

- FARINA, Juan M. "Contratos comerciales modernos". Ed. Astrea. Bs. As. 1993.

CAPÍTULO III

CONCEPTO DE CONTRATO. NECESIDAD DE SU REVISIÓN

§ 107. *Concepto clásico de contrato.* - Este concepto -repetido hasta hoy- toma como núcleo central el "consentimiento", expresión del *acuerdo de voluntades*. Dice el art. 1137 del Cód. Civil: "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos".

Nos referimos al concepto clásico, aunque éste no haya sido el originario; en verdad se acuña a fines del siglo XVIII, y ha sido aceptado como inmovible hasta épocas recientes.

Cita Vallespino la definición que dio Gounot en 1912: "Hay contrato cuando dos personas de idéntica situación jurídica e igual fuerza económica exponen en un libre debate sus pretensiones opuestas, haciéndose concesiones recíprocas y terminando por concluir un acuerdo donde ellas han valorado todos sus términos y que están bien seguros de la expresión de su voluntad común"¹.

Pero la realidad del mundo comercial demuestra que hoy día tal declaración de voluntad común -característica de los contratos negociados- es la excepción, pues la regla son los contratos con cláusulas predispuestas, los celebrados sobre la base de condiciones generales, los contratos de adhesión, los de ventanilla, el contrato normado, el de las máquinas automáticas; y hasta nos hallamos frente al hecho no infrecuente del *contrato obligatorio*. Ante esta realidad que caracteriza a las contrataciones comerciales de nuestros días, referidas a las adquisiciones de bienes o servicios por medio de máquinas automáticas y situaciones similares, se ha acuñado

¹ Citado por Vallespino, *El contrato por adhesión*, p. 215. Ver también Venini, Juan C. - Suárez, Roberto C. - Conde, Héctor N., *De lo clásico a lo moderno en materia contractual*, JA, 1989-1-1074.

la expresión "relaciones contractuales de hecho". No está mal; pero en nuestra opinión no debe pretenderse que estas "relaciones contractuales de hecho" —denominación que aceptamos sólo por ser gráfica— consituyan una figura jurídica distinta al contrato, sino incluidas dentro de su concepto general.

Para encarar el adecuado estudio de este tema conviene recordar lo expresado por Gorla, quien recomienda recurrir a la comparación, como método histórico-comparativo de estudio, pues suscita ideas y enciende luces inesperadas; es así como ciertos puntos oscuros de nuestra teoría del contrato se iluminan gracias a este método. En la comparación saltan a la vista y se desechan los conceptos basados en definiciones que sin otro análisis se adoptan como irrevisibles, así como se desvanecen ciertas creencias que, por haber sido observadas durante años, se presentan como "lógicas". Aplicados estos principios a la necesidad de determinar un concepto de contrato válido para las contrataciones comerciales en masa, recurriendo a la comparación, se advierte que son posibles otros planteamientos, otras soluciones y que aquel concepto o definición que siempre nos ha parecido inmutable e irreversible es, solamente, una particularidad histórica, debida, tal vez, a razones políticas, filosóficas, o a ciertas técnicas especiales².

No obstante —advierte Gorla— esto no implica echar por la borda el denominado "método lógico" al cual podría acudirse aunque sólo como uno de los sistemas para aproximarse al fenómeno jurídico, para hacerlo más aprehensible. Pero, cuando al salir del campo de la satisfacción de las mencionadas necesidades del pensamiento, se hace de éste el *único método* (el *método*, por excelencia o la *ciencia del derecho*), como desgraciadamente ha ocurrido a menudo entre nosotros, entonces tal método degenera y no tardan en manifestarse y hacerse fácilmente advertibles sus perniciosos efectos³.

a) *CONTRATO Y ACUERDO DE VOLUNTADES*. El concepto de contrato, basado en la declaración de voluntad común —tal como lo prevé el art. 1137 del Cód. Civil—, nos resulta algo natural y muy claro, pues constituye una noción tan arraigada en nuestra conciencia jurídica, y parece corresponder tan exactamente con el orden lógico de nuestras ideas y con el orden natural de las cosas, que no se piensa que, en su origen y etimológicamente *contrato* no significó la obligación nacida necesariamente de un acuerdo de voluntades.

La concepción que toma a la declaración de voluntad común (expresada mediante el consentimiento) como base del contrato,

² Gorla, *El contrato*, p. 6.

³ Gorla, *El contrato*, p. 9.

surge después de una larga, confusa y no muy bien conocida evolución del pensamiento jurídico, que los historiadores han ido aclarando poco a poco y fatigosamente. Como indica Díez Picazo, "el concepto de contrato que hoy poseemos no se formó en el derecho romano"⁴. Por ello no hay razón para sostener que esta evolución del concepto de contrato haya quedado solidificada y no sea susceptible de continuar evolucionando según las cambiantes necesidades de una realidad socioeconómica en permanente transformación.

El mejor ejemplo de esta evolución nos la da el derecho romano, pues el concepto de contrato, sus elementos, sus modalidades, sus principios, etc., se han ido transformando con la evolución del pueblo romano.

Resulta imprescindible —expresa Vallespino⁵— mantener este método evolutivo como una constante en nuestras investigaciones, pues el contrato, como institución, es la figura jurídica que más ha sentido los cambios políticos, sociales y económicos de la civilización.

En este sentido⁶, Moroni recuerda que la clásica teoría del consentimiento en materia contractual cede terreno a raíz de las nuevas modalidades de contratación, impuestas por la constante movilidad de las transacciones mercantiles, y porque las previsiones del derecho moderno tienden a resolver situaciones que escapan a los esquemas tradicionales (ver § 111, b, donde ampliamos los conceptos de este autor).

Otros autores han hecho las siguientes reflexiones: "Las intensas mutaciones, los cambios profundos del mundo en que nos toca vivir, originan nuevas modalidades de vinculaciones en las que la empresa cumple un rol preponderante. Las relaciones entre ellas y los consumidores va gestando un derecho impuesto por las nuevas necesidades económicas, que hacen que la concepción clásica del contrato resulte, de por sí, insuficiente como elemento abastecedor de las exigencias del tráfico jurídico en las postrimerías de este siglo. De manera que el contrato en cuanto expresión o instrumento del hombre para alcanzar las finalidades que individualmente no le es dado obtener, debe estar dotado de todos aquellos elementos que la técnica jurídica actual está en condiciones de brindarle con el objeto de dar acabada satisfacción a lo que se espera de él en estos momentos cruciales de nuestra existencia"⁷.

⁴ Díez Picazo, *Fundamentos*, p. 96.

⁵ Vallespino, *El contrato por adhesión*, p. 2.

⁶ Moroni, Carlos E., *La promesa al público*, p. 3.

⁷ Venini - Suárez - Conde, *De lo clásico a lo moderno en materia contractual*, JA, 1989-I-1074.

b) *Derecho romano*. Para entender mejor el significado de contrato en el derecho romano será útil remontarnos al origen etimológico del vocablo, así como al sentido que entonces se adjudicaba al término *pactio*.

La voz *contrato* deriva de *contrahere*, que, a su vez, proviene de *trahere*.

El *contractus* es, pues, una situación que da origen a ese especial *vinculum iuris* en que consiste la *obligatio*. Coincidentemente, Fontanarrosa explica que *contrahere* es un verbo antiguo, que usado literal y metafóricamente significa, por regla general, "realizar", "perpetuar", "concitar" (*admittere, committere, constituere*). Debe tenerse en cuenta que en la lengua latina la palabra *contrahere* no significaba primariamente "celebrar un contrato" incluso entre los mismos juristas clásicos. En contraste con el verbo *contrahere*, el sustantivo *contractus* apareció mucho después. Sin duda alguna —señala Fontanarrosa— el término jurídico *contractus* fue acuñado por los juristas del período último de la República.

En el antiguo derecho romano para que naciera una *obligatio* no resultante de un delito era necesario realizar determinados actos solemnes y rituales (*verum, sponsio, stipulatio*). De suerte que sólo a todos aquellos actos solemnes y rituales que generaban una *obligatio* se les llamaba *contractus* (cuando comenzó a utilizarse esta expresión)⁹.

Messineo nos explica que el término *contractus* tenía —según la opinión prevaleciente— un significado distinto al que le otorgan los juristas modernos. La concepción que identifica al contrato con la declaración de voluntad común (consentimiento) se plasma en los códigos occidentales del siglo XIX. Concretamente: en el derecho romano, "contrato" no significaba el acuerdo (acto de voluntad

⁸ *Trahere* significa arrastrar, según Corominas, Joan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, p. 577; en tanto que "pacto" deriva de *pactum*, participio de *pasci*, de la misma raíz que "paz", para cuya vigencia se requiere el acuerdo. Por ello —explica Díez Picazo, *Fundamentos*, p. 94—, originariamente, la voz *contractus* no parece haber tenido un preciso significado técnico-jurídico. Etimológicamente, *contractus* es el participio pasivo del verbo *contrahere*, es decir, "lo contratado". Lo contratado es una obligación (*negotio contractum, obligatio contracta*).

⁹ Fontanarrosa, *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 15 (nota 23) y ss., dice: "Originariamente significó celebrar o realizar un acto y fue usado en unión con un sustantivo en genitivo: *contractus stipulationis* (la celebración de una estipulación) *contractus emptionis* (la celebración de una venta). Ver también Schulz, Fritz, *Derecho romano clásico*, p. 445, n° 799.

¹⁰ Conf. Díez Picazo, *Fundamentos*, p. 94.

común de ambas partes) que da nacimiento a la relación obligatoria, sino el vínculo en sí como hecho objetivo".

c) *Derecho anglosajón*. Siguiendo el método comparativo que aconseja Goria, cabe remitirse al derecho anglosajón, en el cual la noción de contrato no coincide con la del derecho continental europeo (y por tanto con la del art. 1137 de nuestro Cód. Civil). El contrato aparece allí más como el resultado de un trueque de promesas que como una verdadera fusión de voluntades.

En el derecho anglosajón suele definirse el contrato como "la promesa o el conjunto de promesas que atribuyen a una o a las dos partes del derecho a exigir algo judicialmente".

Señala Goria que, en derecho anglosajón, la *consideration* es el elemento del que deriva la eficacia vinculante del contrato: es un acto o una abstención de una de las partes, o la promesa de esto; es el precio por el cual se compra la promesa de la otra, y la promesa hecha de esta forma por una contraprestación queda judicialmente sancionada. En el *common law* una promesa sólo es sancionada (*enforceable*) en cuanto revista la forma del *act under seal*, o exista una *consideration*, es decir, en este último caso, en cuanto forme parte de un negocio de cambio. El esquema del cambio (*bargain*), entendido en el sentido más amplio (que comprende también el cambio no típicamente económico), es el esquema del contrato no formal. Lo que cuenta es la voluntad del promitente, en cuanto que promete exigiendo a su vez algo al promisorio, y no la justificación extrac contractual del beneficio o del sacrificio. Los esquemas contractuales reconocidos por el *common law*, por lo menos en principio, son, pues, el esquema formal (sobre el *act under seal or deed*) y el esquema del *bargain* o cambio en sentido amplio¹².

Con criterio similar, en el derecho norteamericano suele definirse al contrato como "una promesa jurídicamente exigible, ya sea directa o indirectamente" (*a promise enforceable at law directly or indirectly*). Pero este concepto presenta un perfil más particular aún, pues, al estar formado sobre la base de una promesa, excluye las transacciones que puedan ser consideradas como de permuta (*barter*) por existir un cambio recíproco, actual, inmediato y plenamente efectivo de bienes. Señala Fontanarrosa que tal operación es, para el derecho norteamericano, una permuta (*barter*), concepto que —naturalmente— no coincide con el de nuestro

¹¹ Messineo, *Il contratto in genere*, t. I, p. 8.

¹² Fontanarrosa, *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 36, nota 24; Goria, *El contrato*, t. I, p. 29 y siguientes.

Código Civil (art. 1485). El carácter de los bienes intercambiados no es esencial para el derecho anglosajón, sino la existencia de una promesa, pues si ha habido un intercambio simultáneo de bienes en esta concepción no nace un contrato si bien se crean nuevas relaciones físicas para las cuales una sociedad organizada establece nuevas relaciones legales. Esas nuevas relaciones derivadas del intercambio simultáneo de bienes provienen de la acción voluntaria de ambas partes, pero no generan ningún derecho especial a favor de una de ellas para compeler a un cumplimiento subsiguiente de la otra, porque ya se ha cumplido.

Explica Fontanarrosa que si el término *contrato* se usa para denotar un documento formal redactado por las partes que prueba su asentimiento mutuo, hay muchas operaciones de permuta (según el derecho norteamericano) en las que se extienden esos documentos.

Una escritura de venta sería, con frecuencia, un contrato en este sentido. Sin embargo, en el caso de que haya existido un cambio plenamente efectivo de bienes, puede no haber ninguna promesa jurídicamente exigible o susceptible de incumplimiento. Tal intercambio plenamente efectivo, que no incluya ninguna promesa jurídicamente exigible por las partes, crea no obstante, numerosas relaciones jurídicas; pero éstas ordinariamente se describen, como relaciones de propiedad y no como relaciones contractuales.¹³

d) CONCEPTO DE CONTRATO EN EL DERECHO CONTINENTAL. No existe un concepto uniforme del contrato en los códigos ya clásicos de Europa continental.

1) Código Civil francés. Dispone el art. 1101 de ese Código: "El contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan, hacia otra o varias más, a dar, hacer o a no hacer alguna cosa".

Esta definición no se asemeja, indudablemente, al contenido del art. 1137 del Cód. Civil argentino.

A su vez, el art. 1108 del Cód. Civil francés expresa: "Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención: el consentimiento de la parte que se obliga, su capacidad de contratar, un objeto cierto que forma la materia del negocio, una causa lícita en la obligación".

Según Vallespino¹⁴, de la simple lectura del art. 1108 del Código francés pareciera ser que sólo se exige el consentimiento de

¹³ Fontanarrosa, *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 36; puede verse también Corbin, Arthur, *On contracts*, p. 6-7, citado por Fontanarrosa; Gorla, *El contrato*, p. 399 y siguientes.

¹⁴ Vallespino, *El contrato por adhesión*, p. 104.

una de las partes; aunque reflexiona que no es así, puesto que ninguna convención puede ser el resultado de una sola voluntad. Sin embargo, cabe tener en cuenta la especial relevancia que este artículo otorga a "la parte que se obliga".

2) Código Civil español. Dispone su art. 1254: "El contrato existe desde que varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio". Este concepto es amplio y también incluye las relaciones contractuales de hecho y el contrato por adhesión.

3) Código Civil alemán de 1896 (BGB). Este Código no define el contrato, pero su concepto puede inferirse de lo dispuesto por el § 305: "Salvo disposición en contrario de la ley, se necesitará un contrato de los interesados para establecer por acto jurídico una relación obligatoria o para variar su contenido".

Como señala Vallespino, en el BGB tampoco se han enumerado los requisitos necesarios para la configuración de un contrato. Los § 104 a 115 están destinados a las incapacidades en general; de ellas, el § 104 a los vicios de la voluntad; en los § 134 a 138 se determina el objeto de los negocios jurídicos; y los § 305 a 317 se refieren en particular al objeto de los contratos, pues para este Código el contrato constituye una de las variedades que puede presentar el negocio jurídico. Solamente cuando el negocio jurídico contenga manifestaciones de voluntades correlativas y recíprocas de dos partes distintas estaremos en presencia de un contrato¹⁵.

e) ¿CONTRATO SIN CONSENTIMIENTO? La figura correspondiente al contrato, en el cual se otorga relevancia al elemento subjetivo (acuerdo, consentimiento, declaración de voluntad común), se insinúa en la época posclásica del derecho justiniano, con el nombre de *pactum in pactis*, o *convento*, de donde surge el elemento *consensus*; de modo que en realidad el *pactum* viene a ser el verdadero antecedente del contrato moderno.

En el derecho romano clásico se hablaba también de los *contractus consensuales*, pero no por otorgar relevancia al elemento consentimiento, sino en oposición a los denominados *contractus reales*. Dice Messineo: "El contrato moderno, ciertamente, no es sino el *pactum* de los romanos: o sea un acuerdo de voluntades, idóneo para dar vida a una obligación (*solus consensus obligat*)"¹⁶.

¹⁵ Opiniones de Enneccerus, Ludwig - Nipperdey, Hans C. - Wolff, Martin, *Tratado de derecho civil*, t. I, vol. I, p. 72, y de Bufnoir, *Code Civil allemand*, t. I, p. 11 (citados por Vallespino, *El contrato por adhesión*, p. 124).

¹⁶ Messineo, *Il contratto in genere*, t. I, p. 8.

O sea que en el derecho romano clásico la obligación nacida de un contrato no requería el acuerdo de voluntades¹⁷. En vez, este acuerdo de voluntades era la base del *pacto*. Bien destaca Díez Picazo que es precisamente el pacto y no el contrato a lo que Ulpiano define, como *duorum in idem placitum vel consensus*. Los pactos eran acuerdo de voluntades, si bien en un principio no generaban ningún efecto jurídico inmediato, pues no daban nacimiento a una obligación a la que se otorgara acción para exigir el cumplimiento de lo pactado (*ex nudo pacto actio non nascitur; nuda pactio obligationem non parit*). Posteriormente, algunos pactos fueron vistos de acción, como sucedió con los *pacta adiecta*, que eran pactos añadidos a un contrato como cumplimiento de éste; los pactos típicos por el pretor (por ejemplo, el pacto de hipoteca) y *pacta legitima* o pactos a los cuales los emperadores concedieron una acción especial.

La conclusión a que nos lleva este análisis —según lo expresado por Díez Picazo— es que, originariamente, no existió una necesaria relación entre la idea de contrato y el acuerdo de voluntades. En el derecho romano clásico había contrato cuando se contraía una obligación, y esto podía ocurrir tanto por guardar una determinada forma solemne —con sus palabras rituales— cuanto por suscribir un documento o realizar un determinado comportamiento¹⁸.

La relación entre contrato y acuerdo de voluntades tampoco fue reconocida en el derecho intermedio. La jurisprudencia me-

¹⁷ Petit, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, p. 397, n.º 287, dice que en derecho romano, la estipulación es una *manera de contratar*, que consiste en una interrogación al efecto de obligar, hecha por el que quiere hacerse acreedor, seguida de una respuesta afirmativa y conforme a la pregunta, hecha por el que consiente en hacerse deudor (p.ej., ¿prometéis darme cinco escudos de oro? Lo prometo. ¿Quince aureos dare spondes? Spondeo). La palabra *stipulatio* se aplica en general al conjunto del contrato. Pero en un sentido más restringido, designa el papel del acreedor: mientras que el papel del deudor se llama *sponsio* i *promissio*. Es preciso que la respuesta sea conforme a la pregunta. Esta conformidad debía existir al principio en los términos mismos de la estipulación. El que promete estaba obligado a emplear en la respuesta el verbo de que se había servido el estipulante: ¿spondes-ne? spondeo; ¿promittis-ne? promitto. En la época clásica, esta condición rigurosa, que era una garantía un poco exagerada del acuerdo de las partes, ya no existe. Basta con que la respuesta indique claramente el consentimiento del deudor, el cual puede servirse de otro verbo, o responder en otra lengua, si era comprendida por el estipulante, o aun contentarse con una expresión afirmativa, tal como *quidni* (por qué no).

¹⁸ Dice Díez Picazo, *Fundamentos*, t. I, p. 94: "El puro acuerdo de voluntades, originariamente, era por sí solo constitutivo de un nudo pacto y por consiguiente se encontraba desprovisto de acción".

dieval, desde los glosadores hasta los intérpretes del siglo xv, continuó actuando alrededor de los esquemas del sistema romano justiniano, al que permanece sustancialmente fiel (aunque sin renunciar a algunos desarrollos conceptuales). Los autores de este período —señala Díez Picazo— conservan la antítesis fundamental entre *contractus* y *pacta*, o, usando la fórmula por aquellos empleada, entre *pacta vestita* y *pacta nuda*¹⁹.

Esto ha determinado que aún hoy reine cierta confusión en la doctrina universal acerca del empleo de los términos "acuerdo", "convención", "contrato" y "pacto"; confusión que se remonta al derecho romano. En sus orígenes, *pacere*, *pactum*, *convenire* y *convenerio*, se utilizaron para designar convenios de toda índole. En la terminología clásica, *pactum* significaba compromiso y, también, cualquier pacto adicional, sin olvidar que *pactum* o *pactio* significó, originariamente, transacción y, por su sentido literal (de *pax*), conclusión en paz; en tanto, *conventio* (convención) es una expresión genérica que denota acuerdo (con sentido análogo a *consensus*)²⁰.

§ 108. *EL CONTRATO COMO ACUERDO DE VOLUNTADES*. — Señala Pound²¹ que la consagración del concepto de contrato como declaración de voluntad común (lo expresado por el art. 1137, Cód. Civil argentino) es el resultado de la concepción sobre la finalidad del derecho que empezó a tener vigor a partir del siglo xvi. Con la desintegración gradual del orden social del feudalismo y la paulatina transformación en una nueva sociedad, consagrada a los descubrimientos, la colonización y el comercio, apareció la necesidad de otorgar más importancia al individuo, pues había que contemplar la posibilidad de que los hombres utilizaran al máximo sus aptitudes personales en los descubrimientos, conquistas y explotación de los recursos naturales. En consecuencia, se consideró como finalidad del derecho el logro de la máxima expresión del libre albedrío individual.

Se juzgó, entonces, que la función del derecho no debía servir para mantener el *status quo* social del feudalismo, con todas sus ar-

¹⁹ Díez Picazo, *Fundamentos*, t. I, p. 95.

²⁰ Fontanarrosa, *Derecho comercial argentino*, p. 18.

²¹ Pound, Roscoe, *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 56 y ss., dice: "Se advierte la transición hacia la nueva manera de pensar en los teólogos y juristas españoles del siglo xvi. Mientras Aristóteles había pensado en desigualdades que surgían de los diferentes méritos individuales y de sus diversas capacidades para aquello que exigía el orden social, los nuevos juristas invocaron una igualdad natural (es decir, ideal) en cuanto a las posibilidades de realización, implícita en el análogo poder para el empleo consciente de las facultades propias, común a todos los hombres".

bitrarias restricciones sobre la voluntad y el empleo de las facultades individuales, sino que debía alentar el ejercicio y respeto de la igualdad natural que, a menudo, se veía amenazada o disminuida por las restricciones tradicionales impuestas a la actividad del individuo. Esa igualdad natural fue concebida como una igualdad de oportunidades, como una expresión del libre albedrío individual; en consecuencia, se consideró que el orden jurídico debía posibilitar a los individuos el máximo de oportunidades en un mundo donde abundaban los recursos aún no descubiertos, tierra no explotada y fuerzas naturales sin dominar todavía. Esta idea tomó forma en el siglo xvii y se mantuvo durante los dos posteriores, culminando en el pensamiento jurídico del siglo xix. "Su finalidad consistía en posibilitar el máximo de libre acción individual compatible con la libre acción individual general"²².

§ 109. NUEVA VISIÓN DEL CONTRATO A PRINCIPIOS DEL SIGLO XX. — El pensamiento jurídico del siglo xix concibió al contrato como expresión de la voluntad individual plasmada en el acuerdo de voluntades; pero llegó un momento en que ya no hubo más continentes que descubrir; los recursos naturales se hallaban en progresiva explotación, y ya, a principios del siglo xx, había que conservar lo que quedaba de aprovechable. Las fuerzas de la naturaleza estaban controladas y el desarrollo industrial había adquirido proporciones insospechadas, lo que fue creando un sistema económico donde, por un lado, las empresas adquirían cada vez mayor poder frente a la masa proletaria y, por el otro, hizo su aparición la masa inermes de los consumidores, que empezó a ser considerada. Por todas estas razones, se advirtió que ya no sería posible continuar permitiendo a los individuos hacer lo que su imaginación inquieta o su audaz ambición les sugiriera como un medio de conseguir beneficios. Expresa Pound²³ que aunque los abogados continuaron repitiendo la antigua fórmula, inspirada en el principio del libre albedrío individual, en el siglo xx, y sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, el derecho comenzó a orientarse en otra dirección. Se empezó a restringir la libertad de que gozaba el propietario para hacer con lo suyo lo que quisiera, a fin de que no traspasase sus límites, poniendo en peligro la seguridad pública.

En el ámbito de los contratos se consideró la necesidad de actuar —especialmente en materia comercial— la plena libertad pregónada, al advertirse que las nuevas condiciones económicas, industriales, comerciales, tecnológicas y sociales hacían que la abstracción

²² Pound, *Introducción*, p. 58.

²³ Pound, *Introducción*, p. 60.

libertad contractual y el acuerdo de voluntades como base de los contratos resultaran ilusorios y menoscaraban —en vez de promover— el pleno desarrollo de los individuos que, en su casi totalidad, se hallaban (y se hallan) sometidos a la voluntad de las grandes empresas que imponían (e imponen aún) sus condiciones a la masa indefensa de adquirentes.

§ 110. NUEVA CONCEPCIÓN DEL CONTRATO EN LA ÉPOCA ACTUAL. — Esto ha determinado la necesidad de revisar el clásico concepto de contrato, tal como se lo concibió hasta mediados del siglo xix, es decir, como instrumento jurídico apto para que el individuo aplicara su libre voluntad al descubrimiento, a la explotación de los recursos naturales y a la expansión del comercio.

A fines del siglo xix y principios del xx el enfoque debió ser otro, pues se advirtió que la gran masa de individuos que contrataban para satisfacer sus elementales necesidades cotidianas, eran sometidos a las imposiciones de los empresarios. Por ello los juristas comenzaron a señalar que los contratos debían enfocarse más desde el punto de vista de las necesidades, deseos o expectativas que buscan satisfacer los individuos a través de ellos, que desde la óptica del consentimiento como expresión de un acuerdo de voluntades inexistente. Por ello —advirtió Pound—, los juristas repararon en que la cuestión no era, simplemente, tratar de igualar o armonizar las voluntades de los contratantes, sino permitir la adecuada satisfacción de sus necesidades. En consecuencia, conforme a este nuevo enfoque, la finalidad del derecho en lo que va del siglo xx es, fundamentalmente, la de equilibrar y conciliar las necesidades, deseos y expectativas de los contratantes, así como antes se había puesto énfasis en el equilibrio o acuerdo de voluntades. Se comenzó a pensar en la finalidad del derecho, como un máximo de posibilidades para asegurar el máximo de satisfacción de las necesidades de los contratantes²⁴.

Según Pound, la teoría sobre la finalidad del contrato debió dejar de caracterizarse como el resultado de la libre y coincidente voluntad de ambas partes, para referirse —fundamentalmente— a las necesidades que éste debe satisfacer; es decir, pasar de la conciliación o armonización de las voluntades a la conciliación o armonización de las necesidades. Quizá pueda discutirse la plena influencia de dichas causas como determinantes de este proceso transformador; pero, sin lugar a dudas, todas ellas han participado y participan en este cambio. Pound coloca a la *psicología* como la primera causa que minó los fundamentos de la filosofía del derecho de la voluntad

²⁴ Pound, *Introducción*, p. 61.

metafísica. En nuestra opinión, este elemento psicológico sería más bien una consecuencia de los otros dos factores. Creemos que de los factores señalados por Pound quizás el de mayor influencia en este proceso transformador sea la aparición de la *organización industrial*, característica de la empresa moderna, que ha masificado la producción, sin olvidar que en virtud de ella las clases obreras y medias tuvieron acceso en forma creciente al mercado de bienes y servicios, y cuyos reclamos de un mínimo de existencia decorosa llegaron a ser más urgentes que los de la libre voluntad contractual²⁵. La *economía* —a la que este autor coloca en segundo lugar— también representó y representa un papel importante como consecuencia de la nueva organización industrial y comercial, sobre todo al demostrar palmariamente hasta qué punto el derecho ha quedado moldeado por la presión de las necesidades económicas.

§ 111. *LAS DENOMINADAS RELACIONES CONTRACTUALES DE HECHO*. — Lo anteriormente expuesto sobre las limitaciones que soporta el consentimiento en los contratos no negociados tiene su manifestación más aguda en las llamadas relaciones contractuales de hecho²⁶, así denominadas por algún sector de la doctrina, porque no es fácil ubicar dentro del concepto clásico de consentimiento estas nuevas formas de relaciones jurídicas, nacidas de la actividad mercantil de los últimos decenios, en las que basta el simple hecho de apretar un botón, tirar de una palanca, oprimir una tecla, etc., para obtener determinados bienes o servicios. No hay tratativa posible, solo una máquina o un empleado que actúa casi mecánicamente.

Es una forma de contratación que cada día se torna más altamente tecnificada y dinámica —como consecuencia forzosa del incremento del comercio masivo—, que no se puede someter a los clásicos y respetables principios del contrato civil, pues ello significaría condenar a muerte al derecho comercial y desconocerle su función tuteladora de este tráfico en masa, en salvaguardia —fundamentalmente— de la parte económica y jurídicamente más débil²⁷.

²⁵ Pound, *Introducción*, p. 62.

²⁶ Ovsejevich, Luis, *El consentimiento: sus términos*, en "Contratos I. Cátedra de derecho civil del doctor Federico Videla Escalada", t. I, p. 284, dice —refiriéndose a la relación contractual fáctica u obligación de conducta social típica— que es una concepción nacida en Alemania, elaborada por Haupt, y muy discutida. Según ella se desconoce la naturaleza contractual del supuesto fáctico que da origen al vínculo obligatorio; serían de hecho pues nacen de un acto no contractual, pero serán contractuales en cuanto se le aplican las normas vinculadas a los contratos. Cita como ejemplos, la utilización de un ómnibus, de un servicio público y de un aparato automático, en el que a cambio de una moneda se adquiere el bien.

²⁷ Vallespino, *El contrato por adhesión*, p. 186.

El comprador adquiere el bien y paga su precio siguiendo las instrucciones impuestas por el empresario para el uso de la máquina, pero sin diálogo posible. No es muy diferente la situación en los almacenes y tiendas de autoservicio, en los cuales el adquirente toma por sí mismo el producto y luego lo paga en la caja.

a) *EN ESTOS CASOS, ¿HAY CONSENTIMIENTO?, ¿HAY CONTRATO?* El cuestionamiento sobre si es posible hablar de consentimiento en los contratos en masa llega a su extremo, sin dudas, en los supuestos analizados precedentemente y que algunos prefieren llamar *contratos mecánicos* o bien *relaciones contractuales de hecho u obligación de conducta social típica*.

b) *TEORÍA DE DUGUIT SOBRE LA MANIFESTACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD*. Duguit se ocupó del contrato de este siglo (en 1911 expuso su pensamiento en un ciclo de conferencias realizado en la Universidad de Buenos Aires). Todas sus elaboraciones en torno del contrato estuvieron basadas en la aparición de ciertos tipos negociales, los cuales, según su óptica, no encajaban en la estructura clásica del contrato.

Duguit²⁸ parece sugerir una nueva concepción negocial sobre bases distintas a las del clásico consentimiento, pues el cliente que hace uso del aparato distribuidor se adhiere a un cierto estado de hecho predispuesto por el propietario; pero este autor se opone —con razón— a que se afirme que las partes entran en contacto y se ponen de acuerdo. Dice: "Acuerdo de voluntades no veo", pero advierte un acuerdo sobre las condiciones del pretendido contrato.

Existe una voluntad —la del propietario de la máquina— que mediante el aparato distribuidor ha establecido un estado de hecho y no una situación jurídica individual; es un estado de hecho de orden general y permanente; y existe también, la voluntad de quien se aprovecha de ese estado de hecho creado por la utilización de la máquina. Hay —expresa Duguit— una manifestación unilateral de voluntad jurídica del adquirente.

Siguiendo principios similares, Moroni señala que, acudiendo a los antecedentes históricos, se encuentra la promesa unilateral como única fuerza generadora de obligaciones, la que es congruente, incluso desde el prisma del fundamento racional, porque el deber de satisfacer una prestación nace como consecuencia de la previa decisión de obligarse, antes que de imponer el vínculo a otro. Es falso admitir —dice Moroni— que el consentimiento sostiene al contrato, porque en la realidad surge por las voluntades unilaterales de cada una de las partes contratantes²⁹.

²⁸ Citado por Rezzónico, *Contratos con cláusulas predisuestas*, p. 271, § 183.

²⁹ Moroni, *La promesa al público*, p. 7.

c) *MANIFESTACIONES UNILATERALES RECÍPROCAS Y CORRELATIVAS.* En nuestra opinión, la relación jurídica emergente del uso de estas máquinas, dispositivos y modalidades semejantes, aunque actúe un empleado de la empresa proveedora de bienes o servicios, sin facultad de decisión, configura un contrato con las especiales características y connotaciones que son propias de la contratación en masa. Esto surge de la concepción de contrato mercantil impuesta por la costumbre en lo que va del siglo xx, que amplía el concepto dado por el art. 1137 del Cód. Civil. La costumbre, dispone el ap. II del Título preliminar del Código de Comercio, permite "dar a los contratos y a los hechos el efecto que deben tener, según la voluntad presunta de las partes".

A su vez, el ap. V del mismo título dispone que las costumbres mercantiles pueden servir de regla "para interpretar los actos o convenciones mercantiles".

¿Puede haber duda acerca de cuál es la voluntad de quien instala una máquina con las instrucciones para su uso, a fin de que el usuario pueda obtener el bien o el servicio que se promete?

El art. 914 del Cód. Civil dispone: "Los hechos exteriores de manifestación de voluntad pueden consistir en la ejecución de un hecho material consumado o comenzado, o simplemente en la expresión positiva o tácita de la voluntad". La instalación de la máquina es el hecho material por parte del oferente que constituye uno de los posibles modos de manifestación de la voluntad contemplados en este artículo, así como en el art. 918 y también en los arts. 1145 y 1146 del Cód. Civil.

d) *CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL EN EL CONTRATO MASIVO.* Opinamos que para que haya consentimiento no es necesario que exista una declaración de voluntad común, sino que basta con la concurrencia de manifestaciones (exteriorización) de voluntades recíprocas y correlativas de dos o más partes que coincidan en la obtención de un resultado jurídico común, aunque cada parte persiga fines propios (motivo individual de cada contratante).

Este concepto de consentimiento nos viene desde el derecho romano, conforme explica Vallespino.

Roma era una ciudad netamente agrícola, con una economía sencilla y basada exclusivamente en pequeñas necesidades de trueque; con formas jurídicas solemnes, rudimentarias, que se exteriorizaban por medio del *nexum* y la *sponsio*. Posteriormente se admitió una forma contractual más flexible y amplia como la *stipulatio*, que constituyó el instrumento contractual por excelencia.

En la primera época de la historia de Roma existió un derecho acorde a las necesidades de esa etapa; de allí que se haya expresado que el sistema del contrato era el de un derecho familiar y campesino.

Por otra parte, advierte Vallespino, las convenciones jurídicas eran escasas y no se conocían principios tales como el de la buena fe, el error, el dolo. No estaba permitido el contrato entre ausentes, en consecuencia, era muy limitado el ámbito de aplicación de los contratos *verbis y litteris*.

En el derecho romano el *consentimiento* como base del contrato no era, precisamente, la declaración de voluntad común del art. 1137 del Cód. Civil. Véase si no, el *nexum*, quizá la forma de contratación más antigua del pueblo romano. Como explica Vallespino, Roma era una sociedad agrícola donde los plebeyos tenían permanentemente necesidad de pedir préstamos a los patricios, pues éstos eran los titulares de las riquezas. Esta práctica se realizaba mediante el *nexum*, por el cual el deudor quedaba simbólicamente encadenado y a disposición del acreedor. En un primer momento, el *nexum* estaba rodeado de un formalismo absoluto y en cierta medida hasta religioso.

La *sponsio* fue otra forma de contratación empleada en Roma, que tenía estrecha vinculación con lo religioso, pues consistía en "un juramento ante la divinidad", y su inobservancia acarreaba una severa sanción³⁰.

A su vez, la otra modalidad de contratación, la *stipulatio* consistía en el pronunciamiento de ciertas palabras sacramentales, y de esto dependía su fuerza vinculante, más que de la existencia de una voluntad común.

§ 112. *¿CRISIS DEL CONTRATO?* - El clásico concepto de contrato está en crisis, porque sus principios, basados en la igualdad de negociación de ambas partes, presentan profundas alteraciones en el tráfico mercantil actual. Sin embargo, la voluntad de ambas partes es necesaria para dar nacimiento al vínculo contractual. Lo que está en crisis es el concepto clásico, pero no el contrato.

a) *IGUALDAD NEGOCIAL DE LAS PARTES.* En los contratos mercantiles -salvo los celebrados en paridad de situación-, una de las partes ve restringido al máximo su poder de negociar el contenido de éste. También en el contrato clásico, propio de las relaciones civiles, el destinatario de la oferta no tiene otra alternativa que aceptarla o rechazarla, pues toda aceptación que introduzca cualquier modificación a la oferta implica una contraoferta (art. 1152, Cód. Civil). De modo que, en este aspecto, no hay una diferencia con-

³⁰ Vallespino, *El contrato por adhesión*, p. 11 y 13, expresa que la *sponsio* fue adoptada por los romanos para producir obligaciones partiendo de una interrogación seguida de una respuesta. El verbo utilizado era *spondere*.

ceptual con la oferta que hace el empresario con cláusulas predispuestas, pero la diferencia existe en las circunstancias que rodean a una y otra oferta. En la segunda, el empresario tiene asumida una actitud que, por la propia organización de su empresa y la dinámica comercial, impide que se formule una contraoferta, pues ésta no será atendida (salvo alguna excepción), ya que la estructura económica y financiera de tales negocios determinan que dicha oferta no sea susceptible de negociación. En vez, en una oferta destinada a celebrar un contrato civil se halla siempre abierta la posibilidad de las tratativas tendientes a llegar a un acuerdo común, salvo obstinación o postura intransigente de una de las partes. Pero, mientras en el contrato civil esta conducta del oferente resultaría de una cuestión meramente subjetiva, en los contratos en masa del comercio actual ello obedece a razones objetivas resultantes de la dinámica mercantil, que así lo impone.

5) NUESTRO CÓDIGO CIVIL, ¿DEFINE EL CONTRATO? Para responder este interrogante debemos deshacernos de la inercia mental que, en su mecanicidad, conlleva juicios erróneos e impide percibir la realidad con espíritu renovador. Ese modo de razonar actúa con lo que se ha denominado "pensar por definiciones", que puede ser útil como método de estudio, pero no cuando mediante él se pretende frenar el progreso de las instituciones.³¹

Señala Díez Picazo³² que la teoría que concibe el contrato sólo como resultado del consentimiento es desarrollada, principalmente, merced a la escuela del derecho natural racionalista, nacida y desenvuelta en los siglos xvii y xviii, y al pensamiento de la Ilustración. Tomando como punto de partida el racionalismo y el individualismo jurídico, esta escuela puso de relieve, en primer lugar, la idea de la voluntad individual, tal como lo destaca Pound. Y buscando una justificación a las normas e instituciones basada exclusivamente en la razón natural, se llegó a la conclusión de que el fundamento racional de la creación de las obligaciones sólo se encuentra en la libre y coincidente voluntad de los contratantes.

Con acierto Díez Picazo acusa a esta escuela de practicar un racionalismo antihistórico, por su total desvinculación con los esquemas tradicionales del derecho romano, lo cual llevó a dicha escuela a establecer, por primera vez, la idea según la cual *solus consensus obligat*, que se consagra como un principio dogmático de derecho natural. Esto permitió formular una nueva teoría contractualista,

³¹ Ver el artículo de Sosa, Rubén A., *El corporativismo, un pensamiento totalitario*, en "La Nación", 10/1/91, p. 9; quien cita a Talman, J., *Los orígenes de la democracia totalitaria*.

³² Díez Picazo, *Fundamentos*, t. I, p. 96.

fundada sobre una concepción unitaria del contrato como acuerdo de voluntades, que fue receptada como indiscutible por los juristas del siglo xix y principios del xx.³³

Para hallar una respuesta adecuada a la pregunta que formulamos, lo importante es ubicar, dentro de un concepto amplio de contrato, todos los supuestos en los que el vínculo obligatorio entre las partes nace por la voluntad concurrente de cada una de ellas, aun cuando no se dé el supuesto de la declaración de voluntad común que invoca el art. 1137 del Cód. Civil. Como señala Santos Briz³⁴, refiriéndose a las condiciones generales de contratación impuestas por el empresario al público, cada vez que se celebra un contrato sobre tales bases, difícilmente se pueda hablar de una *voluntad común*, pues son condiciones elaboradas e impuestas por el empresario, prescindiendo de toda declaración de voluntad del adquirente, quien, aun en disidencia, se somete a ellas a fin de satisfacer alguna necesidad. Pero tales condiciones generales por sí mismas, por su mera formulación, carecen de virtualidad jurídica, pues no son normas en vigor (como ocurre, en cambio, cuando una persona ingresa en una asociación ya existente, en cuyo caso el ingresante se somete a las normas de su estatuto) sino manifestaciones de voluntad del estipulante, carentes por sí solas de eficacia jurídica. Su eficacia jurídica depende, cada vez que un cliente contrata, de que dichas condiciones generales constituyan el contenido de ese contrato; pero no hay un sometimiento ni una subordinación a reglas jurídicas ya en vigor, sino que, precisamente, el objeto de cada contrato singular es otorgar vigencia de norma a esas condiciones generales para el caso particular, convirtiéndolas en contenidos del negocio jurídico concreto como consecuencia de la manifestación de voluntad de la otra parte. Esta reflexión cabe para las denominadas "relaciones contractuales de hecho" y demás circunstancias similares.

c) *NECESIDAD DE REEXAMINAR EL CONCEPTO DE CONTRATO.* El concepto de contrato no es un concepto fosilizado. La conceptualización que surge del art. 1137 del Cód. Civil constituye una categoría histórica, pues, como enseñan Fontanarrosa y Díez Picazo, la de-

³³ Destaca Díez Picazo, *Fundamentos*, t. I, p. 101, que estas ideas aparecen ya claramente expuestas en las obras de Pufendorf sobre la base de postulados anteriormente enunciados por Grocio. No es ajena tampoco la formación de este moderno concepto de contrato al influjo de las ideas predecendentes del pensamiento filosófico-político, lo asientan sobre el *consensus* o consentimiento de los ciudadanos mediante la figura del "contrato social" (Locke, Rousseau).

³⁴ Santos Briz, *Derecho económico y derecho civil*, p. 178.

terminación de un contrato abstracto y general, identificado con el acuerdo de voluntades, es el resultado de dos movimientos operados entre los siglos XVII y XVIII: el de los juristas, constreñidos consciente o inconscientemente a forzar la letra y el espíritu de la ley romana para adaptarla a las necesidades de la época, y el de los canonistas, quienes, partiendo de la idea de la supremacía de la Iglesia sobre Roma, llevaron a imponer nuevas concepciones jurídicas. Ellos abrieron el camino a la formulación del concepto de contrato que se refleja en el art. 1137 del Cód. Civil.

El art. 1137 sigue la corriente de las ideas imperantes a comienzos del siglo XIX, que constituyen un punto de llegada —según dice Fontanarrosa— del “atormentado y plurisecular proceso” de formación de la noción de contrato.

Teniendo en cuenta todos estos antecedentes, creemos conveniente reexaminar más profundamente el acto jurídico (o si se prefiere, el negocio jurídico) que configura un contrato, para que lleguemos a una interpretación más clara y más amplia del significado de este término³⁶.

Lo natural es que el Código Civil regule un aspecto de las relaciones contractuales y se refiera concretamente al que responde a la concepción dominante en el siglo XIX y que son propias del ámbito del derecho civil (el contrato negociado cuya base es el consentimiento) tal como lo prevé el art. 1137; pero esto no excluye la posibilidad de ubicar como contrato toda otra relación jurídica nacida de la voluntad concurrente aunque no necesariamente coincidente de dos o más partes que se someten a un vínculo que genere entre ellas derechos y obligaciones de carácter patrimonial.

¿Por qué se ha de excluir del concepto de contrato estos comportamientos voluntarios lícitos en que dos o más partes adquieren derechos y asumen obligaciones entre ellas, aunque no lo hayan hecho a través de la “declaración de voluntad común” que prevé el art. 1137? ¿Qué ubicación le podríamos otorgar a esta relación jurídica dentro de las fuentes de las obligaciones si le negamos el carácter de contrato?

³⁵ Fontanarrosa, *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 17.

³⁶ Parajón, Carlos, *El reconocimiento lingüístico de la verdad*, dice: “La verdadera amplitud del empleo lingüístico es determinada por la índole de aquello que se quiere expresar, y por las posibilidades implícitas reconocibles en sus representaciones fundamentales” (p. 24); y agrega: “Sólo al ánimo de verdad del pensamiento cabe reclamar la justeza de palabras que libere la expresión de las rígidas incitaciones de los modos habituales de hablar” (p. 35). “Es posible llevar el conocimiento hasta donde se pueda establecerlo con certeza y aceptar, como corresponde al saber, en general, que una mayor certeza desplaza toda seguridad anterior” (p. 50).

d) *Nuestro Código Civil NO DEFINE EL CONTRATO*. En nuestra opinión, el art. 1137 del Cód. Civil no define el contrato, sino que describe una conducta a la que ubica dentro del concepto más amplio de contrato. Dice este artículo: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”. Esto significa que si las partes observan el comportamiento previsto en la norma, “hay contrato”; es decir, crean entre ellas una relación contractual. Pero el artículo no expresa “contrato es...”; tampoco dice: “hay contrato sólo cuando...”. ¿Significa esto que puede haber otros comportamientos voluntarios de dos o más partes que también pueden ser calificados como contratos aun cuando no se dé el acuerdo de voluntades expresado mediante una declaración de voluntad común, que exige el artículo mencionado? Recordemos que la doctrina más ortodoxa, que identifica el contrato con el consentimiento en los términos del art. 1137, en su interpretación de esta norma, a fin de acunar un concepto coherente no tiene más remedio que apartarse de la letra de dicho art. 1137 para poder incluir, dentro de la figura contractual así concebida, a otros comportamientos que no constituyen una declaración de voluntad común. Esto le hace decir a Fontanarrosa que “según el art. 1137, el contrato resulta del acuerdo de dos o más personas acerca de una declaración de voluntad común; pero esto requiere algunas explicaciones porque el propio Código, en los preceptos siguientes (arts. 1140, 1141, 1145 y 1147), ya no habla de declarar, sino de manifestar el consentimiento”³⁷.

En este sentido, manifestación debe considerarse sinónimo de exteriorización de la voluntad y así lo disponen los arts. 913 y 914 del Cód. Civil. A su vez, la manifestación puede producirse mediante un comportamiento declarativo, o bien mediante un comportamiento no declarativo. En el primer caso la intención negocial se exterioriza con una declaración, es decir, utilizando el lenguaje, que es comunicación por medio de símbolos³⁸. La declaración es una especie de manifestación; de donde resulta que pueda existir manifestación declarativa y manifestación no declarativa. El Código Civil, en los arts. 1145 y 1146, ejemplifica comportamientos a los que confiere la virtualidad de formar el consentimiento contrac-

³⁷ Fontanarrosa, *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 19.

³⁸ Fontanarrosa, *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 21, expresa: “Los signos o símbolos del lenguaje pueden ser fonéticos (palabra hablada), gráficos (escritura, dibujo), miméticos (gestos); y aun en ciertos supuestos, frente a un determinado contexto de situación, el silencio puede funcionar como medio lingüístico expresivo”.

tual, pese a que no configuran la declaración de voluntad común de que habla el art. 1137, pues se trata —en la generalidad de los casos— de actos sucesivos y no simultáneos.

El art. 1145 dispone: "El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito, o por signos inequívocos. El consentimiento tácito resultará de hechos, o de actos que lo presupongan, o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que la ley exige una manifestación expresa de la voluntad; o que las partes hubiesen estipulado, que sus convenciones no fuesen obligatorias, sino después de llenarse algunas formalidades". Y el art. 1146 establece: "El consentimiento tácito se presumirá si una de las partes entregare, y la otra recibiere la cosa ofrecida o pedida; o si una de las partes hiciere lo que no hubiera hecho, o no hiciere lo que hubiera hecho si su intención fuese no aceptar la propuesta u oferta".

e) *EL "ACUERDO" DEL ARTÍCULO 1137.* Aunque este artículo alude al *acuerdo* de las partes "sobre una declaración de voluntad común", el término *acuerdo* —observa Fontanarrosa— está empleado para denotar, simplemente, la conformidad o armonía de las partes respecto de una voluntad que se exterioriza como resultado de aquella conformidad. Resulta, pues, que la expresión *voluntad común* no significa que el contrato es una mera consecuencia de ella, sino una resultante de las voluntades individuales de cada parte manifestadas mediante declaraciones o comportamientos directos o indirectos (no siempre concordantes en cuanto a su alcance o significado), cuyos efectos jurídicos son atribuidos por el ordenamiento vigente según esquemas o tipos generalmente establecidos por la ley.³⁹

Como corolario de lo expuesto, en nuestra opinión el art. 1137 da por sobreentendido el concepto de contrato, sin definirlo y sin restringirlo al supuesto que describe, por lo cual el intérprete de nuestra época, para llegar a una concepción adecuada, debe remontarse a los orígenes del contrato y a la raíz etimológica de su significado, y seguir este instituto en su evolución histórica y en el derecho comparado para advertir que se trata de una figura jurídica viviente, en permanente desarrollo, y no un fósil jurídico.

ñ) *CONCEPTO DE CONTRATO. UN ENFOQUE MÁS AMPLIO.* Proponemos un concepto de contrato —tomando sus raíces en el derecho romano clásico, tal como se señala en los § 106 a 108— que sea lo suficientemente amplio para permitir ubicar dentro de él a los contra-

³⁹ Fontanarrosa, *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 23.

tos por adhesión, de ventanilla, las denominadas relaciones contractuales de hecho y demás modalidades del tráfico mercantil actual.

Conforme a lo anteriormente expuesto, proponemos la siguiente enunciación: contrato es el acto jurídico entre vivos, bilateral o plurilateral, mediante el cual las partes regulan sus derechos susceptibles de apreciación pecuniaria, en virtud de la aceptación que una de ellas hace de la oferta que la otra formula.

Como dijimos (ver § 112, d), nuestros tratadistas, aun dentro de la orientación clásica, dan un concepto de contrato que excede al del art. 1137 del Cód. Civil, a fin de poder calificar como tal a las relaciones jurídicas que nacen, no de una *declaración* de voluntad común, sino de *comportamientos* que permiten inferir la existencia de una voluntad negocial (manifestación tácita).

g) *EL CONTRATO ES UN ACTO JURÍDICO.* Definimos al contrato como *acto jurídico*, pues encuadra dentro de su concepto (no polemizaremos aquí sobre si acto jurídico y negocio jurídico son conceptos idénticos o hay una relación de género o especie). Para nuestros fines basta recordar la definición de acto jurídico que da el art. 944 del Cód. Civil (que para algunos coincide con el concepto de negocio jurídico). Dice el art. 944: "Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos".

h) *ACTO JURÍDICO BILATERAL O PLURILATERAL.* Dentro de los actos jurídicos cabe distinguir los unilaterales de los bilaterales (o plurilaterales), según sea suficiente la manifestación de voluntad de una parte o sea necesaria la concurrencia de voluntades de dos o más partes para producir los efectos jurídicos previstos en el art. 944. Es lo que dispone el art. 946 del Cód. Civil: "Los actos jurídicos son unilaterales o bilaterales. Son unilaterales, cuando basta para formarlos la voluntad de una sola persona, como el testamento. Son bilaterales, cuando requieren el consentimiento unánime de dos o más personas".⁴⁰

Para que exista contrato debe mediar la manifestación de voluntad de una parte, a la cual se adhiere la otra mediante un acto

⁴⁰ Explica Videla Escalada, Federico N., *Visión general del contrato*, en "Contratos I. Cátedra de derecho civil del doctor Federico Videla Escalada", t. I, p. 32, nota 22: "Como resumen de estas reflexiones, principalmente de las referidas a los aspectos variables, formulamos la siguiente noción del contrato, que tiene particularmente en cuenta su esencia jurídica: el contrato es el acto jurídico bilateral destinado a reglar los derechos de las partes en el ámbito patrimonial".

voluntario, como requisito para que el vínculo obligatorio que nace de esa concurrencia de voluntades adquiera virtualidad jurídica.

Como expresa Moroni, "la amplitud de la categoría de acto voluntario como manifestación de libertad jurídica en su actividad lícita, otorga eficiencia legal al poder de autodeterminación de las personas, ya que gira en torno de la teoría general del negocio jurídico"⁴¹.

Si el negocio jurídico constituye una verdadera expresión de la autonomía de la voluntad, lo que genera la obligación es la intención efectiva del sujeto y su manifestación, dirigida a un fin jurídico.

1) Es indudable que el contrato tiene por fin inmediato establecer entre las partes "relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos".

2) Al decir acto entre vivos nos remitimos a los arts. 947 y 951 del Cód. Civil, que expresan: "Los actos jurídicos cuya eficacia no depende del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se llaman en este Código *actos entre vivos*, como son los contratos. Cuando no deben producir efecto sino después del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se denominan *disposiciones de última voluntad*, como son los testamentos" (art. 947). "Comenzará la existencia de los actos entre vivos, el día en que fuesen celebrados, y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, o de otra exclusivamente decretada, desde el día de la fecha de los respectivos instrumentos" (art. 951).

3) Empleamos la expresión *partes*, en vez de *personas* (que es la utilizada en los arts. 946 y 1137, Cód. Civil). *Parte* es un centro de interés jurídico que puede estar formado por una o por dos (o más) personas, en cuyo caso éstas persiguen un mismo resultado jurídico y formulan manifestaciones coincidentes, en razón de perseguir idéntico efecto jurídico en lo que a sus derechos e intereses concierne.

Según Betti⁴², se atribuye la calidad de *parte*, entendida en sentido sustancial, al sujeto en cuya esfera de intereses jurídicos la relación debe constituirse o desenvolverse, sea que concluya el mismo el negocio o lo haga por medio de un representante. Parte, conforme define este autor, es quien con el negocio dicta reglas (o las acepta) dirigidas a un interés propio. De donde si el interés en juego es único e idéntico, la parte será única, aun cuando puede estar constituida por varias personas (parte pluripersonal o plurisubjetiva). Si, al contrario —advierte Betti— los intereses afectados y

⁴¹ Moroni, *La promesa al público*, p. 7-8.

⁴² Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, p. 68 y siguientes.

perseguidos son distintos o divergentes, estaremos en presencia de dos o más partes enfrentadas que dará nacimiento a un negocio jurídico bilateral o plurilateral, según sea el caso.

4) Las partes al contratar generan, como consecuencia de la concurrencia de ambas voluntades, reglas que resultan jurídicamente obligatorias como la ley misma (art. 1197, Cód. Civil), naturalmente, con las limitaciones y excepciones propias del tráfico mercantil y de los principios generales del derecho (especialmente los límites del art. 953, Cód. Civil).

5) Omítimos la expresión "declaración de voluntad común" contenida en el art. 1137 del Código, pues, como hemos visto, en las contrataciones del comercio en masa no se da la posibilidad de una declaración de voluntad común destinada a la celebración del contrato. Como exteriorización de voluntad, el empresario ofrece sus bienes o servicios en forma impersonal al público. El adquirente acepta sometiéndose, la mayoría de las veces, a las condiciones impuestas, sin que haya una declaración común que configure el acuerdo propio del consentimiento. Cada uno actúa conforme a su propia conveniencia, necesidades o posibilidad (se ignoran recíprocamente); pero hay un momento en que nace el contrato: cuando el adquirente acepta la oferta hecha por la otra parte, sometiéndose voluntariamente (desde el punto de vista jurídico) a las cláusulas o a los medios de contratación predispuestos.

Esto no excluye la posibilidad de que el contrato nazca como resultado de "una declaración de voluntad común", o sea que entran en este concepto tanto los "contratos no negociados" (las denominadas "relaciones contractuales de hecho"), como los "contratos negociados" resultantes del acuerdo común (consentimiento).

6) Decimos que mediante el contrato las partes regulan sus derechos, pues a través de él tienden a satisfacer sus propios intereses jurídicos (sea que actúen directamente o por medio de representantes). No regulan los intereses y derechos de otros sujetos, como ocurre en las convenciones colectivas de trabajo que si adquieren el carácter de normas objetivas y heterónomas.

7) *PRESTACIÓN SUSCEPTIBLE DE APRECIACIÓN PECUNIARIA*. Las partes regulan mediante el contrato sus derechos susceptibles de apreciación pecuniaria. Algunos autores hablan de derechos patrimoniales, pero es preferible la fórmula empleada por el art. 1169 del Cód. Civil por ser de más amplio contenido: "La prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria". Basta (y es necesario) que la prestación pueda ser mensurable pecuniariamente por las partes dentro de la libertad de contratación, aunque ésta carezca de valor patri-

monial en sí misma, como ocurre con una intervención médica, una representación artística o el alquiler de un balcón para ver un desfile (un clásico ejemplo en la jurisprudencia inglesa). Pero, por supuesto, siempre que dicha apreciación pecuniaria no constituya un pacto violatorio de los arts. 530, 531 y 953 del Cód. Civil. El art. 953 —en nuestra opinión, la piedra básica sobre la que se erige todo contrato— establece: "El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto".

¿En qué medida las partes pueden mensurar en dinero una prestación? ¿Qué ha de entenderse por interés del acreedor "apreciable" pecuniariamente como requisito del objeto del contrato y para que sea exigible lo prometido?

Los casos más interesantes —por las discusiones que han generado— son los de las prestaciones que no responden a un interés típicamente económico del acreedor, sino de mera satisfacción personal; o sea que no representan un interés útil desde el punto de vista económico social, que merezca poner en funcionamiento el andamiaje judicial. Spota sostiene que el contrato debe tener un "objeto-fin social" que se encuadre dentro de "lo que ennoblece la vida del hombre y vitaliza la sociedad" y responda a un interés humano que haya que tutelar conforme a la *conciencia social y política*⁴³.

Es verdad que rara vez se presenta una cuestión así en la esfera de los contratos comerciales, pero, aun en tal caso, los arts. 1169 y 1197 del Cód. Civil permiten superar el obstáculo con la estipulación de una cláusula penal. Sobre la posibilidad de moderar esta cláusula, cuando el interés del acreedor no pueda valorarse en dinero (posibilidad que afecta a un problema distinto del que plantea el requisito del interés digno de tutela del acreedor) rige lo dispuesto por el art. 656 del Cód. Civil: "Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno. Los jueces podrán, sin embargo, reducir las pe-

⁴³ Spota, *Instituciones. Contratos*, vol. I, p. 201; Betti, *Teoría general*, p. 68, sostiene que "objeto o materia del contrato son los intereses que, según la organización social consuetudinaria, pueden ser regulados directamente por obra de los mismos interesados en sus relaciones recíprocas".

nas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor".

Coincidiendo con Gorla, señalamos que en los contratos a título oneroso, siempre que en el supuesto de incumplimiento sea posible aplicar una sanción o se haya estipulado una cláusula penal, el acreedor no tiene por qué demostrar la existencia de un especial interés en el cumplimiento de la prestación prometida para ejecutar la sanción o la cláusula penal, salvo el caso de ilicitud o los casos especiales a los que el ordenamiento jurídico niega eficacia (art. 953, Cód. Civil).

Por otra parte, ¿cómo investigar la existencia de un interés económico real del acreedor que se ha hecho prometer una prestación desprovida en sí misma de carácter típicamente económico? Sería una averiguación muy delicada y arbitraria que, con mucha frecuencia se resolvería en una averiguación de los "motivos" de la contratación. Gorla dice que si el acreedor se ha tomado la molestia de celebrar un contrato para obtener aquella prestación y promete a cambio una compensación, y si después afronta los gastos y los riesgos de un juicio, ello quiere decir que, a menos que sea un negocio, tiene interés en esa prestación. En nuestro criterio, con ello basta, con tal de que se trate de un interés lícito que no choque con lo ordenado en el art. 953 del Cód. Civil.

§ 113. *OFERTA EN LOS CONTRATOS COMERCIALES. OFERTA AL PÚBLICO.* — Para que haya contrato debe haber una oferta y una aceptación⁴⁴. Lo común en las contrataciones mercantiles es que la oferta sea dirigida al público.

Quien se propone celebrar un contrato puede dirigir su oferta o propuesta a una persona determinada o bien al público en general (*in incertam personam*). En el derecho comparado no hallamos criterios uniformes sobre la cuestión de la oferta al público. Desde el punto de vista doctrinario tampoco se manifiestan concordantes opiniones. El concepto de oferta en las contrataciones mercantiles constituye, en realidad, una de las cuestiones más críticas por las que generalmente se dirige al público.

⁴⁴ Dice Fontanarrosa, *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 63, que, tanto la oferta como la aceptación son actos jurídicos prenegociables, meras declaraciones o comportamientos tendientes a preparar y concluir un contrato; pero no son en sí mismos negocios jurídicos autónomos. Precisamente de la conjunción de ambos elementos preparatorios surgirá el negocio jurídico bilateral que es el contrato.

El Código de Comercio, en el capítulo dedicado a los contratos y obligaciones en general (arts. 207 a 220), no contiene ninguna disposición referida a la *oferta*; sólo hallamos en el título sobre la compraventa mercantil, el art. 454, que se refiere a las ofertas indeterminadas, nada más. Este silencio del Código de Comercio ha conducido a la doctrina y a la jurisprudencia nacionales a considerar aplicable a la oferta mercantil el art. 1148 del Cód. Civil, aunque luego, ante la realidad innegable que ofrece el tráfico comercial, se han ido buscando y hallando razones para flexibilizar sus alcances y adecuarlo a las particulares características de dicho tráfico, principalmente, para no dejar desprotegido al consumidor.

El texto del art. 1148 del Cód. Civil es insuficiente para las contrataciones en masa propias de la actividad mercantil, pues dice: "Para que haya promesa, ésta debe ser a persona o personas determinadas sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos". Este modo de ofrecer a persona o personas determinadas tiene vigencia en el caso de los "contratos negociados", pero no para el caso de ofertas al público en las contrataciones masivas. En nuestro derecho positivo no existe una norma explícita sobre este tema y destacamos que en el ámbito de los contratos comerciales no hay disposición limitativa semejante a la del art. 1148 del Cód. Civil. Sobre oferta al público en el Código de Comercio sólo hallamos el art. 454, que dice: "Las ofertas indeterminadas, contenidas en un prospecto o en una circular, no obligan al que las ha hecho". Este artículo merece algunas consideraciones: habla de ofertas *indeterminadas*, es decir, carentes de precisión, como cuando se anuncia "vendo muebles", "alquiler de autos", pues se refiere a cosas genéricas (y esto vale también para los servicios), sin determinar la especie. La indeterminación también resulta de la falta de mención del precio. Una oferta ambigua no puede ser considerada realmente oferta tal aun cuando sea dirigida a persona determinada (art. 1148, Cód. Civil).

a) *OFERTA EN EL COMERCIO*. El comercio actual utiliza los más variados medios de publicidad para llegar al público: carteles, catálogos, prospectos, circulares, listas de precios, pantallas televisivas, etcétera. A veces el comerciante exhibe su mercadería con los precios a la vista, en indudable manifestación de ofrecimiento a la venta de esos productos. ¿Podría sostener el comerciante que, en verdad, ello no constituye una oferta, pues no está dirigida a persona determinada (art. 1148, Cód. Civil) y, por tanto, no lo obliga?

Algunos juristas opinan que la oferta en los contratos comerciales sólo se rige por el art. 1148 del Cód. Civil; esto ha hecho desplegar a nuestros autores y jueces un gran ingenio argumental para

evitar las funestas consecuencias que acarrearía su aplicación al pie de la letra, sobre todo al público adquirente de los bienes y servicios ofrecidos masivamente.

Como ya dijimos, el Código de Comercio contiene un solo artículo sobre la oferta, el 454, que en verdad se refiere a *anuncios o folletos*, que evidentemente no revisten la calidad jurídica de oferta sino de simples avisos; no trae una norma similar a la del art. 1148 del Cód. Civil, que exija como requisito de la oferta que ésta sea dirigida a persona o personas determinadas e impida, por tanto, calificar de oferta a la dirigida al público en general.

Podrá argumentarse que en virtud de lo dispuesto por el ap. I del Título preliminar y el art. 207 del Cód. de Comercio, a falta de una disposición expresa sobre los requisitos de la oferta debe aplicarse sin más el art. 1148 del Cód. Civil, pero entendemos que este modo de razonar está superado⁴⁵. Romero afirma que dentro de las teorías que analizan las relaciones entre el derecho civil y el derecho comercial, la corriente que sostiene el carácter de *derecho especial* de este último, señala que las normas comerciales son diversas de las civiles, porque están destinadas a regular situaciones diferentes y, por ende, no hay una relación de subordinación del derecho comercial al civil, sino, simplemente, la relación entre una regla general contenida en el ordenamiento civil para el juzgamiento de las situaciones comunes, y una norma especial, prevista por el derecho comercial, para los casos derivados del tráfico mercantil.

Esta postura —señala Romero— tiene suma importancia para el estudio de las fuentes formales del derecho comercial, pues si se tratara éste de un derecho excepcional, su interpretación sería restrictiva, y frente a la laguna de la ley comercial habría que recurrir directamente al derecho civil con prescindencia de los principios generales del derecho comercial y del ordenamiento que reconozca la costumbre. En cambio, tratándose de un derecho especial, tal como lo admite la opinión doctrinaria más importante, corresponde como lo admite la legislación mercantil, en su defecto, acudir a los principios generales de este derecho y a la costumbre mercantil, y sólo en último término y supletoriamente a la ley civil. Esto es lo que ocurre en el derecho argentino.

Considerar al derecho comercial un derecho especial permite recurrir a los diversos modos de interpretación de sus normas, incluyendo la analógica dentro del propio ordenamiento comercial⁴⁶.

⁴⁵ Romero, *Curso*. *Parte general*, t. I, p. 96-97.

⁴⁶ Conforme expresa Romero, *Curso*. *Parte general*, t. I, p. 96-97, esto

Conforme a lo expuesto, entendemos que en materia comercial, a falta de un texto similar al del art. 1148 del Cód. Civil, hay oferta incluso cuando no se hace a persona determinada, sino al público en general, por los más diversos medios impuestos por la dinámica mercantil, siempre que se precise el contenido de la prestación ("que no sea indeterminada", dice el art. 454, Cód. de Comercio) y se fije el precio y las demás condiciones de contratación ("con todos los antecedentes constitutivos de los contratos", art. 1148, Cód. Civil)⁴⁷.

El requisito del art. 1148 del Cód. Civil, de que la oferta debe ser dirigida a persona determinada, vale para el contrato civil, pues en éste la oferta versa sobre un bien (o un servicio) único o individualmente determinado o determinable, que puede ser objeto de un solo contrato o de un número limitado de contrataciones entre personas que se sientan a negociar a la mesa de las tratativas. Distinto es lo que ocurre con la oferta de bienes y servicios que se vuelcan masivamente al mercado. Si alguien ofrece en venta un inmueble, se sabe que no hay posibilidad de venta más que para un solo aceptante; si en cambio, se trata de mercaderías, el número de adquirentes puede ser ilimitado. Aunque desde el punto de vista práctico —observa agudamente Fontanarrosa—, la oferta al público plantearía la dificultad de que varios destinatarios aceptarían simultáneamente la oferta y el oferente no pudiera satisfacerlos por haberse agotado la mercadería o el servicio ofrecidos. Contra esa objeción se ha argüido que la oferta a persona indeterminada debe ser considerada como una invitación a ofrecer; pero hay que tener en cuenta que en muchos casos se vería burlada la buena fe del público, que ha creído hallarse frente a una verdadera y propia oferta contractual, con eficacia vinculante⁴⁸.

Advierte Fontanarrosa que en esta materia no es posible formular principios generales y absolutos, pues las circunstancias

quedaría absolutamente prohibido si se tratara de un derecho excepcional, lo cual es sumamente importante tener en cuenta, pues la interpretación restrictiva —ya desechada por nuestros juristas en su mayoría— es contradictoria con la ductilidad, con el carácter progresivo y expansivo del derecho comercial y con sus propias modalidades de solución.

⁴⁷ El art. 1148 del Cód. Civil utiliza la expresión *promesa*, en cambio el art. 1146 habla de *oferta*. ¿Es lo mismo promesa que oferta? Mientras el tráfico de masas de bienes y servicios no irrumpió en la economía, resultó innecesario este planteo; pero desde hace décadas la doctrina y la jurisprudencia, fieles a la concepción que identifica la promesa del art. 1148 del Cód. Civil con la oferta, procuran flexibilizar —en materia comercial— la estrictez de sus requisitos, a fin de no caer en situaciones socialmente no requeridas.

⁴⁸ Fontanarrosa, *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 63.

concretas del tráfico mercantil exigen una consideración particular de ellas; es interesante reproducir el pensamiento de este jurista sobre esta cuestión, dada su incuestionable autoridad científica: "Como principio de doctrina general —pero no absoluto— cabe admitir que *la oferta al público es válida y eficaz*, siempre que cumpla todos los requisitos para las ofertas, a saber, que sea seria, con intención de vincularse y contenga todas las especificaciones necesarias para poder concretar el contrato a que se refiere (salvo, naturalmente, la determinación del destinatario de ella). Así, en general, se considera que la exposición de una mercadería en vidriera con indicación del precio, constituye una oferta; pero si falta la indicación del precio, sólo podrá estimarse que existe una invitación para contratar"⁴⁹.

b) *OFERTA EN MATERIA COMERCIAL: NUESTRA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA*. La doctrina nacional, partiendo de Segovia⁵⁰, señala los inconvenientes de una aplicación rigurosa de la letra de los arts. 1148 y 1150 del Cód. Civil a las contrataciones mercantiles.

Nuestra jurisprudencia procura otorgar al art. 1148 del Cód. Civil y al art. 454 del Cód. de Comercio un sentido más adecuado a la realidad, con criterio equitativo y en resguardo de la buena fe. Así se ha pronunciado un tribunal, al expresar que la promesa de venta contenida en anuncios publicitarios obliga al promitente desde que se acepta, porque si bien se hace a persona indeterminada, con la aceptación se individualiza a aquella, cumpliéndose el requisito exigido por el art. 1148 del Cód. Civil⁵¹.

c) *UNA NECESARIA DISTINCIÓN EN MATERIA DE OFERTA AL PÚBLICO*. Debemos distinguir, por lo menos, tres supuestos en cuanto a modalidades de ofrecer al público bienes y servicios por parte de los comerciantes, pues las respuestas serán distintas.

1) *OFERTAMIENTO DEL PRODUCTO O SERVICIO MEDIANTE PUBLICIDAD, PROSPECTOS O CIRCULARES, SIN DETERMINAR SUS CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS NI PRECIO*. En este caso admitimos la opinión de Spota⁵², quien advierte que en principio, los medios de propaganda no vinculan a quien recurre a ellos, pues no es posible entender que dicha persona ha querido obligarse frente a todo el mundo, más allá de la existencia de esas mercaderías o posibilidades de prestar el servi-

⁴⁹ Fontanarrosa, *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 63 y siguientes.

⁵⁰ Segovia, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina. con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. I, p. 315, n° 15.

⁵¹ CN Civ., Sala A, 5/3/53, I.L., 71-190 citado por Fernández, Raymundo

L. - Gómez Leo, Osvaldo R., *Tratado de derecho comercial*, t. III-A, p. 337.

⁵² Spota, *Instituciones. Contratos*, vol. I, p. 268, n° 179.

cio. La venta en tales casos —dice Spota— *más que ofrecerse, se anuncia*. Pero esto no impide que pueda alegarse la responsabilidad de quien utiliza estos medios sin observar normas de prudencia y diligencia para evitar perjuicios, al incurrir el avisante en un acto antifuncional (arts. 1071 y 1109, Cód. Civil).

2) *OFRECEIMIENTO DEL PRODUCTO O SERVICIO CON DETERMINACIÓN DE SUS CARACTERÍSTICAS Y PRECIO*. En este supuesto, existe mayor posibilidad de responsabilidad del oferente, pues aquí se individualiza el bien ofrecido y su precio.

Con respecto a estos casos, Zavala Rodríguez⁵³ presenta una subespecie, al hacer la siguiente diferenciación: uno es el supuesto de una oferta contenida en un prospecto o en una circular, sin que figure firma alguna responsable; pero cuando la oferta contiene una firma auténtica, que pueda individualizarse, la situación es distinta y la obligatoriedad de su contenido es evidente. Si además se precisan las características del bien o del servicio ofrecido y su precio, estaremos en presencia de una oferta que cumple acabadamente los requisitos del art. 1148 del Cód. Civil, por más que haya sido enviada a muchas personas.

El tema se plantea cuando el aviso o circular no está firmado, pero se determina el bien y su precio. Reconoce Zavala Rodríguez que la doctrina sobre publicidad comercial concluye que estos anuncios importan verdaderas ofertas que comprometen la responsabilidad del anunciante⁵⁴.

En nuestra opinión no es necesaria la firma en el folleto, sino que es suficiente acreditar la autoría del prospecto, circular o anuncio. Y esto es así por cuanto en el comercio las ofertas se dirigen a cualquiera; al comerciante no le interesa, en modo alguno, que el cliente sea una persona determinada. En general, se busca al que quiera comprar. Al respecto, en el fallo citado en el § 113, b, se dijo: "La promesa de venta contenida en anuncios publicitarios obliga al promitente desde que se acepta".

Si una empresa publicita la venta de ciertos bienes, especificados por medio de formularios que llevan su membrete, en los cuales se detallan precios, fechas de entrega y demás condiciones del contrato ofrecido, el comprador que concurre al local de la empresa y conforme a lo consignado en dichos formularios manifiesta su voluntad de comprar uno de esos bienes, y si además paga una señal a cuenta de precio, en tales condiciones la empresa recibe entre pre-

⁵³ Zavala Rodríguez, Carlos J., *Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y concordados*, t. II, p. 42.

⁵⁴ Zavala Rodríguez, *Código de Comercio*, t. II, p. 42 y siguientes.

sentes el pedido de compra, por un artículo determinado, con fecha determinada, y recibe una cantidad de dinero en concepto de "seña y a cuenta de su pedido", no queda duda de que en la realidad de los hechos ha quedado concertada una compraventa, al haber el comprador aceptado la oferta, no indeterminada sino concretamente individualizada, hecha por el vendedor⁵⁵.

Advertimos que la cuestión queda fuera de toda duda desde el momento en que el vendedor aceptó la suma de dinero "en concepto de seña y a cuenta de precio", pues ya a partir de ese momento hay contrato (art. 475, Cód. de Comercio). Sin embargo, este fallo es importante a los fines que aquí estudiamos, pues destaca que en los formularios sin firma, en las condiciones señaladas, *existía una oferta concreta* por parte del vendedor que se torna irrevocable desde que el adquirente la acepta, momento en el cual éste se individualiza.

3) *MERCADERÍA EXHIBIDA, CON SU PRECIO, EN EL LOCAL COMERCIAL*. Distinto a los supuestos precedentes es cuando la mercadería está en exhibición con su precio. (Cásca, citado por Zavala Rodríguez⁵⁶, expresa: "Siempre que un individuo del público pida la entrega del objeto expuesto u ofrecido, no solamente se perfecciona el contrato de venta con su aceptación, sino que también lo ejecuta por completo al retirar la cosa ofrecida y pagar su precio. El comerciante no puede, por consiguiente, revocar su oferta, o lo que es igual, no puede negarse a efectuar la entrega de la mercancía a quien la pida, porque éste al pedirla perfecciona el contrato y es ya adquirente".

d) *OFERTAS, AVISOS Y ANUNCIOS AL PÚBLICO*. Se trata, como hemos visto, de supuestos distintos; para que exista oferta al público ésta debe tener la virtualidad de que una aceptación perfeccione el contrato sin más. Cuando el aviso al público no precisa las características del bien o servicio ofrecido, ni el precio ni modo de pago, no existe la posibilidad de que cualquier persona manifieste su aceptación lisa y llana para que se pueda tener por perfeccionado el contrato (art. 1152, Cód. Civil). Si el aviso da precisiones sobre el bien o servicio, su precio y forma de pago, podrá entenderse —según las circunstancias del caso— que hay oferta; pero aun así puede ocurrir que la demanda exceda la posibilidad del comerciante para satisfacer todos los pedidos. Consideramos que, dentro de la dinámica de los contratos comerciales, habría que prever este hecho como una causal de caducidad de la oferta en materia mer-

⁵⁵ Ver Spota, *Instituciones. Contratos*, vol. I, p. 266 a 268.

⁵⁶ Zavala Rodríguez, *Código de Comercio*, t. II, p. 43.

canil. Además, la oferta hecha al público mediante anuncios o circulares es siempre revocable, salvo que el oferente hubiera renunciado a la facultad de retractarla o se hubiese obligado a mantenerla durante un plazo (art. 1150, Cód. Civil).

Distinto es el caso cuando el cliente concurre al establecimiento mercantil donde el comerciante tiene en exhibición la mercadería (o tiene existencia aunque no la exhiba), cuyo precio está precisado o es determinable. En este supuesto hay una oferta (arts. 914, 918 y 1145, Cód. Civil) y, por tanto, el comerciante no puede rehusar —salvo causa fundada— la aceptación que haga cualquier persona del público que concurre a su negocio, sometiéndose a las condiciones predispuestas. La ley 20.680 establece que el comerciante podrá ser reprimido con las sanciones estipuladas en los arts. 5° y 6°, si incurre en las conductas previstas en el inc. f del art. 4°, que considera pasibles de tales sanciones a quienes "negaren o restringieren injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios", sin perjuicio de la obligación de indemnizar que prevé el art. 1156 del Cód. Civil. A su vez, y respecto de los bienes y servicios, el art. 1° de la ley 20.680 establece: "La presente ley regirá con respecto a la compraventa, permuta y locación de cosas muebles, obras y servicios —sus materias primas directas o indirectas y sus insumos— lo mismo que a las prestaciones —cualquiera fuere su naturaleza, contrato o relación jurídica que las hubiere originado— que se destinen a la sanidad, alimentación, vestimenta, higiene, vivienda, deporte, cultura, transporte, calefacción, refrigeración, esparcimiento, así como cualquier otro bien mueble o servicio que satisfaga —directa o indirectamente— necesidades comunes o corrientes de la población.

El ámbito de esta ley comprende todos los procesos económicos relativos a dichos bienes, prestaciones y servicios y toda otra etapa de la actividad económica vinculada directa o indirectamente a los mismos".

En este sentido cabe tener presente el fallo que mencionan Fernández y Gómez Leo: "Si el hecho de 'ofrecer en venta' constituye un acto jurídico en los términos del art. 944 del Cód. Civil, esa oferta o propuesta, en cuanto forma legal de manifestarse el consentimiento contractual del vendedor, debe recaer no sólo sobre la cosa, sino también sobre el precio, pues en cuanto a la persona del contratante su indeterminación existe únicamente en el tiempo en que el contrato se prepara, y no en el tiempo mismo en que el contrato se concluye"⁵⁷.

⁵⁷ Fallo del Supremo Tribunal de Córdoba, citado por Fernández - Gómez Leo, *Tratado*, t. III-A, p. 337.

e) *LA "NOTA DE PEDIDO"* COMO ACEPTACIÓN DE LA OFERTA AL PÚBLICO. En estos fallos, citados por Fernández y Gómez Leo se ha dicho: "La vendedora que hace ofertas al público está obligada a cumplir el contrato de venta si recibió una suma a su pedido como parte del precio, aun cuando la operación se hubiera instrumentado en un formulario propio de ella, designado como 'nota de pedido', y bajo cuyo título y con caracteres tipográficos que parecen especialmente elegidos para pasar inadvertidos, está la leyenda 'sujeta a la aprobación de la gerencia'".

"La *nota de pedido* ha sido definida como la declaración de voluntad unilateral y recepticia que tiene por objeto la consolidación de un contrato de compraventa, no necesitándose su aceptación expresa por el destinatario, pues, en la generalidad de los casos, ello se concreta en forma implícita por el envío o remisión de las mercaderías requeridas"⁵⁸.

f) *ORDEN DE COMPRA*. Consiste en un formulario con membrete de la empresa que la emite (aunque a veces la vendedora exige que sea en un formulario de ella) en el que se consigna el pedido con las condiciones de pago, cantidad, calidad de la mercadería, precio, etcétera. La expresión "orden de compra" constituye una denominación que sirve para identificar una especie de "nota de pedido", pues, en realidad, de eso se trata.

Una orden de compra puede asumir estas diferentes funciones:

1) pedido de compra; 2) aceptación de oferta, y 3) contraoferta.⁵⁹

1) Cuando el emisor de la orden de compra efectuada en formulario propio no ha tenido contacto previo con el eventual destinatario o vendedor (es decir, que no hubo tratativas anteriores) la orden de compra adopta la forma de una solicitud de compra, y requiere para perfeccionar el contrato la aceptación expresa o tácita del destinatario.

2) En este supuesto el vendedor emite una oferta que el destinatario acepta mediante la orden de compra, lo cual da nacimiento al contrato.

3) En tal hipótesis el vendedor emite una oferta precisa, pero el destinatario envía una orden de compra en la que se alteran una o varias de las condiciones ofrecidas, convirtiéndose ésta en una contraoferta. En este caso se requerirá una nueva respuesta del vendedor, quien podrá aceptar o rechazar la contraoferta (art. 1152, Cód. Civil).

⁵⁸ Sentencias citadas por Fernández - Gómez Leo, *Tratado*, t. III-A, p. 337 y siguientes.

⁵⁹ De Diego, Julián A., *La orden de compra en la compraventa mercantil*, ED, 82-945.

g) *Revocación y caducidad de la oferta.* Dispone el art. 1149 del Cód. Civil: "La oferta quedará sin efecto alguno si una de las partes falleciere, o perdiere su capacidad para contratar: el proponente, antes de haber sabido la aceptación, y la otra, antes de haber aceptado".

El art. 1150 dice: "Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, a no ser que el que las hubiere hecho hubiese renunciado a la facultad de retirarlas, o se hubiese obligado al hacerlas, a permanecer en ellas hasta una época determinada".

La función y la seriedad del comercio, especialmente cuando se trata de un establecimiento abierto al público, exigen soluciones adecuadas a dicha finalidad social.

En cuanto a la caducidad de la oferta, sería necesario, para evitar dudas, una adecuación de nuestra legislación a la realidad socioeconómica del mundo actual, adoptando una solución semejante a la del art. 1330 del Cód. Civil italiano, que dice: "*Muerte o incapacidad del empresario.* La propuesta o la aceptación, cuando fueren hechas por el empresario en ejercicio de su empresa, no pierden eficacia si el empresario muriese o se hiciese incapaz antes de la conclusión del contrato, salvo que se trate de pequeños empresarios o que otra cosa resulte de la naturaleza del negocio o de otras circunstancias".

En verdad, se trata de un supuesto improbable en el comercio masivo, pues las ofertas de esta naturaleza se efectúan, en lo general, por empresas cuyos titulares son personas jurídicas.

En cuanto a la revocabilidad de la oferta hecha al público, entendemos que este modo de atraer a la clientela implica para el comerciante, en resguardo de la buena fe y seriedad de la actividad mercantil, encuadrarse en el supuesto del art. 1150 del Cód. Civil (con las consiguientes responsabilidades), el cual prevé la renuncia a la facultad de retractar la oferta, que puede efectuarse sin término o bien por un plazo determinado⁶⁰.

§ 114. *OFERTA AL PÚBLICO Y OFERTA "AD INCERTAM PERSONAM".* Algunos autores hacen la distinción entre "oferta hecha al público", y oferta *ad incertam personam*. La primera se da —según esta concepción— cuando la oferta presenta un posible interés para todos

⁶⁰ La revocación de una oferta cuya renuncia se efectúa sin término podrá —no obstante— ser revocada mientras no haya sido aceptada; pero quien retracta la oferta deberá indemnizar los daños que sufre el destinatario que, ignorando tal revocación, la haya aceptado y hecho gastos conforme lo establece el art. 1156 del Cód. Civil (cfr. López de Zavalla, *Teoría. Parte general*, p. 106).

y cada uno de los miembros de la comunidad, indiscriminadamente; en tanto la oferta *ad incertam personam*, si bien tiene como destinatarios a personas inciertas, éstas se hallan, presumiblemente, en una situación determinada, con un interés concreto y particularizado que no todos los miembros de la comunidad poseen y que, por consiguiente, entraña una delimitación (algo así como la búsqueda de un grupo dentro de aquéllos (p.ej., si se ofrece un puesto de trabajo para un perito mercantil). La distinción es interesante en sede teórica, aunque no advertimos su trascendencia jurídica⁶¹.

§ 115. *¿TIENE CARÁCTER VINCULANTE LA OFERTA AL PÚBLICO?* — Conforme señala Díez Picazo⁶² con respecto a la determinación de la naturaleza de la oferta al público, además de la posición que la considera como una oferta pura y simple, tal como lo hemos analizado precedentemente, con algunas características especiales que derivan de la indeterminación de sus destinatarios y del modo de proponerla, existe otra teoría según la cual en la oferta al público efectuada en los avisos hay siempre una comunicación de voluntad constitutiva de un negocio jurídico unilateral (promesa al público) y, por tanto, inmediatamente creadora de una situación jurídica vinculante para el promitente.

Díez Picazo critica esta última posición, pues —sostiene— la genuina oferta al público no es una promesa y por ello no cabe asimilar ambas figuras. La diferencia entre *oferta* y *promesa* estriba en que en la oferta el proponente no busca más que concluir un contrato con otra manifestación de voluntad que se emitirá por parte del aceptante; en tanto que en la promesa al público se busca un resultado que deberá obtener un tercero, indeterminado, para merecer la recompensa que se promete. Por ello, el tratamiento de una y otra figura —dice Díez Picazo— debe ser distinto: la oferta no suscita en los receptores de la comunicación otra confianza que la de poder emitir ellos una nueva comunicación aceptándola. La promesa, en cambio, procura un determinado comportamiento y, por consiguiente, una dedicación del destinatario o destinatarios para lograr el fin propuesto por el promitente. Se sigue de ello —agrega este autor— que la protección del destinatario de una y otra comunicación también debe ser diferente.

A pesar de esta autorizada opinión, pensamos que la oferta al público, aunque no se la considere promesa en el estricto sentido, debe ser entendida como creadora de una situación jurídica que

⁶¹ Díez Picazo, *Fundamentos*, t. I, p. 208.

⁶² Díez Picazo, *Fundamentos*, t. I, p. 209.

puede ser vinculante para el oferente si especifica su contenido, limita su objeto, su precio y las demás condiciones de contratación.

Como expresa acertadamente Moroni⁶³, no es equitativo formular una declaración de efectos discutibles y hacer depender al que la recibe de la voluntad de quien la emitió. Esa declaración puede incidir o determinar la conducta ajena; por tanto, en la medida en que esto haya ocurrido, se le debe una protección jurídica al sujeto que depositó su confianza en la apariencia creada por quien efectuó la oferta. En consecuencia —sostiene este autor, cuya opinión compartimos— es aconsejable proteger esa confianza tal como ocurre en modernos códigos, como el alemán, suizo de las Obligaciones, brasileño, peruano, mexicano e italiano, entre otros, que basan el sistema en un fundamento de orden práctico, pues facilitan las transacciones, ya que la tesis clásica del consentimiento como requisito de existencia del contrato, cede ante la expectativa que ofrece la oferta cuando es seria y confiable.

Por ello, la confianza y las expectativas que genera la oferta al público requieren particular protección, en vista de la necesidad de certidumbre que ésta lleva implícita por la confiabilidad o la seriedad de quien hace tales ofertas, y por suponer, pues no puede ser de otro modo, su franca intención de vincularse jurídicamente⁶⁴.

Opinamos que la teoría expuesta constituye la base fundamental para la protección de los consumidores, para evitar los abusos y la indefensión del público en general y del consumidor en particular frente a maniobras o arbitrariedades del empresario o comerciante.

§ 116. *DIFERENCIA ENTRE "OFERTA AL PÚBLICO" Y "PROMESA AL PÚBLICO"*. — A fin de evitar equívocos conviene insistir —aunque el tema ya ha sido tratado en el párrafo anterior— en la distinción entre oferta al público y promesa pública. Nuestro Código Civil no es claro al respecto; al contrario, el art. 1148 habla de *promesa* en vez de utilizar la expresión *oferta*. El Código Civil italiano, en cambio, regula ambas figuras separadamente, por lo que la doctrina y la jurisprudencia de aquel país se han encargado de cotejarlas, a fin de dar mayor amplitud a sus caracteres distintivos. Advierte Moroni⁶⁵ que la ley italiana ha distinguido las dos figuras, disciplinando "la promesa al público", como negocio unilateral vinculante de por sí (independientemente de su aceptación), apenas hecha pública; y la "oferta al público", como manifestación destinada a celebrar un contrato futuro, para lo cual hace falta la aceptación de la

⁶³ Moroni, *La promesa al público*, p. 9-10.

⁶⁴ Moroni, *La promesa al público*, p. 45.

⁶⁵ Moroni, *La promesa al público*, p. 77.

persona a quien le convenga (persona momentáneamente indeterminada). En otras palabras: mientras la promesa al público de por sí es fuente de obligaciones, la "oferta al público" es el punto de partida del eventual contrato que se propone concluir; de modo que sólo podrá exigirse el cumplimiento del contenido de la oferta cuando ha mediado la aceptación que dará vida al contrato.

Cuando el preponente quiera obtener un determinado resultado como presupuesto para cumplir lo prometido o para hacer propios los efectos de la promesa, se tratará de una promesa al público.

La oferta al público presupone siempre la posibilidad de conclusión del contrato, de modo que la prestación asumida por el aceptante se presenta como cumplimiento de la obligación asumida por el oferente. En la promesa al público, en cambio, en el proceso de formación, el promitente subordina su obligación a la producción del resultado reclamado. Advierte Moroni y esto merece ser pensado: "De donde, con respecto al perfeccionamiento del negocio en sí, se podría decir que [la promesa al público] tiene esquema contractual. Básicamente, cabe decir que es un contrato de ejecución unilateralmente anticipada"⁶⁶.

⁶⁶ Moroni, *La promesa al público*, p. 79.

a) En el llamado a concurso que hace el concedente —base de la relación contractual— surge que no existe intención de convocar locatarios para el inmueble, sino el cumplimiento mediato de una actividad conforme a los fines de la institución, en beneficio de los socios y de sus familiares.

b) Se establece expresamente cómo debe presentarse el personal que presta servicios y el tipo de amoblamiento; la comisión directiva del club está facultada para el contralor y la fijación de precios para el público.

c) El funcionamiento de los locales, el comportamiento de los asistentes y del personal debe satisfacer a las autoridades del club.

d) El concesionario está obligado a tener un libro de quejas a disposición de los asociados del club.

Comentando este fallo, Gastaldi expresa: "La finalidad que las partes tenían en mira no era la entrega de un bien en uso y goce por un precio en dinero, sino la prestación de un servicio, que se integraba con una serie de requisitos a cumplir por el concesionario y una serie de exigencias y modalidades impuestas por el concedente, quien otorgaba un local para el cumplimiento de aquél. El concesionario tomó a su cargo una verdadera explotación, no importando el lugar en donde prestaba la misma"¹²².

IV 3)2 E) "FRANCHISING" (FRANQUICIA)

§ 311. *Noctón.* — Básicamente el *franchising* es una suerte de simbiosis: una parte, que es conocida como *franchisor* (franquiciante), otorga licencia a un comerciante independiente, llamado el *franchisee* (franquiciado), para que venda productos o servicios de su titularidad. El *franchisee* generalmente paga un canon por este privilegio, más una regalía (*royalty*) sobre grandes ventas. El término *franchisee* puede significar dos cosas: a) el derecho del *franchisee* a vender ciertos productos o servicios, y b) el lugar de negocios donde el *franchisee* ejerce ese derecho¹²³.

¹²² Gastaldi, *La concesión de "buffet" como contrato atípico*, ED, 26-84, comenta el fallo de la C3ª Paz Letrada Cba, 31/5/68.

¹²³ Laird Siegel, William, *Franchising*, p. 8. Dicen Cook, Cecilia - Iturraide, María C., y otros, *Franchising*, en "Derecho Económico", n° 14, p. 119: "El *franchising* es un sistema de distribución comercial llevado a cabo por empresas independientes y con una organización piramidal basada en una relación contractual, la que engloba la transmisión de un *know how*, la licencia y uso de una marca, asistencia técnica y contable bajo control del otorgante y de conformidad con un método preestablecido por él, en contraprestación de lo cual

Es ventajoso para ambas partes tener un negocio de éxito. Obviamente, cuanto más vende el *franchisee* más gana. Lo mismo es para el *franchisor*: si las ventas del *franchisee* continúan en incremento, también se incrementarán las regalías del *franchisor*. Si éste puede elevar el prestigio de sus negocios, el *franchisee* podrá ver aumentadas sus ganancias de modo sustancial.

Esta mutua interrelación de intereses hace al *franchising* atractivo, tanto para el *franchisor* como para los *franchisees*, pues se produce una fuerte corriente de interdependencia. Con un rubro exitoso la compañía *franchisor* procura un fuerte impulso para el éxito del *franchisee*. Muchos franquiciantes (*franchisors*) prepagan a los franquiciados mediante personal que los entrenan y aconsejan. Un buen franquiciante continúa prestando esta asistencia después del entrenamiento del período inicial.

Debe tenerse presente que en el contrato de franquicia se aglutinan caracteres o modalidades propias de otros contratos (licencia, *know how*, uso del nombre comercial, etcétera).

§ 312. *TERMINOLOGÍA.* — En el comercio internacional esta figura contractual es conocida con su designación, tomada del idioma inglés, que se traduce al castellano como "franquicia". La circunstancia de que se haya hecho bastante común el término franquicia en los países de habla hispana, nos coloca en la necesidad de destacar que el significado idiomático de esta palabra no expresa exactamente el concepto que encierra al referirse al contrato de *franchising*, de modo que conviene dejar en claro, pues, que "contrato de franquicia" es el conocido internacionalmente como contrato de *franchising*¹²⁴.

§ 313. *Función.* — Constituye el medio por el cual el titular (franquiciante o franquiciador) de una marca o designación comercial determinada y conocida de bienes o servicios llega al consumidor final, a través de una serie de establecimientos comerciales (franquiciados) que fabrican y expenden el producto o servicio de

el *franchisee* paga un canon y otras prestaciones adicionales. Para analizar el *franchising* debemos estudiar el juego de los siguientes elementos: a) protección de marcas; b) adaptación del contrato a las leyes comerciales; c) legislación inmobiliaria, cambiaria, locativa y fiscal; d) leyes sobre importación de insumos; e) leyes contra el monopolio y de defensa de la competencia.

¹²⁴ En cuanto a las partes, en inglés son designadas *franchisor* y *franchisee*. En la traducción a nuestro idioma se emplean los términos "franquiciante" o "franquiciador" (a veces "licenciante" o "concedente", para referirse al "dador de la franquicia" y "franquiciado").

esa marca conforme a las instrucciones y exigencias del franquiciante. Aunque el franquiciado es un comerciante autónomo, se integra a la red organizada por el franquiciante como si fuera una sucursal de éste. Marzorati distingue entre el *business format franchising* y el *product franchising*: "En el *product franchising*, lo que habitualmente se concede es el derecho de distribuir en forma semiexclusiva un producto fabricado por el otorgante y comercializado bajo su nombre o marca". Pero el tomador, en este caso, goza de un grado de autonomía mucho mayor, ya que es un comerciante que posee cierto grado de especialización y por ende tiene cierta especialidad, de la que carece habitualmente el tomador de una franquicia"¹²⁵.

A su vez, dice Marzorati: "En su concepción dinámica y evolucionada, la franquicia comercial, llamada *business format franchising*, es un contrato de empresa, por el que se transfiere un método para administrar y manejar un negocio, al que se le concede un monopolio territorial de distribución de un producto o de un servicio identificado con una marca comercial del otorgante y sujeto a su estricto control y asistencia técnica en forma continua. Lo que distingue, en esencia, al *business format franchising* de la franquicia tradicional o franquicia de producto es el hecho de que en esta última especie la relación entre franquiciante y franquiciado se da, básicamente, en la siguiente forma: el fabricante o distribuidor, titular de la marca, vende sus productos al comerciante (su revendedor autorizado), el cual simplemente los revende por un precio más alto. El titular de la marca casi siempre autoriza al revendedor a hacer uso de ésta y puede asimismo suministrar algún entrenamiento y cierta asistencia en materia de publicidad que ayude al revendedor a vender más. No exige que el revendedor siga un esquema rígido de actuación en la operación de su propio negocio, aunque establece pautas de actuación y objetivos de venta a cumplir. En cambio en las operaciones denominadas de *business format franchising*, como ya vimos, el franquiciante enseña al franquiciado las técnicas o métodos que descuelva para comercializar sus productos y/o prestar los servicios y según los cuales el franquiciado deberá desempeñar sus actividades, siempre de acuerdo con las normas e instrucciones y sujeto a la supervisión y continua asistencia del franquiciante. El control que el franquiciante ejerce sobre las actividades del franquiciado es y debe ser mucho más rígido, constante e intenso que el de las operaciones de la franquicia tradicional"¹²⁶.

¹²⁵ Marzorati, Osvaldo J., *Sistemas de distribución comercial*, p. 207.

¹²⁶ Marzorati, *Sistemas de distribución comercial*, p. 190 y siguientes.

Explica Santini¹²⁷ que se trata de una modalidad definida por algunos como "*marketing* de la idea": los franquiciados se comprometen a realizar ventas con signos distintivos propios del franquiciante, integrándose en el conjunto de las empresas de los *franchisees*, a cargo de los cuales quedan el riesgo económico y los costos de instalación y gestión del establecimiento; el *franchisor* por tanto, realiza los negocios que haría con sucursales propias, porque efectúa la venta de un producto uniforme a todos los consumidores (a través de una red de locales de ventas) pero no afronta sus costos, al menos en el modelo originario estadounidense (en Europa la necesidad de promover una red válida lo constriñe, a menudo a financiar los *franchisees*). Por tanto, el *franchisor* (franquiciante) puede controlar totalmente la distribución del producto que lleva su marca, extender la venta y tener acceso a un más amplio mercado interno e internacional.

El franquiciado a su vez, evita los riesgos propios de una empresa autónoma en el período de preparación, obtiene conocimientos técnicos y asistencia en la presentación de las mercancías, en la estructuración del almacén, en el adiestramiento del personal, en la promoción de las ventas, en la contabilidad, etc., y disfruta de la publicidad y servicios comunes (especialmente para la adquisición, el transporte y el depósito), así como de cualquier otra ventaja deducible de la acción de todos.

Caracteriza Bescós¹²⁸ al *franchising* como la explotación inmateria de marcas y *know how*, conservando, el franquiciante, el control y la supervisión del negocio, por lo cual su presencia en el ámbito internacional es cada vez más apreciable. Explicar formulas, prestigio e ideas por medio de este contrato tiene sus ventajas (aunque a su vez puede presentar problemas).

Entre las ventajas, Bescós señala las siguientes.

- a) Expansión rápida de los negocios que se apoyan en la iniciativa e impulso empresarial de terceros (los franquiciados).
- b) Capital y riesgos mínimos para el franquiciante, pues la inversión principal es realizada por los franquiciados, quienes asumen los albrures de la explotación de su establecimiento.
- c) Mayor facilidad de administración para el franquiciante, a la vez que mayor agilidad y rapidez en el control de la cadena de franquiciados.
- d) Optimización del *marketing*; se consiguen así mayores economías de escala, principalmente en suministros y equipos.

¹²⁷ Santini, *El comercio*, p. 86 y siguientes.

¹²⁸ Bescós, *Modesto, Factoring y franchising*, p. 146.

e) Mayor valorización de la estructura, pues, generalmente, se consiguen mejores emplazamientos, una mejor identificación de los productos e intercambio de experiencias.

§ 314. *CONCEPTUALIZACIÓN.* - Enseñan Burias y Couso¹²⁹ que el Departamento Norteamericano de Comercio define al *franchising* como una forma de licenciamiento, por la cual el propietario o titular (*franchisor* -o franqueador-) de un producto, servicio o *método* obtiene su distribución a través de revendedores afiliados (*franchisees* o franqueados).

A su vez, para la Asociación Internacional de Franquicia, se trata de "un método para la comercialización de productos o servicios". Una operación de franquicia es una relación contractual entre un franquiciante y un franquiciado, en la cual el franquiciante ofrece o es obligado a mantener un interés permanente en el negocio del franquiciado, en aspectos tales como el *know how* y la asistencia técnica. El franquiciado opera bajo un nombre comercial conocido, un método o procedimiento que pertenece o que es controlado por el franquiciante, y en el cual el franquiciado ha hecho o hará una inversión sustancial en su propio negocio y con sus propios recursos¹³⁰.

Resulta práctico analizar el *franchising* en las tres etapas que corresponden a: a) la previa al contrato; b) la inicial del contrato, y c) la relativa al desarrollo del contrato¹³¹.

¹²⁹ Burias, Luisa B. - Couso, Juan C., en Etcheverry, *Contratos. Parte especial*, t. 1, p. 388.

¹³⁰ Burias - Couso, en Etcheverry, *Contratos. Parte especial*, t. 1, p. 389; sobre tales antecedentes nos brindan la siguiente definición: "Consideramos al *franchising* o franquicia comercial como el contrato basado en una relación de cooperación permanente por el cual una de las partes (franquiciante, otorgante o *franchisor*), titular de un nombre comercial, de una marca o signos distintivos, de diseños o emblemas con que identifica su empresa o negocio, otorga a la otra (franquiciado, tomador, *franchisee*) un conjunto de derechos que lo facultan para vender, y/o distribuir y/o explotar comercialmente a su propio riesgo, en un lugar o territorio preestablecido, uno o varios productos y/o servicios, amparándose no solamente en la marca con la que el otorgante identifica sus productos, sino también en la imagen comercial y en los métodos operativos que utiliza. El tomador se encuentra sujeto a instrucciones y controles por parte del otorgante que garanticen el cumplimiento del sistema y el éxito del negocio. Como contraprestación, el tomador debe abonar una suma inicial determinada y una serie de importes sucesivos también pre-determinados durante toda la vigencia del contrato".

¹³¹ Burias - Couso, en Etcheverry, *Contratos. Parte especial*, t. 1, p. 399.

§ 315. *EL "FRANCHISING" (FRANQUICIA) ES UN CONTRATO DE COLABORACIÓN COMERCIAL.* - El *franchising* implica, básicamente, un método de colaboración entre empresas distintas e independientes, pues se requiere la acción común de las partes para lograr eficacia, desarrollo y ampliación de los negocios en sus respectivas empresas.

La condición ideal para ello está en la colaboración sobre la base de un equilibrio de poderes y de ganancias entre las partes; pero en la realidad de los hechos, es el *franchisor* quien impone las condiciones y el *franchisee* se somete¹³².

En virtud de este contrato, el franquiciante pone a disposición del franquiciado dos elementos importantes: una determinada técnica empresarial que constituye un conjunto permanente de medios y servicios de apoyo que, prácticamente, aseguran el éxito del franquiciado; y una línea de productos o servicios, con una marca acreditada y de fama en el mercado con un sistema comercial experimentado, uniforme y continuamente renovado.

La uniformidad de normas impuestas por el franquiciante a los diversos franquiciados que integran la red, sobre sistemas de comercialización y formas de atención y de presentación de los establecimientos, permite la creación de una *imagen de distribución*, imprescindible hoy en día en cualquier cadena de expendio al público que pretenda adquirir confiabilidad.

La franquicia -al decir de Ortiz de Zárate¹³³- permite crear un sistema de cadena sucursalista, pero con "sucursales" que no son tales, pues se trata de establecimientos propios de cada franquiciado, con las ventajas en el trabajo y la productividad que eso conlleva.

§ 316. *ORIGEN Y DESARROLLO.* - Su nacimiento en los Estados Unidos de Norteamérica, data del año 1850, cuando la compañía "Singer & Co", creó una novedosa cadena de distribución y venta para sus productos (principalmente máquinas de coser). Sin embargo fue en el año 1930, luego de la Gran Depresión, que Howard Johnson estableció la primera franquicia de veinticinco negocios en cadena. Luego, a partir de los años 1950 y 1960, aparecieron los gigantes: Holidays Inc., Mc Donald's, Burger King, Sheraton, etcétera¹³⁴.

Pero sería la red multinacional de franquicias Coca-Cola la que, con un éxito creciente y con un sistema y formato equivalentes, se

¹³² Ver Ortiz de Zárate, Alvaro, *Manual de franquicia*, p. 12.

¹³³ Ortiz de Zárate, *Manual de franquicia*, p. 12.

¹³⁴ Zullo, Nicolás S. R., *Franquicia o concesión*, en "Boletín Económico La Ley", 26/6/90.

expandió por diferentes países. Según Bescós, el período de despegue —en los Estados Unidos de Norteamérica— comienza a partir de 1950, sobre todo en sectores tan conocidos como el del *fast food* (o comida rápida), con nombres como Mc Donald's o Kentucky Fried Chicken. Gran número de actividades distintas se sumaron luego a este método de expansión de negocios, difundiéndose todo tipo de venta directa al público —e incluso del sector servicios— hasta el punto de alcanzarse en 1988, el medio millón de establecimientos dando ocupación a unos siete millones de personas ¹³⁵.

Actualmente, en los Estados Unidos de Norteamérica más de un tercio (34%) de los negocios minoristas son adquiridos mediante el sistema de franquicia. La razón fundamental del auge y prosperidad del sistema, es que resulta el vínculo ideal entre los grandes capitales y la pequeña y mediana empresa. El *franchisor* obtiene nuevos medios de expansión del capital, nuevos mercados, y distribuidores o vendedores de sus productos (bienes o servicios), auto-motivados. Por otra parte, el *franchisee* obtiene las ventajas de los productos, experiencia, estabilidad y solvencia comercial propios de los grandes capitales ¹³⁶.

La legislación específica del sistema de *franchisee* es relativamente nueva en los Estados Unidos de Norteamérica. Hasta la década del 70, solamente se aplicaban en ese país las reglas generales del derecho comercial y, especialmente, las normas sobre *antitrust* o contra el monopolio. Es en California, en 1971, donde nace una primera legislación específica dentro del Código de Corporaciones —equivalente a nuestra ley de sociedades— que introduce la *California Franchise Registration and Disclosure Act*. Desde entonces, otros catorce Estados han legislado sobre la materia en forma similar. Por otra parte, alrededor de veintitrés Estados más han legislado acerca de la "oferta de negocios" (*business opportunity*), que en cierta forma comprende al sistema de *franchisee* ¹³⁷.

§ 317. EL "FRANCHISING" COMO ESTRATEGIA DE DIVERSIFICACIÓN. Además del crecimiento en los lugares de venta, el *franchising* suele permitir también los siguientes aspectos: a) diversificación geo-

¹³⁵ Bescós, *Factoring y franchising*, p. 119.

¹³⁶ Zullo, *Franquicia o concesión*, en "Boletín Económico La Ley", 26/6/90.

¹³⁷ Señala Zullo que al fin de la década (1979) comenzó a tomar forma la regulación federal en Estados Unidos, al dictar por parte de la Federal Trade Commission las *Disclosures Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunities Ventures* (16 CFR, Section 436). Aun cuando las reglas impuestas por la FTC son de carácter federal, no siempre es-

gráfica, al resultar posible la conquista de zonas y países nuevos, subcontratando el sistema y la marca; b) diversificación de productos, atacando mercados o grupos de clientes semidesconocidos, y c) diversificación financiera, concibiendo la franquicia como una diversificación o traspaso financiero a empresas subcontratadas, con toma de participación en éstas ¹³⁸.

§ 318. EL "FRANCHISING" COMO ESTRATEGIA DE "MARKETING". — El *franchising* puede concebirse como una estrategia de mercado, ya que a través de él se busca la amplia difusión de ciertos productos o servicios sin perder el control de la distribución.

Como método de comercialización o difusión presenta varias ventajas derivadas de: a) ocupar zonas y cubrir el mercado, extendiendo la red, asegurándose buenos emplazamientos en centros comerciales, y limitando la competencia; b) valorizar la marca de distribución, pues al estar presente en las mejores ubicaciones con comercios y sistemas perfectamente unificados, se refuerza la imagen común; esto permite la publicidad local y nacional, se refuerza la notoriedad de imagen de la marca de la cadena y se consigue la fidelidad de una clientela cautiva, y c) controlar la distribución, ya que el franquiciador domina la difusión del sistema y método de comercialización, pues ejerce un poder de dominio sobre los miembros del canal o bien coopera directamente con ellos. Al encontrarse el franquiciado bajo la dependencia del cedente de la marca y del sistema, este último puede ejercer amplio control sobre la actividad y resultados de sus franquiciados ¹³⁹.

§ 319. CLASIFICACIÓN. — Observa Zullo ¹⁴⁰, que el contrato de franquicia, según su objeto reconoce dos grandes categorías.

a) "FRANCHISING" DE PRODUCTO Y MARCA REGISTRADA. Cuando la franquicia se limita a la distribución y venta de productos con marca registrada (*product franchising*).

b) NEGOCIO LLAVE EN MANO O PAQUETE. Cuando la franquicia consiste en la habilitación de una unidad completa de comercialización y explotación (*business format franchising*).

¹³⁸ Tienen preeminencia sobre las estatales (*Franquicia o concesión*, en "Boletín Económico La Ley", 26/6/90).

¹³⁹ Ortiz de Zárate, *Manual de franquicia*, p. 12 y siguientes.

¹⁴⁰ Zullo, *Franquicia o concesión*, en "Boletín Económico La Ley", 26/6/90.

§ 320. *CLASES.* — En la práctica se suelen presentar tipos distintos de *franchising*¹⁴¹.

a) "*FRANCHISING*" DE SERVICIO. Mediante el cual se suministra un servicio como conceptualización de una técnica o normativa determinadas (p.ej., servicios de coche, asesoramiento fiscal, inmobiliario y otros, enseñanza, hotelería, tintorería, alquiler de vehículos, mantenimiento corporal, etcétera).

b) "*FRANCHISING*" DE DISTRIBUCIÓN. En estos casos, el franquiciador fija al franquiciado los productos que tiene que vender, con la aportación de una marca o enseña de la cadena de comercialización y varios servicios de organización y venta (p.ej., venta de productos de alimentación, textiles, etcétera).

§ 321. *RASGOS CARACTERÍSTICOS.* — Tal como destaca Bescós¹⁴², constituyen rasgos característicos del *franchising* —que le otorgan una visión comercial dinámica— los siguientes.

a) *INVERSIÓN MÍNIMA PARA EL FRANQUICIANTE (FRANQUICIADOR).* El franquiciador se apoya en la capacidad inversora de los franquiciados para la apertura de nuevos centros, complementada con un sistema de financiación adecuado.

b) *IMAGEN DE LA MARCA.* La clientela es atraída por la notoriedad de una marca con prestigio entre el público. Con el apoyo de una publicidad permanente y eficaz se populariza la enseña comercial y la imagen, a la vez que se fortalece y multiplica el poder de la marca.

¹⁴¹ Ortiz de Zárate, *Manual de franquicia*, p. 12 y ss., menciona, además, los que en nuestra opinión pueden considerarse contratos de concesión para la venta: a) la franquicia de producción, en la que el franquiciante es un productor o industrial que hace pasar sus productos al consumidor a través de una red franquiciada, sirviéndose de una marca o de un emblema uniforme, y b) la franquicia industrial, mediante la cual el franquiciador se asocia a otras industrias para que fabriquen productos de él bajo licencia, beneficiándose de su tecnología, marca y ayuda técnica (p.ej., yogur Yoplait, rosquillas Donuts, cigarrillos Chesterfield, etcétera).

¹⁴² Dice Bescós que los aspectos que también deben ser tenidos en cuenta son: a) menos control sobre los establecimientos. Aunque las decisiones de política comercial y estratégica las tome el franquiciador, las decisiones finales las toman los franquiciados. De la selección acertada de estos últimos dependerá el resultado; b) motivación y comunicación más complejos. No hay dependencia entre las partes, pues son empresarios autónomos, pero sí subordinación económica. El conocimiento, la comunicación o la justificación de los pagos de *royalties* requieren mayor sutileza y especialidad, y c) debilidad en la

c) *ASISTENCIA PERMANENTE DEL FRANQUICIANTE AL FRANQUICIADO.* Se crea un centro de asistencia y servicio mínimo para los componentes de la red y cuyo costo se reparte entre todos. De esta forma, la información, asistencia técnica, estudios de mercado, etc., son asumidos por este centro que puede actuar tanto de conexión y referencia como, en su caso, de central de compras.

d) *PODER NEGOCIADOR EN FAVOR DE LOS FRANQUICIADOS FRENTE A PROVEEDORES Y ENTIDADES FINANCIERAS.* Una cadena de franquicia dispone, a raíz de la gran demanda de que es objeto, de una gran capacidad de compras con las ventajas subsiguientes a nivel de precios, rebajas, artículos en exclusiva, etcétera. Este poder negociador se da también en las relaciones con la banca y las compañías de seguro.

e) *NEGOCIOS ESTABLES.* No pueden ser objeto de *franchising* negocios o empresas transitorias que se basan en ideas coyunturales o bien en modas pasajeras que pueden tener un fuerte impacto momentáneo, pero es un negocio no durable.

f) *NEGOCIO TRANSMISIBLE.* Recrear el negocio del franquiciador supone la capacidad de sintetizar todos los componentes esenciales de la empresa, métodos de trabajo, técnicas, formación. El *know how* del franquiciador es transmisible de forma estandarizada a los franquiciados.

§ 322. *ELEMENTOS DEL CONTRATO DE "FRANCHISING".* — En contratos de esta naturaleza lo normal sería prever los siguientes aspectos, que no siempre son contemplados: a) exclusividad territorial tanto para el franquiciado como para el franquiciante dentro de la zona que se determine; b) posibilidad o no de subfranquicias; c) duración del contrato, aunque se dan casos de contratos sin fijación de plazo; d) mínimo de ventas que deberá conseguir el franquiciado dentro de los períodos previstos; e) fijación del precio de los productos que suministrará el franquiciante al franquiciado cuando exista obligación de suministrar; f) derechos que concede el franquiciante al franquiciado: licencia de marca, prestaciones de *know how*, suministro de productos, instrucciones técnicas, sistema de comercialización y, en su caso, asistencia técnica; g) autorización al franquiciado y a la vez obligación de éste para el uso de nombres, emblemas, colores, etc.; h) pagos del franquiciado al franquiciante, según el

posición de los franquiciados. Los derechos de los franquiciados pueden nacer ya menoscabados en el contrato. Éstos adquieren una licencia al uso y disfrute de un nombre y una marca, pero no a la propiedad (*Factoring y franchising*, p. 119-120).

tipo de franquicia¹³; i) el franquiciante proporciona manuales que detallan sistemas y procedimientos de operación y proporcionan especificaciones sobre: relación con terceros; publicidad y promoción; diseño y construcción del local; muebles, útiles y enseres; equipamiento en general; controles contables sobre la actuación del personal, el pago de impuestos, listas de productos y precios; relaciones con el personal dependiente; contratación y pago de seguros; entrenamiento para el *franchisee* y su personal, etc.; j) el contrato puede prever el desarrollo de una campaña nacional, regional o local de publicidad y promoción; k) el *franchisor* puede suministrar productos o servicios, o ambos, al *franchisee*; l) generalmente el franquiciante limita la elección del lugar para ubicar el establecimiento, pues se procura una zona adecuada para la mayor y mejor venta del producto, y m) es prudente que se prevean las condiciones para la renovación o extinción del contrato, y sus causales¹⁴.

§ 323. *OMILGACIONES DEL "FRANCHISEE" (FRANQUICIADO)*. — De lo anteriormente expuesto, resulta que el franquiciado, además de tener que pagar la tasa inicial por el derecho a utilizar la franquicia y de pagar una regalía (*royalty*) periódica, en virtud del contrato celebrado se adhiere totalmente a los estándares y técnicas de comercialización impuestos por el franquiciante; por tanto, debe aceptar y demostrar aptitud para cumplir el programa de entrenamiento que éste le ofrece.

Corre a su exclusivo costo y riesgo la instalación (o construcción) y puesta en marcha del establecimiento (unidad en franquicia); a veces con financiación suministrada por el *franchisor* o por alguna institución que éste designe.

El franquiciado debe aceptar el sistema contable impuesto por el franquiciante y cumplimentar los informes periódicos en materia económica y financiera, que éste le exige.

¹³ Las formas habituales en que se concreta esta obligación son dos: el canon inicial fijo o proporcional a las ventas, y los *royalties* fijos o proporcionales a las ventas. Ambas dependerán, en su cuantía, de la importancia y notoriedad de la cadena. El canon pactado cubre el derecho de utilizar la marca y técnicas del franquiciador, la exclusividad territorial, la transmisión inicial del saber-haber y la asistencia en el lanzamiento, los *royalties*, los servicios y la asistencia permanente.

¹⁴ Entre otras obligaciones asumidas por el franquiciado, cabe destacar las siguientes: a) debe guardar secreto acerca de la franquicia, sus sistemas, *know how*, etc.; b) puede pactarse un aporte de dinero para campañas publicitarias; c) selecciona el lugar para su establecimiento, pero requiere la aprobación del franquiciante, y d) al término de la relación contractual debe abstenerse de seguir utilizando el nombre, marca y sistemas comerciales del *franchisor* (Zullo, *Franquicia o concesión*, en "Boletín Económico La Ley", 26/6/90).

Tiene la obligación de cumplir con las leyes y reglamentaciones nacionales, provinciales y municipales que reglamenten la actividad y, naturalmente, asume total y exclusiva responsabilidad por el personal a su cargo; también se obliga a respetar horarios mínimos de atención del negocio.

a) *COMPRA DE ELEMENTOS NECESARIOS PARA EL FRANQUICIADO EN LUGARES DETERMINADOS*. En ciertos contratos se establece la obligación de adquirir ciertos productos, ingredientes o elementos en una central de compras, o a suministradores aceptados o impuestos por el franquiciante, con el pretexto de preservar la calidad y asegurar uniformidad en su presentación.

b) *DISCIPLINA DE GRUPO*. Como se trata de un sistema basado en la colaboración, el franquiciado deberá cumplir las directivas impartidas por el franquiciante en todo cuanto se refiera al tipo y presentación del establecimiento, su equipamiento, calidad de los productos, etc.; y también referente al personal y a su formación, esto último, especialmente en el *franchising* de venta directa al público y en el de servicios.

c) *INFORMACIÓN AL FRANQUICIANTE*. Resulta razonable que el franquiciado deba informar periódicamente al franquiciante de la gestión que está llevando a cabo y le suministre los datos estadísticos sobre el desarrollo de su negocio, pues ello permite a este último el seguimiento de los resultados y el control del funcionamiento de toda la red¹⁵.

§ 324. *TENDENCIA A LA ABSORCIÓN DE LOS FRANQUICIADOS POR LOS FRANQUICIANTES*. — No es aún éste el caso de nuestro país, pero observa Santini¹⁶ que, desde finales de 1960, se asiste en los Estados Unidos de Norteamérica al fenómeno de cierta disminución del número de franquiciados, en razón de que los franquiciantes, a fin de lograr mayor concentración, adquieren o readquieren cada vez más negocios de los franquiciados y los incluyen en su propia red directa

¹⁴⁵ Besócs, *Factoring y franchising*, p. 179.

¹⁴⁶ Santini, *El comercio*, p. 86 y siguientes, explica: "La tendencia indicada permite una última observación: en Estados Unidos se habla de rescate de la *franchisee* así como se hablaba de la venta (*sale*) en el acto de la constitución, síntoma elocuente de la objetivización de la relación que pone de manifiesto su reducción psicológica a elemento de la organización de la empresa, del mismo modo que otros bienes de 'pertinencia' del empresario coordinados por él para el ejercicio de su actividad. Nada podría poner mejor de manifiesto los efectos de la acaudalada integración, pero jurídicamente plural y equivalente en el interior de la organización del *franchisor* a un elemento del sistema por el articulado, y por tanto su establecimiento".

de venta. Esta tendencia a la concentración —explica Santini— no implica una disminución del interés ni de la importancia que tiene el *franchising*, que permanece como un instrumento perfectamente integrable en un canal distributivo corto en el cual se tiende a incluir tan sólo a los franquiciados que estén en situación de asegurar un movimiento de negocios superior al determinado como mínimo.

§ 325. *FORMAS MÁS RÍGIDAS DE "FRANCHISING"*. — El *franchising* puede alcanzar formas económicamente aún más rígidas que las que constituyen sus características naturales, llegando incluso a modificar la estructura de la relación, cuando en el deseo de integrar todavía más en la propia empresa del franquiciante la actividad de los distribuidores de sus productos (franquiciados) estos últimos se limitan a la función de meros gestores, por cuenta y riesgo propios, de puntos de venta que pertenecen en propiedad a la casa productora, la que se presenta de este modo como propietaria (aunque no gerente) de los establecimientos de reventa.

En estos casos se llega a un punto límite que impide una clara diferenciación entre *franchising*, concesión y contrato de distribución de productos, pues, como destaca Santini: "En estos casos de gestión por cuenta, jurídicamente dispuestos con la finalidad no siempre lograda de evitar la disciplina de la relación de trabajo subordinado, la empresa trata de subrayar que el gestor opera bajo su propia responsabilidad, con los signos distintivos que se le han concedido, pero no utiliza la forma del arrendamiento de establecimiento, bajo muchos aspectos inadecuada, sino la del mandato de gestionar el establecimiento dentro de los límites bastante rigurosos trazados en el contrato. De ello resulta la obligación, para la otra parte contratante, de realizar una actividad, jurídica y material a la vez, que no enriquece un establecimiento propio (debiendo restituirlo al término de la relación) que excluye toda actividad de compra y venta con terceros, sino que le adosa, sin embargo, los riesgos relativos a la mercadería aunque no se convierte en su propietario y se configura, en suma, como un contrato de comisión de venta unido a un comodato del establecimiento. De esta manera el fenómeno económico confluye en el bien conocido del *suicursalismo*, porque en nada puede distinguirse externamente, el negocio dirigido por el personal dependiente del dirigido por un gestor, digamos, autónomo; el fenómeno jurídico muestra, una vez más, una distinción de funciones, porque la empresa se dirige en el caso examinado al *gestor-comisionista*, aunque éste utilice el establecimiento ajeno, al menos hasta que su colaboración no se transforme en total subordinación. Sin embargo, al menos en Italia, pueden derivarse para la casa notables inconvenientes por efecto de la apariencia que se muestra ante terceros que puedan razonablemente confiar en la

titularidad de la empresa a la casa productora, propietaria del establecimiento y de los signos distintivos, e inspiradora de una política de venta uniforme practicada (incluso) en ese negocio" ¹⁴⁷.

§ 326. *COMPARACIÓN DEL "FRANCHISING" CON EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN*. — Son varias las notas distintivas entre ambos contratos en la distribución se vuelcan al mercado los productos fabricados por el productor. Para nada interviene en el proceso de fabricación. En cambio, el franquiciado, por lo común, fabrica el producto que vende y adquiere el *know how* que le transmite el franquiciante a dicho fin.

Además, antes de la habilitación del establecimiento del franquiciado, el franquiciador aportará la asistencia necesaria —ya sea general o específica— los conocimientos y experiencia, lo cual se concreta, generalmente, mediante la entrega de "manuales operativos o de funcionamiento".

Esta formación previa —que rara vez se da en la distribución— depende de la complejidad del negocio; y adquiere especial relieve en las franquicias de servicios.

Agréguese a lo anterior la asistencia inicial al franquiciado que otorga el franquiciador para facilitar la instalación del establecimiento de venta. La asistencia puede ampliarse a la selección del local e instalaciones al estudio de mercado y la financiación. Nada de esto es necesario en el desarrollo de un contrato de distribución, en el que no es esencial una asistencia permanente como, en cambio, ocurre en el *franchising*; en este último, dicha obligación puede concretarse de varias maneras: información personalizada, reuniones, circulares, visitas periódicas o asistencia *in situ*.

§ 327. *"FRANCHISING" Y CONCESIÓN*. — Expresa Guyénot ¹⁴⁸ que actualmente se intenta ataviar a las concesiones comerciales con las virtudes de una novedad, sustituyendo la terminología clásica por otra que se ha puesto de moda bajo la forma del vocablo norteamericano *franchising*. Aun cuando las analogías pueden rayar en la identidad cualquiera que sea la calificación, el contrato que constituye el origen de estas prácticas se presta a todos los arreglos que las partes deseen; no obstante, puede intentarse una diferenciación. Afirma el citado autor que "para sostener la competencia y conquistar nuevos clientes, los productores deben organizar la co-

¹⁴⁷ Santini, *El comercio*, p. 86 y siguientes.

¹⁴⁸ "Las concesiones comerciales, y con mayor razón el *franchising* son presentados como creaciones recientes del derecho de los negocios y de la economía" (Guyénot, Jean, *¿Qué es el "franchising"?*, p. 19).

mercialización de sus productos y unificar sistemas de venta a fin de reducir sus costos de distribución y de acrecentar su rentabilidad. Para ello pueden unirse a revendedores que, a cambio de una exclusividad de reventa, acepten participar de una organización comercial estructurada para mejor sostener la lucha que engendra la competencia entre artículos similares y marcas diferentes.

El productor pone en marcha una organización de venta de sus productos en un mercado que se puede ampliar con la colaboración de nuevos revendedores y apoyándose en una empresa de producción. Ello quiebra un perjudicial aislamiento a nivel comercial y permite adaptarse rápida y completamente a los movimientos de una economía en expansión en la vía del progreso, que exige una renovación permanente de los materiales, de los métodos de venta, de superficies, de arreglos, así como de medios de publicidad para hacer frente a la competencia. Asociados por interés y por necesidad a una estrategia de mercado, los revendedores concesionarios gozan de un dinamismo creciente y una fuerza nueva en la organización puesta en práctica; son los eslabones con el mismo título que la empresa concedente, que le vende sus productos en condiciones convenientes para su comercialización.¹⁴⁹

En este contexto, el *franchising* representa la forma más evolucionada de responder a las necesidades de la comercialización por medio de terceros.¹⁵⁰ Es el equivalente de una concesión de licencia de marca, y se puede definir como la concesión de una marca de productos o de servicios a la cual se agrega la concesión del conjunto de métodos y medios de venta.

Las prestaciones de los contratantes —observa Guyénot— recuerdan las del concesionario y la de los concedentes; pero en el contrato de *franchising* el franquiciante no cede solamente el uso de su marca al *franchisee*. Se compromete además a suministrarle los medios para comercializar los productos o los servicios vendidos.

Entre estos medios se incluyen el *engineering*, o sea el estudio previo a la creación o a la transformación del negocio, realización y puesta en marcha de los arreglos y de las instalaciones. Los otros proceden del *marketing*, es decir, de los métodos, medios y técnicas de comercialización, a saber: estudio de mercado; utilización de una marca prestigiosa; publicidad sobre el plano nacional, regional o local y sobre el lugar de venta; ventas promocionales y lanzamientos.

¹⁴⁹ Guyénot, *¿Qué es el "franchising"?*, p. 19 y siguientes.

¹⁵⁰ Según Guyénot, "en la práctica, que lo ha forjado aproximadamente en el año 1955, el *franchising* toma en los Estados Unidos la forma de una concesión de licencia comercial" (*¿Qué es el "franchising"?*, p. 19 y siguientes).

to de productos nuevos, etcétera. En fin, se agregan los medios propios de una formación profesional adaptada al personal del franquiciado y una organización contable y administrativa de su empresa. En compensación el franquiciado financia las inversiones, asegura la función comercial bajo su responsabilidad y paga al franquiciante en canon más un *royalty*.

En este plano —destaca Guyénot— el *franchising* innova con relación a la práctica de las concesiones comerciales que llamaríamos clásicas. Aunque este autor no se preocupa, en definitiva, por hallar una diferenciación conceptual, pues señala que la flexibilidad del contrato por el cual se integra una red de comercialización se presta a manipulaciones de las partes en función de sus necesidades y de las condiciones del mercado. Por lo tanto, en la aplicación práctica, las diferencias se esfuman entre la "concesión comercial" a la europea y el *franchising* a la americana. Para Guyénot¹⁵¹, la concesión comercial a la europea no excluye ni la licencia de una marca por el concedente, ni el pago de un derecho de utilización de la marca o de los beneficios periódicos. Por el contrato las partes pueden prever las mismas modalidades que en los sistemas americanos. Tanto es así que en Estados Unidos de Norteamérica el término "concesión" es a veces empleado en lugar de la expresión *franchising* por lo que Guyénot llega a identificar este contrato como la "concesión a la americana". Dado que Guyénot es uno de los juristas que más atención ha dedicado al estudio de la concesión comercial, creemos importante reproducir sus palabras: "En el transcurso de este estudio utilizaremos, por comodidad de lenguaje, los términos de 'concesión' con preferencia al de *franchising*, quedando bien entendido que la concesión a la americana no es más que una forma entre otras, que resulta de las mismas técnicas contractuales. Sin embargo, la aparición de un vocabulario tomado de las prácticas americanas, revela un nuevo empeño de las concesiones de Europa bajo una forma renovada en los dominios nuevos de

¹⁵¹ Dice Guyénot: "Bajo la relación de la rentabilidad, las ventajas del *franchising* a la americana son innegables; superiores para el concedente a las que obtendría en la concesión a la europea. No solamente sus inversiones son limitadas en el sector de la comercialización de sus productos, sino que, además, obtiene provecho por los derechos de entrada y cánones periódicos, y por los beneficios realizados de las mercaderías que vende al *franchisee* y los servicios que le concede. En estas condiciones la función del *franchisor* se transforma en sinónimo de prosperidad. Así, por ejemplo, citamos el caso del *franchisor* creador de la cadena de restaurantes Holiday Inn que ha duplicado su capital y su cifra de negocios en tres años, y en el mismo período ha triplicado sus beneficios. De manera general la *franchise* a la americana permite en ramas prósperas realizar un *cashflow* importante, lo que le permite efectuar reinversiones a menudo considerables" (*¿Qué es el "franchising"?*, p. 23).

la economía. Igualmente, revela un nuevo espíritu y nuevos medios en las conquistas de los mercados que realizan la unión más próspera posible, y más eficaz por un puente lanzado entre sectores de la producción y de la distribución, entre los cuales las fronteras aparecen indeterminadas. Ellas se confunden a tal punto que la empresa concesionaria aparece a los ojos de la clientela como una especial de agencia de la empresa del concedente"¹⁵².

Marzorati expresa: "No compartimos las afirmaciones del maestro Guyénot. En el *product franchising*, lo que habitualmente se concede es el derecho de distribuir en forma semiexclusiva un producto fabricado por el otorgante y comercializado bajo su nombre o marca. Pero el tomador, en este caso, goza de un grado de autonomía mucho mayor, ya que es un comerciante que posee cierto grado de especialización, del que carece habitualmente el tomador de una franquicia"¹⁵³.

Ocupándose de este problema, destaca Santini que desde el aspecto contractual no es fácil ofrecer una definición más analítica de la relación (la que, en su acepción originaria, corresponde a cualquier tipo de concesión a título oneroso de situaciones activas propias con la imposición de una disciplina de la concesión misma) en el aspecto de la actividad económica efectuada por el productor y, como veremos, también por el distribuidor. Al utilizar ese contrato se pone de relieve el nuevo sistema que se crea, sistema más homogéneo y más penetrante que el realizable mediante una serie de concesiones idénticas, y al mismo tiempo más integrado, tanto como para crear junto a las ya conocidas y tradicionales, una nueva función: la de los *franchisees*. Estos se colocan a medio camino entre los concesionarios y los gestores de una sucursal, creando también, en los casos marginales, problemas de distinción con las relaciones de trabajo subordinado, cuando el *franchising* no se confía expresamente a una sociedad de capitales autónoma o coligada para escapar de aquel riesgo.

§ 328. CONCEPTO DE "FRANCHISING" EN LA PRÁCTICA MERCANTIL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NOROCCIDENTE. — Según explica Siegel, en la práctica mercantil de los Estados Unidos de Norteamérica hay tres sistemas de franquicias. Todos llevan el nombre de franquicias, pero funcionan de manera diferente: a) una clase incluye a los fabricantes que usan las franquicias como una manera de distribuir sus productos; b) otra comprende a empresas mayoristas que ven-

¹⁵² Guyénot, ¿Qué es el "franchising"? p. 23 y siguientes.

¹⁵³ Marzorati, *Sistemas de distribución comercial*, p. 207.

den productos a franquiciados que a su vez, los revenden al por menor, y c) finalmente, el sistema más común de todos (al que denominaríamos *franchising* en sentido estricto, para diferenciarlo de la concesión propiamente dicha), donde el *franchisor* ofrece su nombre, una imagen y un método estandarizado de hacer negocios (p.ej., Mc Donald's, Kentucky Fried Chicken, Gallery of Homes, etcétera). Muchos *franchisees* ofrecen más servicios que productos, como por ejemplo, agencias para selección de personal, asesoramiento a cargo de expertos en tasas de impuestos, etcétera. Estos *franchisees* ofrecen o venden experiencia, nombres establecidos, marcas o métodos para hacer negocios. En algunos casos, como en los inmobiliarios, quien se postula para *franchisee* posee ya su agencia. La atracción de este negocio radica en sus avisos comerciales a nivel nacional y en la acción de servicios, también a nivel nacional.

Advierte Siegel que dar franquicias tiene varios aspectos (pro y contra). Aparte de operar con franquicias, en el cual el *businessman* maneja la operación, la persona puede ser licenciada para hacer negocios a gran escala como un *franchisor* licenciado regional. Una persona en tal caso es aun una clase de *franchisee*, pero puede operar franquicias en un área en especial para una empresa matriz. El trabajo del *franchisor* regional es desarrollar franquicias en una parte especial del país.

§ 329. "FRANCHISING" Y LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. — Se señala que el *franchising* puede afectar tanto al sistema de libre competencia como constituir un medio para la concurrencia desleal.

En efecto, el *franchising* se mueve entre estos dos parámetros: defensa de la competencia (ley 22.262) que sanciona las posibles conductas abusivas del *franchisor*, y castigo a la concurrencia desleal en que puede incurrir el *franchisee*. Con respecto a la *defensa de la competencia*, los arts. 1º y 41 de la ley 22.262 describen las conductas antijurídicas¹⁵⁴.

El art. 41, inc. c, de la ley 22.262 sanciona las conductas que apunten a "celebrar acuerdos o emprender acciones concertadas, distribuyendo o aceptando, entre competidores, zonas, mercados, clientelas o fuentes de aprovechamiento".

¹⁵⁴ Cook - Iturralde y otros, *Franchising*, en "Derecho Económico", n° 14, p. 19, señalan: "Del propio texto legal y de su exposición de motivos surge que no existen conductas *per se* ilegales, sino que sólo lo son en la medida en que afectan el interés económico general. Es más, puede ocurrir que una misma conducta sea punible en determinadas circunstancias y en otras no".

La pregunta que cabe plantearse es si los diversos franquiciados de un mismo producto y marca, empresarios independientes, pero dedicados a idéntica actividad, son competidores entre sí a los efectos de esta norma.

Para el franquiciante, cada franquiciado constituye un factor del éxito del sistema por cuyo motivo, más que en el éxito individual de cada uno, está interesado en los resultados totales obtenidos por la cadena de comercialización así montada. Por tanto, desde el punto de vista del franquiciante, los diferentes franquiciados no son competidores entre sí.

Los franquiciados que operan en una misma plaza o mercado son competidores entre sí; pero cada uno de ellos ha ingresado en el sistema con pleno conocimiento de su integración en una red cuyas reglas acepta sabiendo que de otro modo el sistema no puede funcionar.

Para los consumidores, todos los franquiciados forman parte de una cadena común que comercializa un producto idéntico, a tal punto que desconoce si se trata de un *franchising* o si se está utilizando otro sistema de comercialización. El cliente busca determinada calidad y tipo de producto o servicio que aparece identificado y garantizado por una marca y un sistema ¹⁵⁵.

§ 330. *POSIBILIDAD DE COMPETENCIA DESLEAL EN EL "FRANCHISING"*. El franquiciado puede incurrir en competencia desleal con el franquiciante, tanto mientras dure la relación contractual como una vez finalizada ésta.

Durante la vigencia del contrato va de suyo que el franquiciado no debe vincularse directa ni indirectamente con empresas competidoras del franquiciante ¹⁵⁶.

Es pertinente pactar ciertas restricciones a la actividad del ex franquiciado para después de concluido el vínculo contractual, a fin

¹⁵⁵ "Tampoco puede hablarse de 'acciones concertadas' o celebración de acuerdos, ya que ciertas decisiones esenciales del sistema de precios u otros aspectos de la comercialización corresponden exclusivamente al *franchisor* y deben ser acatadas por el *franchisee*, porque significa la asociación a un éxito en marcha. Concluyendo, surge que *franchising* puede desarrollarse en plenitud en un sistema de libre competencia de mercados" (Cook - Iturralde y otros, *Franchising*, en "Derecho Económico", n° 14, p. 19 y siguientes).

¹⁵⁶ Cook - Iturralde y otros, *Franchising*, en "Derecho Económico", n° 14, p. 19 y ss., dicen: "En la práctica, esto significa establecer contractualmente prohibiciones de integrar o participar en empresas competidoras, ya sea en forma directa o indirecta. También es lícito prohibir que un *franchisee* por cualquier medio perjudique a otro *franchisee*, hecho que acarrearía como consecuencia un perjuicio para la cadena".

de evitar una desviación de la clientela hacia otra marca competitiva. Esta restricción no puede ser absoluta, y debe limitarse a un tiempo y a una zona prefijados contractualmente.

Distinta es la obligación de guardar secreto sobre el contenido del "manual reservado de operaciones" que explicita el *know how* en su sentido más amplio (secreto comercial e industrial). La prohibición de divulgar cualquier información contenida en el manual de operaciones será sancionada sin límite temporal ni geográfico.

Más allá de las previsiones contractuales, cualquier conducta del franquiciado que encuadre en los supuestos mencionados merecerá la pertinente acción civil de responsabilidad. Cook, Iturralde y otros, destacan que los supuestos de competencia desleal estudiados precedentemente no llegan a configurar el delito previsto en el art. 159 del Cód. Penal; pero -advierten- ello no significa que esta conducta se vea eximida de sanción legal, ya que el art. 31 de la ley de marcas 22.362, dice: "Será reprimido con prisión de tres meses a dos años pudiendo aplicarse además una multa de...: a) al que falsifique o emite fraudulentamente una marca registrada o una designación; b) el que use una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin su autorización; c) el que ponga en venta o venda una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin su autorización; d) el que ponga en venta, venda o de otra manera comercialice productos o servicios con marca registrada falsificada o fraudulentamente imitada".

Y el art. 29, parte 1ª, prevé que "toda persona con interés legítimo puede oponerse al uso de una designación".

Cabe aclarar que esta sanción es meramente parcial, ya que no protege la relación en su conjunto, sino uno de los elementos de la misma, la marca y/o designaciones comerciales ¹⁵⁷.

El contrato puede prever cláusulas penales para el caso de violación de alguna de las obligaciones a cargo del franquiciado.

§ 331. *RESPONSABILIDAD DEL FRANQUICIANTE POR HECHOS DEL FRANQUICIADO*. - Un tema de indudable interés, es la posible responsabilidad del franquiciante, frente al consumidor, por hechos del franquiciado ¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Cook - Iturralde y otros, *Franchising*, en "Derecho Económico", n° 14, p. 19 y siguientes.

¹⁵⁸ El tema es abordado con la debida prudencia por Burlas - Couso, en Etcheverry, *Contratos*. Parte especial, t. 1, p. 402; allí señalan que aunque en nuestra legislación se hace necesario probar la relación de causalidad con el

Observan Burlas y Couso¹⁵⁹ que frente a terceros cobra especial relevancia la consideración de la responsabilidad que pueda asumir el franquiciante, en los supuestos en que media la provisión de un producto que no se ajuste a las condiciones de calidad y cantidad establecidas, o de un servicio que no cumplimente adecuadamente su finalidad. A lo que corresponde agregar todo otro supuesto, pues el público acude confiado por el prestigio de la marca y del nombre comercial, sin preocuparse en saber si el franquiciado es un empresario autónomo o no. Por ello, existe una corriente doctrinaria y legislativa cada vez más importante que considera viable la extensión de la responsabilidad del franquiciado al franquiciante, en razón de que aquél desenvuelve su actividad bajo marca y emblema o insignias del franquiciante, con ajuste a métodos operativos y sistemas tecnológicos impuestos por éste.

En los países que han adoptado regulaciones tuteladoras de los derechos del consumidor, estas regulaciones extienden la responsabilidad al franquiciante, poniendo el acento en aspectos tales como el derecho que le asiste al consumidor a ser defendido, en atención a que los productos y servicios que utiliza se expenden o se prestan en locales con emblemas o insignias del franquiciante, en cuyo prestigio (más que en el del franquiciado) confía el consumidor o usuario¹⁶⁰.

F) CONTRATO DE SUMINISTRO

§ 332. *Concepto*. - Extraemos de nuestra jurisprudencia el siguiente concepto: "El suministro es el contrato por el cual una de las partes (suministrante) asume frente a la otra (suministrado) la obligación de cumplir prestaciones periódicas y continuadas durante un término (determinado o indeterminado) en la medida que lo solicite y por un precio fijado o a fijarse"¹⁶¹. Dice un fallo: "Esta

daño para poder accionar frente al franquiciado, siendo dudosa la responsabilidad extracontractual del franquiciante, el solo planteo ya es importante, pues obliga a meditar en profundidad.

¹⁵⁹ Burlas - Couso, en Etcheverry, *Contratos. Parte especial*, t. 1, p. 402.

¹⁶⁰ "En el derecho nacional, no se dan aún, a pesar de que existen varios proyectos de ley, una relación contractual entre franquiciante y consumidor, quien ve dificultado y obstruido su reclamo, salvo el caso de vicio o defecto propios del producto y ello sólo por aplicación de los principios de responsabilidad cuasidelictual" (Burlas - Couso, en Etcheverry, *Contratos. Parte especial*, t. 1, p. 401).

¹⁶¹ CNCom, Sala E, 30/3/89, JA, 1990-11-150.

figura se aleja de la compraventa y guarda mayor proximidad analógica con la locación de obra o la locación de servicios, según sean las modalidades pactadas. En todo caso, el objeto difícilmente corresponda a una calidad desconocida en el comercio".

Expresa Stiglitz: "Se trata de un contrato no legislado en derecho argentino; si bien presenta en la mayoría de las hipótesis, notables semejanzas con la compraventa, el suministro se caracteriza esencialmente por ser un contrato de duración dada por la periodicidad o continuidad de las varias prestaciones singulares que debe cumplir el suministrante"¹⁶².

Como destaca Messineo¹⁶³, el suministro se ubica en el grupo de los contratos de ejecución periódica o continuada. La periodicidad del suministro implica prestaciones en fechas determinadas; la continuidad, prestaciones ininterrumpidas; pero la sustancia jurídica del contrato no cambia en uno u otro caso.

Se llama *suministrante* a aquel que debe el suministro; *suministrado*, a aquel que tiene derecho a solicitar el suministro.

§ 333. *Función*. - Por medio de este contrato el suministrante se obliga a proveer al suministrado los bienes que éste le requiere en la medida que les resulten necesarios. El suministrante asegura al suministrado que durante la vigencia del contrato recibirá -según las modalidades pactadas- los bienes que son objeto de éste.

Para las empresas el contrato de suministro es uno de los contratos indispensables, pues persigue nada menos que el objetivo de asegurar el aprovisionamiento de materias primas, mercaderías y productos imprescindibles para la continuación de la producción, energía, etc., vale decir que garantiza la disponibilidad constante de elementos indispensables para la actividad industrial o su comercialización¹⁶⁴.

Pero este contrato también es de gran importancia para los particulares, que se aseguran de este modo la provisión de elementos esenciales para gozar de un mínimo de bienestar (gas, electricidad, etcétera).

§ 334. *Diferencias con la compraventa*. - En la compraventa -así sea mediante entregas periódicas- la celebración de contrato

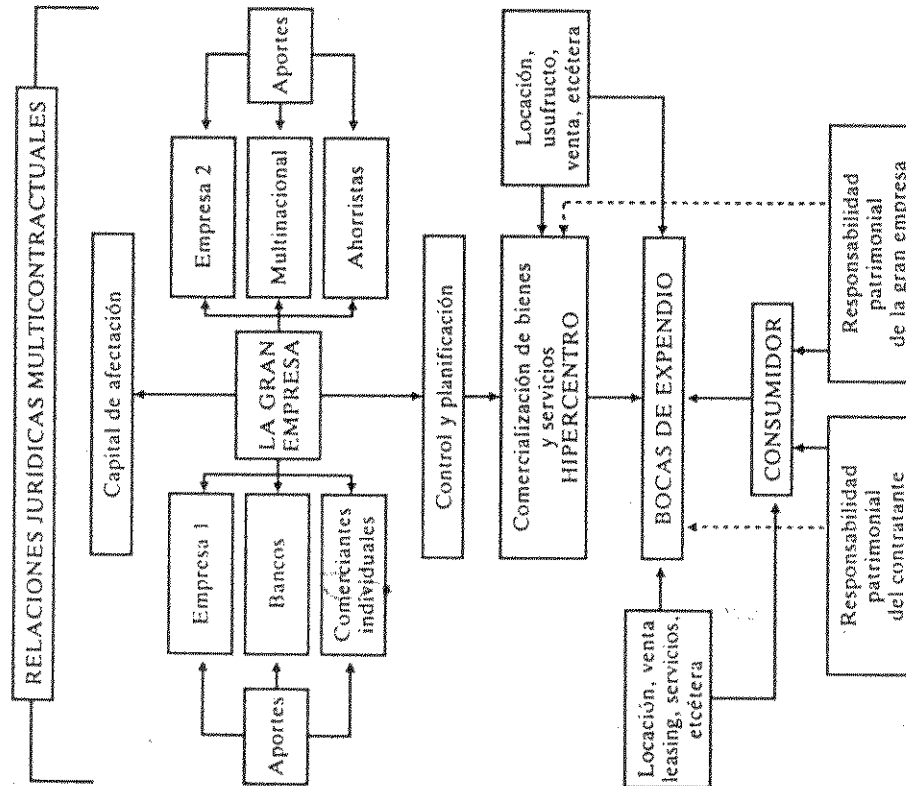
¹⁶² Stiglitz, Gabriel A., *Concepto y función del contrato de suministro*, LL, 1989-A-1074.

¹⁶³ Messineo, *Manual*, t. V, p. 150.

¹⁶⁴ Stiglitz, *Concepto y función del contrato de suministro*, LL, 1989-A-1074.

§ 365. **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS PARTICIPANTES DE LA GRAN EMPRESA, CUANDO NO POSEEN CON EL CONSUMIDOR RELACIÓN JURÍDICA DIRECTA.** — Existe un problema por superar y es qué rol juegan las "empresas participantes" en cuanto a sus propios patrimonios, cuando se genera una situación conflictiva de responsabilidad patrimonial con otras

DIAGRAMA 35



empresas del grupo. Sostenemos que al admitir la idea de patrimonio de afectación, distinto del de cada empresa participante, existe aquí una primera y sólida razón para "deslindar" la participación de aquélla.

Desde el punto de vista de la relación jurídica concreta, la empresa no participa en ella, sino como integrante del nuevo ente, pero no en su individualidad.

B) FRANCHISING

§ 366. **CARACTERIZACIÓN.** — La manufacturación de productos y servicios se encuentra en crisis, en el sentido de que las grandes marcas, utilizando procedimientos inductivos de penetración, hacen prevalecer su posición en el mercado consumidor; de allí que la mediana o pequeña empresa en países subdesarrollados intenta, frente a esta realidad, allanar de alguna manera su camino al mercado, utilizando aquella expansión de las empresas transnacionales para generarse una participación no competitiva.

El franquiciante adquiere notoriedad en cualquiera de las fases de la producción, circulación o comercialización de bienes y servicios, por lo cual el público consumidor responde ante algunas circunstancias que lo liga con él (Coca Cola, Mc Donald's).

El franquiciado adquiere o usa los derechos de fabricar o de expedir al público el bien o servicio, por lo cual paga al franquiciante un *royalty*, manteniendo su posición de dominado. Con esta metodología simple, desaparece o se reducen notablemente los grados de competencia, y la empresa franquiciada no invierte sumas en investigación, pero, como contrapartida, no se desarrolla.

Desde otra óptica, la penetración en países subdesarrollados implica una exportación de divisas de gran importancia.

§ 367. **RESPONSABILIDAD.** — Uno de los problemas más interesantes es el de la reparación del daño ocasionado al

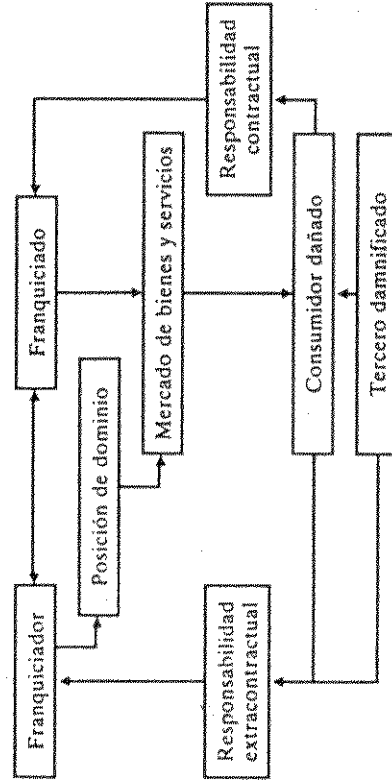
consumidor o tercero por el producto o servicio. El consumidor dañado tiene ante sí al franquiciado por vía contractual y al franquiciante por vía del art. 1113 del Cód. Civil, como dueño que obtiene un *servicio económico*.

La idea de mantener a ambos como responsables ante el damnificado, se debe a que ambos *corporizan* la cooperación para la presentación del bien o servicio en el mercado (en este caso, no cabe la diferenciación por participación en la tasa de ganancia como en el hipermercado, pues allí es necesario construir un espacio físico entre muchas empresas o personas que se ligan de distintas formas jurídicas), con la finalidad de obtener un lugar en el mercado y ganancias (acumulación de capital), por lo cual deben correr idénticos riesgos (Aída Kemelmajer de Carlucci, *Aproximaciones al franchising*. Especial relevancia al régimen de responsabilidad, en "Homenaje al doctor Jorge Bustamante Alsina", Abeledo-Perrot, t. II).

En este aspecto, operan entre franquiciador y franquiciado los convenios sobre la temática (limitaciones, exoneraciones, etc., siempre y cuando no se trate de cláusulas abusivas y contrarias a la buena fe).

DIAGRAMA 36

CONTRATO DE FRANCHISING



IV 3) 3

C) MERCHANDISING

§ 368. **OPERATIVA DEL CONTRATO.** — La publicidad inductiva tiene hoy —ya lo hemos señalado a lo largo de la obra— un poder de penetración en la *sociedad internacional* que genera lo que Roman Guber (*La imagen, la cultura de masas*) ha denominado "cultura de masas para la generación de consumo".

El estímulo al consumo de bienes se ejerce por vía de una enérgica presión sobre el hombre común, creándole nuevas necesidades, proponiéndole un modelo social de plenitud.

En esta línea de pensamiento se crean determinadas "imágenes persuasivas", que, cuando está asegurada su penetración por seducción y repetición, trata de explotársela con bienes o servicios.

La línea que se desea implantar puede ir desde la más simple (p.ej., "Batman" como nombre o figura) hasta situaciones complejas relacionadas con colores determinados, dibujos, imágenes y hasta sonidos.

El que posee el derecho de dominio (sobre el dibujo, la imagen o el color) realiza contratos simultáneos o exclusivos con productores de diversos países o empresas transnacionales con la finalidad de lanzar al mercado consumidor una o varias líneas de artículos (v.gr., remeras, pantalones, biromes, carpetas, cigarrillos, etc.) o servicios (p.ej., vigilancia, desinfección, etcétera).

La contratación se materializa comúnmente por vía de adherentes a un modelo que responde a las características de estructura de comercialización del bien o servicio, generalmente con severas reglas, controles y hasta penalidades para quien no cumpla.

§ 369. **EL INSTITUTO RESPONSABILIZATORIO.** — En cuanto al daño que el producto, bien o servicio pueda causar al

consumidor, plantea una cuestión que es sumamente difícil de reglamentar, pues el titular sólo aporta a veces un nombre (Batman) para un comestible, alfajor, etc., pero es obvio que es ajeno a su manufactura, de allí que resulta difícil en este aspecto hacerlo reparar, máxime que no es el contratante directo.

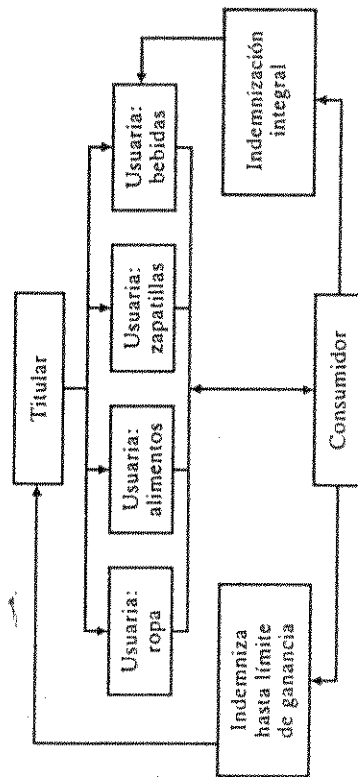
Sin embargo, creemos que aun dentro del sistema de economía capitalista, la concepción de asunción de riesgos económicos juega paralelamente con la obtención de beneficios; por esta razón consideramos que en el titular tiene que existir este límite, es decir, el grado de participación en el negocio (tasa de beneficio). La excepción puede ser cuando el daño provenga de una fórmula, en tal caso su titular responderá solidariamente frente al consumidor.

En cambio, resulta obvio que el contratante o usuario del sistema deberá reparar plenamente el daño acaecido.

§ 370. **DIFERENCIAS CON EL "FRANCHISING"** - La diferencia entre el *franchising* y el *merchandising* por el nombre o marca, y en el *merchandising* el bien o servicio se crea "a partir de".

DIAGRAMA 37

CONTRATO DE MERCHANDISING



D. JOINT VENTURES

§ 371. **INTRODUCCIÓN. ASPECTO ECONÓMICO.** - La falta de capacidad de la economía argentina -y en general de los países subdesarrollados- para resolver los problemas de un desarrollo sostenido, ha necesitado constantemente -por lo menos en las dos últimas décadas- la presencia permanente de capitales extranjeros, bajo las más diversas formas, tendiendo a realizar las grandes obras de infraestructura indispensables para el progreso y creaciones de recursos.

También en el ámbito interno, los factores económicos -en cuanto a empresas se refiere- no son, en general, autosuficientes para llevar a cabo la totalidad de los "emprendimientos económicos" (industriales, comerciales, etc.), de ahí que, en oportunidades, hayan tenido que "conjugarse" en sus actividades para el logro de alguna finalidad inalcanzable para la mayoría de ellas individualmente.

Esto, que aparece como algo excepcional en nuestro país -reiteramos en las últimas dos décadas en forma aislada-, es desde principios de siglo algo usual en los países desarrollados (especialmente anglosajones y en la Europa occidental) y ha sido denominado en forma genérica, situaciones de "colaboración empresarial".

Es más, tal vez el hombre de negocios esencialmente práctico vea en estas hipótesis de colaboración situaciones cotidianas de pequeños comerciantes, industriales, prestadores de servicios, locadores de obra, etc., que a los economistas y juristas les haya sido difícil "teorizar" para brindarles un marco de actuación.

La necesidad histórica de desarrollo que atravesamos y que seguramente se extenderá hasta fines de siglo, va a plantear esta nueva (para nosotros) metodología de realización de negocios jurídico-económicos en común, que seguramente se desenvolverán en una maraña de interferencias

objeto principal o accesorio la transferencia, cesión o licencia de tecnología o marcas por personas domiciliadas en el exterior, a favor de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas domiciliadas en el país, siempre que tales actos tengan efectos en la República Argentina".

El artículo distingue la transferencia, la cesión y la licencia de tecnología o marcas.

De los arts. 2º y 5º de la ley resulta que no se aprobarán actos de transferencia, cesión o licencia celebrados entre una empresa local de capital extranjero (esta calificación surge de la ley de inversiones extranjeras) y la sociedad del extranjero que directa o indirectamente la controle (u otra filial de esta última), cuando prevean el pago de contraprestaciones por el uso de marcas.

De modo que no hay ningún impedimento en pactar una retribución por el uso de marca cuando la empresa argentina autorizada a su uso no sea controlada por la empresa del exterior titular de esa marca.

IV

C) CONSULTORIA

§ 486. CONCEPTO Y FINALIDAD DE ESTE CONTRATO. — Mediante este contrato la *consultora* (generalmente una organización creada a este fin) se obliga a suministrar a la otra parte (consultante) una información o, más precisamente, un dictamen sobre alguna cuestión tecnológica, comercial, financiera, legal o de otro orden que requiera un análisis, evaluación y conclusión fundada en conocimientos científicos o técnicos.

§ 487. CONTRATO DE CONSULTORIA Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA. — Señalan Vacca y Kleidermacher⁷⁷ que la guía de la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo) también toma en consideración —como comprensivas de este contrato— las actividades que pueden integrar la definición de "asesoramiento técnico", destacando, ante todo, que estas actividades conforman, en sentido amplio, el origen de la transferencia de tecnología. Esto es correcto, pues la transferencia de tecnología no se limita exclusivamente a la licencia para el uso industrial de una patente y a la concesión de derechos de utilización de determinados procedimientos o inventos, ya que puede consistir también en la formación técnica o actualización profesional del personal dependiente del comitente.

⁷⁷ Vacca, Cesare - Kleidermacher, Arnoldo, *Contrato de consultoría*, p. 100.

§ 488. TERMINOLOGÍA. PÁRRAFOS. — En la práctica se llama *consultora* a la parte que en realidad es la *consultada*, pero dado que se trata de una expresión generalizada, seguiremos llamándola *consultora*. En los usos se suele llamar a la otra parte la *consultante* y también, la *asistida*. Según el art. 2º, inc. 2º, de la ley 22.460, que regula la celebración de contratos de consultoría por parte de entes estatales, se entiende por *firma consultora*, "toda sociedad permanente, legalmente constituida, civil o comercial, cuyo objeto exclusivo es la prestación de servicios de consultoría". La ley 22.460 contiene, además, las especificaciones que enunciamos a continuación.

a) *Consultora*. "Es 'todo profesional universitario altamente calificado que a título individual presta servicios de consultoría' (art. 2º, inc. 3º).

b) *Consorcio*. Es toda "asociación accidental o en participación de firmas consultoras, o de firmas consultoras con consultores o de dos o más consultores entre sí, para llevar a cabo tareas de consultoría" (art. 2º, inc. 4º). En realidad la ley debiera decir "consorcios de consultores" y no limitarse a la palabra "consorcio".

c) *Firma consultora o consultora local*. Es el caso de "toda firma consultora o consultor que reúna los requisitos que establece el régimen de la ley 18.875 y los que se fijan en la legislación de la presente ley" (art. 2º, inc. 5º). Bajo esta denominación la ley se refiere a la consultora organizada como sociedad para la prestación de este servicio. No comprendemos el porqué de la utilización del vocablo "firma".

§ 489. ORIENTACIONES DE LA CONSULTORA. — La consultora, dentro de este esquema general, se obliga a efectuar los estudios básicos y complementarios, y formular el dictamen dentro de un plazo determinado. El art. 2º, inc. 1º, de la ley 22.460 dispone que "servicio de consultoría es 'toda prestación de servicios profesionales, científicos y técnicos de nivel universitario, cumplidos bajo la forma de locación de obra intelectual o de servicios y realizada por firmas consultoras o consultores'".

Es común que el dictamen deba referirse sustancialmente a los siguientes aspectos: a) descripción de los elementos a evaluar; b) factores que han sido considerados; c) cálculos de probabilidad por medios técnicos, con la mayor aproximación o rigurosidad posible; d) fundamentos básicos conforme a las circunstancias ponderables y a las características específicas del objeto sometido a estudio, y e) conclusiones.

Hemos visto en algún modelo de contrato que, para una mayor precisión de los datos que debe suministrar la consultora, se adjunte una planilla confeccionada por ésta, indicativa de rubros y circunstancias accesorias y complementarias, que debe llenar la consultante.

§ 490. *ASPECTOS BÁSICOS DE LA LEY 22.460.* — Esta ley dispone en su art. 1º: "La presente ley rige la promoción y contratación de servicios de consultoría que bajo la forma de locación de obra intelectual o de servicios requiera la Administración pública nacional, sus dependencias, reparticiones y entidades autárquicas o descentralizadas, las empresas y bancos del Estado, las sociedades del Estado regidas por la ley 20.705 y las sociedades de cualquier naturaleza, con participación estatal mayoritaria, a las empresas consultoras privadas".

El art. 4º de la misma ley establece: "Las firmas consultoras y los consultores en todos sus trabajos en el ámbito local deberán tener en cuenta los intereses nacionales, y encuadrar sus conclusiones y recomendaciones en los planes y programas nacionales, provinciales y municipales vigentes".

§ 491. *OBLIGACIÓN DE GUARDAR SECRETO.* — Es conveniente que las partes acuerden, en forma recíproca, guardar secreto de los datos, informaciones, fundamentos, conclusiones y todo instrumento u opinión que forme parte del dictamen, de las circunstancias o de los elementos aportados, por la consultora o por la asistida. Consecuentemente, la asistida se obliga a guardar, con carácter de confidencialidad, el dictamen y demás elementos que reciba de la consultora; y ésta, a su vez, queda comprometida a guardar el secreto profesional. La parte que viole el deber de confidencialidad deberá responder por los daños y perjuicios materiales y morales, directos o indirectos que cause a la parte *in bonis*, sin perjuicio —cuando sea la consultora la que incurra en esta falta— de la aplicabilidad de la legislación represiva por violación del secreto profesional⁷⁸.

Por lo común, en los contratos no se prevé un plazo final para esta obligación recíproca de guardar secreto, por cuyo motivo debe considerarse asumida por tiempo indeterminado en lo concerniente

⁷⁸ Dicen Vacca - Kleidermacher, *Contrato de consultoría*, p. 100: "Los contratantes están obligados a mantener el secreto acerca de todo lo que constituye el objeto del vínculo contractual: en consecuencia, ellos asumen el compromiso de obligar también a los dependientes propios y a sus causahabientes respecto de esta disposición, aun luego del cumplimiento de todas las actividades objeto del contrato".

a cada información o dato de naturaleza técnica, comercial, financiera u organizativa que las partes hayan llegado a conocer con motivo de los estudios pertinentes y en ocasión de cumplir el contrato⁷⁹.

§ 492. *CONTRATO DE CONSULTORÍA Y PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL.* — Todo aquello que el consultor (o la consultora) elabora en interés de la consultante (asistida) es adquirido por ésta para utilizarlo en forma exclusiva. En consecuencia, se plantea el interés irrogante acerca de si la totalidad, o parte, de los resultados de las investigaciones, proyectos, cálculos, *software*, dictámenes, manuales operativos y cualquier otra elaboración hecha por la consultora con motivo del contrato, puede ser utilizado por una u otra parte para la realización de obras, organización de empresas o cualquier otro tipo de actividad o inversión distintos de aquéllos, en función de los cuales ellos han sido elaborados⁸⁰. Se suele pactar que la consultora pueda disponer de aquellos resultados obtenidos, siempre que no tengan características específicas como para ser considerados aptos sólo para satisfacer exclusivamente las exigencias de ese comitente. No obstante, dadas las dificultades que esto puede acarrear, no está de más estipular que la consultora se obliga a no realizar un trabajo similar al que es objeto del contrato, cuando dicho dictamen pueda ser utilizado por una competidora o por un tercero interesado en conocer los resultados de ese estudio, para utilizarlos en beneficio propio y en detrimento de los intereses de la asistida. A su vez, se suele pactar la *intransferibilidad* por parte de la asistida de los datos, informaciones, dictámenes y demás elementos que la consultora le brinda con motivo del contrato.

§ 493. *OBLIGACIÓN DE BRINDAR INFORMACIÓN ACLARATORIA Y COMPLEMENTARIA.* — Dentro de lo pactado, la consultora quedará obligada a proporcionar a la asistida las aclaraciones y actualizaciones del dictamen que aparezcan como necesarias, conforme a la naturaleza de la consultoría a que se refiere el contrato. Se entienden comprendidas en esta obligación las siguientes cuestiones: a) toda la información que debe estar actualizada; b) informar sobre las nuevas circunstancias que puedan influir en el proyecto y que, aunque no fueran de pública notoriedad, se entienda que deban ser conocidas

⁷⁹ Vacca - Kleidermacher, *Contrato de consultoría*, p. 100.

⁸⁰ Esta posibilidad es frecuentemente concedida al comitente y prohibida a la consultora, aunque se intuye que los controles sobre el respeto de estas disposiciones resultan dificultosos (Vacca - Kleidermacher, *Contrato de consultoría*, p. 99).

por una consultoría eficiente, y c) debe brindar las instrucciones necesarias para la puesta en marcha del proyecto o para su reordenamiento.

A su vez, la consultante debe comunicar a la consultora toda novedad o conocimiento de nuevas situaciones que puedan influir en la elaboración del dictamen.

§ 494. *Contrato de consultoría y "joint venture"*. — Vacca y Kleidermacher⁸¹ comentan un singular y novedoso ejemplo de *joint venture* en materia de consultoría, que es utilizado por una consultora de Boston: con el objeto de aumentar el valor económico de la empresa que recibe los servicios, la sociedad consultora establece con el comitente un acuerdo de colaboración de largo plazo, mediante su aporte gerencial especializado, con el compromiso de no ceder, tanto en el país donde tiene domicilio el cliente como en el extranjero, otros acuerdos de colaboración con empresas competidoras a la receptora del servicio de consultoría.

En verdad no se trata de una típica prestación del servicio de consultoría, pues no se limita al cumplimiento de ese objetivo mediante el pago de un precio convenido, sino que de este modo se llega a una auténtica asociación entre estas dos empresas, en la cual los honorarios por los servicios prestados se facturan en función del porcentaje en que se incrementan cuantitativamente los beneficios de la asistida.

§ 495. *Buena fe, deber de lealtad y colaboración entre las partes*. — El cumplimiento del contrato de consultoría y las tareas que deban realizarse, así como las informaciones que se brinden las partes, deberán ajustarse a los siguientes principios básicos: a) observar la lealtad y la buena fe común a todos los contratos; b) utilizar los métodos más actualizados de evaluación con las últimas técnicas que fueren indiscutidas, y c) llevar a cabo una labor diligente, actual, eficaz, concreta, clara y precisa, con la aplicación de las reglas de la consultoría a la materia objeto del contrato.

§ 496. *Estipulaciones de práctica en los contratos de consultoría*. — No existen reglas a este respecto; pero de los usos surge la conveniencia de prever, especialmente en los contratos de consultoría internacional, por lo menos los siguientes elementos: a) determinación del idioma en que se efectuará el dictamen; b) número de ejemplares en que se entregarán las conclusiones y la información

complementaria; c) las citas o fuentes de datos serán lo suficientemente precisas como para que puedan ser consultadas por el interesado, directamente en su lugar de origen; d) plazo para la entrega de las conclusiones finales, y e) honorarios pactados y modo de pago.

Podemos afirmar que, generalmente, para solucionar los diferendos se pacta la vía arbitral.

El art. 27 de la ley 22.400, que rige el contrato de consultoría cuando la parte asistida es un ente estatal, dispone: "El tribunal arbitral creado por la reglamentación de la ley 12.910, o el que lo sustituya, entenderá en única instancia en las controversias derivadas de los contratos de consultoría regulados por la presente ley. A tal fin el Poder Ejecutivo nacional reorganizará el citado tribunal, teniendo en cuenta las distintas disciplinas de la actividad consultora y dictará las medidas reglamentarias pertinentes. La jurisdicción del tribunal arbitral será voluntaria para los consultores y las firmas consultoras, quienes deberán optar, en el momento de plantear un reclamo, por la vía judicial o la administrativa. La vía elegida se mantendrá para las controversias posteriores derivadas del contrato".

§ 497. *Plazo del contrato*. — Puede pactarse un plazo único para la presentación del dictamen, o bien plazos escalonados tanto para la consultante como para la consultora. En este último supuesto deberá preverse: a) a cuántos días de la fecha de la firma del contrato la asistida debe hacer llegar a la consultora la totalidad de los elementos y especificaciones materia de la consultoría; b) dentro de cuántos días de la recepción de tales datos, la consultora podrá requerir nuevas especificaciones, datos y elementos que considere necesarios o que fueren complementarios, y c) en qué plazo la consultora deberá formular informes parciales o el dictamen completo. Si no hay necesidad de información complementaria o si habiendo necesidad ésta no fuere proporcionada en tiempo debido por la asistida, corresponde remitirse al plazo que se ha otorgado a la consultora para la entrega del trabajo total.

§ 498. *Comunicación que la consultante debe prestar a la consultora*. — Va de suyo que la consultora, para cumplir su cometido, necesitará la adecuada colaboración de la asistida, la que puede consistir en suministrar elementos objetivos o bien trabajo personal. En este último caso la asistida designará el pertinente personal que habrá de colaborar con la consultora.

Ese personal quedará a disposición de la consultora en su lugar regular de trabajo dentro del plazo y en el horario que se determi-

⁸¹ Vacca - Kleidermacher, *Contrato de consultoría*, p. 22.