

Abuso de la posición dominante en los contratos entre empresas

Valeria Roces[1]

1. Introducción. Planteo de la problemática [\[arriba\]](#)

En todas las relaciones negociales se dan, en mayor o menor medida, desigualdad entre las partes contratantes.

La cuestión adquiere relevancia en el ámbito jurídico cuando dicha desigualdad genera un desequilibrio que desnaturaliza la función económico jurídica del contrato y la intención que las partes tuvieron en mente al momento de negociar las condiciones contractuales. Dicho desequilibrio se exterioriza en una relación de dependencia entre la empresa dominante y la empresa más débil.

Se observan situaciones de la referida dependencia económica cuando la empresa dominante es el cliente más importante -o, tal vez el único- de la empresa más débil, cuando se le imponen inversiones específicas, muy difícilmente recuperables, cuando el precio pactado es desequilibrado en comparación con los precios de mercado, cuando las condiciones negociales son gravosas para una sola de las partes, como la limitación de responsabilidad hasta cierto monto, o cuando, por ejemplo, se le prohíbe reclamar ciertos daños o el lucro cesante, entre infinidad de ejemplos.

La verificación del desequilibrio significativo resulta un elemento central para configurar el abuso. El mismo se compone de un elemento objetivo, que es la notable diferencia entre los derechos y las obligaciones de las partes, y de un elemento subjetivo, que radica en la intención de la parte dominante de utilizar su posición para consolidarla en condiciones negociales abusivas.[2]

En el presente trabajo se efectuará un breve análisis de los criterios jurisprudenciales que los Magistrados han aplicado en esta cuestión con anterioridad y posterioridad a la sanción del nuevo código.

Asimismo, se intentará ubicar a la Empresa como la parte contratante débil a la luz de los principios introducidos por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Por último, se realizará una reflexión sobre la incorporación del artículo 11 al nuevo Código y la necesidad de tener presente una cuarta categoría de contratos a fin de lograr un verdadero equilibrio entre las partes contratantes del negocio.

2. Antecedentes Jurisprudenciales. Predominio de la protección de la autonomía de la voluntad [\[arriba\]](#)

Hasta la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, la ley argentina no preveía ninguna normativa referida específicamente a este problema.

Sin perjuicio de ello, era opinión de gran parte de la doctrina que las situaciones de abuso ante la desigualdad de poder negocial pueden aparecer no solo en las relaciones de consumo

sino también en las relaciones entre empresas, sin perjuicio de la profesionalidad de las partes y la índole mercantil de la negociación.[3]

En algunos precedentes los Magistrados recurrieron a los principios interpretativos de los contratos de adhesión[4] o a los principios de buena fe y razonabilidad[5]. En otros se refirieron a las teorías sobre los contratos conexos, a las redes contractuales, a la situación de subordinación de las empresas agrupadas[6] o a la regulación del mercado a través del contrato con criterios de justicia y eficiencia[7], o bien a las normas sobre control societario[8], pero siempre haciendo hincapié en la necesidad de proteger a la parte más débil de la relación, a pesar de su carácter profesional.

El caso “Automotores Saavedra c/ Fiat Argentina S.A.”, con sentencia del 4 de agosto de 1988, es considerado un leading case de la postura que adhiere a la interpretación restrictiva del carácter agravante de determinadas cláusulas predispuestas, llegándose a sentenciar que si el contratante débil pretende desobligarse de ellas está forzado a acreditar que no ha podido siquiera negociar los elementos esenciales de la contratación.

En dicho fallo, la Cámara consideró carente de validez la cláusula que establecía la designación del concesionario por tiempo indeterminado por los siguientes motivos: a) que la cláusula no puede ser interpretada aisladamente sino en el contexto de todo el contrato, el cual consideró como “de adhesión”; b) que el contrato de concesión tiene características “sui generis” que no pueden dejarse de lado mediante la simple aplicación del art. 1197 del Cód. Civil, c) que diversos factores social-económicos han provocado una profunda transformación del “derecho de los contratos”; d) que esas circunstancias, junto a otros factores, minimizan el papel de la voluntad de las partes como representativa del poder de negociación; e) que el contrato celebrado entre las partes es de adhesión, en el que la situación de la actora se encuentra debilitada frente a la superioridad económica de la otra; que en dicho contrato la demandada tiene el “control del poder”, lo que conduce al riesgo del “abuso de ese poder”, pues se trata de un negocio jurídico -el de concesión para la venta de automotores- de concentración vertical de empresas, en el cual el concesionario se somete a las reglas impuestas por la concedente; g) que de dicho negocio resulta una desigualdad y subordinación económica al concedente, del cual el concesionario es solo un auxiliar; h) que el derecho y la moral deben encontrarse en un plano de perfecta armonía, por lo que debe juzgarse la conducta de la concedente a la luz del principio de la buena fe; i) que la facultad de rescindir unilateralmente el contrato en forma incausada se aparta de esas directivas y configura un ejercicio abusivo del derecho; j) que dicha facultad no puede ser admitida en los contratos de duración como es el de autos, cuya característica es la de consolidar una relación estable de colaboración duradera entre concedente y concesionario; y k) que el preaviso es indispensable, desde el punto de vista de la buena fe, para cancelar una concesión.

La Corte por el contrario- mediante una posición muy conservadora y protectora del principio de la autonomía de la voluntad, entendió que para determinar la presencia de abuso en un contrato de adhesión es preciso formular la distinción ínsita en el art. 1071 del Cód. Civil entre el derecho y el ejercicio, ya que una cosa es que el derecho estipulado en favor de una de las partes sea abusivo y otra distinta es establecer si ese derecho fue ejercido en forma abusiva y que cuando la teoría del abuso del derecho es utilizada para privar de efectos a una cláusula contractual, su uso debe ser restrictivo; solamente cuando aparezca manifiesto el antifuncionalismo debe acudir a este remedio excepcional.[9]

En otras palabras, la Corte le quitó importancia al hecho de que una de las partes se encontrara en posición de imponer el contenido negocial y cerró las pautas protectorias al empresario en situación de debilidad.

En otros precedentes jurisprudenciales, los Magistrados también han tomado una postura restrictiva al momento de proteger al empresario en situación de debilidad:

- “Detentar una posición dominante en una relación contractual no es sinónimo de obrar abusivo.”[10]

- “El mayor poder del franquiciante ni el hecho de que el contrato de franquicia comercial haya sido canalizado por vía de cláusulas predispuestas que sólo dejaron al franquiciado la posibilidad de adherir o rechazar la oferta, son insuficientes para concluir que cuando adhirió al sistema de comercialización, éste se hubiera visto privado de su libertad o su consentimiento se halló viciado”[11]

- “La existencia de un abuso de posición dominante no puede inferirse de la sola presencia de cláusulas que garantizan derechos exclusivos a una de las partes”[12] , entre otros.

3. Introducción de la figura del abuso de la posición dominante en el Nuevo Código [\[arriba\]](#)

3.1.- El artículo 11 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El Código Civil y Comercial de la Nación, recepta un problema que se venía resolviendo en la práctica de manera judicial y que, hasta la sanción del código se encontraba regulado exclusivamente en el ámbito del derecho de la competencia mediante la ley 25.156.

Cabe aclarar que, al momento de realizar el presente trabajo, la Cámara de Diputados logró la media sanción de la Ley de Defensa de la Competencia que crea una Autoridad Nacional de aplicación descentralizada y autónoma del Poder Ejecutivo para combatir situaciones de abuso de posición dominante en el mercado. Con lo cual, será interesante analizar en un futuro el juego de las disposiciones en la referida ley y la normativa dispuesta en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Se incorpora el artículo 11 en el Título Preliminar como un supuesto específico de ejercicio abusivo del derecho.

El principio protectorio yace en la existencia de alguna forma de dominación de una parte sobre otra, mientras que, en distintas relaciones jurídicas, el principio protectorio yace en la buena fe (artículo 9) o en el abuso del derecho (artículo 10).

“ARTICULO 11.- Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los artículos 9° y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.”

La incorporación de este concepto jurídico al Código permite considerar que se ha operado una ampliación de los supuestos en relación a lo previsto en la norma de regulación del mercado que hasta ahora lo contenía. Ello permite sostener que hoy en día no es requisito

del abuso de posición dominante en el mercado el que ella provenga del ejercicio injusto realizado por una gran empresa o sistema prestacional, sino que también puede darse en relaciones de menor despliegue en el mercado, pero de gran incidencia particular, como las establecidas entre locador y locatario en un mercado donde existe escasez de vivienda.[13]

Podría afirmarse entonces, que lo dispuesto en el artículo 11 se complementa con la regulación fijada en la ley de Defensa de la Competencia.

Cuando se denuncia un hecho o práctica anticompetitiva invocando una violación a la ley 25.156 y, a falta de creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, interviene la autoridad de aplicación, que es la Secretaría de Comercio.

Por el contrario, cuando el reclamo se sustenta en el artículo 11 del CCyC, el conflicto se dirime en sede judicial, resultado de aplicación la normativa del derecho común.

Más específicamente, y como se analizará en los títulos siguientes, resulta de aplicación, en principio, los arts. 984 a 989 del CCyC, toda vez que la exteriorización de la posición dominante de una empresa puede darse mediante un contrato de adhesión a cláusulas predispuestas.

3.2.- Interpretación del concepto de “Posición dominante en el mercado”. Modos de corregir el abuso establecidos en la ley 25.156 y en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Un interrogante importante surge respecto a qué debe entenderse por “posición dominante en el mercado”.

Si para su existencia deben reunirse los requisitos del artículo 5 de la ley 25.156, o si la misma se desvincula de las normas de defensa de la competencia, y para su configuración es suficiente el abuso del derecho y la violación del principio de buena fe en la relación individual.

ARTICULO 5° – A fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, deberán considerarse las siguientes circunstancias:

- a) El grado en que el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma;
- b) El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate;
- c) El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir al abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder.

Las circunstancias contenidas en el artículo 5 de la ley 25.156 resultan, a mi entender, una “guía” para determinar en qué supuestos se puede dar el abuso de la posición dominante, pero la intención del artículo 11 es establecer un criterio más amplio en cuanto a la

configuración del abuso y con otros efectos no previstos en la ley de defensa de la competencia.

El artículo 46 de la referida ley posibilita la aplicación de multas de hasta \$ 150.000.000, además la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia se encuentra facultada para imponer el cumplimiento de condiciones que apunten a neutralizar los aspectos distorsivos sobre la competencia o solicitar al juez competente que las empresas infractoras sean disueltas, liquidadas, desconcentradas o divididas.

El artículo 51 establece que “Las personas físicas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia”.

Por otro lado, vemos que el reclamo por aplicación del artículo 11 del CCyC, dependiendo del encuadre jurídico, podría dar lugar a la nulidad de la cláusula o pacto que se imponga mediante esa clase de abuso, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder por el daño causado.[14]

En otras palabras, es posible acudir al Tribunal no solo para obtener una indemnización; sino también para solicitar que se evite un daño.

Para eso está la acción preventiva del artículo 1711 CCyC.[15]

Tal acción tiene sentido mayormente cuando el contrato está vivo, pues el juez no lo debe declarar disuelto (alternativa que también frustraría su finalidad); sino que ha de integrarlo reemplazando las estipulaciones abusivas con otras reglas que aseguren el cumplimiento fiel de las prestaciones pactadas.[16]

La otra posibilidad consiste en hacer el planteo judicial cuando el contrato se agotó, sea por el cumplimiento de las prestaciones o por rescisión anticipada.

En tales supuestos la actividad del juez es «ex post» y, por ende, determinar lo abusivo de las cláusulas únicamente sirve para determinar la extensión del resarcimiento.

4. Breve análisis de las dos posturas principales sobre la configuración del *abuso de la posición dominante* [\[arriba\]](#)

4.1.- El fallo “Tommasi Automotores S.A. c/ Ciadea SA y otro s/ ordinario”[17], de la Sala A de la Cámara Comercial es uno de los precedentes jurisprudenciales más importantes en la materia.

Se trataba de un contrato de concesión para la comercialización de automóviles marca Renault. Ciadea resolvió la concesión en forma intempestiva y de modo unilateral el 5/9/1995, bajo la justificación de que su parte no había cumplido con el pago de ciertos importes en concepto de capital, de entre los cuales se hallaban comprendidas las cuotas impagas del préstamo hipotecario tomado.

A continuación, la Cámara detalló las particulares características del contrato de concesión: “Es obvio que el contrato de concesión, exhibe ventajas y desventajas para ambas partes de la relación. Entre las primeras se señala la posibilidad que tiene el concedente de producir una verdadera traslación de los riesgos -laborales, económicos, financieros, etc.- al concesionario, y también de optimizar la colocación de sus productos a través de una empresa de la zona. Los beneficios del concesionario residen, a su vez, en la incorporación de una red de vendedores de un producto acreditado y una marca prestigiosa. De su lado, las desventajas e inconvenientes se derivan -como acontece en las modalidades de comercialización por terceros- de las obligaciones que se imponen al concesionario, en el contexto de un contrato donde es clara la prevalencia económica y de negociación del concedente (cfr. Rouillon, Adolfo: “Código de Comercio. Comentado y anotado”, LL, T. II, Bs. As., 2005, pág. 765).

A causa de tales particularidades, los efectos de ese contrato por adhesión son susceptibles de corrección o morigeración por los Tribunales. Ello pues no obstante tratase de un contrato entre empresas, las cláusulas impuestas por el productor o fabricante pueden resultar excesivamente gravosas para el concesionario, o bien, producir una injustificada e inequitativa traslación de riesgos hacia este último. A modo de ejemplo se señalan la imposición de cupos de compra, la obligación de adquirir modelos no solicitados, la fijación de determinado capital operativo, las modificaciones en los precios y en los márgenes de reventa, la exigencia de garantías reales y personales excesivas, las imposiciones en materia de locales y publicidad, entre muchas otras (cfr. Zavala Rodríguez, Carlos Juan: “El contrato de concesión automotriz y el abuso del derecho”, LL 1997-A, 926)”.

La Cámara entendió que se debía examinar la reciprocidad global de las obligaciones para establecer si tales cláusulas problemáticas desnaturalizan o no el equilibrio que debe haber entre ellas y fijar las pautas para restablecer la equidad de las prestaciones, o en su defecto, para imponer la reparación debida a favor de alguno de los contrayentes, ante la hipótesis de ruptura contractual.

En el fallo en análisis, se resolvió que el concedente implementó una indebida resolución del contrato siendo innegable que, más allá de haber contribuido a la asfixia económica de la contraria, la concedente incumplió sistemáticamente con obligaciones propias de la relación de colaboración, en claro abuso a su posición dominante.

Los Magistrados consideraron necesaria de protección al empresario débil, la cual es referida -a partir de la observación de los sistemas jurídicos avanzados- como un peldaño necesario en la evolución hacia la justicia contractual.

De este modo, la lucha contra el ejercicio de la posición contractual dominante comienza con una regulación general de los contratos predispuestos, luego sigue con la disciplina de defensa de los consumidores para finalmente delinear pautas legales para combatir la posición dominante en la relación interempresaria.

El Tribunal finalmente resuelve que cualquiera de los contratantes se encontraba facultado para decidir, unilateralmente y sin causa, la rescisión del negocio: el límite a dicha facultad estaba dado por la exigencia de que ella no fuese ejercida, desconsiderada, ni abusiva. La ausencia de un preaviso de parte de la demandada implicó una vulneración de este límite, por lo que, consecuentemente, resta establecer qué preaviso razonable debió otorgarse en

la especie y, a partir de ello, determinar la medida de la indemnización por la que las accionadas deben responder.

En los contratos por adhesión las cláusulas son discrecionalmente impuestas por el principal (en este supuesto, el concedente) debiendo ser aceptadas por los concesionarios, sin que exista a favor de éste -como se dijo- libertad de configuración contractual en el ámbito de la autonomía de la voluntad.

Bajo este enfoque, el estándar de buena fe establecido por el antiguo artículo 1198 del Código Civil para la interpretación relativa la ejecución y conclusión de los contratos, adquiere una relevancia especial, ya que el ámbito de las facultades delegadas por la parte "débil" (la concesionaria) a la parte "fuerte" (la concedente) hace imposible restablecer el equilibrio entre ambas mediante la interpretación estricta de las propias cláusulas contractuales, requiriendo en todos los casos recurrir a los principios de "razonabilidad" y "buena fe" como parámetros no escritos que limiten el alcance de aquéllas, so riesgo de incurrir en la admisión de un abuso de derecho en los términos del artículo 1071 del Código Civil.[18]

4.2.- En otro fallo reciente de la Sala D de la Cámara Comercial, "Niro SA c/ Renault Argentina SA y otro s/ordinario" [19], el Tribunal juzgó inadmisibles las conclusiones la sentencia de grado - confirmada por la sala C - relativas a que de la mera predisposición contractual que dio nacimiento a la concesión derivó, sin más, la presencia de una conducta abusiva o el ejercicio de una reprochable posición dominante de la concedente, y dejó sin efecto dicho decisorio argumentando que si bien "no es discutible que en las relaciones contractuales entre empresas también juega el criterio general de la necesaria tutela del contratante débil frente a la predisposición de cláusulas", este último, para desobligarse debe acreditar que no ha podido negociar los elementos esenciales de la contratación, o la existencia de cláusulas vejatorias, o que se le haya ocasionado un perjuicio excesivo. El Tribunal consideró que la figura "no debe ser vista como un recurso para poner en tela de juicio la interpretación tradicional de los vicios de la voluntad en la actividad negocial contemporánea, sino para garantizar en las relaciones individuales la eficiencia económica, la libertad individual y la justicia contractual".

La Sala D en una interpretación a la figura del Art. 11 del CCyC también dijo que:

"El esquema del abuso del derecho no debe ser utilizado en forma indiscriminada, y menos para derogar un principio capital como lo es el de la autonomía de la voluntad, pues el art. 1071 del Código Civil es una norma de excepción y no una vía general para que los jueces revisen las cláusulas de los contratos frente a la sola alegación de ser injustas; ello ni siquiera es posible tratándose de contratos de adhesión, pues tal característica, por sí sola, no basta para semejante efecto"

Y que:

"Resulta improcedente hacer generalizaciones a la hora de examinar sobre la existencia o no de violaciones de derechos de la parte "débil" del contrato por actos u omisiones imputables a la "fuerte", ya que la mera asimetría entre una y otra no sugiere por sí mismo una situación abusiva en la celebración o en la ejecución del contrato, como tampoco la necesaria presencia

de un abuso de posición dominante, correspondiendo estar, en cada caso, a la prueba lograda en el proceso particular”

4.3.- Conclusiones de ambas posturas.

Podemos inferir entonces que, pese a la intención del legislador al incorporar la figura del abuso de la posición dominante ampliando el campo de acción de lo que ya se encontraba establecido mediante la ley 25.156, la jurisprudencia es aun reticente a flexibilizar los supuestos que deben darse para que se configure el abuso.

Los fundamentos esencialmente distintos en dos casos prácticamente iguales dados por las Alzadas (tanto en el caso Tommasi como en el caso Niro) nos conduce a pensar que la introducción de la figura del artículo 11 al Código Civil y Comercial de la Nación, con la amplitud en que ha sido redactada, no contribuyó a aportar claridad sobre la problemática ni generar una jurisprudencia unificada sobre esta cuestión.

El legislador del CCyC, a mi entender, pudo haber efectuado mayores precisiones a fin de evitar que se sigan creando interpretaciones jurisprudenciales tan disimiles.

5. Encuadre del *abuso de la posición dominante* a la luz de la clasificación de los contratos dispuesta por el Código Civil y Comercial de la Nación [\[arriba\]](#)

¿Entendemos que en los contratos interempresarios debe presuponerse la paridad, y por lo tanto, ser de aplicación los principios que rigen la autonomía de la voluntad? o, por el contrario, ¿se permite en determinados supuestos aplicar la normativa referida a los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas?

A mi entender, clasificar los contratos entre empresas en una u otra categoría puede derivar en resultados injustos. Ello porque si bien es posible que las empresas hayan negociado la totalidad de las condiciones comerciales, es también altamente probable que la empresa dominante imponga parte del contenido del contrato, en claro perjuicio de la parte más débil, o directamente, imponga la totalidad de las cláusulas, sin margen de negociación y negándole el derecho a la otra parte a modificar el contenido para equilibrar los derechos y obligaciones de ambas partes.

5.1.- *Contratos paritarios.*

El artículo 958 del CCyC establece que "las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres", manteniéndose la vigencia del principio de autonomía de la voluntad, que le otorga fuerza obligatoria y vinculante al contrato (artículo 959).

Por su parte, el artículo 960 dispone que los jueces no tienen facultad para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes, cuando lo autoriza la ley, o de oficio, cuando se afecta de modo manifiesto el orden público.

5.2.- Flexibilización de la teoría clásica de la autonomía de la voluntad. Los contratos de adhesión a cláusulas predispuestas.

La teoría clásica que confiere a la palabra empeñada en los contratos fuerza obligatoria ha tenido que ser revisada teniendo en cuenta a) la igualdad jurídica frente a la desigualdad económica; b) la libertad jurídica frente a la subordinación económica; c) el excesivo individualismo de épocas anteriores frente a las exigencias de la solidaridad social y al funcionalismo en el ejercicio de las prerrogativas individuales en la actualidad, especialmente en lo que atañe a la facultad de contratar o no contratar[20].

El legislador se vio obligado a introducir en el CCyC una normativa que flexibilizara la autonomía de la voluntad, no sólo para compensar los desequilibrios generados en la contratación en masa, sino también, para proteger a la parte débil, y de allí, los denominados contratos con cláusulas predispuestas y el contrato de consumo.

En los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas se protege al adherente, sea o no sea consumidor. Lo que importa es la forma de contratación pues ésta es la que pone al adherente en situación de debilidad.

El artículo 986 del CCyC regla las cláusulas particulares como aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general, y por ende, prevalecen sobre éstas.

El artículo 987 dispone como pauta de interpretación que las cláusulas ambiguas predispuestas se interpretan en sentido contrario al predisponente.

Esta regla de interpretación tiene su fundamento en la preferencia que se otorga a la cláusula negociada en tanto constituye el resultado de la libre contratación por sobre la cláusula general, resultado de la predisposición contractual.[21]

El intérprete no debe perder de vista que la cláusula particular negociada o agregada, se estipula al tiempo de finalización del contrato, mientras que la cláusula predispuesta general se encuentra redactada previamente por el predisponente sin consideración al negocio concreto, por lo cual cabe concluir que la regla de autonomía particularmente concertada revela la auténtica intención de las partes.

¿Puede determinarse en abstracto si una cláusula es abusiva?

En las legislaciones europeas, según su gravedad, existe lo que se denomina «listas negras y listas grises» de estas cláusulas: las primeras son inválidas «per se»; las otras son las que pueden ser invalidadas por el Tribunal según su criterio. En esa línea, se encuentran la Directiva Europea 13/1993 y ciertas normativas nacionales, como la ley alemana y la española.

En la Argentina, aun antes de la Reforma del 2014, también se trató de establecer ciertos patrones de lo que debe entenderse por cláusula abusiva. En esa dirección, un autor sostuvo que hay tres criterios que resultan fundamentales para establecer objetivamente el límite entre lo lícito y lo ilícito en esta cuestión: 1) el que indica que debe existir la mayor reciprocidad posible de intereses; 2) el de compatibilizar la finalidad objetiva del contrato

desde el punto de vista del interés socioeconómico general, y 3) de interpretación según la buena fe.[22]

El CCyC estableció en su artículo 988 que el sistema de control judicial de legitimidad y equidad -que es necesario realizar de las condiciones del contrato en cuanto afecten normas y principios de raigambre constitucional, desnaturalicen las obligaciones de la parte más débil o importan un renuncia o limitación de sus derechos- exige que se declare la nulidad de la cláusula abusiva, teniéndola por no escrita, en tanto que el resto del contrato habrá de conservar su eficacia.

5.3.- Necesidad de una cuarta categoría de contratos.

Se requiere entonces un análisis jurídico exhaustivo del contrato, puesto que aplicar puramente las reglas de los contratos paritarios o de los contratos por adhesión a todo el acuerdo celebrado conllevaría: a) desconocer la voluntad contractual real, en tanto se trata de contratos mixtos, cuyo contenido en parte ha sido predispuesto y en parte ha sido negociado, y por tanto no pertenecen puramente a una única categoría; y b) aplicar inadecuadamente las reglas de Derecho, ya que podría caerse en el error de, por ejemplo, invocar el art. 988 a todo el acuerdo celebrado, cuando ello solo correspondería ser referido a una parte del negocio, a la parte que concretamente fue celebrada por adhesión, mas no a los aspectos paritarios realmente consensuados entre los contratantes.[23]

La gran parte de los contratos de comercialización tienen una naturaleza mixta toda vez que la negociación entre empresas muchas veces no puede encuadrarse en ninguna de las categorías indicadas.

Si el legislador hubiese tenido presente esta realidad comercial y hubiera creado una categoría adicional de contratos que protegiere la autonomía de la voluntad pero, a su vez, otorgara la posibilidad de tener una cláusula por no escrita cuando ésta resultare abusiva, posiblemente la empresa dominante se hubiera visto obligada a moderar su posición en las negociaciones de la etapa precontractual, evitando de esta manera tener que recurrir a un juez para que restablezca el equilibrio económico entre las partes.

6. Reflexiones finales [\[arriba\]](#)

Es cierto que, como adelanté en la introducción al presente trabajo, no es censurable que haya determinado desequilibrio económico entre las partes y que tampoco lo es que ese desequilibrio se exprese en las cláusulas del contrato.

No obstante, en las redes de comercialización se establecen relaciones de subordinación económica, contratos de adhesión a cláusulas predispuestas y abusos de la posición dominante que afectan al mercado en sí mismo y, por su importancia requieren una especial protección.

Al comenzar este trabajo, no he encontrado significativo material de doctrina ni jurisprudencia sobre esta “nueva categoría” de contratos que mencioné en el título anterior.

Ante la desigualdad en el poder de negociación entre las partes, los jueces han intentado reestablecer el equilibrio fundándose en el principio de la buena fe negocial, la razonabilidad, o los principios interpretativos de los contratos de adhesión.

A mi entender, y a falta de una categoría explícita para este tipo de contratos, es necesario realizar un verdadero análisis de la real voluntad de las partes a fin de poder disociar aquellas cláusulas que han sido negociadas de aquellas que han sido impuestas. No puede aplicarse a los contratos interempresarios llanamente la normativa referida a los contratos paritarios ni las normas aplicables a los contratos de adhesión.

Veamos por ejemplo, el contrato de distribución. Por sus características particulares y por necesidad funcional, también es un contrato de adhesión en tanto contiene cláusulas predispuestas sin negociación previa por quien acota las alternativas de su contratante a las de adherir o rechazar la oferta, verificándose la desigualdad en el poder de negociación de las partes. No obstante, ello no importa de suyo la invalidez, sino sólo necesidad de apreciar el contrato a la luz de otros parámetros, que, dejando a un lado la presunción de equilibrio inherente a los contratos paritarios, atiendan a la necesidad de considerar un riesgo de abuso implícito en los contratos de este tipo en los que existe una parte dominante.

En conclusión, las características de las contrataciones actuales entre particulares, entre empresas o entre un particular y una empresa, impone muchas veces la conveniencia y facilidad de utilizar contratos “proforma”.

La problemática surge cuando mediante este tipo de contratos, una parte se abusa de su posición más fuerte, imponiendo condiciones desventajosas a la otra.

Frente a un eventual reclamo de “la parte débil” el juez podría hacer prevalecer las cláusulas particulares por sobre las predispuestas, teniendo estas últimas por no escritas.

Aplicar llanamente los artículos del CCyC referidos a la interpretación de los contratos de adhesión puede desnaturalizar la función económico jurídica del contrato con la misma intensidad que puede hacerlo aplicar exclusivamente el articulado referido a los contratos paritarios.

La incorporación del artículo 11 del CCyC, en mi opinión, es la primera aproximación del legislador para lograr un equilibrio en el mercado. No deja de ser criticable la amplitud con la que ha sido redactado, dejando a interpretación judicial qué debemos entender por “posición dominante”, pero aun así ha recepcionado una situación particular de abuso que tiene una enorme trascendencia en el mercado y particularmente en los contratos entre empresas.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] El presente trabajo obtuvo el primer premio en el VII Concurso de becas para la Maestría en Derecho Empresario de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. La evaluación

de los trabajos monográficos, tuvo por árbitros designados a los Dres. Sebastián Balbín, Ignacio E. Alterini y Emilio Moro.

- [2] Gregorini Clusellas, Eduardo L., Revisión judicial de contratos de colaboración empresaria, la ruptura intempestiva y el resarcimiento. La Ley, 2010-B-739.
- [3] Martorell, E. “La posibilidad del Abuso de la Posición Dominante en la contratación entre empresas”, El Derecho, pag 173, Buenos Aires.
- [4] “Montenegro, Genaro c/ Cervecería Bieckert S.A.”, CNCom., sala C, mayo 31, 1993; La Ley, 1993-D: 249.
- [5] “Campanario P. S.A. c/ Plan Ovalo S.A.”, CNCom, sala B, septiembre 24, 1998; La Ley 1998-F: 262.
- [6] “Poggi, Raúl Alberto y Otra c/ Laprida S.A.C.I. y Otro”, CNCom, sala A, diciembre 29, 2008; El Derecho, 232: 17.
- [7] “Tomassi Automotores c/C.I.A.D.E.A y otro”, CNCom, sala A, diciembre 14, 2007; La Ley 2008-B: 695.
- [8] “Automotores Valsecchi S.A.C.I. c/ Autolatina S.A. y Otros”, CNCom, sala E, diciembre 22, 2009; El Derecho, 240: 174.
- [9] <http://thomsonreuterslatam.com/2015/08/fallo-c-lasico-a-utomoviles-sa-vedrasa-c-fiat-argentina-sa/> (disponible el 24/11/17)
- [10] CNCom, Sala A, 3/8/2010, «Textil Latina SRL c/ Coto CICSA», MJJ59109 , donde se cita el precedente de la misma Sala: 27/3/2008, «Rudan S. A. y otro c/ Cencosud S. A
- [11] Grupo Rox S.A. c/ Día Argentina S.A. s/ ordinario”, CNCom., sala C, 10/10/2013, La Ley Online, AR/JUR/85048/2013.
- [12] CNCom, Sala D, 21/6/2012, «Yacoplast S. A. c/ Molinos Río de la Plata S. A.
- [13] Carmelo, Gustavo, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo I, Título Preliminar y Libro Primero, 2015, CABA. Infojus.
- [14] Tobías, J.W.; Goldemberg, I., “Abuso de la posición dominante”, La Ley, 2005-D, Buenos Aires: 1004, con referencia al artículo 397 del Proyecto de Código Civil de 1998.
- [15] <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/deber-prevenccion-dano-accion-preventiva.pdf> (disponible el 01/12/17)
- [16] Gregorini Clusellas, Eduardo: «La interpretación integradora. La interpretación del contrato y las pautas legales», Buenos Aires, La Ley, 1998B, p. 1260
- [17] Editorial Errepar, Cita digital: IUSJU064352B
- [18] cfr. Bustamante, Jorge E.: “Concesión de venta de automotores: 10 años después”, LL, 1983-C, 226
- [19] Editorial Errepar, Cita digital: IUSJU016095E, Fallo del 25/10/2016.
- [20] Idem, “Tommasi Automotores...”
- [21] STIGLITZ, Rubén, La teoría del contrato en el Código Civil y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley 13/06/2012.
- [22] <http://www.proteccionconsumidor.org.ar/contratos/clausulas-y-practicas-abusivas-en-los-contratos-de-comercializacion-ante-s-y-des-pues-de-sancionado-el-codigo-civil-y-comercial/28421/> (disponible el 22-10-17)
- [23] <http://www.abogados.com.ar/los-contratos-mixtos-en-el-nuevo-codigo-en-parte-de-creacion-y-en-parte-por-adhesion/17706> (disponible el 24-11-17)