguna manera conectado con cualquier negocio desarrollado dentro del territorio (según este término se define en la cláusula 8.4.), que resulte idéntico, similar y/o competitivo con las actividades y/o negocios que constituyen el objeto principal que desarrollan las Sociedades y que son los siguientes: (a) tomar en arrendamiento campo de terceros; (b) acopiar y/o comercializar y/o distribuir granos de terceros y/o (c) vender y/o distribuir insumos agropecuarios.

En virtud de la definición que a texto expreso realizar el documento citado, entiendo, *a contrario sensu* de lo expresado y amparado por las normas citadas precedentemente, que el señor ME puede efectuar todas las actividades laborales que desee, menos las siguientes: a) tomar en arrendamiento campo de terceros; b) acopiar, comercializar o distribuir granos de terceros, y c) vender o distribuir insumos agropecuarios.

Interpreto que se trata de una enumeración *taxativa*. Dice expresamente: «... y que son las siguientes...». Son esas y no otras. De lo contrario se habría expresado: «... y que *a título enunciativo* son las siguientes...».

Según el diccionario de la Real Academia Española, como adjetivo, *taxativo* significa ‘que no admite discusión’. En derecho, ‘que limita, circunscribe y reduce un caso a determinadas circunstancias’.

Informe de la Comisión de Derecho Comercial

De la información y/o documentación proporcionada originalmente por el consultante, resultaba que el accionista ME no integraba el directorio de ninguna de las sociedades anónimas (ni de ADP S.A. ni de A S.A.). Por tanto, la consulta se reducía a la regulación de la competencia por parte de un accionista de sociedad anónima con esta última (sociedad en la que participa).

Al respecto debe señalarse que la ley 16060 no regula específicamente la competencia ejercida por el accionista respecto de la sociedad en que participa. La actividad en competencia es objeto de regulación por dicha ley en el artículo 209, exclusivamente para socios de sociedades personales (incluidas las sociedades de responsabilidad limitada).¹¹³

En lo que refiere a integrantes de los órganos de gestión y representación de sociedades comerciales (artículo 85), la ley alcanza incluso a administradores y directores de sociedad anónima (artículo 389).¹¹⁴

La normativa citada por el consultante es correcta, pero aplicable a administradores y representantes y no a socios. Corresponde además aplicar el artículo 389 cuando se trata de integrantes de órganos de administración de sociedad anónima. Atento a que en la ampliación de la consulta el consultante aclara que el accionista es además director, se agregan más abajo otros comentarios al respecto.

La informante entiende que la ley 16060, en lo que refiere a socios (no accionistas), administradores (incluidos directores) y representantes de sociedades comerciales, no prevé estrictamente una hipótesis de prohibición de competir, sino que se trata, o bien de la aplicación del principio de buena fe a la actuación societaria (y al cumplimiento del contrato de sociedad), o bien de una presunción absoluta de actuación deshonestas que habilita las acciones por competencia desleal (no se descarta que se trata de ambos a la vez). Es decir que la Ley de Sociedades identifica en la actuación en competencia del socio (no accionista), así como de administradores, directores o representantes, un acto ilícito que genera en la sociedad el derecho a efectuar una reclamación.¹¹⁵

Aunque no pueden obviarse argumentos de texto en pro de considerar que impone una prohibición (y por tanto de interpretación restrictiva de sujetos y conductas alcanzados), la informante se mantiene en la antes señalada interpretación. Se hace referencia a que el artículo 209, en su inciso segundo, nos habla de «La violación de esta *prohibición...*». Por su parte, el artículo 85 dispone que «Los administradores y los representantes *no podrán* participar, por cuenta propia o de terceros, en actividades en competencia con la sociedad» (los destacados me corresponden y se repiten

113 El concepto de sociedades personales no es manejado por la ley 16060. La SRL es un tipo intermedio entre las estrictamente personales —colectivas, comandita simple, capital e industria— y las de capital.

114 Artículo 389 de la ley 16060 «[Concurrencia con la sociedad]. El administrador o los directores no podrán participar, por cuenta propia o de terceros, en actividades en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de la asamblea, so pena de incurrir en responsabilidad (artículo 85)».

115 Se agrega que la actividad en competencia del socio (no accionista) constituye una causal de exclusión (artículo 209 ley 16060). La ley no habilita a ingresar al análisis de la gravedad del ilícito —de la competencia desarrollada y/o su impacto en la sociedad—, sino que de por sí habilita la exclusión (rescisión parcial del contrato social a instancias de la sociedad), en lo que puede implicar la calificación legal de que se trata de un incumplimiento grave independientemente de otras consideraciones.

en el artículo 389 para directores). Reitero que la informante entiende que estos no constituyen argumentos concluyentes para considerar que se establece una prohibición legal.

La referencia de los artículos 85, 389 y 209 de la ley 16060 a la remoción del obstáculo mediante autorización de los socios (de los demás socios, en su caso) deja en evidencia que no se trata de una norma que protege el interés general, con lo cual la informante entiende que no puede tratarse de una prohibición de competir, por cuanto sería una limitación inconstitucional de la libertad de industria y comercio.

Ante la ausencia de regulación legal de la competencia entre el accionista y la sociedad en que participa, considera la informante que no puede afirmarse que el accionista esté habilitado por la ley 16060 para competir, sino que, ante el diferente estatus jurídico del accionista —pensado como un inversor que aporta capital y accede a cierta información (no toda)—, la ley de por sí no identifica un hecho ilícito en su competir. Por el contrario, entiende la informante que, si un accionista se sitúa en la misma situación, es decir, por la operativa societaria concreta está en la misma posición de privilegio de un socio de sociedad personal o de un director, y desarrolla actividad en competencia, la ilicitud se configura. En sociedades anónimas de pocas dimensiones en las cuales los accionistas se comportan como socios,¹¹⁶ yendo continuamente al local comercial o fabril de la sociedad, estando en contacto constante con los negocios sociales (para dar ejemplos), la competencia del accionista no presenta diferencias con aquella ejercida por un socio.

Como se señala *ut supra*, la Ley de Sociedades establece que administradores, representantes y directores de sociedades comerciales, «no pueden» ejercer actividad en competencia con estas, salvo autorización previa conferida de forma expresa. Para sociedades personales (incluso SRL), la autorización debe ser conferida por los socios (artículo 209 para socios, artículo 85 para administradores). Por el contrario, para sociedades anónimas, como el caso de la consulta, la autorización debe ser conferida por la asamblea de accionistas (artículo 389). Véase que en el primer caso la autorización emana de los socios y en el segundo de la sociedad, a través de su órgano de gobierno. A pesar de que tal extremo no es especialmente regulado por la ley, entiende la informante que el accionista-director que requiere para sí la autorización de la asamblea tiene la obligación de abstenerse de votar en virtud del artículo 325 de la ley 16060.

Otro tema a considerar es la consecuencia del actuar en competencia. Particularmente en materia de socios, la ley establece que los beneficios de la actividad en competencia corresponderán a la sociedad (más daños y perjuicios). Sobre este punto cabe destacar un extremo importante: más allá de la discusión sobre la licitud en otras hipótesis de competencia del accionista no comprendidas en la compraventa de acciones, no se generaría

116 Son la regla general en nuestro país.

el derecho al reclamo de la multa que en dicho negocio se prevé. En el mismo sentido, la competencia del director con la sociedad que administra (o cuyo órgano de administración integra), consistente en actuaciones diferentes a las previstas en la compraventa de acciones, no constituye incumplimiento de dicho negocio y por tanto no da lugar a la multa pactada.

A su vez, cabe recordar que la legitimación para reclamar por incumplimiento de la obligación contractual de no competir (emergente de la compraventa de acciones) corresponde a los adquirentes de las acciones, mientras que en caso de competencia desleal es la sociedad anónima la que estaría habilitada a realizar el reclamo.

CONCLUSIÓN

En el caso planteado, debemos diferenciar tres ámbitos diversos de regulación de la competencia: a) competencia del accionista, b) competencia del director y c) competencia en violación a una obligación de no hacer emergente de un contrato.

- a. Frente a la ausencia de regulación expresa en la ley 16060 sobre la competencia del accionista (no director, administrador o representante) con la sociedad en que participa, la única fuente de obligación de no competir que se impone al accionista en el caso consultado es el contrato de compraventa de acciones (autonomía de la voluntad). Por lo tanto, la ley 16060 no prohíbe al accionista competir con la sociedad en que participa, y tal competencia puede ser lícita o ser desleal, según cómo se desarrolle. En tal sentido, corresponde destacar que el accionista podrá incurrir en responsabilidad en aplicación de la normativa general de competencia desleal, y el ilícito puede configurarse por la utilización desleal de su posición de socio para el ejercicio de la competencia.
- b. En su posición de director, el desarrollo de competencia con la sociedad sin autorización expresa y previa de la asamblea de accionistas lo hace responsable de los daños y perjuicios causados.
- c. En lo relativo al tercer ámbito, es justamente ante el incumplimiento del contrato de cumplimiento de acciones que procede la aplicación de la multa que este prevé: la multa pactada en dicho contrato solamente procedería a favor de los cocontratantes (no de la actual accionista) y ante el incumplimiento de la obligación de no desarrollar las actividades previstas en el acuerdo (no para otros actos de competencia calificable de desleal o de competencia como director —en virtud de la ley 16060—).

Esc. Jenifer Alfaro
Informante

El 17 de noviembre de 2014 la Comisión de Derecho Comercial, integrada por los escribanos Daniella Cianciarulo, Inés Cobas, Silvana Beker, Sole-

dad Cappetta, Gabriel Curi, Rosana García, Reina Gatti, Ema Klaczko, Marcelo Lasowski, Carmen López, María Loureiro, Virginia Oddone, María Alejandra Portillo, Jacqueline Reymunde, Carolina Rodríguez y Adriana Amado, aprueba el informe que antecede.

Esc. Adriana Amado
Coordinadora

*Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU
el 16 de diciembre de 2014, expediente 549/2014.*