

Doctrina

Reflexiones sobre la teoría italiana del "terzo contratto" y su posible emulación en nuestro derecho interno



Valeria Pardo

Abogada (UNR). Maestranda en Derecho Privado (UNR). Posgrado en Economía Digital desde la perspectiva del Consumidor y Competencia (UBA). Diplomada en Innovación Abierta (UTN) y el Ministerio de Desarrollo Productivo. Diplomada Internacional en "Mercosur", dictado por Ciudadanos del Mercosur (Paraguay).

La actual concepción organizacional empresarial ya no persigue sus ganancias a través de la concentración de toda la actividad productiva (ingeniería endógena); al contrario, basa sus estrategias en un nuevo modelo que encuentra sus orígenes en los años '60 (s. XX), profundizado luego por una serie de sucesos económicos como la crisis petrolera; la mundialización financiera con sus altas tasas de rentabilidad; el surgimiento de nuevos paradigmas socio-productivos y socio-técnicos, que obligó a repensar los modelos clásicos de empresas dando surgimiento al proceso denominado "reingeniería empresarial externa o exógena" (1), motivado en la necesidad de cambios en los modelos productivos en un mundo signado por el sistema económico capitalista.

Luego de la caída del *Muro de Berlín* el neoliberalismo afirmó sus teorías y la lógica del libre mercado se proclamó mundialmente como única alternativa generadora de riqueza y bienestar social instalándose con decidida permanencia. Los países fueron adaptando sus economías a estas tendencias y sus sistemas económicos mutando hacia esquemas abiertos e interdependientes (2).

En este sentido las estructuras organizacionales comienzan a desenfocarse en la concentración de la producción dentro de la empresa, donde, hasta entonces, a través de la contratación de mano de obra (contratos laborales) anclaban sus expectativas de ampliación de la oferta, y comienzan a hacer foco en la captación inteligente de la demanda, en un consumo que crece a pasos agigantados producto de la globalización y la tecnificación de las comunicaciones, dando inicio a una etapa de fragmentación y deslocalización de los procesos de elaboración y distribución de la producción. Propiciando un nuevo entramado de relaciones interempresariales que dan surgimiento al concepto de "red-empresa" o "Empresa-Red", basado en un paradigma de colaboración; comunicación y coordinación entre ellas, que permite adecuarse rápidamente a la cada vez más dinámica y sofisticada demanda. En

este formato se desplazan las relaciones desde el derecho laboral al mundo contractual a través de una tercerización masiva de actividades productivas y de distribución donde se suscitarán un sinnúmero de modalidades de contratación adaptables a cada etapa de la cadena respectiva.

Este nuevo formato productivo se fragmenta en dos aspectos: desde una dimensión espacial: las distintas fases o etapas pueden cumplirse en diferentes espacios geográficos, y desde una visión funcional: las grandes empresas se valen de otras empresas u organizaciones con un nivel superior de especialización (generalmente pymes o mipymes) para externalizar diferentes actividades que en el esquema anterior formaban parte de su modelo productivo o distributivo.

La exigencia del consumo actual exige que los operadores del mercado exploren innovadores formatos relacionales que les permita responder en tiempo real a nuevos mercados extremadamente dinámicos. En este contexto las empresas comienzan a generar un esquema en clave colaboracional uniendo diferentes servicios y bienes que propician la colocación en el mercado de un determinado producto de una forma determinada. Según explica Lorenzetti, en estas redes contractuales no necesariamente existe una oferta unificada, es probable que tampoco exista un convenio, pero las une una relación mediante la "convivencia de contratos distintos" (3).

Este paradigma, donde las empresas trabajan relacionadas entre sí, ha generado relaciones de larga duración y de cierta dependencia, propiciado que en ciertas circunstancias, donde ciertos proveedores se adaptan casi "a la carta" a su gran demandante, existan empresas que solo trabajen para un gran y único cliente gestando una relación de subordinación hacia este, cuestión que obliga a repensar este tipo de relaciones que, claro está, se encuentran por fuera de las esferas del derecho laboral y no gozan de una protección específica.

En nuestro país, como en la mayoría de los Estados iberoamericanos, se advierte una concentración económica cada vez más acentuada y una marcada consolidación de grandes grupos económicos, que solidifican sus posiciones frente a las empresas más pequeñas, que en muchos casos generan dependencia de estos grupos, ubicándose en una situación totalmente desigual en las negociaciones y a quienes se les termina "imponiendo" las condiciones comerciales. Situaciones estas no han sido resueltas por las normas de defensa de la competencia y tampoco a nivel internacional han tenido demasiados resultados positivos los reclamos derivados en arbitrajes (4).

Desde hace tiempo preocupa a la comunidad jurídica la desigualdad en el poder negociador en la formación del contrato. En forma evolutiva, tanto la doctrina, como las normas o la jurisprudencia han ido avanzando en la tutela del contratante débil generando diferentes mecanismos para su protección.

La idea del contrato paritario o "de cambio" ha ido superándose, a tal punto que en la actualidad este tipo de contratos donde las partes libremente, en un marco de igualdad, negocian sus posiciones ha quedado en situación marginal. Si nos remitimos a situaciones cotidianas vemos cuán remota está la idílica idea del contrato negociado, que en la práctica ya no es tan frecuente como lo imaginaron los códigos decimonónicos.

La libertad contractual y la autonomía de la voluntad, pilares de la teoría clásica contractual, ya no nos brindan todas las respuestas necesarias para las actuales relaciones comerciales que resultan dinámicas y despersonalizadas. Diariamente nos encontramos con contratos automáticos donde ni siquiera conocemos a la contraparte y por ende no podemos cuestionar un punto de esa contratación; simplemente adherimos a lo ya predisposto por el oferente.

La mundialización de la comunicación a través de internet; los nuevos modelos de negocios y la deslocalización de la produc-

ción entre otros grandes cambios, impulsados sobre todo por la tecnología, han propiciado nuevas formas de contratar que sin dudas generaron hondas contradicciones en la forma de pensar el contrato.

La tutela al consumidor y al adherente reconoce la debilidad por parte de actores que no están en condiciones de "negociar" los postulados en determinadas contrataciones, dando paso a la superación de la concepción clásica en la que el contrato era regulado por normas basadas en la libertad individual y en un concepto netamente patrimonialista que solo permitía, muy excepcionalmente, la revisión de los términos acordados. Surge entonces una nueva forma de pensar las relaciones sociales y comerciales. Se intenta una regulación integral del mercado organizada en pos de la protección de la debilidad contractual. Pero esta debilidad, tal como lo expresa el Dr. Santarelli (5), "(...) no es abordada desde una mirada compasiva hacia el sometido, sino que constituye una herramienta para determinar un más justo tráfico y distribución de la riqueza, funcionando como dique de contención al poder de imposición de contenidos contractuales. La detección de focos de debilidad jurídica y la intervención en los contenidos contractuales tienen dos efectos: el inmediato, de remediar la situación del perjudicado, y el mediato de crear las condiciones para evitar futuras ocasiones de sometimiento mediante la erradicación de prácticas contractuales".

Estamos ante la construcción de un nuevo modelo de justicia contractual donde el centro de valoración no estará solo en la autonomía de la voluntad, sino que comienza a desplazarse a la evaluación del equilibrio contractual y la justeza de lo acordado.

Los principios que protegen derechos fundamentales deberán aplicarse en las relaciones entre privados en consonancia con los principios del derecho privado, con el fin de no desnaturalizar la libertad contractual procurando en cada caso concreto soluciones diferenciadas que se articularán según las características de la relación (6).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) GHERSI, Carlos Alberto, "Globalización contractual. Red de contratos de dominación", cita online: 0003/011588.

(2) MELLADO, Noemí B., "El desarrollo. Continuidades y rupturas teóricas", UNLP 2015 (ordinario), 81, TR

LALAY AR/DOC/3679/2015.

(3) LORENZETTI, Ricardo Luis, "Tratado de los Contratos", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2021, t. I, p. 45 y ss.

(4) RICHARD, Efraín H., "El derecho en el siglo XXI (visión de un comercialista)", TR LALAY AR/

DOC/3611/2014.

(5) SANTARELLI, Fulvio, "Contrato y Mercado", La Ley, Buenos Aires, 2018, ps. 74-76.

(6) BILBAO UBILLAS, José María, "En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales", en "Constituição, direitos fundamentais

e direito privado", Livraria do Advogado, São Paulo, 2010, 3ª ed., p. 288. LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006, p. 262 y ss.

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1

La asimetría contractual reconocida en el contrato de consumo prácticamente no es cuestionada, pero cuando esta asimetría se da entre dos empresas o profesionales no parecieran ser tan claras las respuestas. Pudiendo tal vez esgrimir una nueva categoría de debilidad: “la empresa” cuando contrata con otra empresa en clave de asimetría en el poder negocial. Cuando hablamos de relaciones entre empresas, y las posibles problemáticas que se suscitan entre ellas, intuitivamente intentamos hallar soluciones en el derecho a la libre competencia y a la competencia desleal. Es decir, acudimos al entramado de las relaciones en el mercado, que desde sus orígenes aborda su mirada desde una visión macro, que posee una perspectiva de lógica horizontal, tratando a los empresarios como pares, es decir, cuidando la competencia entre los empresarios. Brindando reglas que (exitosas o no) pretenden ordenar el comportamiento de los competidores y los procesos competitivos a través del libre juego que se propicia entre ellos en las relaciones comerciales. Donde, salvo en determinadas situaciones (monopolios, concentraciones, posición dominante de mercado, etc.), el proceso debe darse en forma absolutamente libre y espontánea.

Pero poco se ha hablado (al menos en nuestro país) de las relaciones verticales que surgen en este ámbito. El derecho a la libre competencia poco ha incursionado en las cuestiones relacionadas con los abusos entre empresarios en relaciones de integración vertical en una relación singular, solo existen pocos casos reconocidos en este ámbito enmarcados dentro de la figura del abuso de posición dominante explotativo, que parte de la doctrina no reconoce la existencia de este Instituto como figura autónoma y actividad propia de esta materia. Y ello tiene su asidero, toda vez que el derecho a la libre competencia tiene como objeto la protección de los procesos competitivos, evitar los monopolios y las concentraciones económicas. Por ello, es dable cuestionarnos si las problemáticas existentes en las contrataciones inequitativas entre empresas, cuando una es proveedora o cliente de la otra, escapan a los objetivos de la libre competencia que en todo caso puede ser parte de los fines indirectos perseguidos por esta rama que en forma directa se ocupa de la relación horizontal entre competidores.

Pareciera que los contratos que se suscitan en una clara asimetría en el poder negocial entre empresarios que derivan en desequilibrios prestacionales no es materia de inmediata preocupación de la autoridad de la Libre Competencia. ¿Resulta entonces el juez competente en las cuestiones contractuales la autoridad que puede controlar estos abusos?

En la Comunidad Económica Europea, la asimetría en el poder negocial entre empresas, sobre todo en el sector de proveedores alimentarios de cara a los grandes supermercados ha sido un tema estudiado en las últimas décadas. El Comité Económico y Social de la Unión Europea (CESE) en las

conclusiones para el dictamen al libro verde ha expresado: “El CESE considera que el uso de prácticas comerciales desleales no es solo «desleal» o «no ético», sino que también contradice los principios fundamentales del Derecho y los intereses de la oferta y la demanda. Dado que equivale de hecho al abuso de una posición de mercado significativamente más fuerte, recomendamos emplear la expresión «prácticas comerciales abusivas», que se utiliza habitualmente, por ejemplo, en francés o inglés. (...) El CESE considera que los resultados hasta la fecha del Foro de Alto Nivel sobre la Mejora del Funcionamiento de la Cadena Alimentaria no son claros y que las soluciones propuestas son insuficientes para resolver el problema de las prácticas desleales. Por ese motivo, insta a la Comisión Europea a aportar otras iniciativas” (7).

Pero no obstante algunos avances aislados, a nivel comunitario no existe un desarrollo sistemático de las problemáticas que se suscitan en este tipo de contrataciones, aunque se reconoce que actualmente representa la principal problemática en materia contractual que genera preocupación en la Comunidad (8).

En Italia una importante parte de la doctrina propone al contrato “entre empresas en condición de asimetría en el poder negocial” como una categoría autónoma denominada “El terzo contratto”, ubicándolo en tercer lugar, luego del contrato paritario o de cambio (primo), y el contrato de consumo (secondo). Pero no es menos cierto que esta teoría sufre severas críticas, toda vez que muchos autores creen que esta modalidad contractual está lejos de ser una categoría autónoma y que la poca legislación existente en esta materia es escasa y desordenada.

Quienes esgrimen la existencia de una tercera categoría contractual basan sus posturas en el surgimiento de diferentes dispositivos normativos en pos de tutelar al contratante empresario debilitado en ciertas circunstancias, haciendo hincapié en la legislación sobre el contrato de *subfornitura*; las normas sobre el *ritardo di pagamento* y la *legge sul franchising*:

1) *Subfornitura*

A través de la ley 192 del año 1998 se legisla el *contratto di subfornitura delle Attività Produttive* (9), en el ámbito de la actividad productiva, entendido como aquel por el cual una empresa (*subfornitore*) se obliga con su comitente a realizar bienes o servicios bajo las directivas y dirección técnica de esta. Esta normativa tiene como objetivo establecer pautas para garantizar el equilibrio contractual y a su vez demarcar las obligaciones de cumplimiento por parte del *subfornitore*, previendo la nulidad de aquellas cláusulas que pudieren resultar abusivas, pudiendo además el damnificado reclamar por los daños y perjuicios sufridos.

En el art. 9 de dicha ley se prevé la figura de la *dependencia económica*, que se identi-

fica cuando una de las partes está en condiciones de imponer cláusulas contractuales desventajosas a la otra debido a que esta última no tiene alternativas suficientes en el mercado para generar nuevas relaciones comerciales. Esta norma prevé una sanción al abuso de la autonomía privada, propia del derecho de los contratos y específicamente en los contratos entre empresas en el ámbito del mercado correspondiente, diferenciando la figura del *abuso de posición dominante* toda vez que no se requiere la acreditación de la posición dominante en el mercado de la parte infractora. Si bien la situación de dependencia deberá evaluarse en cada caso concreto el artículo referido esgrime algunos ejemplos como el caso en que una empresa acepte por parte de la otra (el demandante de su bien o servicio) condiciones desventajosas que en el caso de no haber existido dependencia económica no habría aceptado.

A través de esta legislación se esgrime un complejo de protección contra los abusos de posición dominante que pudieren ocasionarse de una empresa hacia otra en un esquema de relación vertical, configurándose con independencia de que dicho abuso sea capaz de lesionar la competencia en el mercado. Aunque si en la misma conducta se advirtiera además una lesión a la concurrencia a partir de la reforma del año 2001 del art. 9 de la ley 198, la Autoridad Administrativa respectiva podrá aplicar medidas o sanciones de acuerdo con lo establecido en el art. 15 la ley 280/1990 (antitrust), lo que parte de la doctrina entiende como un problema de coordinación entre la autoridad administrativa y judicial.

2) *Ritardo di pagamento*

Desde las Directivas emanadas en el año 2002 la Comunidad Económica ha manifestado su preocupación por el impacto que genera en las medianas y pequeñas empresas el retardo en los pagos por parte de los demandantes de sus bienes y servicios, hasta que finalmente en el año 2011 a través de la Directiva 2011/07/UE indican a los Estados miembros la necesidad de legislar internamente herramientas eficaces que desestimen prácticas de dilación en los pagos de créditos comerciales con el fin de proteger una correcta competencia; el buen funcionamiento del mercado y a las pequeñas empresas frente a las relaciones con sus grandes demandantes. En este sentido la Comunidad Europea reafirma el derecho a cobro de intereses por parte de la empresa acreedora a partir del mero vencimiento del plazo sin necesidad de constitución en mora, presumiendo además que tanto la renuncia a su cobro como a la reclamación de los costos de recupero constituyen cláusulas contrarias a la buena fe contractual.

Basado en estas directivas, Italia a través del decreto 192/2012, publicado bajo el número 267 del 15 noviembre 2012, considera nulas las cláusulas de renuncia al cobro de intereses por retraso en los pagos y al resarcimiento por los gastos de recupero

siempre que estas representen una grave inequidad contractual, entendiendo que se entiende acreditada tal situación (siguiendo la doctrina comunitaria) cuando existen conductas abusivas por parte del contratante en mejor posición negocial en detrimento del proveedor en situación de debilidad, cuestión que debe evaluarse en cada caso concreto, no existiendo reglas para su determinación. Según este esquema las normas protectorias pueden ser dejadas de lado siempre y cuando estén justificadas y no causen daño a la parte en situación de vulnerabilidad. Se faculta al juez en cada caso a declarar la nulidad de la cláusula perjudicial para la parte débil. Asimismo, se establecen plazos de pagos de 30 y 60 días de acuerdo con el tipo de servicio o mercadería que se brinda.

3) *Franchising*

A través de la ley 129 (10) del año 2004 Italia legisla el contrato de Franquicia, que recoge lo dado en la práctica de este contrato y lo escrito por la jurisprudencia local (11).

Atento a las dificultades y situaciones críticas que presentaban este tipo de relaciones donde la parte fuerte de la relación propiciaba abusos desequilibrantes del contrato, se procede a legislar sobre este con el fin de proteger al contratante débil, reconociendo como tal al empresario franquiciado, haciendo principal énfasis en la asimetría en la información de las partes. Obligando a que el contrato sea escrito y fijando un contenido mínimo como requisito para su validez (12). Y a los efectos de proteger la inversión del franquiciado se impone un plazo mínimo deducible de acuerdo con la amortización de la inversión realizada por este o 3 años. Luego se agrega para el caso de voluntad de interrupción del vínculo la obligación de renegotiación.

Diversos autores italianos encuentran en estos dispositivos normativos denominado- res comunes como: 1) contratos regulados desde el derecho privado; 2) las partes son empresas; 3) una de las partes posee un importante poder negocial en asimetría con la otra que se encuentra en una situación de debilidad; 4) la previsión de cláusulas de contenido nulo u obligación de contenido mínimo; 5) la prohibición de ruptura intempestiva y arbitraria del vínculo; 7) tienen como finalidad la protección de una determinada debilidad contractual.

La existencia de estos puntos en común; la gran cantidad de situaciones que abarcan este tipo de contratos en la economía italiana y la necesidad de prevenir las desigualdades en el mundo empresario han llevado a diversos autores a considerar la proclamación de una tercera categoría contractual “entre empresarios”, pero obviamente esta postura es refutada por quienes sostienen que si bien esta afirmación puede ser utilizada en forma didáctica o académica, no posee suficiente jerarquía normativa que pueda asegurar su existencia, argumentando que las normas citadas solo contemplan

(7) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Libro Verde de las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa COM (2013) 37 final. Bruselas, julio de 2013.

(8) MONASTERI G., “I contratti d’impresa e il diritto comunitario”, Riv. Dir. Civ., 2005, p. 505.

(9) “...con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all’impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell’ambito dell’attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall’impresa committente”, Art. 1 Ley Italiana

192/98. https://www.dirittoprivatoinrete.it/contratto_di_subfornitura.htm

(10) Secondo l’articolo 1, comma 1, della legge n. 129/2004, “l’affiliazione commerciale (franchising) è il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all’altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti d’autore, knowhow, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l’affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi”.

(11) Nella giurisprudenza di merito si segnala la sentenza del Tribunale di Milano, del 28.2.2002, Bo-

relli c. Soc. W.D.C., in *Giurisprudenza milanese*, 2002, 273, nella cui massima si legge: “Il contratto di franchising, ormai affermatosi nella prassi negoziale, risulta meritevole di tutela giacché le reciproche prestazioni di servizi permettono all’affiliante di aumentare le proprie capacità di penetrazione sul mercato e, in pari modo, permettono all’affiliato di giovare della posizione di affidabilità e di prestigio acquisita dall’affiliante e di inserirsi quindi nel mercato sfruttando la conoscenza da parte dei consumatori del nome dell’impresa primaria e mantenendo una facciata di imprenditorialità. Di regola, gli obblighi del “franchisor” sono individuati nell’impegno di aggiornare ed esplicitare il c.d. “know how” al “franchisee” per permettergli di mettere a disposizione degli utenti i servizi realizzati secondo le istruzioni trasmesse dal “franchisor”. In tale contesto contrattuale, ove ciascuna parte agisce con i propri

rischi imprenditoriali, il funzionamento del servizio offerto all’affiliato rappresenta una condizione essenziale per il raggiungimento dello scopo contrattuale, affinché l’affiliato sia messo in grado di offrire ai propri utenti il medesimo servizio predisposto ed organizzato dall’affiliante”. Nella giurisprudenza di legittimità si segnala, invece, la sentenza n. 8376, del 20.6.2000, emessa dalla I sezione della Corte di Cassazione, in *Giustizia civile*, 2001, I, 1327, secondo la quale: “Il contratto di franchising o di affiliazione commerciale tra due società costituisce espressione del principio di libertà di iniziativa economica privata garantito dall’articolo 1322 del codice civile e ancor prima dall’articolo 41 della Costituzione, il quale consente e tutela l’aggregazione e l’affiliazione e comunque la collaborazione di imprese”.

(12) Arts. 3 y 4 de la ley citada *ut supra*.

un puñado de casos aislados de contratos comerciales (13).

Lo cierto es que, a pesar de las críticas y las reticencias a la aceptación de esta teoría, la tendencia normativa en Italia es regulatoria de las relaciones entre empresas en el mercado, resultando la búsqueda de la igualdad en las contrataciones la piedra angular fundamental. De hecho en el año 2011 en la legislación correspondiente a “Normas para la tutela de la libertad de empresa. Estatuto de las Empresas” (14) (traducción propia) se complementa lo dispuesto en la *ley de subfornitura* (art. 9), donde se reconoce como conducta dañosa la reiterada dilación en los pagos, haciendo especial énfasis en las medianas y pequeñas empresas independientemente de que exista o no dependencia económica para con su contratante. Posteriormente en el año 2012, en oportunidad de regular “las disposiciones urgentes para la concurrencia, el desarrollo de las infraestructuras y la competitividad” (15) (traducción propia) que refiere a los contratos de provisión y suministro de combustibles donde se protege la relación entre los agentes distribuidores y las grandes empresas proveedoras, con el fin de garantizar la correcta concurrencia en el mercado, en el art. 17 establece que será aplicable el art. 9 de la *ley de la subfornitura* para el caso de que el gran proveedor realice prácticas abusivas para con el agente distribuidor considerando que existe “abuso de dependencia económica”. También en las normas relativas a la comercialización de productos agrícolas y alimentarios (16), donde los contratos con los productores deben ser necesariamente escritos, se les imprime un contenido mínimo obligatorio, debiendo entre ellos establecerse la duración del contrato, las características del producto; su precio y modalidad de pago (entre otros), imprimiendo además un catálogo de principios sobre los cuales deben basarse estos acuerdos dentro de los cuales podemos citar: transparencia; exactitud; proporcionalidad y recíproca correspondencia de las prestaciones. Posteriormente en el mismo año se regulan los contratos de compra anticipada de productos agrícolas por parte de los industrializadores o distribuidores.

Los contratos de proveedores de supermercados o grandes cadenas de distribución, sobre todo con el objetivo puesto en los pequeños y medianos productores de alimentos, han sido (como en varios países, incluso el nuestro) materia de estudio por las reiteradas conductas y prácticas comerciales abusivas existentes en estos sectores, siendo las más habituales la imposición de precios; la dilación en los pagos; la imposición de cargas o pagos adicionales para exhibir sus productos en góndola, etc., lo que ha dado lugar a sendos trabajos doctrinarios y de investigación e incluso en Italia se habla de una subcategoría específica: “*los contratos de productos agrícolas o alimentarios*” (17) que, basados en procurar una provisión de una sana alimentación como derecho básico de los individuos, procede a regular los contratos ejerciendo un fuerte poder de vigilancia en pos de proteger a las empresas que los producen, al propender a que estas puedan garantizar los estándares

de calidad y seguridad que requieren este tipo de productos. Considerando además que a través de estas normativas se protege a los procesos competitivos, al mercado y al consumidor. En definitiva, las normas de esta materia protegen a la empresa contratante en situación de debilidad en materia de contenido contractual, imponiendo la obligatoriedad de la escritura y claridad en su redacción, en el retardo en los pagos (18) y en los abusos de la posición contractual de la parte con mayor poder negocial en la relación, a través de la enumeración de cláusulas abusivas prohibidas (art. 62). En este sentido se ha considerado que la disparidad en el poder negocial en este rubro es una causal de ausencia de transparencia en las negociaciones que puede derivar en una conducta abusiva por parte del contratante que se encuentra en mejor condición incurriendo en un acto de deslealtad comercial desde un sistema de tutela de naturaleza binaria público-privada, ya que se prevén penas pecuniarias y facultades de contralor a las autoridades de competencia y funcionamiento de mercado y por otro lado la posibilidad de reclamación de daños y perjuicios por el ilícito contractual en la justicia respectiva.

Al igual que en el Código Civil y Comercial argentino, el italiano contempla diferentes reglas de protección hacia la parte débil en los contratos comerciales o de distribución, donde se busca proteger al empresario con menor poder negocial.

Pareciera que el legislador italiano ha comprendido la necesidad de regulaciones en el mercado para generar mayor eficiencia y mejor funcionalidad, a través de reglas que implican regular contenidos contractuales y sus remedios, inspirados en valores superiores como la cooperación y la solidaridad, que no deben ser dejados de lado en virtud de la autonomía de las partes, que encontrará sus límites en la funcionalidad social del contrato y en la dignidad humana.

Es evidente que en Italia (al igual que en la mayoría de los países codificados) se ha superado la idea del *contrato paritario* plasmada en su Código de 1942 donde la voluntad de las partes y la autonomía de la voluntad eran valores casi incuestionables. En las tendencias actuales estos valores ceden ante objetivos ulteriores como la equidad y justicia contractual, la utilidad social y la dignidad humana como núcleo esencial, en pos de un mercado más justo y participativo.

Los límites a la autonomía de la libertad también han sido reconocidos por la Unión Europea, toda vez que en la “Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea” en su art. 16 (19) reconoce la libertad de empresa y comercio, pero con la limitación de que estas libertades deben adecuarse al derecho de la Unión Europea y a los principios fundamentales de los países miembros.

La dignidad humana, como valor fundamental, ha ganado terreno y se coloca en el centro de atención de los legisladores, dotando de un rol protagónico a la buena fe. Introduciendo reglas en el mercado ante cier-

tas circunstancias, con el fin de propender a una mayor equidad en las negociaciones y a la justicia contractual en este ámbito.

Este conjunto de normas y disposiciones referidas a contratos entre empresas tendientes a proteger a la parte débil en aquellas situaciones de asimetrías en el poder negocial reafirma la convicción de aquellos autores adeptos a la teoría italiana que invoca un nuevo género contractual. Cuestión que no es compartida por varios juristas que niegan su existencia (20).

Aun aquellos autores que afirman la necesidad de una categoría contractual autónoma reconocen como principal debilidad para su dogmatización la ausencia de conceptualización del llamado “Imprenditore dévole” o empresario débil a los efectos del contrato “entre empresas”, es decir, si bien en reiteradas oportunidades, como lo hemos visto en los ejemplos detallados, la legislación italiana refiere a la debilidad contractual de una de las partes en este tipo de contratos, no existe en ninguna de ellas una definición de este nuevo sujeto en situación de vulnerabilidad, ya que si bien esta definición en la mayoría de los casos tiene relación con la situación económica que detentan las partes, no siempre es el único determinante o “el” determinante de la cuestión de debilidad negocial, puesto que podrían incidir otros factores que coloquen a una empresa en esa posición. La situación de debilidad debe ser evaluada en cada caso concreto y en la normativa siempre se hace referencia a situaciones hipotéticas.

La teoría del “terzo contratto” pretende aglutinar la legislación existente en virtud de aquellos contratos donde una empresa, por la relación de durabilidad que mantiene con otra, genera una situación de dependencia y por ende se coloca en una situación de cierta debilidad para con su demandante de bienes o servicios, integrando aquellos dispositivos de aplicación general como las normas sobre el retardo en los pagos o el abuso de dependencia económica, o de aplicación específica como el contrato de subfornitura; contratos comerciales; venta de productos agrícolas alimentarios; etc., legislaciones que comparten en su totalidad el objetivo de evitar el abuso de posición de una empresa sobre la otra en un esquema de integración vertical en el mercado. Los elementos comunes en todas estas normas; la inexistencia de una solución unificada y específica; la coincidencia en la práctica en los recurrentes conflictos en los contratos entre empresas con severas asimetrías en el poder negocial que derivan en desequilibrios contractuales, han sido las principales causas que legitiman a ciertos autores a esgrimir la necesidad de una sistematización de la normativa referida a este tipo de contratos bajo la teoría en estudio que provea cohesión al tema y se organicen como disciplina autónoma. Puesto que la dispersión normativa descripta, si bien aporta herramientas utilizables para la empresa en situación de vulnerabilidad, también puede generar heterogeneidades interpretativas que no contribuyen a la generalización y unificación de conceptos para la construcción de la materia.

Sin dudas que el contrato entre empresas es y será una de las mayores preocupaciones y ocupaciones de la literatura jurídica actual, ello por cuanto el derecho comercial basado en la figura del “comerciante” ya no es suficiente para una economía globalizada; estandarizada; y tecnificada.

En este nuevo contexto será necesario contemplar las contrataciones en las relaciones comerciales sin dejar de lado al “mercado”; el derecho deberá ocuparse de establecer las reglas en torno a este, aunque ello implique ni más ni menos que regular el mercado que en sus concepciones más clásicas se pretende desregulado. Deben idearse mecanismos que ofrezcan soporte a las dinámicas relaciones actuales, pero a la vez se resguarde la equidad y justicia contractual, evitando los abusos de unos actores sobre otros. Es claro que se necesitará un abordaje distinto al ya establecido por el derecho a la libre competencia y del consumidor.

Desde el punto de vista filosófico las nociones de *libertad* e *igualdad* han generado intrincadas discusiones que, como explica desde la filosofía jurídica R. Dworkin, conlleva conflictos morales cuando la libertad formal se enfrenta con la igualdad imperfecta que requiere la construcción de un sistema de equidad, es decir, este autor propone que para sostener la libertad contractual, debe construirse paralela o previamente un sistema que propicie la igualdad de las partes (21).

La situación en nuestro país

En nuestro país son extremadamente escasos los autores que mencionan la posibilidad de la existencia de un nuevo género contractual “entre empresas” que podría ser el cuarto contrato, puesto que el primero es el clásico paritario, el segundo el de consumidor, el tercero el de adhesión y eventualmente el cuarto el analizado en este ensayo.

Es claro que, si bien, ya existen muchos artículos que hablan del abuso de posición dominante en una relación comercial bilateral de integración vertical en una determinada cadena de valor, no existe consenso aún en tratar el tema de forma sistematizada, ni abultado material como para comenzar a hablar de una nueva disciplina. No obstante, y a modo de reflexión en cuanto a la necesidad de su abordaje, los invito a explorar en nuestro derecho interno las normas que de una forma u otra regulan contratos entre empresas, con el fin de zanjar las desigualdades que existen entre ellas, y evitar los abusos de la parte mejor posicionada en la negociación.

En diversos estamentos de nuestro sistema legal encontramos normas de protección al empresario débil ante determinadas contrataciones, sobre todo en aquellos casos donde se genera una relación de dependencia para con su principal cliente. En este contexto podemos mencionar la introducción en el Código Civil y Comercial de dispositivos regulatorios en los contratos de comercialización o distribución; los contratos de adhesión a cláusulas generales pre-dispuestas y los contratos de larga duración

que el comprador recibió la factura.

(19) La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada originariamente en Niza en el año 2000 y reformada en 2007. Basado en la Jurisprudencia de la Corte de Justicia el art. 16 establece: “È riconosciuta la libertà d’impresa, conformemente al diritto dell’Unione e alle legislazioni e prassi nazionali”.

(20) AMADIO, G., “Il terzo contratto. Il problema, in Il terzo contratto”, a cura di G. Gitti e G. Villa, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 14.

(21) DWORKIN, Ronald, “Justicia para erizos”, Fondo de Cultura Económica, Trad. Horacio Pons, 2014, 1ª ed., p. 18.

(13) MINERVINI, E., Il “terzo contratto”, I contratti, 2009, 5, p. 493 ss., según quien: “il terzo contratto è piuttosto un concetto capace di catturare i problemi, o meglio di perimetrare un’area di problemi, di formulare una o più domande, piuttosto che di dare ad esse adeguate risposte”, aggiungendo che “il terzo contratto rappresenta una risposta ambigua ad una domanda intrinseca, una risposta che soddisfa magari esigenze di razionalizzazione didattica e didattica, ma non è in grado di indirizzare il processo ermeneutico ed applicativo, e non rappresenta, quindi, un nuovo strumento euristico a disposizione dell’interprete”.

(14) Dall’articolo 10 comma 2 della legge n. 280 dell’11 novembre 2011, rubricata “Norme per la tutela

della libertà di impresa. Statuto delle imprese”.

(15) Decreto legge n. 1 del 24 gennaio 2012, convertito nella legge n. 27 del 24 marzo 2012.

(16) Art. 62, legge n. 27 del 24 marzo 2012. Complementada por dall’articolo 36 comma 6-bis del decreto legge n. 179 del 18 ottobre 2012, convertito nella legge n. 221 del 17 dicembre 2012. Por su parte: L’articolo 1 del D.M. 19 ottobre 2012 n. 199 precisa l’ambito di applicazione della legge n. 27/2012, nei termini seguenti: “contratti di cui all’articolo 62 comma 1 e alle relazioni commerciali in materia di cessioni di prodotti agricoli e alimentari, la cui consegna avviene nel territorio della Repubblica italiana, con particolare riferimento alle relazioni economiche tra gli operatori della filiera connotate da un signifi-

cativo squilibrio nelle rispettive posizioni di forza commerciale”. Il successivo articolo 2 ha stabilito, poi, al comma 1 che “ai fini del presentede decreto, si intende per: a) prodotti agricoli: i prodotti dell’allegato I di cui all’articolo 38, comma 3, del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea; b) prodotti alimentari: i prodotti di cui all’articolo 2 del regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002”.

(17) TOMMASINI, R., “La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari”, *Rivista di Diritto Alimentare*, 4, 2012, 1.

(18) Si se trata de productos perecederos debe abonarse dentro de los treinta días de lo contrario dentro de los 60 días contados desde el último día del mes en

donde se recogen las tendencias jurisprudenciales y se consolidan nuevas concepciones sobre la visión del contrato que supera la noción clásica velezana, estableciendo verdaderos límites a la libertad contractual y autonomía de la voluntad en pos de la igualdad; equidad; cooperación y colaboración entre las partes.

En las normas especiales encontramos el decreto de necesidad y urgencia 274/2019 de "Lealtad Comercial y Competencia Desleal" que contiene un capítulo especial de competencia desleal e introduce en nuestro país la figura del *abuso de dependencia económica*, siguiendo el modelo español, y la obtención indebida de condiciones ventajosas bajo amenaza de interrupción del vínculo contractual, dos (entre otros) verdaderos avances en protección de la empresa en situación de vulnerabilidad que ha generado una relación de dependencia para con su contratante. Otro importante ejemplo de

esta tendencia es la llamada "Ley de Góndolas", que posee varios artículos que regulan condiciones de comercialización entre los proveedores de supermercados y las grandes cadenas de este sector, estipulando plazos de pagos; modalidades de contratación; etc.

En diferentes sectores de la economía nacional encontramos normas y dispositivos que pretenden morigerar las asimetrías que se producen en este tipo de contrataciones, entre ellas podemos mencionar la ley nacional 25.564 (22), que establece mecanismos para fijar el precio de venta de la yerba por parte de los productores a los industrializadores; la legislación relativa a precios referenciales de la leche (23) y especificaciones para su liquidación; la resolución de la Secretaría de Transporte de la Nación para establecer precios referenciales para el transporte de granos por automotor (24); la ley de la Provincia de Río Negro (25) que prevé ciertas regulaciones para el contrato de ven-

ta de fruta por parte de los productores a los industrializadores.

Todas estas regulaciones evidencian que en estos sectores ha resultado imposible evitar los abusos por parte de la empresa que tiene mayor poder en la negociación y que las empresas en situación de vulnerabilidad generan una relación de dependencia que las empuja a aceptar condiciones desventajosas en la colocación de sus bienes y servicios, lo que provocará en el tiempo el deterioro y la pérdida de calidad en su producción, e incluso la inviabilidad económica de estas empresas.

Atento a la existencia de una realidad que ha mutado y nos impone respuestas distintas a las tradicionales brindadas por el derecho y la teoría contractual, ante la necesidad de una nueva visión de las relaciones entre empresas, es dable preguntarnos si la teoría del *terzo contrato* puede ser una alternativa de pensamiento en nuestro país, en primer lugar, porque, como ha quedado evidenciado, ya son varios los dispositivos normativos que tienden a proteger al empresario débil desde distintos estamentos y circunstancias; y en segundo término, porque existe un nuevo sujeto a tutelar que cumple una importante función social y económica que son las pequeñas empresas, situación que reclama que los operadores del derecho comencemos a pensar en soluciones innovadoras, integradoras y adaptables a las nuevas formas de contratar.

Conclusión

Las teorías del libre mercado sin ningún tipo de intervención han demostrado hasta el hartazgo su incapacidad de generar condiciones de equidad en la distribución de la riqueza, el liberalismo económico no ha propiciado ningún estado de bienestar como pronosticaba. Por ello las regulaciones se fueron consolidando para intentar evitar los abusos de unos sectores sobre otros.

Es indudable la centralidad del contrato en el mercado y, por ende, las normas propias podrían interpretarse como sus reguladoras, ya que el contrato podría considerarse el dispositivo legal que regula la conducta de los agentes dentro de él: "...Naturalmente, las valoraciones efectuadas introducen nuevos condimentos en la realidad contractual; es que en el esquema de la economía social de mercado se intenta conciliar una lógica económica de mercado con principios redistributivos de equilibrio y solidaridad, hay espacio para la coexistencia de reglas de enjuiciamiento de matriz liberal y de matriz social. Así en el ámbito de las reglamentaciones de las relaciones de mercado el principio de la autonomía de la voluntad permanece en vigor, aunque esté ahora subordinado y mitigado por los principios del derecho social..." (...). "El mercado contiene al contrato y este se adapta a sus contornos, bien que la ductilidad del contenido también da forma

al mercado. Cabe explicar: el mercado presenta una realidad mutante que influye en los contenidos contractuales, a la vez que la sumatoria de lazos convencionales constituye el mercado; la realidad del mercado está dada por determinadas modalidades contractuales. Esta relación permite que el mercado sea controlado desde el contrato, al promover o prohibir determinadas prácticas contractuales..." (26).

Desde el punto de vista filosófico las teorías jurídicas han ido evolucionando en cuanto a la centralidad del respeto a la dignidad humana como valor fundamental, partiendo del humanismo hasta llegar a la constitucionalización del derecho privado, enfatizando que se impone que la dignidad deje de ser un ideal en el derecho privado, para ser un principio rector que debe ser respetado también en el mundo de los negocios.

Desde el punto de vista epistemológico la teoría del *terzo contrato*, tal como lo han expresado varios autores italianos, aún debe afrontar importantes desafíos para lograr convertirse en una disciplina autónoma; su desarrollo apenas está en etapa de exploración y se enfrenta a poderosas críticas, pero no es menos cierto que la discusión es necesaria: urge indagar sobre las alternativas de solución para una desigualdad que está calando hondo en las relaciones comerciales entre empresas y, sin dudas, el contrato tiene un rol fundamental para ofrecer alternativas. Pero como ya lo hemos mencionado en este ensayo, esta tarea tiene como consecuencia indirecta inyectar claras reglas de equidad en un mercado donde hasta ahora está muy acostumbrado a naturalizar, bajo las premisas de "libre competencia", "reglas de mercado" y "eficiencia", la opresión de unos sectores sobre otros; y el Derecho tiene el deber de evitarlo.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3656/2022

Más información

[Leiva Fernández, Luis F. P.](#), "Adecuación del contrato por quiebre de sus bases objetivas", LA LEY 15/09/2022, 1, cita online: AR/DOC/2702/2022

[Hernández, Carlos A.](#), "Revisión y adecuación del contrato (unidad y diversidad)", LA LEY 19/09/2022, 1, TR LALEY AR/DOC/2727/2022

Libro recomendado

[Código Civil y Comercial. Comentado y Anotado](#)

Autores: Calvo Costa, Carlos A. - Heredia, Pablo D.

Edición: 2022

Editorial: La Ley, Buenos Aires

(22) Crea el Instituto Nacional de Yerba Mate, que establece la tarifa sustitutiva por tonelada producida de hoja verde y hoja canchada periódicamente.

(23) Creación del sistema de pago de la leche cruda sobre la base de atributos de calidad composicional e higiénico-sanitarios en sistema de liquidación única, mensual, obligatoria y universal. Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca y Ministerio de Economía y Finanzas Públicas - Res. Conj. 739/2011 y 495/2011, TR LALEY AR/LEGI/6PAU y sus modificatorias. Régimen de emisión de comprobantes - operaciones de comercialización primaria de leche cruda. AFIP - Res. Gral.

3187/2011 y sus complementarias. Creación del SIGLeA -Sistema Integrado de Gestión de la Lechería Argentina. Ministerio de Agroindustria 229/2016.

(24) Resolución de la Secretaría de Gestión y Transporte de la Nación Nro. 8/2016, TR LALEY AR/LEGI/8QHG.

(25) La ley provincial 3611, TR LALEY AR/LEGI/34GO conocida como la "Ley de Transparencia del Negocio Frutícola" reguló la compraventa de frutas. En ella se establece la obligatoriedad de formalizar y registrar los contratos a los que les impone un contenido mínimo obligatorio.

(26) SANTARELLI, Fulvio, ob. cit., ps. 74 y 75.

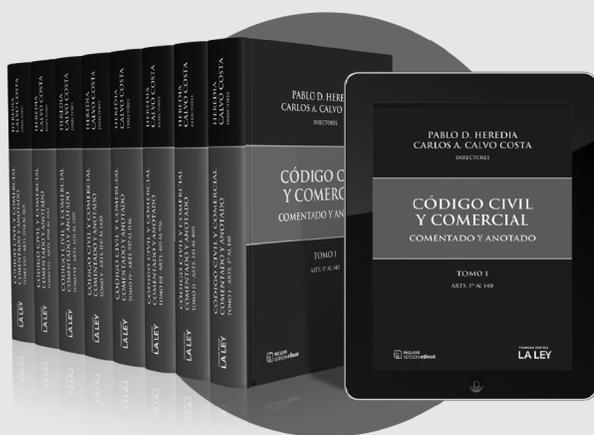
THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL COMENTADO Y ANOTADO

Directores: **Pablo D. Heredia**
y **Carlos A. Calvo Costa**

2022



8 Tomos
disponibles en
papel y eBook.

CON EL ANÁLISIS DE EXPERTOS JURISTAS

La **obra más completa y actualizada del mercado** desde el lanzamiento del Código Civil y Comercial hace 7 años.

Desarrolla más de 2600 artículos y brinda respuestas para resolver problemáticas diarias. Algunas de las novedades de esta edición son: Compensación económica • Mandato irrevocable • Persona Jurídica • Tecnología.



Obtené más información
sobre esta obra imprescindible
escaneando este código QR

*Consultar promociones vigentes

THOMSON REUTERS®

ThomsonReutersLaLey

@TRLaLey

Thomson Reuters Argentina | LEGAL

Thomsonreuters_ar

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores: Nicolás R. Acerbi
Valderrama
Florencia Candia

Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.

Thomsonreuterslaley

linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/

TRLaLey

thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html

Centro de atención
al cliente:

0810-266-4444