PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, v. 15; 1961, v. 34; 1965, v. 49.

REALE, MIGUEL. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Civil (19 de março de 1973). In: *Anteprojeto de Código Civil*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1973, p. 3-22.

_____. *O Projeto do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

REQUIÃO, RUBENS. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1; 1987, v. 2.

_____. Projeto de Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: RT, nº 17, nova série, 1975, p. 133-173.

SAMPAIO, PEDRO. *Letra de Câmbio e Nota Promissória*. São Paulo: Saraiva, 1975.

WEIGMANN, ROBERTO. L'impresa individuale a responsabilità limitata. In: GALGANO, FRANCESCO (org.). *Atlante di Diritto Privato Comparato*. Bolonha: Zanichelli, 1997, p. 195-206.

Redes Contractuales: Conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboracion, efectos frente a terceros¹

Ricardo Lorenzetti

Professor da Universidade de Buenos Aires

SUMÁRIO

PRIMERA PARTE : Conceptualización jurídica

- I) Finalidad económica
- II) Teorías jurídicas sobre las redes contractuales
- III) La teoría sistémica

SEGUNDA PARTE : Relaciones internas

- I) Elementos tipificantes y Caracteres:
- II) Contrato y sistema
- III) El control a través de la red
- IV) Efectos entre las partes: deberes de protección del sistema

TERCERA PARTE : Relaciones Externas

- I) Efectos frente a terceros:

PRIMERA PARTE: Conceptualización jurídica

I) Finalidad económica

1. La oferta asociada y los productos complejos

Cuando una empresa que presta dinero y otra que vende heladeras, deciden aunarse para mejorar su posicionamiento en el mercado, prestando dinero y vendiendo heladeras a los consumidores, tenemos al menos tres cumulos de relaciones. Entre ambas empresas, aunque no exista ningún convenio, aunque no se de una oferta unificada, hay una colaboracion que se obtiene mediante la "convivencia de contratos distintos": si una presta dinero y la otra vende heladeras por

1. Versão ampliada da conferência ministrada nas Jornadas Preparatórias do XVII Congresso Argentino de Direito Civil, organizadas conjuntamente pelo Mestrado em Direito-UFRGS, Faculdade de Direito da UFRGS e Faculdade de Direito da Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, Argentina, de 17 a 19 de setembro de 1998, no Salão Nobre da Faculdade de Direito, UFRGS, Porto Alegre.

separado, brindaran menos satisfaccion que si ponen al alcance del cliente un producto complejo y completo. A renglon seguido, tenemos las relaciones que se dan entre estas empresas y el cliente, que pueden ser dos o tres. Seran dos relaciones si las empresas unifican la oferta; seran tres vinculos si las empresas no ofertan unificadamente celebrando contratos distintos con el cliente.

Frente a este tipo de ofertas, los consumidores tienen algun beneficio por el hecho de estar juntos: compran el bien más barato porque hay costos que se prorratan entre el grupo, obtienen mejores financiaciones porque representan un volumen económico más interesante para el financista, y muchas otras ventajas.

Similares apreciaciones podemos hacer en relacion a los productos complejos, sistemas contractuales de ahorro, o las tarjetas de credito.

Veremos seguidamente algunos ejemplos.

2. Redes de consumidores: reglas de circulación ordenada de contratos

Si alguien compra un bien habrá una relación de cambio, al igual que si solicita un crédito. Pero la situación cambia si la compra la hace a través de una red de usuarios de tarjetas de creditos, o de un club de usuarios, o de un sistema de ahorro previo. Si alguien celebra un contrato medico, es una relación de cambio, pero si es integrante de un "sistema de medicina prepaga", la situación varia.

¿Por qué es distinta? – Los contratos siguen siendo autónomos y las relaciones individuales, pero el estar juntos les da una tonalidad especial. – A las relaciones de cambio se le superpone un vínculo conceptualmente inasible por ahora.

Algo similar sucede con los automóviles. Tenemos un concepto bastante claro del automotor y con ello nos desenvolvemos bien. Pero si vemos muchos automotores circulando en un ciudad, provocando un caos en el tránsito, debemos establecer reglas de circulación que eviten la congestión. Estas reglas se vuelven imprescindibles para la existencia de los automotores circulando masivamente, de modo tal que el concepto del automotor evoca como consecuencia inevitable el de las reglas de circulación.

También puede haber congestión contractual por la circulación masiva de ellos; puede haber un tráfico desordenado que desequilibre el sistema.

¿Que sucede si un contratante reclama algo justo para él pero excesivamente costoso para el conjunto?, esos costos los soportará el sistema, y cada uno de los contratantes.

La causa contractual permanece indemne, pero la causa sistematica se desequilibra.

3. La metáfora del almacenero, la cadena y la red de distribución:

No hace muchos años nos valíamos de la "metáfora del almacenero", que nos servía para comprender el fenómeno de los almacenes de ramos generales; vendían toda

clase de productos de escasa elaboración, porque los podían comprar directamente de sus productores, en el campo cercano al pueblo. Eran propietarios de lo que vendían, y abarcaban una gran variedad de productos.

Era un personaje importante.

Cuando se comenzaron a vender productos más elaborados, hubo que recurrir a fabricantes de otras zonas, y a los distribuidores que éstos señalaban. Comenzaron a surgir sistemas de comercialización que nos llevaron a la "metáfora de la cadena", que nos permite entender cómo un fabricante vende a un mayorista, y éste al minorista, mediante negocios ventas sucesivas encadenadas.

El "almacenero de ramos generales", se vuelve "minorista", y su figura se adelgaza; muchas veces no es dueño sino que recibe en consignación, en suministro, depende de lo que le manden o no, de la calidad decidida por otros. Se produce así un fraccionamiento de conductas en la cadena: uno fabrica, otro distribuye, otro vende y, aunque frente al consumidor se pretende diluir estas diferencias, las mismas se muestran perennes en las relaciones internas.

La cadena es el enlazamiento de un miembro inicial, otros intermediarios y uno final que se relaciona con el adquirente. La cadena es lineal, vertical según algunos autores. Lo característico es que se advierte en ella una sucesión temporal de actos jurídicos, del uno al otro y así sucesivamente.

Otro fenómeno distinto surge cuando hay muchos distribuidores, o

muchos fabricantes, produciéndose un ensanchamiento de uno de los eslabones de la cadena. El problema no es ya la circulación del producto o servicio a través de actos sucesivos, sino la actuación de un conjunto en forma simultánea.

Pasamos entonces a la "metáfora de la red", que plantea cuestiones diferentes.

Si una empresa vende a un distribuidor, estamos ante una relación de cambio. Pero si arma una red de distribuidores, todos deben actuar coordinadamente y, si bien son contratos individuales, autónomos, hay algo que los une y que requiere que funcionen conjuntamente. Por otra parte, la red es oscura y compleja en sus relaciones: los productos y servicios pueden circular a través de ella sin que existan transferencias dominiales, utilizándose contratos de comodato o suministro. Pueden existir miembros antiguos y nuevos, privilegiados o no. Pueden plantearse incluso conflictos internos como los relativos a zonas de distribución, o bien frente a terceros, como la responsabilidad laboral o por daños.

Finalmente, retornamos a un almacenero de ramos generales sofisticado: el hipermercado de consumo.

En la cadena hay una sucesión de actos; en la red una simultaneidad; pero en ambos casos hay un titular del interés y una delegación gestoria.

En el hipermercado de consumo hay, a semejanza de la red, una actuación simultánea, pero a diferencia de ella, hay una finalidad común, un interés compartido; es un almacén de ramos generales ampliado y con múltiples participantes. En el

hipermercado hay una empresa que se dedica a la explotación del shopping center. Esta empresa celebra contratos de locación con otras que instalan allí sus negocios. Examinada la relación individual, existe una causa de cambio, mediante la cual se cede el uso y goce de un local contra el pago de un precio. Pero lo cierto es que la multiplicidad de relaciones locativas, conexas entre sí, tiene algún efecto. Naturalmente, alquilar un local para instalar un negocio, es un hecho económicamente distinto si se lo hace en un shopping o fuera de él. El hacerlo dentro del hipermercado significa participar de una empresa común. Surge así un vínculo asociativo que se superpone con la relación de cambio, modificando algunos de sus aspectos.

Esta superposición no es asfixiante, de modo tal que sigue siendo una relación de cambio, pero modificada en algunos aspectos por el vínculo asociativo que la entorna. Por ello, es una mera conexidad y no un vínculo atípico o típico que represente una única empresa común. La diversidad subsiste, pero se homogeneiza en algunos aspectos decisivos para la protección de terceros y para la subsistencia del sistema.

El mantenimiento de la empresa se sustenta en diferentes aspectos: existe un lugar y espacios de utilización común; gastos de mantenimiento y subcontrataciones, también compartidos. Una instalación del shopping planificada aprovechando espacios, diversificando los productos y servicios ofrecidos, una buena coordinación de los gastos comunes, son claves del éxito del mantenimiento de la empresa.

Frente a los terceros, publicidad se realiza unificadamente, incluso con fondos

comunitarios. Se suelen establecer precios competitivos acordados, horarios extendidos, promociones especiales.

De esta manera, no está diversificada la titularidad del interés y la ejecución, sino que, por el contrario, hay una empresa común.

4. Coordinadores de servicios y de productos: La subcontratación masiva

Una obra social o una empresa de medicina prepaga que prestan servicios médicos, generalmente no lo hacen por sí mismos, porque es excesivamente costoso tener servicios propios en toda la zona de cobertura. Por ello, puede contratar los servicios de clínica con el médico, los que requieren estudios más complejos con un centro de diagnóstico, los de cirugía con un sanatorio, los de emergencia con una empresa dedicada a ello. En otros casos puede valerse de un intermediario como una empresa o una asociación profesional. A su vez, todo ello se repite en distintas zonas geográficas en las que se brindan servicios.

De tal modo, surge una red compleja que, necesariamente debe actuar en forma coordinada frente al paciente.

Algo similar ocurre con los productos. Es habitual que una empresa que es fabricante de un producto subcontrate con otros la fabricación de partes o la prestación de servicios. Comenzará contratando el servicio de vigilancia, luego la administración, la computación, elaboración de partes del producto.

El resultado final puede ser un fabricante que sea el coordinador de un grupo

de fabricantes y prestadores de servicios; son personas jurídicas distintas que celebran contratos disímiles.

5. Comunidades reales

Otro fenómeno de interés lo constituyen los agrupamientos de propietarios. Quien compra un departamento, o adquiere una parcela en un cementerio privado o se adhiere a un sistema de tiempo compartido o un club de campo, puede pensar que se halla suficientemente protegido porque es titular de un derecho real.

Al poco tiempo descubrirá que la contratación de las expensas, de la policía privada, la construcción de obras comunes, o la mayoría de los gastos, no son aspectos que pueda decidir como lo haría cualquier propietario. Son determinados por un grupo que a su vez es dominado por un subgrupo, o bien por una empresa que administra.

De tal modo se encontrará muchas veces cautivo de las decisiones que otros toman y que tendrá que aceptar. El costo de separarse será más alto que el de mantenerse dentro del grupo.

Se asiste a un fenómeno de contractualización de la propiedad derivada de la separación entre explotación y titularidad.

Hay muchos bienes en los que resulta económicamente importante la explotación y el uso de los mismos, subalternizándose la titularidad dominial.

El problema no es la relación de inmediatez entre un sujeto y el bien, ni tampoco es relevante la intromisión de terceros o la protección erga omnes.

El problema fundamental es la relación entre una empresa que lucra con la explotación de los bienes y el público consumidor. La empresa se ocupa por sí misma de los problemas de protección frente a terceros, y sin embargo no es la titular del dominio. Establece reglamentos de uso sin que esta facultad sea una emanación de un derecho real.

El consumidor resulta un titular dominial inválido, a quien poco le sirve la invocación del derecho real.

Surge un grupo de titulares dominiales con vínculos de conexidad contractual y una temática típica de la contratación de consumo.

6. El aseguramiento individual y la comunidad de riesgos

La doctrina que ha investigado el contrato de seguro ha encontrado dificultades para distinguir la relación asegurado-empresa de la comunidad de contratos que son necesarios para que el sistema funcione.

Todos los autores coinciden en que esa mutualidad permite el funcionamiento de la empresa aseguradora al facilitar el fraccionamiento de riesgos homogéneos. A este aspecto se lo considera dentro de la "economía" del seguro o dentro de los elementos "técnicos"².

2. por ej conf en la doctrina francesa LAMBERT FAIVRE, Y, "Droit des Assurances", Dalloz, París, 1995.

Hay coincidencia entre los economistas y abogados sobre la existencia de ese elemento técnico y su necesidad, pero dentro de la ciencia jurídica debemos explicar cual es su importancia y significado.

En su reciente y magnífica obra Stiglitz³ indica que la relevancia de ello radica en que se deben aplicar e interpretar las normas que delimitan el riesgo de modo que hagan posible esta comunidad de riesgos. Así, sostiene que las condiciones generales que determinen con rigor el riesgo, las que consagren la suspensión automática de la cobertura para el caso de falta de pago, las que establezcan sanciones para la inobservancia dolosa de las cargas informativas, deben ser interpretadas literalmente a fin de sostener la comunidad de riesgos.

Estas cláusulas, que examinadas en un contrato bilateral podrían afectar la relación conmutativa, encuentran su razón en la protección del sistema que permite la celebración y funcionamiento del contrato, y por lo tanto no serían abusivas.

La frontera no es sencilla de establecer, ya que en el derecho de protección de los consumidores se avanza en la descalificación de las cláusulas abusivas. En este camino se consideran que lesionan la reciprocidad de las obligaciones algunas disposiciones que encuentran su explicación en la comunidad de riesgos; ello es frecuente en los contratos de seguros de salud con referencia a las exclusiones de enfermedades, carencias, y otros aspectos similares.

Llegados a este punto, debemos complementar las nociones económicas y técnicas del negocio asegurativo con instrumentos jurídicos que aporten criterios de solución.

En este aspecto, nos parece que la solución es relacionar contrato y sistema, y la causa del contrato con la causa del sistema.

7. Consecuencias jurídicas

Para extraer consecuencias jurídicas de estos nuevos encadenamientos, hay que ordenar los problemas que producen.

La unión de contratos es un medio que se utiliza para la satisfacción de un interés, que no se puede realizar normalmente a través de las figuras típicas existentes. De ello debemos deducir que hay una parte que busca una satisfacción y otra que intenta satisfacerla mediante un encadenamiento contractual.

Habría que discernir entre las relaciones jurídicas que surgen entre los participantes de los distintos contratos que colaboran entre sí a fin de dar satisfacción, y las que se dan entre estos y el que busca la obtención del interés. En este último caso habría que distinguir aquellos casos en que se trata de relaciones de consumo, por su normativa especial.

Desde el punto de vista de las empresas oferentes, los contratos coligados son un asunto de colaboración; ya no una colaboración asociativa que se logra a través de un contrato, sino de varios.

Desde el punto de vista del cliente, es un problema de relacionamiento: ¿están relacionados estos contratos?; ¿es posible pensar en que las vicisitudes de uno están sujetos a la condición de que el otro se cumpla?; ¿se puede vincular a los sujetos distintos de contratos también dispares, por una demanda de responsabilidad?.

El estudio de estos aspectos nos lleva por caminos novedosos del derecho de los contratos.

II) Teorías jurídicas sobre las redes contractuales

Aunque el tema es novedoso en la doctrina contractualista internacional, existen algunas aproximaciones teóricas destinadas a captar el fenómeno.

1. La tesis de los contratos relacionales

En el derecho anglosajón se ha desarrollado la teoría de los contratos relacionales⁴, que se refiere a dos fenómenos simultáneos: los vínculos de larga duración y las redes contractuales. La teoría contractual debe modificarse para captar las relaciones flexibles que unen a las empresas en la economía actual y tener en cuenta que estos vínculos se hacen con perspectiva de futuro. La teoría clásica contempla al contrato como algo aislado y discontinuo, con un objeto definido que hace "presente" lo que las partes harán en el futuro (por ejemplo, comprar y vender una cosa).

El contrato actual, en cambio, presenta un objeto vacío, porque en realidad se pactan procedimientos de actuación, reglas que unirán a las partes y que se irán especificando a lo largo del proceso de cumplimiento. Los vínculos de larga duración tienen un carácter procesal, en el sentido de que el objeto no es una prestación consistente en un dar o en un hacer determinado, sino determinable.

En el campo de las "networks" el contrato es una relación entre empresas basada en la cooperación. Se trata de vínculos múltiples basados en la confianza entre los agentes para lograr una metodología de producción flexible, que es lo que exige la economía actual. De modo que es esa confianza o cooperación el elemento que une a esas redes.

Resumen: se destaca al contrato como un conjunto de reglas que establecen comportamiento procedimentales para lograr un resultado flexible, basado en la cooperación de un conjunto de agentes económicos.

Esta teoría está basada en una aproximación sociológica al tema y es descriptiva, razón por la cual se le puede criticar que no aporta elementos para resolver el problema. No se advierte que efectos produce esta cooperación, más allá de los ya conocidos.

2. El contrato marco de base asociativa basado en el interés común

En otra elaboración, a nuestro juicio más sofisticada, se trata de describir el

3. STIGLITZ, Rubén, "Derecho de Seguros", Bs.As., Abeledo Perrot, 1997, T.I, pag.25

4. Principalmente desarrollada por MACNEIL, Ian, "The new social contract. An inquiry into modern contractual relations", New Haven, Yale Univ, 1980. Del mismo autor "The many futures of contracts", California law review, vol 47, pag 691 y ss.

fenòmeno y sacar algunas consecuencias del mismo, a partir de tesis conocidas, como el contrato marco, su naturaleza asociativa y la noción de interés común⁵.

En las redes hay un contrato marco como medio para alcanzar fines individuales y comunes. Por ejemplo, en las redes de franquicia o en la concesión, hay relaciones bilaterales entre el franquiciante y el franquiciado, que representan los objetivos individuales. Además, existen relaciones entre todos los miembros de la red, porque saben que obtienen de ella un beneficio adicional, que es el incremento de la distribución y de las ventas.

El contrato marco regula el aspecto común de las redes.

Este contrato marco tiene un carácter asociativo. No es una sociedad, porque hay empresas independientes entre sí, y no hay un beneficio común a repartir. Las ventajas que se derivan del funcionamiento en red, van directamente a los que la integran, y no a un fondo común que luego se reparte.

Ese carácter asociativo existe porque hay un interés común, que existe cuando una parte contratante posee interés personal y directo en la obligación de la contraparte. Una de las partes obtiene satisfacciones indirectas a través de la prestación que realiza la otra, sin que exista un vínculo de cambio. De esa actuación concertada deviene una utilidad que excede la noción de contraprestación.

Siguiendo estos lineamientos se sostiene que la franquicia sería entonces "un contrato dotado de fin o interés común y ello nos permite su ubicación entre los contratos asociativos o de organización en sentido lato, factor de extremada importancia, puesto nos permitirá la traslación analógica de principios propios del contrato societario *in genere*". En función de ello, se podría proponer la aplicabilidad de principios y preceptos societarios que expresen la articulación o regulación de intereses convergentes, sin llegar a constituir normas de configuración estrictamente societaria o de regulación estatutaria de la figura del socio, entre ellas:

? La obligación de lealtad reforzada.

? El derecho de información y control que asiste al partícipe de la unión

? La concepción de las facultades de dirección comercial como "competencia reglada" informada por el fin común y no como derecho en sentido propio.

A pesar de que constituye un avance respecto de la anterior, esta tesis sigue el modelo societario, y a nuestro juicio, no capta algunos elementos realmente novedosos que aportan las redes.

3. Grupos de contratos unidos por una operación económica

Muchos autores han tratado el tema de los contratos coligados señalando que hay "una pluralidad coordinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una

causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja"⁶. Hay un negocio único que se desmembra en distintos contratos, como ocurre en la venta de equipos de computación: hay un contrato sobre el hardware, otro sobre el software, otro de asistencia. De este modo, se prescinde de un enfoque voluntarista, que encuentra el nexo en la voluntad de los contratantes, para pasar a un abordaje objetivo, basado en la noción de causa; la conexión objetiva es dada por el negocio al que sirven los contratos.

Esta conexión entre contratos puede darse unilateralmente (contrato accesorio de un principal), recíprocamente (contratos dependientes entre sí por una operación económica).

Siguiendo con la tesis de Galgagno, se indica que la relevancia principal de este instituto es que, si bien los contratos mantienen su individualidad, los efectos de uno (invalidéz, resolución) pueden repercutir sobre el otro.

En Francia también se ha tratado el tema bajo el nombre de "grupos de contratos". Larroumet⁷ por ejemplo, analiza el efecto relativo de los contratos y el principio de inoponibilidad, y a partir de ello examina algunos casos que constituyen excepción a esas reglas. La existencia de contratos coligados puede dar lugar a acciones extracontractuales directas de un tercero damnificado, como ocurre con el

caso del consumidor que demanda contra el fabricante, o con el tercero dañado por hechos del subcontratista de obra que demanda al locatario principal de la obra. Avanza más en la cuestión cuando se ocupa de los grupos de contratos y de las acciones contractuales.

En este sentido dice el autor que el vínculo económico entre dos contratos se debe duplicar en uno jurídico, y que de una manera general puede estimarse que siempre que el contrato entre A y B ha hecho necesaria la celebración de un contrato entre B y C, el perjuicio sufrido por C como consecuencia de un incumplimiento de la obligación contraída por A hacia B, deberá ser reparada. De este modo, C tiene una acción contra B y contra A. La tesis más avanzada en este sentido sostiene que quien integra un grupo de contratos no es un tercero y por ello puede tener una acción contractual.

Llegados a este punto, el autor se detiene a señalar las dificultades que presenta una interpretación laxa del principio de la relatividad de los contratos y de su inoponibilidad. En tal sentido señala que es difícil establecer límites y que no hay una definición del grupo de contratos.

Estas tesis presentan una aproximación más clara a la realidad, aunque es necesario desarrollar mejor los instrumentos normativos.

Por esta razón haremos una presentación del fenómeno teniendo en

5. ECHEBARRIA SAENZ, Joseba A., "El contrato de franquicia-Definición y conflictos en las relaciones internas", Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1995, pag 161, y ss-

6. GALGAGNO, Francesco, "El negocio jurídico", trad Blasco Gasco-Prats Albentosa, Valencia, 1992, Tirant Lo Blanch, pag. 114.

7. LARROUMET, Christian, "Teoría General del Contrato", De. Temis, Bogotá, 1993, vol II pag 193 y ss.

cuenta no sólo los efectos frente a terceros, sino también los que tienen las partes entre sí.

III) La teoría sistémica

La teoría jurídica que permita explicar y establecer reglas para solucionar los conflictos que presentan las redes, no puede dejar de considerar la novedad que ellas presentan. El enfoque no puede basarse en el contrato, sino en la interacción de un grupo de contratos que actúan en forma relacionada, de modo que el contrato es un instrumento para la realización de negocios.

Este enfoque, permite establecer que hay una finalidad comercial supracontractual que justifica el nacimiento y funcionamiento de una red. El grupo que surge de esa manera, no es sólo una unión convencional de contratos, que puede ser analizada mediante el examen de los vínculos individuales. Se requiere una comprensión del sistema y por ello, de una teoría sistémica.

Nuestro propósito es desarrollar este enfoque, pero, a fin de proporcionar una guía de nuestra labor, presentaremos un resumen de las proposiciones.

Las redes contractuales deben ser captadas en dos planos, referidos a sus aspectos internos y externos.

1. Relaciones entre las partes: elementos y deberes sistémicos

En las relaciones internas, las redes presentan un nexo que está vinculado a la colaboración entre las partes que la

integran. El elemento unificador es la conexidad, que debemos diferenciar claramente de la integración total o parcial, de naturaleza societaria. La referida conexidad es un componente que fundamenta la existencia de elementos propios de la red como la causa sistémica, la finalidad supracontractual y la reciprocidad sistémica de las obligaciones. Asimismo, da origen a obligaciones sistémicas, de modo que las partes tienen entre sí obligaciones principales, accesorias y deberes secundarios de conducta, y además, deberes referidos al sistema que integran.

2. Relaciones frente a terceros

A) Acciones directas extracontractuales y contractuales

En las relaciones externas, la red se vincula con los consumidores. Estos se relacionan con un integrante de la red, planteándose la cuestión de si le asisten acciones respecto de otros miembros. Surge aquí el obstáculo del efecto relativo de los contratos conforme al artículo 1195 del Código Civil que impide, como regla general, este tipo de acciones.

Establecida la regla, corresponde ver las excepciones. En este sentido encontramos hipótesis de acciones directas extracontractuales y contractuales.

? Extracontractual: Para los terceros, el contrato celebrado por los integrantes de la red es un hecho jurídico, razón que obstaculiza la existencia de acciones directas fundadas en el contrato. Se han encontrado distintas hipótesis para fundar acciones:

? responsabilidad por el hecho de dependientes: a través de una interpretación amplia de la garantía por el hecho de dependientes, se puede encontrar una "autorización" de un integrante de la red hacia otro. Es el caso del fabricante que autoriza a un servicio único para sus productos, que veremos más adelante.

? responsabilidad por control: una clase de control específico, sobre la prestación, puede provocar responsabilidad. Es el caso de las obras sociales que veremos.

? responsabilidad por la apariencia: la apariencia jurídica creada, puede dar lugar a acciones contra el titular de la marca de un producto elaborado⁸.

? responsabilidad por riesgo: en el caso que uno de los integrantes utilice cosas riesgosas de propiedad de otro.

? Contractual: en algunos supuestos se han admitido acciones contractuales directas:

? existencia de un vínculo asociativo entre las partes que permite fundar una imputación. Es el caso del Shopping cuando constituye una empresa común con los locatarios.

? contrato a favor de terceros: en virtud del artículo 504 del Código Civil se han otorgado acciones directas al beneficiario de una estipulación ajena. Es el caso del paciente en el contrato médico-sanatorio.

? estructura del vínculo obligatorio: en similares casos que el anterior, es decir en la responsabilidad de las clínicas, se ha utilizado esta argumentación para dar acciones directas al paciente.

B) Acciones indirectas

Aunque su utilidad es relativa, existe la posibilidad de la acción subrogatoria fundada en el artículo 1196 del Código Civil.

Nuestra tarea tratará de avanzar en el descubrimiento de los conceptos adecuados para explicar normativamente a las redes contractuales y desentrañar los efectos jurídicos que de su funcionamiento se derivan.

SEGUNDA PARTE: Relaciones internas

I) Elementos tipificantes y Caracteres:

1. Colaboración gestoria:

En la colaboración gestoria, una persona se vale de otra para realizar algunas tareas que no puede hacer por sí misma, produciéndose una descentralización de ejecuciones. Lo que antes ejecutaba el titular por sus propios medios, ahora lo hace a través de otro.

Entramos así en la "ratio" jurídica del mandato: este es un encargo, un "iussum", una interposición gestoria o representación

8. En el derecho argentino, no existiendo una ley que autorice a responsabilizar al titular de la marca, puede fundarse en la apariencia. Conf. ALTERINI, Atilio, "Responsabilidad por la apariencia". Derecho de Daños, La Rocca, Bs.As.

indirecta⁹. Como bien dice Diez Picazo, la representación aparece como una respuesta del orden jurídico al problema social típico de la gestión y cuidado de los bienes e intereses ajenos¹⁰.

El interés en el negocio no se comparte, y por ello es un vínculo sin finalidad común; sólo se delega la ejecución. En cambio, en la colaboración asociativa, se comparte el interés, asociándose las partes en su consecución.

La fuente de esta colaboración puede ser anterior al negocio mediante la simple autorización o el mandato, o posterior, como ocurre con la ratificación, que equivale al mandato. Puede ser hecha conocer al tercero o no, distinguiéndose entonces entre el mandato oculto y el que no lo es.

En todos los casos, la imputación llega hasta el titular del interés. Cuando hay representación, es directa; cuando hay mandato no representativo, es indirecta; cuando hay gestión, se produce a través de la ratificación posterior.

De modo tal que es la sede del interés la que determina la imputación. El dueño del negocio, al que se le permite actuar por otros, también responde por ellos, con intensidad diversa. Cuando ese otro es un dependiente, responde por el hecho del auxiliar; cuando es un colaborador vinculado por un contrato de colaboración gestoria, responde en tanto titular del interés y conforme a los mecanismos expuestos.

Este tipo de colaboración tiene una larga historia. En el derecho romano se lo utilizó para satisfacer las necesidades del pater familias de atender la taberna o la navegación por otro. En nuestros tiempos, se utiliza sobre la base del mandato, para explicar toda clase de encargos.

En las fenómenos que estudiamos en este capítulo, no se trata de una sola delegación de un comerciante a otro, sino de muchísimos encargos que crean una red: red de franquiciantes, de distribuidores, de concesionarios.

El problema que presentamos es el siguiente: ¿cómo se explica la utilización de una red de franquiciantes, de distribuidores, de concesionarios?. Hay aquí una multiplicidad de delegaciones gestorias: ¿hay algún efecto específico derivado del hecho de que se trate de una multiplicidad de contratos?.

2. Colaboración asociativa:

A diferencia del supuesto anterior, en estos casos hay una finalidad común, ya que se comparte el interés. La colaboración del otro se da en un plano más intenso, ya que no se trata de un encargo que se da a otro que puede no conocer el interés del titular, sino de lograr juntos un objetivo. La finalidad común puede consistir en un resultado a obtener o una utilidad a repartir¹¹.

Este propósito puede obtenerse mediante una forma organizativa o sin ella.

Cuando se utiliza una organización, esta puede producir como efecto una persona jurídica, como en la sociedad, o no, como en la unión transitoria de empresas. En la sociedad, los individuos se diluyen detrás de la personalidad obtenida, y las ganancias se obtienen a título derivado. En los vínculos asociativos, el propósito común no hace desaparecer a los sujetos contratantes, y las ganancias se adquieren directamente. Esta tesis, que compartimos¹² tiene el propósito de evitar la imputación de sociedad a toda contratación asociativa, que tiene una larga tradición en nuestro derecho, como asimismo, promover los vínculos asociativos contractuales no societarios.

Este distinguo conceptual es adecuado cuando el supuesto de hecho consiste en la actividad de dos o más personas, con un propósito común, que utilizan una figura contractual, típica o atípica, para la realización del propósito.

¿Que sucede cuando la colaboración se realiza a través de una multiplicidad de contratos, típicos o atípicos, pero jurídicamente autónomos, y sin embargo puestos en red?.

3. La colaboración en las redes contractuales:

Los grupos de contratos de colaboración gestoria comprenden las redes de distribución como los grupos de franquicia o de concesionarios.

Los grupos de colaboración asociativa incluyen los hipercentros de consumo,

la subcontratación masiva, el industrial armador, los paquetes de negocios. Los grupos de consumidores abarcan tanto los círculos de ahorro para la compra de bienes, los fondos comunes de inversión, las jubilaciones contratadas con las administradoras de fondos de pension, los usuarios de tarjetas de créditos, las comunidades reales, los grupos de suscriptores de medicina prepaga.

Cuando hay una multiplicidad de contratos en red significa que, si bien son autónomos, deben convivir, su existencia no se explica sino a partir de la vida en común. Lo esencial en ellos es que se logra un efecto de conjunto superior a la suma de las individualidades.

4. Integración y conexidad:

Cuando tienen interés en hacer algo en común, dos individuos pueden unirse y constituir una sociedad, de modo tal que crean una persona jurídica distinta a los fines imputativos. Este es un supuesto de integración total, en el que se dan los siguientes elementos:

– creación de una persona jurídica que absorbe a los sujetos contratantes.

– adquisición de ganancias a título derivado, de modo tal que primero las obtiene la sociedad y luego, por distribución de las mismas, los socios participantes.

– el interés es una finalidad común: un propósito, o una obra, o una utilidad a repartir.

9. TRIMARCHI, Pietro, "Istituzioni di Diritto Privato", 8va ed. Milan, Giuffrè, 1989, pag. 257

10. DIEZ PICAZO, "La representación en el derecho privado", Civitas, Madrid, 1979, pag. 24

11. Sobre estos temas conf: Richard, Efraim, "Organización asociativa", Zavalia, Bs.As. 1994.

12. Hemos ampliado en Lorenzetti, Ricardo, "Los contratos asociativos y el joint venture", LL. 1992-D-789.

– la satisfacción de ese interés se logra a través del contrato de sociedad.

Estos dos individuos pueden prescindir de la formación de una persona jurídica distinta y asociarse para obtener el interés mediante un contrato asociativo. Las ganancias no pasan por el filtro de la sociedad, sino que se adquieren directamente.

En ambos casos es la causa asociativa la que origina la integración, sea total o parcial.

En la conexidad no existe tal supuesto. Los vínculos individuales pueden ser asociativos o de cambio; no existe una causa jurídica asociativa inicial que por la vía contractual origine la integración. Hay, en cambio, una causa económica que hace que una serie de vínculos individuales deban funcionar como sistema. El elemento asociativo se adosa a ellos como atmósfera envolvente.

De tal modo, la conexidad es un presupuesto del funcionamiento del sistema de relaciones jurídicas interdependientes. A diferencia de la integración, no provoca un vínculo estrecho, asfixiante.

Los vínculos permanecen individuales pero, por efecto de la conexidad, se unifican para ciertos fines.

El interés, en la conexidad no es intracontractual, sino supracontractual. Se sitúa más allá del contrato, en el plano del negocio. Los contratos son un instrumento para la realización del negocio global o del sistema ideado.

Por ello podemos distinguir:

– En la integración hay un interés asociativo que se satisface a través de un contrato de integración total o parcial (sociedad, Unión transitoria de empresas, agrupaciones de colaboración empresarias, equipos, etc.).

– En la conexidad, hay un interés asociativo que se satisface a través de un negocio que requiere de varios contratos unidos en un sistema.

– La causa asociativa contractual vincula a sujetos en tanto son partes de un mismo contrato con una tipología determinada.

– La causa asociativa negocial o conexidad, vincula sujetos que son partes de distintos contratos, que pueden tener o no el mismo tipo. Por ejemplo, en el sistema de tarjetas de créditos, todos los usuarios son contratantes con el emisor, existiendo muchos contratos de un mismo tipo. En cambio, en la subcontratación masiva, puede haber un empresario que celebre contratos de limpieza, de suministro, de locación de servicios, de obra, de publicidad, de modo tal que hay varios contratantes y distintos tipos contractuales.

– En la integración, la causa asociativa es elemento esencial del contrato, lo que tiene trascendencia normativa a la hora de su calificación e interpretación.

– En la conexidad, el elemento asociativo se sitúa en el plano del negocio o sistema, y no del contrato. No es entonces un elemento esencial del contrato sino un presupuesto para el funcionamiento del sistema.

– De tal modo, la conexidad mantiene unidos a los contratos, pero estos conservan su autonomía¹³.

– Lo importante en Derecho, es establecer que la conexidad, aunque muchas veces es inasible, se solidifica, es base para establecer obligaciones concretas, entre los integrantes del sistema y hacia terceros.

II) Contrato y sistema

1. El interés asociativo en la conexidad contractual

En la conexidad hay un interés asociativo que se satisface a través de un negocio que requiere varios contratos unidos en sistema; la causa en estos supuestos vincula a sujetos que son partes de distintos contratos situándose fuera del vínculo bilateral pero dentro del sistema o red contractual. Ello significa que hay una finalidad económico-social que trasciende la individualidad de cada contrato y que constituye la razón de ser de su unión; si se desequilibra la misma se afecta todo el sistema y no un solo contrato¹⁴.

Investigando este aspecto, debemos definir cuál es el interés que mantiene unida a las partes en contratos conexos, y luego, que reglas pueden deducirse del mismo. En

especial desarrollaremos la idea de que existe un principio de coordinación, correspondencia sistemática de las prestaciones, y obligaciones con fundamento en la conexidad. Estas últimas vinculan a los integrantes de la red entre sí y frente a terceros. Entre las obligaciones internas cabe mencionar: la de contribuir al sostenimiento del grupo y, la de aseguramiento del éxito de la empresa.

Estos elementos sirven para explicar las obligaciones recíprocas que tienen los integrantes de una red de concesionarios, franquiciantes, usuarios de tarjetas de crédito y otros sistemas similares.

A) El interés como elemento de la conexidad:

La noción de “interès”, ha sido enfocada de modos diversos. Cuando se lo identifica con el dominio, es la relación de disfrute con la cosa, y el titular del interés es el propietario.

Utilizando esta base, se lo ha aplicado analógicamente al mandato, de modo que tal que el mandante es una suerte de “dominus”, que delega en otro la ejecución. El titular del interés es aquel sobre cuyo patrimonio repercuten los efectos del acto para cuya obtención se procura la colaboración de otro. El interés es una guía

13. Frente al fenómeno de que los planetas del universo tienen existencia autónoma, pero tienen una configuración de sistema, los astrónomos se han formulado la siguiente pregunta: ¿qué es lo que los mantiene unidos?. Esto dio lugar a que, desde tiempos inmemoriales, se afirmara la existencia del éter, que es un fluido inasible, que llena el espacio, y constituye un medio continuo con aptitud para transmitir todos los movimientos. Los iusprivatistas pueden preguntarse: ¿qué es lo que mantiene unidos a los contratos en red?. La conexidad es un elemento similar al éter; es una sustancia inasible, invisible, pero que aunque no la veamos, “debería” existir, porque de lo contrario no se explican los movimientos coordinados.

14. es lo que pasa con un sistema de tarjeta de créditos en el que sus miembros no pagan, o de medicina prepaga, en el que se produce la necesidad de pagar una prestación exorbitantemente costosa; sobre este concepto ver nro comentario en “Las normas fundamentales de Derecho Privado”, cit.

para quien cumple el encargo. La desviación del mandato es legítima cuando es de un modo más ventajoso para el titular del interés (art. 1906 CCArg).

En los supuestos de conexidad que examinamos, también existe la noción de interés, pero con algunas particularidades.

– El interés es el centro de unión, es el “cemento” que une a los distintos contratos.

– No se trata del interés de un titular individual, sino del grupo o agrupamiento, es el interés en el funcionamiento del sistema.

De ello se deducen dos principios importantes.

B) El principio democrático-conexidad y dominación:

Para identificar el interés del titular del dominio o del dueño de negocio en mandato, se recurre a la voluntad declarada por este. Cuando hablamos de interés sistemático, la noción pierde su carga subjetiva, y aunque el sistema pueda haber nacido de la voluntad de alguien, se independiza y funciona objetivamente.

De tal manera que, para interpretarlo, hay que recurrir al interés del sistema y no del sujeto que le dio origen. Como se trata de un agrupamiento de individuos y una colectividad de contratos, en los que es necesario establecer una convivencia, es

necesario recurrir a la regla de la convivencia democrática.

Recurrimos aquí a la comunicabilidad de los principios de derecho público y privado para señalar que los principios de la organización de la competencia son aplicables para estos casos.

Es claro que pueden existir grados de conexidad; pueden existir cláusulas que la acentúen, poniendo en duda si se está ante relaciones conexas o una dependencia más acentuada¹⁵. Hay una zona gris: la conexidad puede transformarse en dominación, en integración vertical, en la que desaparece la autonomía negocial, la ajenidad de riesgos.

Naturalmente, la línea de separación depende de cuestiones de hecho que deben ser definidas judicialmente.

C) El principio de la coordinación:

Como derivación de la existencia de un interés para el cual colabora un grupo de contratantes, surge otro principio que, es el de la coordinación.

Quien concurre a una clínica y recibe una oferta para ser intervenido quirúrgicamente, supone que el cirujano actúa coordinadamente con el anestesista, con la enfermera y la instrumentista, con el bioquímico y el radiólogo. Aunque no se lo pacte de esa manera, ello está implícito,

15. Por ejemplo: la cláusula que condiciona la locación de un local en un shopping de Capital Federal, a instalarse también en una sucursal del interior; o la que impide contratar en otro shopping de la competencia. Las que pactan el precio en un porcentaje de las ventas, pueden desnaturalizarse cuando ese porcentaje es demasiado alto y acompañado de auditoría de ventas que importan una injerencia abusiva. En otros casos, existen cláusulas que obligan al locatario a soportar el costo de alquileres por locales vacíos, durante un tiempo que se acuerda.

puesto que no es posible pensar que alguien se someta a la actuación de un grupo de individuos que actúa alocadamente y sin un orden interno.

Quien integra una red de distribución, supone lo mismo, de modo tal que ningún integrante de la red interfiera en su zona, o quien la constituye no tome medidas que conduzcan al exterminio de la red. La jurisprudencia ha tenido ocasión de poner de relieve este aspecto con frecuencia: por ejemplo, con relación a los contratos de concesión se ha señalado que se está ante un contrato normativo de coordinación¹⁶.

El principio de la coordinación que se deriva de la existencia conexas de contratos en torno a un interés sistemático, causa la existencia de obligaciones. No se trata de contratos de coordinación, sino de obligaciones o, deberes secundarios de conducta, que se adosan a contratos que conviven entre sí de modo sistemático.

Ello significa que todos los integrantes de una red contractual, tienen una obligación de colaborar en el funcionamiento del sistema, obrando de modo tal que su conducta sirva para el mantenimiento del mismo. Aquí, la causa asociativa del negocio grupal se hace presente, se solidifica, para fundar una pretensión de colaboración.

Estas obligaciones también alcanzan al organizador del sistema, quien no puede

adoptar conductas o imponer medidas que lleven a la destrucción.

Este es un criterio para determinar el abuso. La regla sería el imperativo categórico kantiano con una pequeña modificación: obra de modo tal que tu máxima de obrar pueda ser elevada a ley “sistemática” del obrar. Así todos deben obrar de modo tal que no destruyan el sistema.

2. Equilibrio del contrato y del sistema:

A) La corresponsividad sistemática de prestaciones:

El contrato ha sido identificado por la doctrina argentina con el negocio jurídico bilateral¹⁷. En este aspecto en el derecho anglosajón ocurre algo similar al considerar al contrato como promesas a las que la ley les otorga fuerza legal, pero siempre dentro de un vínculo bilateral¹⁸. De allí que tanto la doctrina de la “causa objetiva”, la del “objeto como operación jurídica considerada por las partes” como la de “consideration”, si bien tienen aspectos diferentes, asumen la necesidad de una corresponsividad bilateral de las prestaciones.

Lo que debemos aislar es el componente relativo a la corresponsividad objetiva de las prestaciones que se mantiene como elemento genético y funcional en el contrato¹⁹.

Este aspecto tiene una fundamental importancia en los contratos discrecionales

16. CNCOM, SALA E. ED.109-614.

17 conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Contratos”, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1995, pag 47.

18 Conf: FRIED, Charles, “Contract as Promise. A theory of Contractual Obligation”, Harvard Univ Press, 1981

19. conf BUERES, Alberto, “Objeto del negocio jurídico”, Hammurabi, 1986, pag 111

para juzgar el equilibrio, la reciprocidad, la commutatividad entre lo que da y entrega cada parte en el momento de celebrar el contrato y a lo largo de su desarrollo, y fundamenta la excepción de incumplimiento contractual, el pacto comisorio y la excesiva onerosidad sobreviniente ²⁰. En la contratación de consumo, la cláusula es abusiva cuando “desnaturaliza” las obligaciones o cuando importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o ampliación de los derechos de la otra parte (art. 37 ley 24240), lo cual significa que el vínculo debe tener reciprocidad²¹. Mas clara aun en este aspecto es la ley francesa 95-96 de febrero de 1995, relativa a cláusulas abusivas, que las califica como aquellas que “tienen por objetivo o por efecto crear, en detrimento de la parte no profesional o consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato”.

La idea de equilibrio y corresponsividad se ha ido expandiendo.

Durante mucho tiempo se la entendió en el plano obligacional, como “obligaciones recíprocas”, porque la prestación de una tiene razón de ser en la prestación de la otra (art. 1139 CC), dando fundamento a un sistema de vasos comunicantes entre obligaciones. Así, si el comprador de un inmueble no puede exigir la escrituración si no pago el precio, porque hay corresponsividad entre ambas obligaciones ²².

Actualmente hay vasos comunicantes entre obligaciones diversas de un contrato, aunque no estén interrelacionadas entre sí. La calificación de abusividad y de interrelación toma en cuenta prestaciones nucleares, deberes secundarios de conducta, accesorios, dando lugar a una “interpretación global” como lo propone la ley francesa en materia de contratos de consumo. La inversión de la carga de la prueba, o la prórroga de jurisdicción, pueden dar lugar a un reequilibrio contractual, aunque no exista una obligación correlativa específica.

Nuestro pensamiento es que, a estas herramientas desarrolladas para el mantenimiento del equilibrio contractual, hay que adicionarle otras, similares, para el equilibrio del sistema, cuando se trata de vínculos que se entrelazan entre sí.

Es en este sentido que debemos referirnos a la conexidad contractual.

La causa, entre otras muchas acepciones, puede ser entendida como corresponsividad de las prestaciones existentes entre las partes. Este criterio sirve para examinar tanto la rescisión unilateral (art. 1200 Código Civil) como el pacto comisorio (art. 1204 Código Civil) como la excepción de incumplimiento contractual (art. 1201 Código Civil)²³.

Este criterio requiere de algunas precisiones en los sistemas de contratos.

Para entender este tema nos parece de interés comentar un caso fallado por la jurisprudencia argentina²⁴. La parte actora había celebrado un contrato de medicina prepaga. Normalmente transcurre un tiempo inicial de carencia de servicios que es costumbre en la actividad y durante el cual paga pero no recibe nada. Luego del mismo, es habitual que no se requieran grandes gastos al sistema prepago, porque los estudios que se hacen al contratar son bastante rigurosos y es raro que una persona muy enferma sea admitida, si no es a un precio mayor.

Lo cierto es que el solicitante del servicio tiene un tiempo prolongado en el que paga y no recibe servicios. Es el período de mayor rentabilidad de la empresa.

Luego de un tiempo, la persona se enferma. La tendencia se invierte, puesto que la empresa debe comenzar a gastar mucho más dinero del que recibe por la cuota que va pagando el prestatario.

Como puede advertirse claramente, las curvas de la utilidad marginal son inversas como sucede habitualmente en los contratos de duración.

Se supone que llegado al punto en que debe gastar más de lo que recibe, la prestadora difunde este costo de dos maneras. En primer lugar lo compensa con lo que ha recibido antes de parte del prestatario ahora enfermo; tal es la función de los períodos de carencia.

En segundo lugar, la existencia de una masa de afiliados permite difundir en-

tre todos los costos del sistema, operándose compensaciones entre los que están sanos y los que están enfermos, que suelen ser menos; de tal modo constituyen una carga económica soportable para el resto, si el cálculo actuarial está razonablemente bien realizado.

Volvamos ahora al concepto de causa y a la exigencia de prestaciones recíprocas.

En primer lugar hay que ajustar el concepto en los contratos de duración: la corresponsividad debe examinarse durante todo el tiempo del contrato. En el caso que tomamos como base, al principio, cuando el prestatario paga y no recibe prestaciones; al enfermarse, paga poco y recibe muchas prestaciones médicas. Un análisis bilateral de cada momento, llevaría a una conclusión de que no hay obligaciones recíprocas; sin embargo, debe evaluarse toda la temporalidad del contrato de duración. Este es el criterio que sirve para descalificar el argumento de que a la empresa le resulta onerosa la prestación médica tomando en cuenta el pago que realiza en ese momento el consumidor.

En segundo lugar y aún tomando en cuenta todo el ciclo temporal, habrá que evaluar el sistema. Supongamos que la empresa es obligada a dar atención médica a un enfermo crónico, que requiere atención médica permanente y costosa durante el resto de su vida útil, que podríamos estimar en veinte años como hipótesis. En este caso, la empresa descargará los costos en el sistema, es decir en el resto de los contra-

20. conf BUERES, op cit.

21. ampliamos esta noción al tratar las cláusulas abusivas en MOSSET ITURRASPE, Jorge, LORENZETTI, Ricardo, “Defensa del Consumidor-Ley 24240”, Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1994.

22. ALTERINI-AMEAL-LOPEZ CABANA, “Derecho de Obligaciones civiles y comerciales”, Abeledo Perrot, Bs.As., 1995, pag.69.

23. conf. entre otros BUERES, Alberto, “El objeto del negocio jurídico”, Hammurabi, Bs.As.

24. JUZG. NAC. COM. n. 11. 1ª inst. firme, 23/12/93- Heliszkowski, Michel y otros v. Programa de Salud S. A., Jurisprudencia Argentina, 27/7/94.

tantes. Podríamos preguntarnos entonces por qué razón los integrantes de ese grupo deberían soportar esa carga y si es justo que así suceda. En la mayoría de los sistemas jurídicos, esta carga ha sido considerada excesiva para los grupos contractuales y se la difundido a través de la seguridad social. De tal modo, podría imponerse la obligación a la empresa de modo transitorio, hasta que la seguridad social pueda asumir el costo, y sin que desequilibre el sistema contractual.

Esta obligación, sin las precisiones antedichas, si bien satisface el derecho a la salud, desequilibra el sistema.

Por ello entendemos que hay que hablar de una "correspectividad bilateral" y de una "correspectividad sistemática de las prestaciones". Esta última debería ser entendida como la reciprocidad existente entre lo que cada uno de los integrantes del sistema paga y lo que el sistema puede satisfacer de acuerdo con su racionalidad económica.

B) Deberes colaterales sistémicos

Un sistema es un conjunto de partes interdependientes de modo tal que una de ellas no puede existir plenamente sin el concurso de las otras. Cuando hay un "sistema de contratos" ocurre exactamente lo mismo, de modo que hay un problema de convivencia²⁵; son contratos distintos, pero no pueden convivir uno sin el otro; no funciona ninguno si el sistema fracasa.

Así sucede en el sistema asegurativo, porque si se generaliza la falta de pago, o

todos los asegurados mienten al contratar ocultando enfermedades preexistentes, o todos sobreutilizan las prestaciones, se produce un descalabro.

El incumplimiento de las obligaciones contractuales no se agota en sus efectos bilaterales, sino que es perceptible una repercusión en el sistema.

Esta circunstancia da lugar a una serie de conceptos que, desde nuestro punto de vista deben comenzar a desarrollarse en una economía caracterizada por prestaciones masivas y vinculadas a través de redes:

– La finalidad supracontractual, que se refiere a los objetivos buscados y solo obtenidos a través de una red de vínculos. En cambio la finalidad económico-social en el sentido de causa objetiva, se refiere a lo que se busca mediante el contrato.

– La existencia de deberes secundarios de conducta, respecto del funcionamiento del sistema. De allí el principio de coordinación que genera un deber de cada una de las partes a contribuir en el sostenimiento del todo.

Las partes tienen deberes secundarios de conducta respecto del sostenimiento del mismo. El "sistema" no se identifica con la empresa que lo organiza, de manera que siempre se deba interpretar en favor del mantenimiento de la empresa.

Las uniones de contratos de este tipo, requieren de una interrelación económica y técnica que debe ser mantenida para su funcionamiento, conformándose el

equilibrio objetivo que denominamos causa sistemática. Es incompatible con el mismo que se impute a la empresa cargas excesivas, que luego volcara sobre los demás contratantes integrantes de la red, como también lo es que la empresa establezca cláusulas abusivas que desequilibren el sistema haciendo que solo los consumidores soporten los riesgos.

Los deberes secundarios corresponden a todas las partes y la causa sistemática es el elemento moralizador.

C) Afectación de la causa derivada de la traslación de riesgos a los consumidores

La empresa puede buscar trasladar los riesgos a los consumidores mediante una serie de cláusulas que provocan ese efecto. De allí la rescisión unilateral incausada, la limitación de responsabilidad, la modificación unilateral de precios, y otras que la jurisprudencia ha descalificado.

Veamos como se produce ese efecto. En el caso ya comentado sobre rescisión unilateral incausada en la medicina prepaga se supone que la existencia de una masa de afiliados permite "derramar" sobre ellos los costos de atención, operándose compensaciones entre los que están sanos y los que están enfermos. Normalmente la estadística muestra que sólo una pequeña parte están enfermos, y que no es habitual que todos enfermen al mismo tiempo. Excepción de ello son algunos sistemas que nuclea a personas de edad avanzada y generalmente enfermas, como el Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (Pami), pero por esa misma razón,

la difusión del riesgo se amplía cargando con contribuciones directas a quienes no son jubilados ni pensionados, esto es, al personal activo. La empresa percibe una masa de dinero aportada por un grupo, y solo una parte de ellos gasta, de modo que si se mantiene este equilibrio, puede pagarle a los enfermos, soportar sus gastos y obtener una ganancia. El cálculo probabilístico es el que posibilita este funcionamiento.

El riesgo de la empresa reside en hacer bien o mal ese cálculo, en administrar mejor o peor, en el modo de selección de su cartera, en la diversificación de riesgos. La empresa puede disminuir esos riesgos o aumentarlos, según sea más o menos seria, más o menos eficiente; lo que no puede hacer es trasladarlos.

Si la empresa no disminuye sus riesgos, sino que los traslada a los consumidores, afectará el equilibrio sistemático. Por ejemplo:

– si mantiene el contrato mientras el paciente paga y no gasta, pero lo rescinde cuando el paciente se enferma, se rompe el equilibrio. Su deber es absorber estos gastos con las previsiones y con compensaciones con los otros adherentes.

– cuando con el transcurso de los años el paciente comienza a gastar más, la empresa no puede modificarle las condiciones. Puede solucionar el problema contratando nuevos adherentes jóvenes que establezcan las compensaciones necesarias dentro del sistema.

Si frente a estas situaciones previsibles no puede reaccionar, es porque hizo mal

25. C1RA CIV Y COM BAHIA BLANCA, SALA 1RA, LL.7.8.92.

sus calculos y debe afrontar ese riesgo empresario.

La empresa no puede obrar de modo que contradiga esta circularidad de efectos basados en el calculo probabilistico.

Veamos ahora una situacion contraria.

D) Afectacion de la causa derivada de la imposicion de cargas publicas a la empresa

La imposicion de una carga publica en un contrato o en un sistema contractual puede ocasionar un desequilibrio.

Ello es particparmente claro en los sistemas de base asegurativa. Si por ejemplo, en la medicina prepaga, se establece que un enfermo cronico debe ser atendido sin limites, o en el seguro, se anulan todas las clausulas que delimitan el riesgo, o se le imponen deberes que no pueden ser soportados por la masa de individuos asegurados, se producen distorsiones.

La empresa puede delimitar los riesgos que asegura. De hecho si cubriera todos los riesgos de una persona durante toda su vida estaria obrando de mala fe; ya que este debe ser individualizado para que sea posible establecer un seguro, y ello se hace mediante limites temporales y materiales. El contrato establece que es lo que se cubre y lo que se excluye, lo cual es esencial para el funcionamiento del seguro.

De alli que la exclusion de cobertura sea un supuesto de limitacion del riesgo, es decir del objeto del contrato y sea licita, y

no sea admisible la interpretacion analogica ni extensiva ²⁶. En cambio, si una vez delimitado el objeto, esto es el riesgo asegurado, la empresa lo desnaturaliza mediante disposiciones que lo trasladan al consumidor, hay una clausula abusiva.

En virtud de esta diferenciacion, hay una delimitacion del riesgo que es licita, porque la empresa no asume todos los riesgos. Si estos existen, y el individuo no puede soportarlos individualmente, y hay una garantia minima como derecho fundamental, debe ser una carga publica del Estado.

Si estas cargas publicas que exceden el riesgo asegurado se imponen a la empresa; si estos desequilibrios son superiores al calculo probabilistico, se produce una crisis del sistema y en el ambito juridico, una afectacion de la causa sistematica.

Puede ocurrir que el Juez decida imponer garantias transitorias a los contratantes, aun violando la voluntad de uno de ellos o rectificando lo pactado. Ello se justifica por razones de urgencia y por la ausencia de alternativas de satisfaccion de la garantia. En cambio, si hay alternativas para el ejercicio de esta garantia minima del derecho fundamental, no hay porque imponerlas al contratante.

III) El control a traves de la red

1. Estructura interna de la red

Una de las cuestiones que plantean las redes contractuales es el problema de

las relaciones internas. No se trata del problema de los derechos y deberes de las partes, sino de la conformacion del sistema de contratos.

La red puede presentar una estructura autocratica, que se caracteriza porque existe una empresa central, que planifica la conducta de todos los demas y la controla de modo similar a la dependencia. Estas ultimas estan destinadas al desuso en una economia competitiva, en las que se requiere una alta participacion en las decisiones de todos los integrantes, una fluida comunicacion y un proceso de interaccion creativo, que no pueden brindar las organizaciones de este tipo.

Las formas democraticas, se caracterizan por presentar una descentralizacion mayor en las decisiones. En el plano juridico ello significa que se trata de vinculos entre empresas autonomas, que asumen el riesgo empresario.

Sobre esta base surgen dos cuestiones relevantes:

La primera es que la empresa organizadora, el ceder el uso de bienes a terceros (marca, imagen, etc) pretende tener un control sobre la conducta de quien los usa, a fin de evitar un deterioro de los mismos. La segunda, es que ese control tiende a transformarse en dominacion, pasando los limites de una configuracion democratica a una autocratica.

El equilibrio entre democracia interna y proteccion de los bienes del organizador

y la frontera entre control y dominacion son cuestiones que de dificil solucion, que esbozaremos seguidamente.

2. Concentracion vertical y horizontal de empresas

Uno de aspectos investigados sobre la configuracion interna de las redes contractuales es el relativo a la concentracion vertical u horizontal de empresas²⁷. Este tema es enfocado desde el derecho de la competencia, en tanto estos vinculos superen un nivel de integracion que permita hablar de acuerdos colusorios violatorios de la libre competencia en el mercado; desde el derecho societario, dentro de la teoria de los agrupamientos; en el derecho concursal, para la extension dela quiebra. Desde el punto de vista juridico, enfocando la cuestion exclusivamente en el aspecto contractual, y en lo que resulta relevante para el tema de las redes, trataremos dos facetas: la primera relacionada el agrupamiento piramidal u horizontal, y la segunda con los instrumentos contractuales para lograrlo.

La concentracion vertical supone una configuracion piramidal de la red, puesto que hay una empresa que esta en la cuspide y que controla a las demas. El caso mas tratado en doctrina y jurisprudencia es el de las concesiones de automotores, en el que hay un fabricante-proveedor y una multiplicidad de concesionarios que se ubican en un escalon inferior, de subordinacion economica. En los aspectos juridicos se ha dicho²⁸ que "el contrato de concesión para la venta de automotores... tiene las

27. Champaud, "Los métodos de agrupación de sociedades", en "Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones", p. 18, año II, Buenos Aires, 1969.

28. Conf Morandi en un voto publicado en LA LEY-1983-C- 240.

26. STIGLITZ, Ruben "Derecho de seguros", cit, pag 172

peculiaridades de un negocio jurídico de "concentración vertical de empresas" ... a través del cual, la concedente incorpora dentro de su estructura funcional dedicada a la distribución de sus productos, a una concesionaria, la que si bien mantiene,.....su independencia jurídica y patrimonial.....se somete a las reglas impuestas por la concedente...", lo que produce "una notoria "desigualdad" de tratamiento, en una vinculación "atípica" ". De esta forma el contrato de concesión, para aquilatarlo en toda su significación y consecuencias jurídicas, debe ser analizado con un "sentido funcional", es decir, sin perder de vista que es el componente de un conjunto de otros contratos idénticos celebrados por el fabricante, para facilitar la existencia de nuevas bocas de expendio de sus productos para el mercado, formando parte de una red de la distribución integrada, y sometida a su dirección y poder ; lo que se expresa, en una "subordinación económica" de las empresas agrupadas, que subsiste, aun cuando se advierta la autonomía patrimonial y jurídica a que antes hemos hecho referencia".

Esta caracterización produce una presunción de la existencia de dominación, de lo que se hace derivar una serie de consecuencias protectorias de la parte débil. Desde nuestro punto de vista, no es exactamente el hecho económico de la dominación, de por sí inasible, sino la existencia de instrumentos de control objetables, lo que produce la aplicación de normas de protección.

En la concentración horizontal, no hay un centro desde el cual parten las directivas, por lo que no hay una configuración piramidal. Todos los integrantes de

la red están en paridad de situaciones, y actúan conjuntamente, interactuando entre sí. En la realidad es difícil que no exista alguien que establezca su predominio, como ocurre con las estructuras de franquicia, en las que el titular de la marca, lo impone.

El problema se traslada, también en este caso, a los instrumentos de control.

No es nuestro propósito desarrollar la teoría acerca del control interno y externo en materia de sociedades y de vínculos contractuales, sino solo poner de manifiesto algunas cláusulas que tienen un efecto preciso en la caracterización de los contratos.

3. Técnicas de control

Podemos discernir diversos tipos de control, que son tratados habitualmente por distintas especialidades:

– *Control societario interno*: El control puede ser logrado mediante participaciones societarias de una empresa en la otra, siendo este un tema propio del derecho societario.

– *Control contractual externo*: Puede ser obtenido mediante un "entorno" contractual: prestamos financieros, asistencia técnica, management, cesión del uso de la marca y otros vínculos que dejan libre a la sociedad controlada en su aspecto interno, pero limitan fuertemente su campo de actuación. En este control, externo, la sociedad ha delegado gran parte de sus actividades que es realizada por otro sujeto, o por varios que pertenecen a una sociedad controlante.

– *Control de la prestación*: en este caso un contratante contrata con otro una determinada prestación, y la controla de

manera tal que limita su margen de autodeterminación.

Este último es el que motivará nuestro análisis. El interés es definirlo claramente y delimitarlo respecto del control de la prestación que da lugar a la relación de dependencia laboral.

La importancia de este distingo es enorme, puesto que una gran parte de los contratos que se integran en redes están sujetos a este control de la prestación y muchas veces se utiliza la noción de "dependencia" para subsumirlos en un régimen laboral o bien en la responsabilidad extracontractual por el hecho del dependiente.

4. El control de la prestación en el campo laboral y comercial

El control de la prestación en el campo laboral es uno de los aspectos de la subordinación jurídica, y debemos diferenciarlo del control existente en los vínculos de colaboración autónomos.

En muchos contratos hay control de la prestación: cuando se contrata a un locador de obra hay un control y supervisión muy estricto (por ejemplo en la construcción de una casa), pero no hay dependencia laboral. En un contrato de franquicia, hay un control muy fuerte a través del manual de operaciones, que guía al detalle la prestación del tomador de la franquicia, al punto tal que hace desaparecer toda diferencia entre el dador y el tomador²⁹. Tampoco hay relación laboral.

La dependencia laboral se caracteriza por ser algo más que una simple "injerencia", o "control", ya que no se limita al objeto del encargo. Alcanza al "elemento personal", al obrero, quien está jurídicamente subordinado. El obrero se pone a disposición de los requerimientos del empleador. El poder de dirección afecta aquellos aspectos estructurales: el patrón puede diseñar el modo de prestación con referencia a los horarios, lugar, medios técnicos a utilizar, ordenar la demanda en el sentido de fijar su ritmo.

Es decir, no se limita a un control de la prestación, sino de la persona.

La violación de las órdenes que da el empleador es un incumplimiento contractual, que puede dar lugar a penalidades como la suspensión disciplinaria, cuando está prevista legalmente (art. 67 ley 20744). Este es un dato revelador de la subordinación jurídica.

No puede confundirse la relación laboral con los vínculos de colaboración. En la colaboración hay una finalidad común, un contrato con un tercero que uno no puede hacer sólo y entonces delega en otro. Consecuentemente hay una función de cooperación de las partes para alcanzar el fin que ha determinado el advenimiento del vínculo. Existe un objetivo que gravita de tal manera que sobredetermina a las partes, haciendo que ellas realicen a través del medio contractual las aportaciones pertinentes para su logro. Ese fin puede consistir en una gestión a realizar (mandato, locación de servicios), en un resultado a

29. ej: Mac Donald

obtener (locacion de obra) o en una utilidad a conseguir y dividir (sociedad).

En virtud de la titularidad del interés, a una de las partes se le concede el derecho de señalar cómo debe desarrollarse el encargo: el mandatario debe ajustarse a las instrucciones (art. 1904 CC), el locador de obra debe ajustarse a las instrucciones del dueño (art. 1632 CC). Por ello, en los negocios de colaboración autónomos, hay una intromisión del titular del interés sobre la actividad de quien realiza la colaboración y está destinada a precisar el objeto del encargo.

Esto es distinto en el contrato de trabajo.

Al contrario de la regla general, no es el colaborador quien está en relación con el tercero. Es el titular del interés (patron) quien se vincula con otros, y de ahí que el obrero colabora de un modo "instrumental". Por eso la dependencia es más fuerte que la injerencia. El contrato de trabajo es un negocio de colaboración dependiente.

De manera que puede decirse que en muchos contratos hay control de una de las partes sobre la prestación de la otra. En aquellos vínculos en que se alcanza la conducta de la persona física involucrada de modo que tiene un carácter instrumen-

tal respecto de la prestación principal que compromete el empleador, es laboral.

En los casos en que el control forma parte de un vínculo de colaboración, en los que el titular del interés delega en otro la relación con los terceros y no la presta el mismo, no es laboral.

5. El control en los vínculos de colaboración autónoma: finalidades

Hay casos en los que el control es dado para proteger un bien de uno de los contratantes cedido en uso al otro, como el know how, la marca³⁰, y otros, y no se deriva del mismo ningún desnivel con relevancia jurídica en la protección de la parte débil.

Otros controles permiten una intervención muy fuerte de uno de los contratantes no solo en la prestación, sino en toda la actividad del otro, como son los que autorizan a quien presta dinero, con facultades de hacer auditoría, imponer deberes de comportamiento empresarial, objetivos alcanzar y muchas otras conductas que obedecen a asegurar el riesgo económico y no a proteger la parte débil³¹.

En muchos supuestos el control es un medio de reducción de costos. Por

ejemplo, las obras sociales intervienen en el control de la prestación de clínicas y médicos estableciendo standards de actuación, vademecum para la prescripción de medicamentos, todo con la finalidad de reducir costos que benefician a toda la red.

En otros supuestos, es un elemento caracterizante de la figura. Concretamente en la franquicia, se ha sostenido que el "control significativo" es un elemento del tipo, esencial para que exista el contrato. El mencionado control es "un concepto jurídico indeterminado y de concreción topica, y que implica necesariamente la existencia de una dirección técnica comercial, e incluso la posible incursión en auténticas funciones de administración o dirección empresarial en sentido propio, al admitir su extensión a aspectos como la política financiera, de personal o el derecho de establecimiento de la empresa franquiciada" y ello es un elemento decisivo para conseguir un "elevado nivel de integración e las partes"³².

En la concesión también hay fuertes controles, aunque menos intensos que en la franquicia porque los elementos en juego en la concesión son tangibles (por ejemplo: automotores, marca) y más fáciles de proteger que el inabible "know how", muy fácil de copiar y reproducir. En la concesión suele haber obligaciones de compra, ventas mínimas, obligación de promoción, de no concurrencia, de diseño de los locales, supervisión contable, préstamos financieros continuos que ejercen un control muy fuerte sobre el concesionario.

El control sirve también para aumentar la capacidad de venta de todo el grupo. Por ejemplo, se ha dicho que "la exclusividad impuesta a la concesionaria, afirma en los hechos la superioridad del fabricante durante la vigencia del contrato y, el control, que se establece sobre las conductas y patrimonios de los componentes (que el procedimiento de concentración agrupa), surge como el medio utilizado por la parte directriz para realizar y conservar la "unidad de decisión", incluso para aumentar, en un momento dado, la capacidad de agresión de cada unidad del grupo dentro del mercado (ver Champaud, ob. cit., en Revista, cit., p. 120, apart. 3^a)"³³.

6. Efectos

La existencia de un control de la prestación en los vínculos de colaboración autónoma no activa la presunción de existencia de una relación laboral (art. 23 LCT). El efecto en cambio se produce en otros ámbitos:

– en el plano del derecho del consumidor, el control puede crear una apariencia jurídica frente a terceros que haga responder al controlante frente a los terceros en virtud de la buena fe creencia creada.

– en el plano de la responsabilidad es admisible la regla: a mayor intervención en la prestación, mayor responsabilidad.

7. El ejercicio abusivo del control:

El control y el ejercicio del poder de dirección que del mismo se deriva están

30. Conf. FERNANDEZ NOVOA, "Fundamentos de Derechos de Marcas", Madrid, Motecorvo, 1984, pag. 377. Dice el autor que el control es típico en el derecho de marcas, que puede ser pasivo, o bien incluso activo, como ocurre en la franquicia, donde el franchisor ejerce un control activo sobre la explotación empresarial, necesario para la protección de su imagen.

31. Este es un fenómeno muy común: desde los países que, solicitando préstamos internacionales se someten a los controles del Fondo Monetario Internacional, el que a su vez les impone conductas económicas precisas, a las empresas que, para solicitar préstamos de importancia deben mostrar contabilidades, someterse a auditorías, y muchas veces adoptar conductas específicas impuestas por los Bancos que prestan. Ser deudor en un grado importante es ser dependiente, controlado, y en muchos casos, estar integrado con el Banco.

32. ECHEBARRIA SAENZ, Joseba, "El contrato de franquicia", Mac Graw Hill, Madrid, 1995, pag. 28.

33. CNCOM, LL-1983-C-240

sometidos a límites internos que definen su uso regular. El ejercicio regular del derecho se debe ejercer conforme a finalidades, establecidas por el objetivo que la ley tuvo en miras al reconocer el derecho, la buena fe, la costumbre.

El control y el ejercicio del derecho de dirección no escapan a estos límites. En materia laboral tenemos un ejemplo, puesto que la ley establece límites de este tipo al poder de dirección que tiene el empleador sobre la conducta del empleado.

En las redes de contratos el control debe ajustarse a la finalidad que representa el funcionamiento de la red. Por ejemplo, el control que ejerce el concesionario tiene por finalidad el mantenimiento de la red. Por ello puede establecer pautas para prever que se mantengan stocks, o de servicios a dar a los consumidores o referentes al uso de los signos distintivos. Asimismo, puede definir políticas arancelarias, financieras, tributarias, comunes para disminuir costos de la red.

El límite a estas conductas, está dado por una desviación de la finalidad. Si la causa sistemática es el mantenimiento de la red o la disminución de los costos, todas las conductas del concedente pueden examinarse conforme a ese standard.

Si el poder de dirección se usa para una finalidad desviada, como por ejemplo para trasladar costos o riesgos a los concesionarios, es un supuesto de uso abusivo.

El control de la red se logra a través de una serie de cláusulas que son "sospechosas" de abusividad, entre las que cabe mencionar las siguientes:

? Clausula de exclusividad de compra: obliga al franquiciado a adquirir una cantidad de bienes únicamente al franchisor, o bien a un proveedor indicado por este.

? Clausula de exclusividad de compra y de venta reciproca: obliga al franchisor a aprovisionarse unicamente del franchisee y a éste a adquirir y distribuir solamente dicha producción.

? Cláusula de territorialidad simple: otorga al franchisee un privilegio de suministros exclusivos en un área determinada, en la que no puede haber ningún otro negocio similar creado por el dador.

? Cláusula de territorialidad reforzada: al concedérsele la zona, se obliga al tomador a limitarse a ella, no pudiendo enviar vendedores a otras zonas.

? Clausula de precio uniforme: con el fin de lograr una homogeneidad de todos los integrantes de la red, se establece un mínimo y un máximo, o bien directamente un precio obligatorio a fin de que todos los integrantes vendan al mismo precio.

? Clausula de mantenimiento de stock: obliga al distribuidor a adquirir una cantidad mínima y permanente de bienes.

También es interesante la aplicación del criterio antidiscriminatorio. Entendemos que debe considerarse implícita una cláusula no discriminatoria: el organizador debe comunicar a todos los integrantes de la red las novedades y no discriminar a algunos miembros. Por ejemplo, si en una red de franquicias sale una nueva tecnología y no se la proveen a uno de los franquiciados,

ello afectaría la igualdad y sería un trato discriminatorio³⁴

IV) Efectos entre las partes: deberes de protección del sistema

1. La obligación de contribuir al sostenimiento del grupo:

Con base en la causa asociativa del sistema de contratos, podemos encontrar un deber secundario de conducta consistente en el sostenimiento del grupo.

Ello ha sido declarado jurisprudencialmente en varios casos:

En los planes de ahorro se ha dicho que hay una relación de "convivencia" entre los contratos, traducida en el común interés del buen éxito del mismo, el que está indisolublemente ligado al cumplimiento exacto puntual y riguroso de las obligaciones de cada uno"³⁵

En el contrato de concesión se ha dicho que debe ser analizado con un "sentido funcional, es decir, sin perder de vista que es el componente de un conjunto de contratos idénticos celebrados por el fabricante para facilitar la existencia de nuevas bocas de expendio de sus productos para el mercado, formando parte de una red de distribución integrada..."³⁶.

En los clubes de campo se ha indicado que "es necesario que los condóminos

de los bienes comunes contribuyan al mantenimiento, conservación y mejoramiento de estos últimos..." porque la adhesión de cada propietario "se propone dar vida a un resultado jurídico que es la existencia y continuidad del mismo como institución..."³⁷.

Con referencia al consorcio se ha señalado que para la solución de los conflictos entre propietarios "debe tenerse en cuenta el interés de la comunidad, procurando que la solución no beneficie a algunos propietarios en desmedro de otros"³⁸.

2. El aseguramiento del éxito de la empresa común:

En algunos casos puede plantearse si existe una obligación de asegurar el éxito del grupo.

Esta situación puede darse principalmente en supuestos tales como el hipermercado de consumo. La empresa organizadora hace estudios de mercados, planifica un ordenamiento, hace publicidad, y todo lo que ella haga, o deje de hacer, repercutirá directamente en la suerte económica de las empresas locatarias del hipermercado.

Es perfectamente posible establecer la frustración del negocio atendiendo a:

— la diferencia entre los estudios realizados, planificación efectuada antes de la

34. KLEIDERMARCHE, Jaime, "Franchising- aspectos económicos y jurídicos", Abeledo Perrot, 1993, pag 153.

35. C1RA CIV Y COM BAHIA BLANCA, SALA 1RA, LL.7.8.92.-.

36. CNCOM, Sala B, Cilam c. Ika Reanault

37. CNCIV SALA A., "Mapuche Country Club c. Lopez de Marsetti, Hebe", JA.1989-IV-202.

38. CNESP CIV Y COM SALA II, "Canzone de Traversa, Maria c. Consorcio de Prop. Suipacha", LL.1987.E.92.

instalación del shopping y la realidad de ventas y circulación de público en un determinado momento posterior.

– las situaciones en otros emprendimientos similares.

De tal modo, recurriendo a la costumbre del lugar, las exigencias de la naturaleza de la obligación, el tiempo y otros factores concretos, se puede establecer una aproximación a lo que la empresa debió hacer y lo que realmente sucedió. La distancia entre un parámetro y otro nos da una idea de la culpa (art. 512 CC).

Esta omisión de diligencias exigibles repercute sobre la economía de cada uno de los locatarios, ya que si hay menos gente en el shopping, habrá menos ventas.

De tal manera podremos encontrar un factor de atribución de responsabilidad subjetivo y un nexo adecuado de causalidad.

Sin embargo, hay una pregunta previa:

¿Existe una obligación de la empresa organizadora del hipermercado de garantizar que los locatarios tengan un número de público adecuado y ventas razonables, de modo que su incumplimiento culposamente produzca la obligación de indemnizar los daños causados?

Normalmente la respuesta es negativa porque ello no encuadra dentro de las obligaciones que surgen de la locación de cosas. Si alguien alquila un local comercial en una zona donde circula mucha gente, y luego la gente deja de ir, no hay una

obligación incumplida. El locador-propietario de un inmueble, no se obliga a garantizar un determinado número de ventas o de público en la zona donde está ubicado el inmueble.

Pero en el shopping hay un nexo asociativo que se adosa a las relaciones de cambio, de cesión de uso y goce que causa la locación de cosas. Por esta razón, se dijo en un fallo reciente, que no hay una obligación de resultado ni de medios respecto del éxito o funcionamiento del negocio del shopping center, pero que hay una suerte común compartida, de modo tal que tal resultado no es indiferente³⁹.

Es evidente que la suerte es común, y de ahí la conexidad existente. Sin embargo, el buen o mal funcionamiento depende de todos los integrantes de la red, y no solo del organizador. De tal manera puede distinguirse:

– la actividad de cada uno de los integrantes de la red: por ejemplo, si los negocios que están en el shopping center no resultan atractivos, o tienen precios caros.

– la actividad de la empresa organizadora.

De tal manera que, salvo disposición contractual no abusiva en contrario, la obligación de la organizadora es desarrollar los medios conducentes para concretar la expectativa creada en la planificación del emprendimiento común. Su incumplimiento culposamente produce la obligación de indemnizar los daños causados.

39. CNCiv., sala H, 22/9/94- Carrefour Argentina S.A. c. Kids And Co. S.R.L., LL, 31/5/95

3. Derecho a la estabilidad

Las redes tienen como característica su duración, y de ello se sigue una vocación de estabilidad en la relación. Este elemento tipifica no sólo los aspectos extintivos, sino también el momento funcional.

Este derecho tiene su contracara en un deber de obrar de buena fe que se concreta en dos momentos:

? En la etapa de cumplimiento: no modificar intespectiva o injustificadamente el vínculo, de modo que ello lleve a su desnaturalización. En la jurisprudencia se han establecido reglas en este sentido diciendo que “El contrato de concesión impone a la empresa concedente el deber secundario de evitar todo aquello que pueda frustrar el fin de la concesión o perjudicar indebidamente a la otra”⁴⁰: “... y en consecuencia (...) evitar (...) cualquier modificación de las condiciones operativas del contrato, aun cuando dependan de la voluntad exclusiva de la concedente, deben ser motivo de una comunicación al concesionario, pues de lo contrario la situación aparece como injusta y arbitraria...”⁴¹.

? En la extinción: la necesidad de preavisar la extinción y no obrar de manera intespectiva, de modo de desbaratar los derechos de la otra parte.

4. El deber de trato igualitario

Cuando alguien puede establecer normas con eficacia general hacia terceros integrantes del grupo, como sucede en el

contrato colectivo, en el contrato forzoso, en las condiciones generales de los contratos, o imponer costumbres obligatorias, con distinta intensidad y valor, su decisión impacta en el grupo y en la comunidad.

El juzgamiento del uso del derecho no puede ser mediante el examen de su interés, de la intención de dañar o de la culpa.

Necesariamente debe examinarse mediante la compatibilidad con los bienes públicos afectados y la noción de grupo.

Esta aparición de un derecho colectivo lo asemeja bastante a las facultades que tiene un legislador. También son similares los problemas puesto que tiene que compaginar intereses contrapuestos, tener una mirada global del universo a regular y examinar las consecuencias.

Por ello pensamos que, en el caso de analizar estas regulaciones, debe adoptarse un criterio particularmente estricto, adoptando el modelo de un buen legislador y exigiendo una previsibilidad mayor que la común en la contemplación del espectro de los resultados de las conductas normativas.

Podemos señalar, por los fundamentos predichos, que hay un principio democrático aplicable a la organización del mercado que resulta comunicable a toda “situación jurídica” que emana de la autonomía privada.

En particular, en las redes contractuales, surge con claridad la obligatoriedad del organizador de establecer reglas genéricas e igualitarias.

40. CNCiv., Sala B, 14/3/83, ED, 104-182.

41. CNCiv., Sala A, 31/10/89, “Barragán, Juan H. c/Grimoldi, La Marca del Medio Punto S.A.”, LL, 1990-D-228

Por ejemplo, con relación al contrato de concesión, se ha dicho que es una obligación del concedente el trato igualitario para todos los concesionarios⁴². Ello no significa que todos sean iguales, sino que tengan igualdad de oportunidades, las que luego podrán ser aprovechadas desigualmente por cada uno de ellos.

TERCERA PARTE: Relaciones Externas

I) Efectos frente a terceros:

1. El problema

En los casos que examinamos, hay un conflicto respecto del efecto relativo de los contratos. Hay dos o mas empresas que actúan en red, celebrando contratos diferentes y autónomos respecto de un tercero. Hemos dicho que desde el punto de vista del cliente que recibe una satisfacción a través de dos o mas contratos, los mismos se presentan como relacionados, y que se han utilizado las nociones de dependencia reciproca y de condicion para justificar algunos efectos.

El problema que se presenta es complejo y se da en muchos vinculos contractuales, tanto de consumo como discrecionales:

– Cuando una persona contrata la compra una heladera en una firma y obtiene un credito en otra indicada por ella, celebra dos contratos autónomos:

mutuo y compraventa. Si la cosa presenta algun vicio, podra deducir su accion, pero debera seguir pagando porque no podra plantear esa cuestion en el mutuo celebrado. Lo mismo sucede cuando se compra con tarjetas de credito.

– Una empresa importa maquinarias y para ello celebra un contrato de compraventa, otro de transporte, otro de seguro, otro de asistencia tecnica, y muchos otros, de modo que el proposito practico no es el funcionamiento autonomo, sino coordinado de todos ellos. Sin embargo, el momento de conceder acciones, el Derecho no considera ese entrelazamiento.

En el derecho argentino, en ausencia de una disposicion legal especifica se han ensayado diversos fundamentos.

2. Fundamentos juridicos

A) La dependencia y el control:

A1) El caso de las obras sociales y de las clinicas

En estos casos, se produce una clara actuacion en red: las obras sociales, las clinicas, los medicos, se aunan en la prestacion frente al paciente, sin formar por ello, una sociedad. Son vinculos independientes, y ello ha motivado que la doctrina y jurisprudencia se ocuparan de establecer las bases del debito de responsabilidad, de uno, por el obrar del otro.

En este sentido, sostiene BUERES I⁴³ que la noción de dependencia puede ser comprendida con sentido lato, y se verifica cada vez que se confiera al auxiliar una autorización para obrar; quien la imparte tuvo al menos un “ocasional” poder de elección y posee un “virtual” poder de control y de impartir órdenes al autorizado. El ejecutor del último tramo de prestación es auxiliar o dependiente. De ello se sigue que “cuando los poderes de elección, contralor. dirección, etc, se diluyen hasta un punto en que ni siquiera acudiéndose a una ficción pudiera concebirse en su existencia, aunque más no fuera que de un modo virtual, el deber “reflejo” o “indirecto” de garantía que estimo es objetivo por el actuar ajeno, deja de ser tal y da paso o se transforma, en un deber juridico de seguridad, que funciona con carácter secundario de la prestación principal y cuya trasgresión genera una responsabilidad directa del deudor”.

La jurisprudencia se ha orientado a declarar la responsabilidad de la obra social por los hechos danosos que causan los medicos cuando son dependientes de ella o, cuando no siendo dependientes, participan de un listado cerrado. Si es “cerrado” la obra social debe responder por el incumplimiento de la prestación de salud a su cargo y que la obra social delega en de-

terminados sanatorios y profesionales. La obra social se valió de terceros para ejecutar su obligación, siendo los sustitutos determinados por ella, obstandole al afiliado el camino de la opción⁴⁴.

A2) El caso del franquiciante:

El problema que se discute aquí es la responsabilidad del franquiciante por los hechos del franquiciado. Este supuesto encierra varias hipotesis disimiles, de las que recataremos una, que es particularmente útil para nuestros propósitos.

En el caso específico de la responsabilidad por daños, Kemelmajer de Carlucci se ha pronunciado por la afirmativa⁴⁵ señalando que “el control externo ejercido por el franchisor crea generalmente una relación de subordinación técnica muy cercana a la dependencia que justificaria la responsabilidad vicaria”, y por ello no responde si no ha tenido ninguna posibilidad de contralor.

De tal modo, la dependencia y el control, son los fundamentos de la imputacion.

A-3- Dependencia tecnica: el caso del lavavajillas

En un caso jurisprudencial⁴⁶, se trataba de una persona que habia comprado un lavavajillas, el que, luego de un

42. HOCSMAN, “Contrato de concesión comercial”, De. La Rocca, 1994.

43. BUERES, Alberto, “Responsabilidad de las clinicas y establecimientos asistenciales”, De. Abaco. Tambien su voto en fallo primera instancia “Sachi de Reggie, Teresa c. Altman Canestri, Edgardo”. LL- 1981-D-132. CNCIV SALA D. “MACKINSON, JORGE C. WILK, ALFREDO”. LL. 1983-B-554; idem en “ASTESIANO, ALBERTO C. POLICLINA BANCARIA 9 DE JULIO”, LL. 1985-C-638.; “Fernandez Russo, Miguel c. Hospital Jose Ramos Mejia”. JA. 18-4-90.-; PESCIO, CESAR, 1 inst. “SANCHEZ, PASCUAL C. MUNICIPALIDAD DE LA CAPITAL”. LL. 1986-A-435.

44. Ampliamos en nro libro “La empresa medica”, Rubinzal y Culzoni, 1997.

45. “Daños causados por los dependientes”, Hammurabi, pag 87

46. Causa “Baskir” fallada por la CNCOM SALA B, public en LL. 6.6.96

tiempo comenzo a producir algunas fallas pequenas. Al ser atendido por el servicio, se produjo una negligencia imputable a este ultimo, que trajo como consecuencia una inundacion en el departamento del actor.

El actor habia celebrado un contrato de locacion de servicios profesionales con el "service" y se habia producido un incumplimiento culposo de parte de este ultimo, que derivaba en su responsabilidad contractual. Sin embargo, demanda tambien al vendedor, con quien habia celebrado un contrato de compraventa, el que se hallaba cumplido perfectamente. No habia vinculacion entre ambos contratos porque:

- en el primero se trataba de una locacion de servicios y en el segundo de una compraventa.

- en el primero hay una obligacion de hacer y en el segundo una obligacion de dar.

- los obligados son personas juridicas distintas.

- solo existio un incumplimiento de la obligacion de hacer, pero no de la de dar.

Sin embargo, ocurrio en el caso que la empresa vendedora indicaba al cliente que para la atencion de cualquier desperfecto, debia recurrir al service indicado por ella. No existia en este caso una dependencia laboral del service respecto de la empresa vendedora, ni una sociedad ni vinculo asociativo. Solo existia un interes economico de ambos de contratar agrupadamente con los clientes, obteniendo asi beneficios mutuos.

Probablemente el service no tenia la solvencia necesaria para afrontar los danos sufridos por el actor, y por esta razon se demandando al vendedor.

Para encontrar una vinculacion entre el vendedor y el service frente al cliente, la sentencia juzgo que habia una "dependencia tecnica".

3. La regla: mayor control, menor eleccion, mayor responsabilidad.

En los casos precedentes se observa que la libertad de eleccion de uno de los contratantes, es absorbida total o parcialmente por el otro:

- En los contratos medicos, cuando la obra social establece un sistema cerrado, limita la libertad de eleccion del paciente.

- En el caso del lavavajillas, el fabricante que indica un service determinado, limita la libertad del comprador de elegirlo.

- En el contrato de franquicia, el control es la esencia del vinculo, pero se transforma en dominacion cuando se absorben las facultades de eleccion del tomador de modo tal que frente al tercero, no hay distingos.

Puede establecerse entonces que, a mayor control ejercido una de las partes, hay una correlativa disminucion del poder de eleccion de la otra.

El aumento del control se hace normalmente, porque mejora la posicion economica y estrategica de una de las partes en el contrato, obteniendose asi beneficios. Naturalmente, estos beneficios deben ser complementados con los costos

asociados, y es allí donde ingresa la regla de responsabilidad.

Normalmente, el riesgo derivado del ejercicio de la libertad de eleccion es soportado por quien lo ejerce. Si una persona elige a un medico y se equivoca porque es uno de mala calidad, carga con el peso de esta decision erronea. Usualmente es una regla admitida⁴⁷ ya que hay buenos y malos oferentes, y la seleccion se opera mediante el intercambio de decisiones entre los individuos.

Cuando la obra social se interpone entre el paciente y el medico como agente financiero, puede absorber esta libertad de eleccion del paciente. El agente financiero del sistema advierte que no puede mantener esa libertad, porque el costo es demasiado alto. Si el paciente puede elegir entre todos los medicos que estan ofreciendo sus servicios, se produce un incremento de costos que la obra social no puede soportar. Consecuentemente limita el numero de oferentes de servicios, estableciendo una cartilla. De este modo limita sus costos, porque la cantidad de profesionales es controlable y puede celebrar arreglos contractuales con ellos, manteniendolos dentro de sus posibilidades economicas.

Esta es una circunstancia razonable dentro del esquema de funcionamiento de la Obra Social en el sistema legal actual.

La traslacion de la libertad de eleccion contractual desde el paciente hacia

la obra social es clara, y tiene un efecto preciso, cual es la traslacion de los riesgos. No se puede absorber la libertad de eleccion sin asumir tambien los riesgos que ella acarrea.

De ello se sigue que si la obra social elige los oferentes y lo hace mal, ella debe soportar el riesgo. No se admite en cambio que el paciente pierda la libertad de eleccion en favor de la obra social y mantenga la carga de los riesgos, porque ello importa una falta de equilibrio en su relacion con la obra social.

B) Expectativa juridica y Deberes colaterales:

El mandato dado voluntariamente o la apariencia juridica creada frente a terceros es un factor imputativo. Se trata de una conducta del comitente presunto que ha permitido que se genere una expectativa frente al damnificado de buena fe⁴⁸.

Con mucha fuerza, señalada por Alterini⁴⁹, surge la responsabilidad del productor aparente, de quien pone la marca en un producto y crea una expectativa. Según Alterini, es el riesgo-provecho que obtiene alguien de esa apariencia, el fundamento mediato de la imputación.

B1) La ley de proteccion de los consumidores

En el articulo 40 de la ley 24240, se preveia la solidaridad de todos los integrantes de la cadena de comercializacion, lo que fue vetado por el Poder ejecutivo nacional.

47. FRIED, Charles, "Contract as a promise. A Theory of contractual obligation", Harv. Univ Press, 1981.

48. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, op cit, pag. 93

49. Alterini Atilio, "Responsabilidad objetiva derivada de la generacion de confianza", en "Derecho de Daños", 539

No obstante ello, muchas obligaciones de origen legal, son imputadas a varios sujetos integrantes de la red. Así, en la definición misma del artículo primero, quedan obligadas: "todas las personas físicas o jurídicas que en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios".

Con referencia al deber de informar, el artículo 4 obliga a quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios".

El artículo 5 establece que las cosas y los servicios deben suministrados o prestados...de forma tal que no presenten peligro. El artículo 6 dispone que las cosas y servicios cuya utilización pueda suponer un riesgo, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones...para garantizar la seguridad de los mismos".

Ello da lugar a que muchos deberes colaterales, puedan ser imputados a diversos integrantes de la red, con fundamento en la legislación mencionada, y que pueden ser una fuente de responsabilidad hacia terceros.

Veamos los ejemplos.

B2) Expectativa jurídica creada: El caso de los hipermercados

En este ámbito es particularmente interesante la problemática suscitada en relación a los hipermercados, que examinaremos seguidamente.

Es habitual que la empresa organizadora del hipermercado actúe como agente de todos los integrantes del mismo para la contratación de un seguro contra

los daños sufridos por incendios o robos. En este caso asume voluntariamente un deber de previsión y de protección respecto de quienes son locatarios. Este débito no fluye naturalmente del contrato de locación ni está contemplado en el derecho supletorio (normativa del Código Civil referida a los contratos de locación). La racionalidad económica no se basa en un contrato de locación, sino en una pluralidad de ellos, ya que la empresa, al actuar como agente de numerosos locatarios frente al asegurador, obtendrá precios más baratos en el contrato de seguro de incendio. En muchos supuestos, el asegurador impone como contrapartida, la adopción de medidas de seguridad, que no son tomadas por los locatarios, sino por la empresa organizadora.

Llegados a este punto, se puede observar con claridad que la empresa ha asumido obligaciones de prevención e incendio y de contratación del seguro correspondiente, que no forman parte normal del contrato de locación. Se trata sin embargo de una conducta que da lugar a una expectativa jurídica (arts 919 y 1146 Código Civil Arg) en virtud de la cual, tanto los locatarios como el asegurador, esperan que la empresa se ocupe de la previsión y del aseguramiento.

Existe aquí la asunción voluntaria de un deber colateral de previsión.

En otros casos, se han deducido deberes colaterales respecto de terceros de origen legal. Es el caso de la responsabilidad de la empresa organizadora del hipermercado por los hurtos de automóviles que ocurren en las playas de estacionamiento,

ento, y que ha dado lugar a soluciones contradictorias.

Adviértase la complejidad del problema: una persona va a comprar una corbata a un negocio del hipermercado y deja el automóvil en la playa de estacionamiento, la que es ofrecida por la empresa en forma gratuita. Podría decirse que celebró dos contratos, uno de compraventa y otro de depósito, o bien que celebró uno de compraventa que lleva conexo el ofrecimiento de la playa de estacionamiento, o bien que celebró un contrato de compraventa y no hay ninguna relación con la empresa organizadora del shopping y propietaria de la playa.

En un caso⁵⁰ el Tribunal entendió que en la situación examinada, el ingreso y egreso de los rodados era libre y gratuito, y se estacionaba en el lugar elegido durante el tiempo deseado. El usuario cierra su rodado conservando las llaves, al egresar no existe control ni verificación. En su opinión, no se dan las circunstancias caracterizantes del contrato de garaje y no puede sostenerse que haya mediado depósito civil, habida cuenta de que no medió entrega de la cosa al supuesto depositario, con el fin de que éste asuma la obligación de guarda sobre ella o de restituirla en el mismo estado (arts. 2182 y 2190, Cód. Civ.).

En otro caso la solución fue distinta⁵¹, porque se entendió que la absoluta falta de control en la entrada y salida de los vehículos en realidad constituye una negligencia por parte de la empresa organizadora.

No hay contrato entre el consumidor y el organizador del shopping center referido a la playa de estacionamiento. Sin embargo, ésta es ofrecida por la empresa para facilitar la compra, para inducir a ella, para marcar diferencias con la competencia.

De tal modo estamos en la antesala de un contrato, en el que se plantean dos opciones legales. Puede señalarse que se trata de una conducta social típica que produce una responsabilidad "antecontractual", o bien que es parte de una oferta compleja efectuada por el organizador. En ambos casos, la solución es la misma, en la medida en que existe una obligación de seguridad, sólo que en el primer caso sería extracontractual, mientras que en el segundo es contractual. Sin embargo, con cualquiera de las dos fundamentaciones caería dentro de la ley de protección de los consumidores y usuarios (ley 24240).

En todos estos casos puede advertirse que existen deberes colaterales: de información, de previsión, de protección, y otros, que con fundamento en la protección del consumidor o en la expectativa jurídica creada, se imponen a quien no es contratante directo, sino integrante de una red de prestación.

C) Existencia de una condición tacita:

En otros casos, puede encontrarse el fundamento en la existencia de una condición tácita.

50. Cám. Nac. Com., sala B, "Argos Cía. Argentina de Seguros Generales S.A. c/ Carrefour Argentina S.A.", J.A., 1992-II-59

51. Cám. Nac. Com., sala E, "Inca S.A. Cía de Seguros c/ Carrefour Argentina S.A.", 28-10-91, J.A. 1992-II-60

Es cierto que habitualmente, las partes no celebran expresamente estos pactos, pero también lo es que la condición puede surgir tacitamente cuando aparece con suficiente seguridad que tal ha sido la intención de las partes⁵².

Habría que estar entonces a la interpretación de la voluntad de las partes para determinar si la reciprocidad o la condición han sido consideradas como modalidades de los contratos celebrados.

3. Efectos

En cuanto a los efectos que produciría la referida reciprocidad, son de interpretación restrictiva, puesto que son una excepción a la regla del efecto relativo de los contratos. Entre ellos, en el derecho comparado se han señalado los siguientes:

- las viscosidades que afectan a un contrato (invalidéz, ineficacia, resolución), puede repercutir sobre otros.

- el pacto comisorio o la excepción de incumplimiento contractual podrían ser invocados si uno de los contratos no ha sido cumplido.

- la acción directa en materia de responsabilidad.

4. Situaciones jurídicas abusivas

En numerosas redes contractuales se pueden crear mercados cautivos lesivos del ejercicio de facultades de individuos. Ello

es frecuente en grupos de ahorro y préstamo, tarjetas de crédito, sistemas de medicina prepaga, agrupamientos contractuales de propietarios de propiedad horizontal, clubes de campos, o sistemas de tiempo compartido.

La conexidad contractual puede dar lugar a la creación de un cúmulo de derechos que permiten una acción concertada. Cuando ello es impeditivo o limitativo de las facultades de otro contratante, puede dar lugar a situaciones jurídicas abusivas, con la consiguiente aplicación de la sanción jurídica frente al acto abusivo⁵³.

5. Conexidad contractual y obligaciones conexas o concurrentes:

En muchos casos, fundado en la responsabilidad por daños, el legislador imputa a una cadena de responsables. En el caso de la locación de obra, pueden responder el locador, y otros sujetos, pero se trata de obligaciones concurrentes. Las obligaciones conexas se caracterizan porque hay un mismo acreedor, una identidad de objeto pero varios acreedores cuyas obligaciones tienen distintas causas. La acción de repetición entre ellos se funda en esa causa⁵⁴.

Aunque se denominan también conexas, se trata de un elemento que afecta a las obligaciones y no directamente a los contratos.

II) Efectos frente al mercado: Las redes y el derecho de la competencia

El Mercado, en un sentido amplio, es "cualquier conjunto de mecanismos mediante los cuales los compradores y vendedores de un bien entran en contacto para comercialarlo". Mas específicamente, es un modo de asignación de recursos escasos, que se basa en el intercambio voluntario de los mismos, producido por los agentes económicos a través de la oferta y la demanda. El Mercado se presenta entonces, como un instrumento de planificación económica descentralizada. El esquema distributivo final no es previsto ex ante, como en la planificación centralizada, sino que surge ex post, como derivado de la interacción compleja de conductas económicas. En virtud de ello, tiene como característica metodológica, su flexibilidad a los cambios ya que es hipersensible a las influencias internas o externas, y además, que la distribución final está sometida a riesgo, siendo impredecible.

De allí surge un elemento esencial: el precio es un dato objetivo, externo a la actividad empresarial; no se lo conoce de antemano ni se lo puede determinar.

Es natural que los agentes económicos intenten disminuir este riesgo. Por esta razón pueden constituir grupos fuertes que se impongan a los débiles y disminuyan la competencia, y por lo tanto aseguren

algunas de las variables que escapan normalmente a su control. En este sentido, el monopolio surge cuando el único vendedor de un producto o servicio puede imponer precios; el monopsonio se presenta cuando hay un único comprador. En ambos casos, al existir un único oferente o demandante, existe un poderío que distorsiona el funcionamiento del mercado.

En otros casos, se realizan acuerdos para fijar precios, ganancias, o bien limitar la producción para generar escasez y, consecuentemente mayor demanda e incremento de precios. Estos son acuerdos colusorios en tanto limitan la competencia entre las empresas y perjudican el libre funcionamiento del mercado⁵⁵.

Las redes pueden ser vistas como acuerdos para la violación de las reglas que protegen la libre competencia. Este tema ha surgido principalmente en relación a la franquicia, porque es el sistema de redes que exhibe mayor grado de integración.

Planteado el problema, examinaremos primero las prohibiciones y luego si las redes constituyen violaciones a las mismas.

1. Las conductas punibles

La ley 22.262 de defensa de competencia de 1980, tutela el "interés económico general" (art. 1º. in fine), y prohíbe "los actos o conductas relacionadas con la producción e intercambio de bienes y servicios, que limiten, restrinjan o

52. CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, "Derecho de las Obligaciones", Lep, 1975, t II, pag 188.

53. Ampliamos en LORENZETTI, Ricardo, "Nuevas fronteras del abuso del derecho-Situaciones jurídicas lesivas de libertades. Tutela del mercado y amparo", LL.1995-E-593.

54. CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, "Derecho de las obligaciones", Lep, t.2, pag. 80; LLAMBIAS, JJ, "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones", Abeledo Perrot, Bs.As., 1982, T II-A- pag 589.

55. Sobre la competencia conf: CABANELLAS, Guillermo, "Derecho antimonopolio y de defensa de la competencia", Heliasta, Bs.As. 1983; REYES y otros, en "Derecho de la competencia", Revista de Derecho Industrial, enero-abril, 1993, Depalma, Bs.As; RIPPE, Siegbert, "El derecho de la competencia en el Mercosur", public en "Mercosur-balances y perspectivas- IV Encuentro Internacional de Derecho para la América del Sur", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, pag 255; HOLZ, Eva, "Mercado y Derecho", Fundación de cultura Universitaria, Montevideo, Montevideo, 1993, ULHOA COELHO, Fabio, "Direito Antitruste brasileiro", Saraiva, 1995.

distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general". Aclarando este concepto señala (art.41), "...que una persona goza de una posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de productos o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial". Asimismo, indica (art. 41 inc. b) que "dos o más personas gozan de posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros, en todo el mercado nacional, o en una parte de él". La ley (art. 41) indica como conductas punibles: fijar, determinar o hacer variar los precios en un mercado; limitar o controlar el desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción, distribución o comercialización de los mismos; establecer las condiciones de venta y comercialización, cantidades mínimas, descuentos y otros aspectos de la venta y comercialización; subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones u operaciones suplementarias ajenas a esos acuerdos; celebrar acuerdos entre competidores distribuyendo zonas o mercado; impedir el acceso a competidores; negarse a satisfacer pedidos; imponer discriminaciones en la compra o venta de bienes; destruir producciones; abandonar cosechas; comunicar a los competidores precios o condiciones de venta."

La sola lectura de estas disposiciones muestra que las redes constituyen sistemas que pueden producir los efectos que la norma prohíbe.

2. Las redes de franquicia

La red de franquiciantes podría ser considerada como un acuerdo para fijar un precio, o controlar la distribución y comercialización de bienes y servicios o para la distribución de zonas. No obstante lo expuesto, en general se considera que las redes de franquicia no producen por su sola existencia una violación del derecho de la competencia.

Ello es así porque:

? no se trata de un acuerdo entre competidores, porque la franquicia se conforma cuando un negociante exitoso intenta reproducirlo incorporando a otras personas que no eran comerciantes competidores⁵⁶.

? el sistema de franquicia no es un grupo, sino una red, lo que implica que no es una fusión sino una cantidad de contratos conectados. La conexidad contractual se da en virtud de una finalidad económica general que los relaciona, pero no es un acuerdo cuya finalidad sea anticompetitiva.

? La red en sí misma no impide la existencia de otros oferentes en el mercado.

Estos sólidos argumentos inhiben la posibilidad de calificar a la red como un monopolio o un acuerdo colusorio. Sin

embargo, pueden existir distorsiones, efectuadas a través de cláusulas, que den origen a violaciones.

3. Cláusulas que lesivas del derecho anticompetitivo

En el derecho comparado la jurisprudencia se ha orientado al análisis de cláusulas o acuerdos en particular, efectuados por los integrantes de la red, o impuestos por quien la organiza, y que resultan lesivos del derecho anticompetitivo.

Uno de los aspectos más importantes es el acuerdo de fijación de precios. Habitualmente es una decisión del organizador de la red que sugiere, o impone, directa o indirectamente el precio final. – En favor de la legitimidad de esta decisión se señala que es un derecho del franquiciante porque se trata de bienes de su autoría, invención o propiedad industrial o intelectual, y puede fijar su valor. Además, el establecimiento de "un precio asegura su uniformidad en los distintos puntos de la cadena, lo que la hace aparecer como seria."⁵⁷

Otra de las cuestiones es la relativa a la organización geográfica de la red, que puede ser vista como un reparto de mercados. En favor de la legitimidad de la red, se ha dicho que la conformación no importa un acuerdo colusorio, porque se hace una oferta al público indeterminado, con disponibilidad de zonas, y quienes ingresen al sistema van ocupando los espacios

disponibles de acuerdo a su elección y según su propia conveniencia, no pudiendo el franquiciante obligarlo a ocupar una zona determinada. De ello surge que en el sistema de franchising no existen acuerdos o acciones concertadas para distribuir, entre competidores, zonas que el franquiciante determina en su cadena, sin intervenir en los negocios de la competencia ni celebrar acuerdos espúreos de manipulación del mercado.

En el ámbito de la Unión Europea⁵⁸, existe el conocido caso "Pronuptia de Paris GmbH, Frankfurt am Main vs. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, Hamburg" del 28 de enero de 1986, en el cual la Corte de Justicia de la Comunidad Europea fue llamada a decidir sobre la interpretación del art. 85 del Tratado de Roma y del Reglamento 67/67 de 122 de marzo de 1967 dictado por la Comisión de las Comunidades Europeas, concerniente a la aplicación del art. 85, párr. 3º. del Tratado, a ciertas categorías se trataba de una franquicia de distribución. El litigio se planteó entre la sociedad Pronuptia de Paris, de Frankfurt, filial de una sociedad francesa del mismo nombre, y la señora Schillgallis, de Hamburgo, que explotaba un negocio bajo la enseña "Pronuptia de Paris". El litigio se centró en la obligación por parte del franquiciado de pagar al franquiciante con efecto retroactivo un porcentaje sobre sus cifras de ventas. El tribunal estableció que:

– "las cláusulas que resulten indispensables para evitar que el "saber

57. Manago, Jose Antonio, op cit.

58. RUIZ PERIS, Juan Ignacio "EL CONTRATO DE FRANQUICIA Y LAS NUEVAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA", Editorial Cívitas, Madrid, 1991.

56. Manago, Jose Antonio, Franchising y defensa de la competencia, La Ley, 16/6/93

hacer" transmitido (know-how) y la asistencia aportada por el franquiciante sean aprovechadas por la competencia, no constituyen practicas restrictivas de la competencia en el seno del art. 85, parr. 1ro."

– las clausulas que organizan el control indispensable para preservar la identidad y reputacion de la cadena que esta simbolizada por la enseña, no consituyen de ningun modo restricciones a la competencia en el sentido del art. 85 parr. 1ro.

? "las clausulas que representen una division y reparto de los mercados entre franquiciante y franquiciado, o entre franquiciados, constituyen restricciones a la competencia en la interpretacion de la misma norma;"

Este enfoque, a nuestro juicio correcto, parte de la premisa de que la red no es por su sola existencia violatoria del derecho protectorio de la competencia en el mercado. Sobre esta base, hay que examinar clausulas específicas que como, las que de acuerdo de precios, constituyen restricciones a la libre competencia.

Una de las estipulaciones del contrato de franquicia que ha provocado litigiosidad en cuanto a su ilicitud a la luz de la normativa "antitrust" es aquella que

permite al franquiciador seleccionar a los franquiciados, ya sea en base a determinados criterios previamente establecidos o al mero acuerdo del franquiciador e incluso de los franquiciados existentes en el área geográfica. Este tipo de cláusulas han sido analizadas por la jurisprudencia "antitrust" norteamericana como un supuesto de negativa de venta o negativa a contratar, considerando por tanto legítimas. Sólo en aquellos casos en que la negativa es parte de un boycott, que tenga como finalidad excluir una firma del mercado, estarán prohibidas⁵⁹.

Otro de los tipos de estipulaciones que plantean dudas acerca de su licitud en el contrato de franquicia son las que determinan un reparto geográfico de mercados entre los distintos franquiciados y aun entre éstos y el franquiciador con el consiguiente reparto de la clientela. La jurisprudencia norteamericana ha considerado la legitimidad de este tipo de cláusulas si persigue la proteccion de los los signos distintivos del franquiciador que el franquiciado usa en su establecimiento, porque exigir al franquiciado vender solamente los productos designados por el franquiciador o prohibirle vender productos no compatibles, dada la necesidad de preservar el interés legítimo de éste al mantenimiento del crédito de una marca.

Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático

Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional

Robert Alexy*, Kiel – Alemanha

Tradutor: Dr. Luís Afonso Heck – Prof. na UFRGS e ULBRA

RESUMO

O artigo ocupa-se primeiro com os três problemas dos direitos do homem. Depois, trata do conceito de direito do homem e, por fim, analisa, em conjunto, os direitos fundamentais, a democracia e a jurisdição constitucional.

SUMÁRIO

- I. Os três problemas dos direitos do homem.
  1. Os problemas epistemológicos.
  2. Os problemas substanciais.
  3. Os problemas institucionais.
- II. O conceito de direito do homem.
  1. Direitos universais.
  2. Direitos morais.
  3. Direitos preferenciais.
  4. Direitos fundamentais.
  5. Direitos abstratos.
- III. Direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional.
  1. Quatro extremos.
  2. Três modelos.
  3. Representação política e argumentativa.

Passaram-se, hoje quase no dia, exatamente 50 anos desde que a Assembléia Geral das Nações Unidas votou a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 10 de dezembro de 1948. Nisto, não se tratou de alguma das numerosas resoluções das Nações Unidas. Norberto Bobbio qualificou acertadamente a Declaração Universal dos Direitos do Homem como a "até agora maior prova histórica para o 'consensus omnium gentium' com respeito a um sistema de valores determinado".¹ Que se tratava de um consenso sobre valores fundamentais de significado eminente estava claro ao 48 Estados então representados na Assembléia Geral. O preâmbulo exprime isso impressionantemente pelo fato de qualificar os direitos do homem "como o ideal comum a ser alcançado por todos os povos e nações". Com isso, estão claramente

* Palestra inaugural da comemoração dos cem anos da Faculdade de Direito da UFRGS, proferida no dia 9 de dezembro de 1998 no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS.

1. Norberto Bobbio, *Das Zeitalter der Menschenrechte*, Berlin 1998, S. 9.

59. Cfr. "Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores Inc.", 359 US 207, 79 S. Ct. 705, 3 L. Ed. 2d 741 (1959)