

Incidencia de la Ley de Defensa de la Competencia en el concurso preventivo

La situación de los acreedores que ostentan una posición dominante

Por Valeria Roces

1. Introducción [\[arriba\]](#)

En el presente informe abordaré la situación de los acreedores que ostentan una posición dominante en el concurso preventivo, analizando la factibilidad -o no- de excluir del cómputo del voto para la obtención del acuerdo preventivo a este tipo de acreedores. Luego se examinará la posibilidad de “obligar” al tercero que contrata con el concursado a permanecer en un contrato y el impacto de la Ley de Defensa de la Competencia en dichas decisiones.

2. La interrelación entre el derecho concursal y la defensa de la competencia [\[arriba\]](#)

El artículo 1° de la Ley de Defensa de la Competencia N° 27.442 establece que “Están prohibidos los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. Se les aplicarán las sanciones establecidas en la presente ley a quienes realicen dichos actos o incurran en dichas conductas, sin perjuicio de otras responsabilidades que pudieren corresponder como consecuencia de los mismos”.

El impacto de este artículo y de tantos otros que se encuentran en la LDC no puede desconocerse en el ámbito de los procesos falenciales sin perjuicio de que dichas normas no se encuentren expresamente incluidas en la ley concursal.

“En esta materia debe procurarse un cuidadoso equilibrio entre los intereses en conflicto, respetándose los valores en juego. La libre discreción del acreedor en el ejercicio de su derecho, de un lado; y del otro, la suerte del concurso y la subsistencia de la empresa, en concomitancia con la tutela de la competencia, tanto en lo concerniente a la estructura concursal en sí como en cuanto a la lealtad en las relaciones comerciales”[1]

La presentación en concurso preventivo soluciona algunos problemas de la empresa, pero no todos. Si se desea seguir fabricando y/o vendiendo, resulta necesario adquirir materias primas, insumos, mercaderías para su reventa, etc. Normalmente, la relación con los proveedores está deteriorada por habérselos sorprendido con el concurso y puede presentarse la necesidad de cambiar de proveedores. El endurecimiento de la relación con los anteriores abre una oportunidad para otros. Sin embargo, cuando se trata de un rubro monopólico, oligopólico o de oferta limitada, puede ser difícil encontrar reemplazantes en condiciones de efectuar el suministro necesario para la continuidad de la empresa.

La ley de defensa de la competencia viene en apoyo de fines que están implícitos en la ley de concursos, aunque no esté expresamente legislado en su texto la obligación de venderle. Si el Estado invita a la empresa a subsistir en pro de intereses

comunitarios, no basta con impedir que le corten la luz por falta de pago. Resulta una ayuda mucho más sustanciosa evitar que el disgusto de los proveedores tenga por efecto la paralización de su actividad por falta de insumos.[2]

Es decir que, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones administrativas que correspondan a la Autoridad Nacional de la Competencia, en circunstancias excepcionales, las normas contenidas en la LDC deben ser tenidas en consideración por el juez concursal.

Para ejemplificar lo sostenido, se observa que en el caso "Juan V. Guzmán y Cía. S.A s/concurso preventivo"[3], la Cámara Comercial fijó un criterio amplio a favor de la exclusión del voto de un acreedor con motivo en la defensa de la competencia.

La conclusión de la jueza de primera instancia fue "que esa firma del acreedor había incurrido en una de las situaciones previstas por el art. 2, Ley N° 25.156[4]. Esta última norma enumera hipótesis sancionadas por el régimen jurídico de defensa de la competencia equiparables a una competencia desleal, o como la califica la propia ley: "prácticas restrictivas de la competencia", y lo que las pruebas del caso permiten vislumbrar es que la conducta del acreedor se dirigió a "impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlo de éste" (inc. f, art. 2, cit.). Específicamente, el señor Guzmán, tal como quedó diseñado el agrupamiento de acreedores y hallándose situado su voto como decisivo en la clase de quirografarios puede condicionar el resultado de la votación. El capital verificado a favor de aquel acreedor supera por sí solo los dos tercios del total de capital verificado en su categoría. El efecto de ello sería la muy probable consecuencia de que la concursada sea excluida del mercado, quedando a merced de una competidora suya, la que tendría la facultad potestativa de decidir la suerte de la propuesta de acuerdo y provocar indirectamente la quiebra, determinando finalmente su exclusión del mercado mediante un mecanismo reprobado por la Ley N° 25.156 en su art. 2, inc. f."[5].

3. La exclusión de voto del acreedor que ostenta una posición dominante [\[arriba\]](#)

Continuando con la hipótesis de exclusión del voto del acreedor que abusa de su posición dominante, lo primero que se debe aclarar es que dicho supuesto no se encuentra dentro de los enunciados en el artículo 45 de la ley de concursos y quiebras. Se ha discutido largamente en la doctrina y jurisprudencia si la enumeración contenida en el artículo de referencia es taxativa o enunciativa. Hoy en día, la posición imperante admite la ampliación a otros supuestos en ciertos casos de excepción.

El leading case en materia de exclusión de voto por abuso de la posición dominante es el fallo "ICS Comercial S.A s/concurso preventivo s/incidente de exclusión de voto"[6].

En las actuaciones referidas, la concursada atribuyó a la acreedora Hewlett Packard Argentina SRL haber incurrido en abuso de posición dominante, competencia desleal y evidencia de voto hostil debido a conductas asumidas por dicha acreedora tales como la ruptura de la prestación de servicios de consultoría, implementación y reparación de productos HP primero y luego, la reducción del crédito para la compra de productos, que habrían llevado a la deudora a un descalabro económico y financiero y a un detrimento irreparable en su imagen. De tal forma, señaló la concursada, que a Hewlett Packard le resultaba conveniente la quiebra de ICS pues

podía vender directamente y sin su intervención (con el ahorro de comisiones que ello importaría) a importantes clientes.

El Juez de 1era Instancia “analiza entonces tres aspectos negociales de la relación comercial de la concursada con los acreedores cuya exclusión pretende: (i) clientela; (ii) personal laboral; (iii) interrelación en la venta de los productos de cada una de las empresas; y además (iv) ciertos parámetros de relación entre los dos acreedores en orden a constatar la subordinación o dependencia del interés de uno respecto del otro. (...) De la pericia contable no se sigue la captación de clientela, por lo menos en la intensidad que arguye la concursada, la que si bien es cierto revela un cierto incremento en ambos acreedores, no puede atribuirse a un actuar desleal sino simplemente a las reglas de una mayor efectividad competitiva en el mercado, no susceptible por su mera existencia de ser considerada como abuso”.

El informe general (aun cuando observado por la concursada) atribuye el desequilibrio a insuficiencia de capital, imposibilidad de atender sus compromisos, antigüedad de deudas algunas de varios años anteriores a la presentación y a conflictos societarios internos y no al hecho particular de la conflictiva relación contractual con el acreedor, la deficiencia de cuya prueba signa el resultado.

El juzgador da entonces por no demostrado el abuso del derecho de voto y reputa insuficiente el mero hecho de la similar actividad en el mercado o de la mera competencia.”[7]

El fallo en comentario fue novedoso al momento de su dictado toda vez que fue el primer precedente judicial en donde se conceptualizaron las condiciones que debe evaluar el Juzgador respecto de las relaciones entre concursada y los acreedores cuya exclusión se intenta.

4. El impacto de los principios de defensa de la competencia en los contratos del concursado [\[arriba\]](#)

Habiendo examinado la conveniencia, y entiendo, necesidad, de aplicar los principios de defensa de la competencia en materia concursal y en concreto respecto la exclusión de voto, se plantea el interrogante sobre la posibilidad de aplicar dichos principios en contratos en curso de ejecución donde el concursado es parte.

¿Es posible para el concursado obtener una medida cautelar que obligue a su contratante -quien ostenta una posición dominante en el mercado- a mantener con vida el contrato?

Para responder a este interrogante, considero esencial analizar lo sostenido por la Sala D, de la Cámara Comercial en el Fallo “Medic World Mandatary S.A. s/concurso preventivo”[8].

Se trataba del concurso preventivo de una sociedad administradora de farmacias. La concursada, estaba legitimada para peticionar una medida precautoria en beneficio de las farmacias, no obstante tratarse formalmente de personas jurídicas distintas. “Argumenta que las farmacias que administra se encuentran obligadas a adquirir de las droguerías los productos que comercializan, advirtiéndose que las mismas consisten en tres empresas que conforman un trust monopólico. Pide que se obligue a esas droguerías a entregar los productos que le requiera, con los mejores descuentos otorgados a otras farmacias y de pago contado. Funda el pedido en que

se le niega la provisión de medicamentos aun pagándolos de contado o se le quitan los descuentos aun cuando abonen en mejores condiciones que las restantes farmacias.”[9]

La Cámara hizo lugar a la medida precautoria y dispuso que las droguerías deberán mantener el suministro de productos farmacéuticos a las farmacias administradas por la concursada, siempre que sean abonados al adquirirlos en las condiciones actuales del mercado.

El Tribunal sostuvo que “la relación contractual entre las farmacias administradas por la concursada y las droguerías de referencia se rige por el principio de autonomía de la voluntad de las partes (...) En una visión preliminar, ello podría conducir a la conclusión de que no debe imponerse a tales droguerías mantener el suministro de productos farmacéuticos a las referidas farmacias. Adoptar otra solución conllevaría una obligación de contratar que aparecería opuesta a la libertad en la materia garantizada por nuestra propia carta magna. Sin embargo, los derechos que emanan de esa relación contractual no son absolutos, sino que están limitados por la reglamentación establecida en nuestra legislación (Arts. 14 y 28 CN).

Sería una política comercial legítima de esas droguerías decidir no vender más a quien no cumple con sus obligaciones puntualmente, o no dar más financiación y bonificaciones a quien incumplió el pago de financiaciones anteriores. Pero no se advierte ninguna razón legítima para que tales droguerías interrumpieran el suministro a las farmacias, si éstas pagan los productos (i) al contado y (ii) con arreglo a las condiciones actuales de plaza, es decir, aquellas que resulten de la interacción de la oferta y la demanda en un contexto de competencia efectiva.

La Ley N° 25.156, art. 2 inc. 1, prevé que “negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate”, constituye una práctica restrictiva de la competencia, prohibida y sancionada por la ley, en tanto afecte el interés económico general. Se ha señalado a ese respecto que ese tipo de disposiciones legales es aplicable a quien tiene posición dominante en el mercado del producto de que se trate, y no a quien no la tiene. (...) Lo cierto es que esa posición dominante de las droguerías aparece en el caso obvia. Pues ellas son por mucho las principales acreedoras del conjunto económico concursado; siendo que si la apelante pudiera adquirir los productos a otros vendedores sin duda lo haría, evitando así continuar con una relación comercial que se exterioriza actualmente como conflictiva, por las deudas acumuladas y por la virtual negativa de venta de las droguerías.

En virtud de lo que antecede, podemos concluir que la incidencia de la Ley de Defensa de la Competencia termina justificando la medida cautelar que impone a su destinatario un obrar contrario a su libertad de contratar. De todos modos, el precedente vale también por su reafirmación del principio de libertad contractual, es decir, opuesto a la viabilidad de una cautelar que conlleve la obligación de seguir ejecutando un contrato, aunque en el caso, por aplicación de la Ley N° 25156, el resultado haya sido “de excepción” al principio reconocido.[10]

5. Reflexiones Finales [\[arriba\]](#)

De lo analizado en los títulos precedentes, no cabe sino concluir la importancia que reviste la aplicación por parte del juez concursal de los principios que regulan la defensa de la competencia.

“No puede desconocerse que un competidor puede convertirse en acreedor de otro, en forma directa o por cesión, con el propósito y efecto de obstaculizar la operación de su deudor, y eventualmente desplazarlo del mercado, absorberlo o debilitarlo”.^[11]

Sin perjuicio de ello, un competidor, por el hecho de ser tal, no está privado de ejercer sus derechos creditorios. Para que se configure la posibilidad de excluir a dichos competidores- acreedores del cómputo para la obtención del acuerdo preventivo es necesario que el Tribunal evalúe la serie de circunstancias mencionadas anteriormente en la relación comercial entre el concursado y sus acreedores.

Idéntica conclusión entiendo resulta aplicable para los contratos en curso de ejecución. Es incuestionable que rige el principio de autonomía de la voluntad y que la libertad de contratar se encuentra consagrada por la Constitución Nacional, pero la libertad no es absoluta y debe encontrarse limitada cuando se configure una práctica restrictiva de la competencia, prohibida y sancionada por la ley, en tanto se encuentre afectado el interés económico general.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Monti, José Luis, “Los competidores en el concurso preventivo”, publicado en Thompson Reuters, cita online: 0003/012977

[2] Highton, Federico R, “La ley de defensa de la competencia, la autonomía de la voluntad y la obligación de continuar vendiendo mercadería a una empresa concursada”. Comentario al fallo “Medic World Mandatary S.A. s/Concurso Preventivo”. LLO Cita Online: 0003/008710.

[3] CNCom, Sala C, 10/11/2008, Juan C. Guzmán y Cía. S.A., LLO Cita Online: AR/JUR/26864/2008.

[4] La Ley N° 25.156 de defensa de la competencia ha sido derogada por la Ley N° 27.442 (artículo 80), sancionada el 09/05/2018.

[5] Richard, Efraín H., “Sobre exclusión de voto en concurso”, Thompson Reuters, LLO Cita Online: 0003/015491

[6] JNCom N° 10, 27/04/2010, “ICS Comercial S.A. s/concurso preventivo s/incidente de exclusión de voto”.

[7] Dasso, Ariel Gustavo, “Un leading case en materia de exclusión del voto mayoritario en el concurso”, Publicado en: LA LEY 01/09/2010, 01/09/2010, 3 - LA LEY2010-E, 122. LLO Cita Online: AR/DOC/5679/2010

[8] CNCom, Sala D, 11/10/2001, “Medic World Mandatary S.A. s/concurso preventivo”, Publicado en: JA 2002-II-119. LLO Cita Online: 20021772.

[9] Highton, Federico “La ley de...”

[10] Lago, Daniel H., “La prohibición de innovar y la medida innovativa tendientes a la continuidad o restitución de un vínculo contractual. Algunas cuestiones problemáticas”. Thompson Reuters. Cita Online: 0003/009930

[11] Cabanellas (h.), Guillermo, “Efectos de la ley de defensa de la competencia

sobre los procesos concursales. Publicado en: LA LEY2003-C, 720 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, 569.
Cita Online: AR/DOC/1424/2001.