

TESIS MAESTRIA DERECHO UCUDAL

RITA MARIELA VARELA GAITAN

TITULO: LA PROBLEMÁTICA CONCEPTUAL EN LOS SISTEMAS CONTRACTUALES POR CONEXIDAD.

CAPITULO I

INTRODUCCION

El área de investigación del presente trabajo se orienta al análisis de la problemática conceptual de los sistemas contractuales por conexidad. Previamente debemos tener presente la evolución histórica de dicho concepto y su definición como categoría jurídica, para luego plantearnos las hipótesis de trabajo que nos permitirán acceder al objetivo concreto que nos hemos trazado.

A modo de introducción, debemos señalar que el advenimiento de la sociedad industrial, la organización social con base en un modelo económico global, han traído como consecuencia, una nueva formulación de la realidad negocial. En efecto, los códigos decimonónicos han establecido modelos clásicos erigidos sobre la base del racionalismo, generando una tipicidad con respecto a los contratos. Esta nueva realidad negocial hace que, conjuntamente con la actuación cada vez más intensa de los sujetos, en función de su poder normativo negocial, se hayan importado figuras provenientes de otros sistemas normativos, así encontramos la aparición de los contrato de leasing, franchising, fideicomiso, etc.

Este fenómeno universal incide en la vida cotidiana, pues el hombre actual como sujeto de derecho se halla inmerso en un plexo de relaciones económicas y jurídicas, muy diverso al del siglo pasado. En efecto, proliferan la conexión contractual amplia por la cantidad de sujetos involucrados, por contraposición a la conexión contractual en sentido estricto.

Podemos decir que la conexión contractual en sentido estricto, se halla consagrada en los distintos ordenamientos jurídicos y se manifiesta claramente en los contratos típicos, por ejemplo en el contrato de obra se observa la conexión en la relación trabada entre el dueño de la obra, el comitente y el subcontratista. En el caso del subarrendamiento se constata en la relación entre el arrendatario y el subarrendatario y a su vez entre éste con el arrendador, etc. También se puede observar en la relación entre el contrato principal y el accesorio (por ejemplo mutuo e hipoteca). Incluso podemos afirmar que la conexidad se manifiesta en la relación entre la compraventa y la tradición, cuya vinculación determina la transferencia del derecho real de dominio en nuestro derecho

positivo. Todas las situaciones nombradas constituyen casos de conexión legal y necesaria.

Por otra parte, la conexión contractual en sentido amplio, es decir la regulación del conjunto de contratos ligados entre si en cuanto a los efectos y por voluntad de las partes, no ha sido admitida en forma expresa como categoría jurídica independiente en nuestro derecho positivo. No obstante, como desarrollaremos más adelante, veremos que recientemente la conexidad contractual ha sido aceptada por la Jurisprudencia. Además dicho concepto ha sido escasamente abordado por la Doctrina uruguaya y tampoco se encuentra consagrado a nivel legislativo, a diferencia de lo que sucede en el reciente Código Civil y Comercial Argentino.¹

La proliferación de los sistemas contractuales por conexidad, nos lleva a visualizar el contrato con una mirada distinta, más expansiva, sin poner el foco en sus elementos esenciales (sujeto, objeto y causa) o sea en su aspecto estático, sino a observarlo en su despliegue dinámico y de contenido, en la etapa de cumplimiento. Y desde esa perspectiva, observamos que los puntos de contacto entre los diversos contratos se manifiestan en su aspecto económico, en la unidad de operación económica de las sucesivas operaciones que se materializan a través de contratos independientes, pero conectados entre sí en cuanto a los efectos.²

Esta visión dinámica del contrato descansa en la autonomía privada de las partes, las que al momento del perfeccionamiento, pueden pactar subordinar la vigencia de un negocio o contrato a otro u a otros, ligándolos económicamente. Dicho coligamiento se hará patente y visible en caso de accionamiento de la vía judicial, pues será el Juez quien interpretará la voluntad de las partes al momento de celebrar los contratos y desentrañará su verdadera intención. Es decir, deberá determinar si la voluntad contractual fue la de celebrar contratos ligados entre si, en cuanto a los efectos o lo contrario, adquiriendo especial relevancia la cuestión de la interpretación en la materia objeto de este análisis.

¹ Código Civil y Comercial de la República Argentina, Capítulo XII, Contratos conexos, arts. 1073 al 1075

² Dellaqueva, Damián. Los contratos conexos.

El marco teórico que utilizaremos para el estudio del fenómeno de los sistemas contractuales conexos está constituido por el análisis a la luz de la Doctrina y Jurisprudencia uruguayas así como en el Derecho comparado, observando su incidencia en la concepción clásica del contrato y en las nuevas formas de contratación, con énfasis en la figura del denominado “Project Finance”.

El objeto de investigación se circunscribirá a la llamada conexión en sentido amplio y no a la conexión legal o natural que fue mencionada precedentemente

A la categorización de los sistemas contractuales por conexidad dedicaremos el capítulo II.

Posteriormente, enfocaremos el objeto de la investigación en la búsqueda de posibles respuestas frente a las siguientes hipótesis de trabajo:

1. Viabilidad de aplicación de los principios de libertad, igualdad y buena fe a la figura del coligamiento contractual como entidad independiente de los contratos que la integran. Al análisis de los principios generales del derecho y a su aplicación en el coligamiento contractual dedicaremos el capítulo III.

2. Incidencia del coligamiento contractual en la aplicación del principio de relatividad de los contratos. En este orden de ideas, la interrogante se orienta a determinar si el sujeto que no es parte en el contrato, pero lo es de uno de los contratos coligados que forma parte del sistema contractual, es realmente un “tercero” o nos encontramos frente a una nueva categoría jurídica que corresponde configurar. Es decir, si se puede considerar que hemos pasado del principio de relatividad del contrato singular al principio de relatividad del sistema contractual. Asimismo nos preguntaremos cuáles son las incidencias prácticas que la admisión de una nueva categoría puede acarrear.

A la respuesta de estas interrogantes dedicaremos el capítulo IV..

3. Determinación de la causa en el coligamiento contractual. En este orden de ideas, nos preguntamos si podemos hablar de una causa propia del coligamiento negocial o si existe una finalidad supracontractual por encima de la causa concreta de cada uno de los contratos que integran el coligamiento. A su vez intentaremos determinar si esa finalidad supracontractual se puede identificar con el concepto de operación económica promovido por el Profesor Blengio y adoptado por varios fallos jurisprudenciales.

Al intento de contestar esta interrogante dedicaremos el capítulo V.

4. Determinación del régimen de responsabilidad contractual o extracontractual aplicable al coligamiento contractual. Actualmente, asistimos a una etapa de quiebre de la separación entre ambos regímenes de responsabilidad y a la presencia de una corriente fuerte de la Doctrina que se inclina por su unificación. A nivel de Derecho Comparado, encontramos como expresión reciente de esta corriente, la emergente del nuevo Código Civil y Comercial Argentino, en el que se unifican ambos regímenes de responsabilidad. En el caso del coligamiento contractual, la determinación del régimen aplicable en materia de responsabilidad, si es contractual o extracontractual, ha sido ubicada por la Doctrina en lo que llamaríamos las “zonas grises”³ o “casos difíciles” utilizando la terminología de Hart⁴, atento a que dependiendo del vínculo del sujeto que reclama con relación al coligamiento, podría aplicarse cualquiera de los dos regímenes indistintamente.

A esta disyuntiva dedicaremos el Capítulo VI.

Finalmente, luego de ubicar las distintas respuestas a las interrogantes planteadas contrastaremos con el análisis de una figura concreta de coligamiento contractual que es el Project Finance, muy utilizada en los proyectos de infraestructura de gran porte. Una característica relevante del Project Finance, también denominado como financiación sin recurso (off –balance sheet financing) o sea “por fuera del balance general de la empresa” implica que el promotor considere la deuda del proyecto por fuera del balance general y que no se graven sus activos, ya que los pasivos tratarán de ser cubiertos con los flujos de ganancia del proyecto.

En virtud de ello y atento a que la figura se utiliza para operaciones de gran envergadura se necesitan garantías de un tercero interesado que sirvan de soporte, como pueden ser entidades estatales u organismos multilaterales de crédito, ya que es difícil que este tipo de proyecto pueda autofinanciarse.

⁴ Hart, El imperio de la ley . Traducción de Genaro Carrió

En oportunidad de analizar la morfología del Project Finance, encontraremos una cantidad de figuras jurídicas que se entremezclan, varios contratos y formas asociativas que están unidas por un propósito único o finalidad que es la realización de un proyecto determinado. Observaremos que se articularán contratos de distinto tipo, tales como: mutuos o contratos de crédito, contrato de construcción, contrato de suministro de equipos y materia prima, contratos de compraventa con quienes adquieren el producido del proyecto, contratos de operación y mantenimiento del proyecto, concesiones, acuerdos compensatorios de intereses, acuerdos directos (direct agreements), contratos de asesoría con técnicos independientes, etc.. .

Todos estos contratos se entremezclan entre sí y se relacionan en función de una causa común, interconectándose y permaneciendo ligados en sus efectos, de manera tal que las vicisitudes que sufre uno de ellos puede repercutir en los otros, formando una “red contractual” .

Al estudio morfológico de la figura del Project Finance aplicando las interrogantes planteadas dedicaremos el Capítulo VIII.

En suma : el objetivo de la investigación es demostrar que asistimos a una crisis del contrato, tal como fue concebido por el legislador decimonónico, produciéndose una ruptura epistemológica en el sentido indicado, puesto que no podemos considerar al coligamiento contractual como la suma de los contratos que lo integran, sino que es una entidad independiente, con elementos y principios propios, que deberá ser admitida como categoría jurídica independiente, consagrada de hecho en nuestro derecho positivo y estudiada a la luz de la evolución del derecho y de las nuevas formas de contratación.

En este orden de ideas, pretendemos demostrar que existe un cambio de paradigma en lo que refiere a la concepción del contrato singular estático como figura primordial en la vida jurídica, apareciendo como protagonistas los sistemas contractuales, dando vida a una visión dinámica del contrato.

Ello trae como consecuencia que en sede de interpretación debemos combinar el método exegetico de Pothier y la semiótica del discurso, agregando el concepto de operación económica como elemento clave a la hora de interpretar e integrar el coligamiento contractual.

Finalmente, corresponde efectuar una aclaración formal pues en el presente trabajo nos referiremos en forma indistinta a “contratos coligados”, “contratos conexos” o “coligamiento contractual”, puesto que la figura es denominada en forma indistinta a nivel doctrinario.

CAPITULO II

CATEGORIZACION DE LOS SISTEMAS CONTRACTUALES POR CONEXIDAD

2.1 Las redes contractuales

Previo a introducirnos en el tema de los contratos coligados resulta necesario enfocar, aunque someramente, el fenómeno que suele denominarse “redes contractuales” y que ha sido analizado extensamente en la doctrina argentina por Lorenzetti.⁵

El coligamiento contractual es un medio que se utiliza para la satisfacción de un interés que no se puede realizar normalmente a través del uso de las singulares figuras típicas contractuales existentes. La existencia de una regulación mínima de los contratos más difundidos, dejando abierta la posibilidad de que las partes, (siempre que se respetara el límite del orden público, la moral y las buenas costumbres), pudieran celebrar libremente otros negocio que dieran satisfacción a las necesidades económicas de los particulares ha cambiado notoriamente. Se ha evolucionado hacia una realidad diferente que se materializa a través de la pluralidad de contratos, cada vez más complejos y además ligados entre sí.

La intensidad y complejidad del tráfico económico permite detectar la existencia de “redes” o “sistemas contractuales” como nuevas formas de intercambio de bienes y servicios. Actualmente, la producción y fabricación de miles de artículos en serie, la adquisición y consumo masivo han originado lo que se ha denominado como “tráfico en

⁵Lorenzetti ,Ricardo Tratado de los contratos, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, Año1999 ,Tomo 1 pág.49 y sigtes.

masa”. La vinculación jurídica deja de realizarse entre los tradicionales “contratos paritarios”, surgiendo la necesidad de formalizar un nuevo esquema de contratación.

En este contexto es habitual, que se realicen encadenamientos de contratos en los cuales los objetivos económicos, ya no se alcanzan con un solo contrato, sino con varios contratos utilizados estratégicamente, en función de un negocio o “contratos en redes” que forman un sistema.

En este orden de ideas, se ha dicho que la “conexidad” es un fenómeno complejo que comprende el estudio de todas aquellas relaciones en las que los contratos son instrumentos para la realización de una “operación económica”. En efecto, la conexidad no implica considerar cada contrato por si mismo sino que emerge de la vinculación o cooperación entre ellos para el logro de un fin unitario que se obtiene a través de esa operación económica.

Ello incluye una gran variedad de situaciones, entre las que encontramos:

a) relaciones de consumo entre grupos de prestadores y de consumidores (contratos de turismo, tarjetas de crédito de financiación para el consumo, tiempo compartido, medicina prepaga, círculos de ahorro para la compra de bienes, fondos comunes de inversión, administradoras de fondos de pensión);

b) relaciones inter empresariales que incluyen las redes asociativas y las cadenas contractuales.⁶

Para la mejor comprensión del fenómeno de las “redes contractuales” resulta oportuno acudir a la mención de las distintas teorías que tratan de explicarlo, así encontramos: ⁷

1. Tesis de los contratos relacionales : refiere a los vínculos de larga duración y las “redes contractuales”, señalando que éstas exigen un cambio de paradigma con respecto al contrato clásico, el cual se veía como algo aislado, discontinuo y con un objeto totalmente

⁶Lorenzetti, Ricardo. Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad. Pags 215 -225

⁷ Lorenzetti, Ricardo. Tratado de los Contratos ,Buenos Aires. Editorial Rubinzal –Culzoni, año 1999, Tomo I, pag. 49 y sigtes.

definido. Esta posición considera que el contrato actual presenta un “objeto vacío”, pues en realidad los contratantes pactan procedimientos de actuación, establecen las reglas que unirán a las partes y que se irán especificando a lo largo del cumplimiento, basándose en la cooperación de los agentes económicos. Precisamente la confianza mutua o la cooperación es el elemento que une a estas redes. Entendemos que esta posición no logra captar el problema pues no establece cuales son los efectos de esa cooperación.

2. Contrato marco de base asociativa basado en el interés común. Esta posición toma como fundamento que en las redes hay un “contrato marco” como medio de alcanzar fines individuales y comunes. Lorenzetti menciona a via de ejemplo las redes de franquicias o la concesión. El contrato marco regula el aspecto común de las redes y es de naturaleza asociativa. No es una sociedad porque se trata de empresas independientes entre sí y tampoco hay un beneficio común que repartir sino que las ventajas derivan para unos y otros del funcionamiento de la red. La crítica que se hace a esta posición es que toma como base un modelo societario que no llega a explicar en forma diáfana la esencia de las redes contractuales.

3. Grupos de contratos unidos por una operación económica, se ha señalado que en los contratos coligados “hay una pluralidad coordinada de contratos cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja.”⁸ Hay un negocio único que se desmembra en distintos contratos, como ocurre con la venta de equipos de computación (contrato sobre el hardware, otro sobre el software y otro de asistencia técnica). Más adelante veremos que en la doctrina uruguaya Carnelli comparte esta posición.

4. Teoría sistémica.⁹ Reivindica el rol del contrato como un instrumento para la realización de negocios, destacando la finalidad supracontractual que justifica el nacimiento y funcionamiento de la red. El grupo no es solo una unión convencional de contratos que puede ser analizada en función de los vínculos individuales, sino que va

⁸ Galgano, El negocio jurídico pág. 93

⁹ Lorenzetti, Ricardo Luis, "Esquema de una Teoría Sistémica del Contrato" Revista La Ley 30.09.99

más allá. Por eso Lorenzetti, menciona que las redes contractuales deben ser captadas en dos planos diferenciados, tanto en su aspecto interno como externo. En lo que refiere a las relaciones internas, las redes presentan un nexo que está vinculado a la colaboración entre las partes que la integran. El elemento unificador es la conexidad que fundamenta la existencia de elementos propios de la red como la causa sistemática, la finalidad supracontractual y la reciprocidad sistemática de las obligaciones.

El elemento que une al sistema es el interés que existe en cada contrato individual y que se revela en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto o en las bases del negocio. En este orden de ideas, nos permitimos efectuar una crítica a esta afirmación ya que si en las redes contractuales se pretende incluir la conexidad, corresponde señalar que además del interés individual existe un interés común al que tienden las partes en virtud de la finalidad común que intentan lograr y que no se puede ignorar.

Llegado este punto y siempre siguiendo a Lorenzetti corresponde distinguir el concepto de integración de la conexidad en sentido técnico. La integración implica la existencia de una causa asociativa que la origina, en cambio en la conexidad los vínculos individuales pueden ser asociativos o de cambio, es decir que no hay una causa asociativa inicial. En la conexidad hay una causa económica que hace que una serie de vínculos individuales deban funcionar como sistema. Es decir que el elemento asociativo es complementario, se adosa como una atmósfera envolvente.

La conexidad es el presupuesto del funcionamiento de un sistema de relaciones jurídicas interdependientes y a diferencia de la integración no produce un vínculo estrecho asfixiante, sino que los vínculos permanecen individuales y se unen solo para ciertos fines. Es decir que no se trata de un contrato con causa mixta sino de varios negocios, cada uno con su causa particular, pero que se vinculan recíprocamente en la etapa funcional. El interés en la conexidad no es intracontractual sino supra contractual. Es decir, que se sitúa más allá del contrato, en el plano de la finalidad perseguida. En este sentido, los contratos son un instrumento para la realización del negocio global o del sistema ideado.

Por ello, hay grandes diferencias entre conexidad e integración. En la integración hay un interés asociativo que se satisface a través de un contrato de integración parcial o total, ya sea por una sociedad o una unión transitoria de empresas. En cambio, en la

conexidad hay un interés asociativo, que se satisface a través de un negocio que requiere de varios contratos unidos en un sistema. La causa asociativa contractual vincula a sujetos, en tanto son partes de un contrato, con una tipología determinada. En cambio, en la causa asociativa negocial o conexidad, se vinculan sujetos que son parte de distintos contratos que pueden tener o no el mismo tipo. En la integración, la causa asociativa es un elemento esencial del contrato, siendo irrelevante para la conexidad contractual.

Lorenzetti¹⁰ dice al respecto: “En la conexidad hay un interés asociativo que se satisface a través de un negocio que requiere varios contratos unidos en un sistema, la causa en estos supuestos vincula a sujetos que son parte en distintos contratos situándose fuera del contrato pero dentro del sistema o red contractual, es una causa sistemática. Ello significa que hay una finalidad económica social que trasciende la individualidad de cada contrato y que constituye la razón de ser de su unión. Si se desequilibra la misma se desequilibra todo el sistema”.

Al respecto se ha hecho un símil con el sistema solar en tanto los planetas tienen existencia autónoma pero tienen una configuración como sistema, tanto es así que los astrónomos se han formulado la pregunta respecto a qué es lo que los mantiene unidos? Ello dio lugar a que se afirmara que el éter, que es un fluido inasible, es lo que llena los espacios y constituye el medio adecuado para transmitir los movimientos. Según Lorenzetti nos podemos preguntar qué es lo que mantiene unidos a los contratos en red. La conexidad es un fenómeno similar al éter, es una sustancia inasible e invisible que no vemos, pero que debe existir para que se expliquen los movimientos coordinados de los contratos.

2.2. La conexión de contratos en el Derecho comparado.

La cuestión de la conexión de contratos ha sido considerada especialmente por la doctrina italiana y la francesa. En Italia, el fenómeno se denomina “il collegamento

¹⁰ Lorenzetti, ob. cit.

negoziale” y si bien no está regulado en forma expresa desde el punto de vista normativo, de todas formas ha sido muy trabajado a nivel doctrinario.¹¹

Para López Frías¹² existe “collegamento contrattuale” cuando las partes, con el fin de alcanzar un determinado resultado económico, concluyen dos o más contratos distintos que presentan entre si un nexo jurídico. Tal nexo se manifiesta en la posible repercusión de las vicisitudes que ofrece cada uno de los negocios celebrados sobre los demás. Según dicha autora, la doctrina italiana no tiene en cuenta la conexión negocial desde la perspectiva del principio de relatividad de los contratos y tampoco se detiene en la cuestión de la responsabilidad contractual de las partes, a lo sumo se alude a la ineficacia en cadena de los diversos contratos. Por otra parte, a nivel de la Jurisprudencia la Corte di Casazione ha aplicado conceptualmente el coligamiento negocial en varias sentencias.¹³

La experiencia de los llamados “groups de contrats”, en Francia es diferente. A partir de la obra de Teyssie¹⁴ en el año 1975, se aprobaron dos leyes reguladoras en lo que refiere a las operaciones de crédito en materia mobiliaria e inmobiliaria¹⁵. A su vez, la Jurisprudencia francesa ha dictado sentencias, donde se admiten las cadenas o grupos de contratos y su incidencia en el régimen de responsabilidad aplicable.

Con respecto a España, tampoco hay una normativa específica a nivel de derecho positivo respecto a los contratos conexos en general. No obstante, López Frías¹⁶

¹¹Giorgiani, M.Negozi giuridici collegati, Revista sciez.giur. 1937, pp 275-352.

¹²López Frías, Ana. Los contratos conexos.Ed. José Maria Bosch. Barcelona, Año 1994, pag.29.

¹³En la mayoría de las sentencias se repite lo siguiente: “las partes en ejercicio de su autonomía contractual, pueden dar vida , con un solo acto a contratos diversos y distintos, que aún conservando la individualidad de cada tipo negocial y aún permaneciendo sometidos a su propia disciplina, sin embargo están coligados entre sí, funcionalmente y con relación de dependencia recíproca, de modo que las vicisitudes de uno repercuten sobre los otros, condicionando su validez y ejecución”

¹⁴ Teyssie,

¹⁵ Ley No. 78-22 10.01.1978 y Ley No. 79-596 del 13.07.1979 citadas por López Frías, Ana ob.cit.

¹⁶ López Frías, Ana, ob.cit.

menciona dos tipos de manifestaciones aisladas de regulación a nivel legal de contratos conexos. Por una parte, la conexidad que deriva del carácter de dependiente o subordinado de determinados contratos, entre los que incluye a los contratos de garantía, el convenio arbitral y los subcontratos. Por otra parte, distingue, las acciones directas, reconocidas a favor de una persona que no ha contratado con el legitimado pasivamente, mencionando a los contratos de arrendamiento, de obra, de mandato, el seguro de responsabilidad civil, la gestión de negocios y la situación de los consumidores.

Para la Jurisprudencia española, el fenómeno no tiene relevancia y existe una tendencia, salvo determinadas situaciones, a considerar que cuando se presenta la concurrencia de prestaciones de diversos tipos, corresponde categorizarlo como un solo contrato mixto y complejo y no como varios contratos vinculados. En nuestra opinión, es pertinente realizar una crítica a esta formulación, ya que se parte de una base errónea confundiendo formación con ejecución del contrato, ya que el contrato mixto se concibe como tal en función de su perfeccionamiento y tiene una única causa mixta, y sucede lo contrario en los contratos coligados.

La cuestión de los contratos conexos tampoco fue abordada en forma profunda por la doctrina, salvo en casos aislados, ya que se considera como una figura de difícil calificación. .

Tal como surge del análisis del Derecho comparado efectuado, puede concluirse que predomina la concepción del contrato como algo aislado y autónomo. Por ello, se regulan los elementos del contrato, su validez y eficacia, la responsabilidad, etc., siempre bajo el supuesto de que las partes celebran un solo contrato y no para el caso de que se otorguen varios contratos conexos. Dicha realidad no estuvo en cabeza del codificador, a pesar de que, conceptualmente ya se conocían los grupos de contratos, como veremos oportunamente.

Sin embargo, en la época actual observamos que el fenómeno de la conexidad contractual es admitido no solo a nivel doctrinario, sino que también en algunos países encontramos su reconocimiento a nivel del derecho positivo, tal como sucede en el derecho argentino, en el cual se regula en forma expresa la existencia del coligamiento contractual. Ya hemos mencionado que dicha regulación se encuentra encartada en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina (Capítulo 12, artículos 1073 a 1075).

El nuevo Código argentino consagra “algunas reglas generales sobre la materia para atender la flexibilidad del fenómeno. Este es el sentido que inspira los tres artículos del capítulo 12, que es original en el Derecho Comparado.

Recordemos que los proyectos elaborados a nivel europeo (proyecto de Código Europeo de los Contratos, Principios de Derecho Europeo de los Contratos, Contract Code de Mac Gregor, Reglas de Unidroit) no contienen disposiciones generales que regulen sistemáticamente la materia. En el caso del BGB, recientemente reformado, los arts. 358 y 359 de ese cuerpo normativo, contienen una serie de reglas aplicables a los contratos “de suministro de mercancía o la realización de otra prestación” que guardan relación con un contrato de mutuo celebrado por el consumidor. Pero no hay una regla general para los coligamientos contractuales.

En Francia puede citarse particularmente el denominado “Proyecto Catalá”, que ha contemplado una novedosa regulación de los contratos conexos en sus artículos 1137, 1172 y 1172-3.”¹⁷

Por su parte, volviendo al nuevo Código Civil y Comercial argentino observamos que pese a la heterogeneidad del fenómeno comienza por conceptualizarlo y determinar sus fuentes.

El art. 1073 del Código Argentino, define a los contratos conexos estableciendo que: “Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí, por una finalidad económica previamente establecida de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el art. 1074”.

Resulta interesante analizar el referido artículo en tanto dispone la admisión de la categoría en forma expresa ya que la conexidad contractual supone reconocer la expansión de los efectos directos de un contrato hacia los otros contratos vinculados.

El inciso final del artículo refiere a la fuentes generadoras de la categoría de manera que reconoce como tales a la ley, fuente primigenia de los casos de conexión

¹⁷ Lorenzetti, Ricardo, op.cit

legal o necesaria entre contratos y por otro lado reconoce como fuente la voluntad de las partes. Además la figura destaca la existencia de contratos autónomos y la finalidad económica común que debe estar previamente establecida.

Seguidamente se le otorga relevancia fundamental a la interpretación en virtud de que el coligamiento que emana de la voluntad de las partes cuando no está expresamente pactado queda sujeto a la interpretación.

El artículo 1074 refiere a la interpretación, estableciendo que los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido

Esta norma es de fundamental importancia en tanto implica nuevos horizontes de interpretación, es decir que constituye un ensanchamiento del contrato ya que se admite que debe interpretarse en relación al grupo al que pertenece. Se advierte que se consagran legalmente conceptos que se venían manejando a nivel doctrinario como finalidad económica común, la función económica, y el resultado perseguido.

El artículo 1075 regula los efectos consagrando que según las circunstancias, probada la conexidad un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. La posibilidad de oponer a una de las partes la “*exceptio non adimpleti contractus*” fundada en el incumplimiento de las obligaciones impuestas a otro contratante en un negocio distinto pero vinculado resulta una innovación a tomar en cuenta.

Es decir que junto a la tipificación de la categoría de la conexidad contractual, se disciplinan importantes efectos concernientes a las excepciones de incumplimiento, cumplimiento parcial, o defectuoso. Dentro del artículo citado adquiere relevancia la expansión de la ineficacia frente la frustración de la finalidad económica común. Esta norma hay que aplicarla con sumo cuidado ya que implica la posibilidad de resolución del contrato en caso de frustración del fin común perseguido por el coligamiento, siendo su límite la aplicación del principio de conservación del contrato, tal como se desprende del inciso final del artículo citado.

2.3. El coligamiento contractual como categoría jurídica.

Hemos señalado que cada uno de esos contratos que se encadenan o se “enganchan” entre sí, conforman una red o sistema contractual. Son actos jurídicos que producen relaciones típicas pero no constituyen un contrato atípico ni uniones de contratos meramente externas o con alguna dependencia temporal o funcional, sino que se trata de una “red contractual”, donde los efectos de los contratos individualmente considerados inciden en los restantes contratos. Ello es porque “conviven”, se necesitan unos a otros y constituyen un sistema. En los contratos conexos hay una finalidad supracontractual que los mantiene unidos entre sí, pero a la vez son independientes desde el punto de vista de su estructura.

La eclosión de los coligamientos contractuales ha acarreado la crisis de la noción clásica del contrato y de la antigua clasificación entre contratos nominados e innominados, que doctrinariamente se conocen como típicos o atípicos. Los contratos típicos son aquellos que están regulados por la ley y tienen una causa particular (considerada como función económica y social) y los atípicos son aquellos que son producto de la libertad contractual y de las necesidades de la vida jurídica. Es decir tienen su origen en las necesidades que plantea el tráfico negocial, así nació por ejemplo el contrato de garaje.

A su vez cabe distinguir, en esta última categoría a los contratos atípicos puros y los atípicos mixtos.¹⁸ Los contratos atípicos puros son aquellos que no encajan dentro ninguna de las figuras reguladas en forma específica y tampoco responden a la combinación de elementos correspondientes a figuras contractuales típicas, por ejemplo el franchising. Los contratos atípicos mixtos son aquellos que no implican una pluralidad de contratos sino uno solo, pero que contienen elementos de distintos contratos, unidos de manera que constituyen un único contrato. Es decir que, son una combinación de elementos de otros contratos, total o parcialmente regulados por disposiciones relativas a tipos contractuales diferentes..

Según Lorenzetti en el caso de los contratos atípicos mixtos se pueden dar distintas hipótesis: existencia de un tipo básico con una o más prestaciones accesorias que

¹⁸ Lorenzetti, Ricardo. Tratado de los contratos, op.cit pag. 32

pertenecen a otros tipos o puede darse también prestaciones principales pertenecientes a distintos tipos de contratos y se los suele denominar “dobles” pues encajan en dos tipos contractuales distintos sin perder su individualidad.

Diez –Picazo ¹⁹ distingue entre los contratos atípicos combinados a los que se les aplica la teoría de la combinación y los atípicos “duplices” a los que se les aplica la teoría de la absorción.

Messineo ²⁰ distingue los contratos recíprocos de los contratos vinculados. La característica de los contratos recíprocos que, son autónomos aunque interdependientes, deriva de la intención de las partes, las cuales conciben al contrato como una unidad económica. Desde el punto de vista jurídico su característica radica en que cada uno contiene la causa del otro. Menciona que para designar a los contratos recíprocos también puede usarse la expresión contratos vinculados. Pero esta última noción alude a algo más amplio en el sentido de que la vinculación puede no configurarse como reciprocidad sino por ejemplo como subordinación unilateral de un contrato respecto del otro.

Además la vinculación puede verificarse también fuera del terreno de los contratos. En efecto, se habla más que de contratos vinculados, de negocios vinculados. La vinculación entre negocios o entre contratos deriva unas veces de la ley (vinculación necesaria) otras de la voluntad de las partes (vinculación voluntaria)

Se puede hablar de negocios vinculados o contratos vinculados en dos sentidos, según que se aluda a una vinculación genética o a una vinculación funcional. La vinculación genética es aquella por la cual un contrato ejerce un influjo sobre la formación de otro u otros contratos como la relación entre el contrato principal y el accesorio.

La vinculación funcional entre contratos se manifiesta especialmente bajo el aspecto de una subordinación unilateral o reciproca (bilateral) con el efecto de que las vicisitudes de un contrato repercuten sobre la relación que nace del otro contrato, condicionando la

¹⁹ Diez-Picazo, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial p.242

²⁰ Messineo, Doctrina general del contrato. Capítulo VII, tomo I, pag. 378 y sigtes.

validez o la ejecución del mismo y se trata en tales casos de subordinación jurídica. También puede presentarse una conexión o subordinación económica entre contratos.

Quiere decir que el legislador consagró algunos contratos, dándoles su tipicidad legal, pero dejó abierta la posibilidad de que las partes celebraran contratos que no tengan una regulación especial, los llamados contratos innominados o atípicos, cuya proliferación se ha ido afianzando con el tiempo.

Y como si esto fuera poco a esta multiplicidad de contratos debemos agregar los coligamientos contractuales, lo cual torna aún más difícil de desentrañar esta compleja realidad negocial.

Sin embargo, el fenómeno de unión de contratos no es nuevo. Alterini²¹ ya estudiaba la unión de contratos considerando que ésta existe cuando las partes celebran contratos con vinculación temporal o funcional, distinguiendo las siguientes subcategorías: a) unión meramente externa, b) unión de contratos con dependencia unilateral o bilateral, c) unión alternativa.

De acuerdo con dicha clasificación surge:

- a) La unión de contratos es meramente externa cuando varios contratos completos son celebrados conjuntamente, sin relación entre ellos, por ejemplo una compraventa de un inmueble y un arrendamiento de un automóvil.
- b) La unión de contratos con relación de dependencia, bilateral o unilateral, se da cuando dos contratos completos y unidos externamente, son queridos por las partes como un todo único. Ese modo de unión se da en los contratos recíprocos por ejemplo si dos sujetos se venden entre sí o en las operaciones financieras “back to back”.²²
- c) La unión alternativa de contratos se da cuando la conclusión de uno u otro de los contratos depende de que se cumpla o fracase cierta condición.

²¹Alterini, Atilio Anibal. Contratos civiles, comerciales y de consumo. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1998, pág. 193 y sigtes.

Este fenómeno de unión de contratos es diferente a lo que Alterini denomina cadena de contratos, entendiendo que ésta se verifica cuando existen varios contratos vinculados entre sí, por haber sido celebrados en cumplimiento de una operación económica global. “Si bien los contratos encadenados tienen partes formalmente distintas, todos ellos están entrelazados en un conjunto económico (Mestre) , alrededor de una misma prestación esencial (Teysie) de modo que cada uno es como la isla de un archipiélago animado de una vida colectiva” (Cabrillac).²³

Alterini cita como ejemplos de contratos encadenados: la construcción de una fábrica en la modalidad “llave en mano”, el transporte combinado, los contratos de viaje organizados como “paquete” que incluyen traslados, hoteles y excursiones.

Es fácil advertir, que el fenómeno de unión de contratos es distinto a la conexión o encadenamiento contractual. En efecto, a diferencia de la unión de contratos en el encadenamiento no hay una mera yuxtaposición o cierto grado de dependencia entre uno y otro contrato, sino que existe una necesaria amalgama de los actos de varios contratantes, que son de índole diversa pero que confluyen en el objeto común de una operación económica global.²⁴ Es decir que la conexión presenta un grado de mayor intensidad que la mera unión de contratos.

Por otra parte, para entender el fenómeno del coligamiento contractual, corresponde tener presente la distinción entre la unión de contratos y los contratos típicos mixtos. En estos últimos, el ligamen se verifica entre las prestaciones correspondientes a tipos contractuales determinados, es decir que la articulación se da en la estructura del contrato. En cambio, las uniones de contratos, son contratos que mantienen su autonomía, pero que se celebran con alguna vinculación temporal o funcional.²⁵ En nuestra opinión sostener este criterio de vinculación funcional hace más difícil distinguir la unión de contratos de la conexión contractual, extremo que analizaremos en el próximo capítulo.

²³Alterini,ob.cit.

²⁴Alterini, ob. cit.

²⁵ Carnelli, Santiago, “Contratos coligados en ADCU.T.XXVIII;FCU, Montevideo,1998 pag. 493 a 504

Hemos transitado por el concepto de redes contractuales para ubicar el fenómeno de la conexidad y observamos la importancia de la tipicidad y en el próximo numeral abordaremos la cuestión en la doctrina nacional.

. 2.3.1. Concepto de coligamiento contractual en la doctrina uruguaya

Gamarra²⁶ sostiene que en el coligamiento negocial se requiere la existencia de una “pluralidad de contratos que son estructuralmente autónomos” y entre ellos, la ley o las partes establecen una conexión funcional y teleológica que los coloca en relación de recíproca independencia (unilateral o bilateral), de manera tal, que las vicisitudes (incumplimiento o nulidad) de cada uno, van a repercutir (se comunican) sobre el otro, condicionando su validez o eficacia”.

Ello implica que las partes en el ejercicio de su poder normativo o por imperio de la ley, pueden establecer una conexión funcional entre dos o más contratos, en cuanto a los efectos, y una conexión teleológica en cuanto al fin común perseguido. O sea que existe una finalidad común que coordina a dichos contratos y las patologías que sufre uno se transmiten o se reflejan sobre el otro. En este sentido, habría una interdependencia de los contratos en cuanto a los efectos.

Gamarra menciona la importancia de la interdependencia de los contratos en cuanto a la extensión de las patologías entre los contratos singulares. El principio general implica la transmisión de aquellas vicisitudes que pueden sufrir los contratos como las nulidades o la resolución. Esa regla de interdependencia tiene su razón de ser en la unidad del interés globalmente considerada.

Para Giorgianni²⁷ existe un elemento objetivo que es el nexo de coordinación y un elemento subjetivo que emerge de la voluntad de las partes de ligar, de atar, de unir los contratos en función del interés perseguido.

²⁶ Gamarra; Jorge . Teoría general del contrato. FCU, Año 2009, tomo XXVI, Pag.279 y siguientes.

²⁷ Giorgianni, Michele Riv. It, per le scienze giuridice , 1937,pag. 334

Según Ferri²⁸ solo existe una verdadera hipótesis de negocios coligados, en los casos de conexión voluntaria que establezca la interdependencia de negocios normalmente independientes, determinando como nota más relevante, que cada negocio se encontrará recíprocamente condicionado por las vicisitudes de los que formen parte de la conexión.

En el coligamiento contractual, desde el punto de vista fáctico, hay un fin ulterior, unitario, que va más allá de cada uno de los contratos celebrados y que se refleja en el programa contractual de las partes. No obstante, cada uno de los contratos conserva su individualidad y su autonomía, y tomados de uno en uno, solo pueden producir los efectos propios del tipo contractual al que pertenecen.

Sin embargo, esta coordinación de los contratos les permite salirse de los límites del tipo al que pertenecen, ya que al estar ligados por la conexidad, pueden satisfacer un interés o llegar a un resultado que, considerándolos por separado no se podría lograr.

Los casos típicos manejados por la Doctrina uruguaya en lo que refiere al coligamiento contractual son: a) el caso SHELL en el que se encuentran coligados un contrato de expendio de combustible con un contrato de arrendamiento, b) el caso CASMU que refiere al coligamiento de un contrato de asistencia médica colectiva y otro de prestación de servicios fúnebres y c) el caso CONAPROLE en el que a nivel de interpretación del contrato se tuvo en cuenta un acuerdo negocial previo.

No obstante, existen casos más frecuentes en la vida cotidiana, tales como el coligamiento contractual que resulta de los casos de financiamiento y compraventa. Por ejemplo: en hipótesis de compraventa de automotor con financiamiento bancario, observamos que quedan coligados los contratos de compraventa, mutuo, mandato, prenda, etc. y que todos tienden al logro de la misma finalidad que es la compra financiada de un automotor. Otro ejemplo típico manejado a nivel doctrinario como coligamiento contractual es el contrato de leasing, del cual participan sujetos distintos y hay una sola operación económica unitaria.

²⁸ Ferri, G.B. Causa e tipo

Según Giorgianni²⁹ el coligamiento contractual es el enlace entre contratos y la vinculación entre los efectos se produce por ese engarzamiento contractual .

Para Blengio³⁰ las hipótesis de conexión negocial se singularizan por la circunstancia de que una pluralidad de negocios están vinculados por un ligamen que (objetivamente radica en la conexión de sus prestaciones), relevante para el derecho y que genera entre ellos una relación de interdependencia...”

Carnelli³¹ no comparte estas opiniones, en tanto considera que partiendo de la noción de que la prestación, o sea el comportamiento de dar, hacer o no hacer, es uno de los aspectos de la relación jurídica obligatoria, en el coligamiento no se puede considerar vinculadas solamente las prestaciones emergentes de la pluralidad de contratos. Por ello entiende que, “el coligamiento contractual no vincula los contratos ni tampoco a las prestaciones entre si, sino a los efectos contractuales, esto es, a las relaciones jurídicas obligatorias emergentes de los contratos en su integridad, es decir en sus tres aspectos: sujetos, prestación y utilidad”..³²

No compartimos esta posición en tanto entendemos que la conexidad contractual se verifica en el plano de la ejecución de los contratos coligados y no de su perfeccionamiento, por lo tanto las prestaciones son las que constituyen el núcleo esencial de la cuestión. .

2.3.2 Elementos del coligamiento contractual

Carnelli³³ analiza los requisitos para determinar la existencia de contratos coligados y menciona: a) La pluralidad de contratos, es decir que no se trata de un contrato único, sino que se requiere más de un contrato. Se descarta la figura del contrato mixto o

²⁹ Giorggiani,ob. cit.

³⁰Blengio, Juan. E “Leasing . Problemas del trasplante de figuras del Common Law. Naturaleza y régimen jurídico. Contrato y operación económica. ADCU Tomo XXV ,FCU, Montevideo, 1995, pp.437 a 474

³¹Carnelli , Santiago. Contratos coligados ADCU.T.XXVIII, FCU, Montevideo,1998, pags. 493 a 504

³²Carnelli, Santiago. Contratos coligados en ADCU T. XXVIII, Año 1998, pág. 493 -503.

³³ Carnelli,ob cit pag. 493

complejo, en el cual pueden, coexistir varios contratos pero el ligamen se produce entre las prestaciones de los tipos contractuales determinados y no como sucede en los contratos coligados en los cuales el enlace se produce con relación a los efectos.

b) La coexistencia de los contratos coligados y en este sentido refiere a la presencia contemporánea de los contratos.

No compartimos la posición de Carnelli respecto a la inclusión del elemento de contemporaneidad, dentro de la categorización del coligamiento contractual, en tanto los contratos conexos se pueden otorgar en diferentes momentos. En nuestra opinión lo importante es que surja del contenido contractual o del contexto que la voluntad de las partes fue encadenarlos o ligarlos, en cuanto a los efectos.

Se trata de un requisito objetivo, no siendo necesario que las mismas partes celebren dos o más contratos ni siquiera que existan coincidencias externas entre los diversos contratos o que hayan tenido lugar en la misma fecha o en el mismo documento, sino que pueden darse otros elementos que justifiquen o evidencien la presencia de un nexo entre los distintos contratos.

c) El nexo jurídico, considerado como el principal requisito, puesto que el coligamiento de los contratos se materializa en forma efectiva a través del nexo, o sea de la ligazón o vinculación funcional que se crea entre ellos y que configura una situación jurídicamente relevante que produce efectos jurídicos propios.

Para Carnelli³⁴ el nexo jurídico puede tener distintas fuentes: la voluntad de las partes cuando éstas subordinan un contrato a la suerte del otro, como cuando pactan una condición suspensiva o a través de la ley cuando ésta crea la vinculación jurídica entre los contratos como en el contrato de leasing financiero (Ley 16.072 y modificativas). La vinculación entre contratos también puede generarse por su naturaleza, como en los casos de coligamiento necesario, tal como sucede en la relación que vincula al contrato principal y accesorio (art. 1251 C.C.)

³⁴ Carnelli, ob cit.

Blengio³⁵ en el mismo sentido también habla de conexión negocial necesaria cuando la misma, como su nombre lo indica, es el resultado inexorable de la función y naturaleza de los contratos en juego, y en este sentido cita la vinculación entre el contrato preliminar y el definitivo.

Fuera de estos casos, encontramos los contratos conexos o coligados, que se configuran cuando las partes, en forma libre y espontánea, deciden unir los contratos en cuanto a sus efectos, en función del interés común de la operación económica que intentan realizar. Cuando la intención de ligar los contratos surge en forma expresa, el coligamiento no genera problemas de interpretación. La complejidad se plantea en caso de conflicto, cuando hay que interpretar los contratos y determinar si efectivamente existió la voluntad de las partes de ligarlos, a cuyos efectos resultará de fundamental importancia la prueba indiciaria y especialmente el contexto y las circunstancias que rodearon la celebración de los mismos.

Blengio³⁶ refiere a la conexión negocial en oportunidad de analizar el contrato de shopping center, y dice que las conclusiones que se derivan de la existencia de una situación de conexión jurídica son, básicamente, las siguientes: a) los contratos coligados tienen su propia individualidad; cada uno tiene una función autónoma, su propia causa, cada uno pertenece a un tipo contractual en el que es subsumible y esta relación de pertenencia determina la aplicación de todas las normas (esenciales o supletorias) vinculadas al tipo y b) se encuentran en una relación de interdependencia que si bien es normalmente recíproca, en algún caso resulta unilateral, en vista de la realización de un interés unitario.

Soler Pascual³⁷ siguiendo las enseñanzas de Messineo agrega como elemento de los contratos vinculados o conexos la comunidad de causa, entendiendo que habrá unidad de negocio cuando la causa sea única y pluralidad cuando los contratos aparecen vinculados en sus prestaciones, tratando de responder a un fin único marcado por las partes, estamos

³⁵ Blengio,ob.cit

³⁶Blengio,ob.cit

³⁷ Soler Pascual,Luis. Los contratos vinculados.. Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil. La carta de revocación Estudios de Derecho Judicial Nro.103 Madrid, año 2006,pags. 279 -336

ante una única base contractual. Por el contrario, cuando las prestaciones cuentan con suficiente independencia y se hallan ordenadas hacia fines diversos debe admitirse la pluralidad negocial.

Esta posición merece nuestra crítica en tanto entendemos que si existe una única causa se estaría aludiendo a un contrato mixto y no a un contrato conexo. Sostenemos que en el coligamiento cada contrato mantiene su autonomía, su tipicidad y por consiguiente su causa propia y singular concebida como función económica y social.

3. Efectos del coligamiento conexidad o encadenamiento contractual

Como hemos mencionado precedentemente, la jurisprudencia italiana que ha elaborado la teoría de los negocios coligados, tiene admitido como principio general que las partes en el ejercicio de su autonomía contractual, pueden dar vida con un solo acto, a contratos diversos y distintos, que aún conservando la individualidad de cada tipo negocial y permaneciendo sometidos a su propia disciplina, están sin embargo, coligados funcionalmente entre sí y con relación de dependencia recíproca. Dicha dependencia trae como consecuencia que las vicisitudes de uno repercuten sobre los otros, condicionando su validez o su ejecución.

En este sentido, hay sentencias italianas³⁸ que han dispuesto la resolución o nulidad de un contrato y en su mérito la resolución de todo el conjunto contractual siempre que las “prestaciones sean conexas e inescindibles”, desde el punto de vista económico debido al fin común perseguido.

Quiere decir que el efecto principal de la conexidad contractual está determinado por la circunstancia de que las vicisitudes sufridas por uno de los contratos que conforman el sistema contractual, repercuten en mayor o menor medida, en los restantes negocios que integran la red, lo cual lleva a la posibilidad de neutralizar los efectos de cada uno de los contratos si en cualquiera de los otros se produce una causal de ineficacia, invalidez, resolución o incumplimiento.

³⁸ Weingarten Celia, Ghersi, Carlos ob. cit, citando jurisprudencia de la Corte di Casazione Italiana sentencia del 18.10.60 y de la Corte De Appello di Napoli, sentencia del 31.10.66

Existe una ramificación de las consecuencias jurídicas hacia los contratos celebrados en red, tanto es así que Tobías y Lorenzo³⁹ han dicho que en la pluralidad de negocios vinculados jurídicamente casi siempre la finalidad última, solo podría lograrse si todos los negocios celebrados resultan válidos. Para estos autores la existencia del nexo determina que la invalidez de uno de los negocios ocasione la ineficacia del otro negocio aunque éste sea válido.

En esta hipótesis debe regir el tipo legal en el sentido que la invalidez de uno de los negocios ligados se proyectará conduciendo a la ineficacia del otro, cuando el nexo sea de tales características que, la finalidad económica perseguida no se pueda cumplir si los contratos no producen la plenitud de sus efectos. Es decir si ambos negocios son “inseparables” para la obtención de la única finalidad económica. Por el contrario, si con la producción de efectos del negocio válido es factible la obtención, siquiera parcial de la finalidad económica perseguida, quiere decir que los negocios son separables, entonces la invalidez del restante no afectaría la eficacia del válido.⁴⁰

4. Diferentes hipótesis de coligamiento contractual

En este orden de ideas, Carnelli⁴¹ distingue varias situaciones:

a. Todos los contratos coligados gozan de eficacia. En este caso, distingue entre dos subtipos de coligamiento: el bilateral y el unilateral. Es bilateral cuando la dependencia de los contratos se da en forma recíproca, es decir que los efectos obligacionales de los mismos son mutuamente dependientes. En cambio, el coligamiento es unilateral cuando la eficacia de uno solo de los contratos depende de la eficacia del otro contrato coligado, pero no viceversa.

39 Tobías José y de Lorenzo, Miguel Federico. Complejo de negocios unidos por un nexo. La ley 1996. Pag.1394

⁴⁰Carnelli, Santiago ob.cit.

⁴¹Carnelli, ob. cit

b. Uno de los contratos coligados es ineficaz y corresponde analizar como se propaga dicha ineficacia sobre el resto de los contratos que integran el coligamiento.

En este caso importa determinar si la ineficacia del contrato coligado es originaria o si el contrato coligado deviene ineficaz con posterioridad.

Para Carnelli la ineficacia originaria del contrato ocasionada por la inexistencia o invalidez, no trae como consecuencia que el contrato coligado tenga invalidez por la misma causa, pues por definición, ambos son estructuralmente independientes.

Por lo tanto, dicha afección o patología específica no se trasiega al otro contrato. Sin embargo, contagia al otro contrato coligado en cuanto a los efectos.

En este caso corresponde distinguir entre: ineficacia originaria irreversible o no.

Si la ineficacia originaria es reversible y el contrato coligado es válido y goza de todos sus elementos, continuará siéndolo, pero surtirá únicamente los efectos que no estén subordinados al contrato coligado ineficaz. El contrato es válido pero no podrá surtir los efectos conexos hasta que el otro contrato coligado no los produzca.

En cambio, si esa ineficacia originaria es irreversible corresponde distinguir si la situación es anterior o posterior al contrato coligado. Si primero se perfecciona el contrato con ineficacia originaria irreversible antes que el coligado, el contenido del objeto de éste no puede realizarse y por lo tanto, deviene inexistente o nulo absolutamente por objeto ilícito ⁴²según la posición doctrinaria que al respecto se adopte.

En el caso de que el contrato con ineficacia originaria irreversible sea posterior al contrato coligado, éste será existente y válido desde el punto de vista estructural, pero no producirá sus efectos pues éstos se supeditaron a su existencia..

c) Ambos contratos son eficaces inicialmente y uno de ellos deviene ineficaz con posterioridad. En este caso, Carnelli ⁴³entiende que si la cesación de la eficacia de uno

⁴³ Carnelli, ob.cit

de los contratantes es provocada por una de las partes de un contrato coligado, se trata de una hipótesis de incumplimiento.

En cambio, si la ineficacia se produce por el accionar de un tercero extraño a los contratos coligados deberá ser responsable al amparo del artículo 1319 del Código Civil.

Por su parte, si la ineficacia del contrato sobreviene sin responsabilidad, como puede ser por el vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición, considera que la pérdida de eficacia de uno de los contratos al que está coligado, genera una hipótesis de imposibilidad superviniente de seguir desplegando efectos. Por lo tanto cesa como tal, de acuerdo con el art. 1549 del Código Civil, concluyendo que si las obligaciones no pueden cumplirse por imposibilidad material o jurídica, ello conduce a la extinción del contrato. Es decir que si uno de los contratos cesa en la eficacia, el contrato encadenado tampoco podrá cumplirse y se extingue como tal.

Considera que sostener lo contrario implica un absurdo, es decir mantener con vida en forma perpetua un contrato que no producirá efectos.

5 . Jurisprudencia sobre coligamiento contractual

Hemos visto como funciona desde el punto de vista teórico esa propagación de efectos de un contrato coligado a otro.

Para una mayor comprensión de la cuestión, desde el punto de vista práctico, podemos citar las siguientes sentencias italianas: “si se resuelve un contrato debe declararse la resolución de otro distinto siempre que las prestaciones de los dos convenios sean conexas e inescindibles desde el punto de vista económico, debido a la unidad del fin perseguido (Sentencia de la Corte di Appello di Napoli del 31.10.1996); “en la hipótesis de varios contratos coligados entre si, es inadmisibile el desistimiento de uno solo cuando con ello se rompa el equilibrio de toda la relación negocial (Sentencia de la Corte di Casazione del 27 de febrero de 1976, No.. 2700) ; “cuando se reclama el cumplimiento de un contrato, cabe oponer al actor el incumplimiento del contrato

conexos a aquél, si las prestaciones en cuestión son correlativas (Sentencia de la Corte di Cassazione del 11 de marzo de 1981, No. 1389).⁴⁴

A nivel de la Jurisprudencia argentina podemos citar un caso en el que se plantea el problema relativo a la propagación de los efectos de la nulidad.⁴⁵ El propietario de un inmueble donde se encontraba instalada una fundición lo vendió a tres personas, adquiriendo una el 50 por ciento y las otras dos el 25 por ciento cada una. Al suscribirse el boleto la primera pagó la mitad del precio a su cargo, vendiendo su vivienda familiar al vendedor de la fundición y en el mismo acto por contrato separado se constituyó en locataria de dicha vivienda. Se convino un saldo de precio que sería pagado con la entrega de productos elaborados en la fundición. Los compradores pretendieron escriturar y poner en marcha la fábrica pero ésta no pudo ser habilitada porque los terrenos estaban afectados al dominio público municipal y pesaba la prohibición de instalar fundiciones en esa zona.

La Cámara Civil y Comercial falla considerando que hay nulidad del contrato de compraventa por la existencia de un error esencial. Surge de lo expresado que se celebró un único negocio pero a través de tres contratos. La Sala concluye que “declarada la nulidad del contrato principal se frustra el negocio pero si no se trasladan los efectos, una de las partes obtenía una ganancia indebida, de tal modo que la propagación procede con fundamento en la conexidad”. Los efectos se propagan cuando hay una dependencia unilateral entre negocios conexos, pero no a la inversa. Si el vicio está en el negocio base sus efectos se propagan pero no a la inversa.⁴⁶

La sentencia citada se funda en la conexidad para fallar a favor de la propagación de los efectos de la nulidad. Es decir hay un negocio base que se frustra, el contrato nulo acarrea la nulidad de resto. De lo contrario si no se trasladaran los efectos de la nulidad se produciría una situación injusta, en tanto solamente procederían las

⁴⁴ Sentencias citadas por López Frías, Ana en op. cit.

⁴⁵ Sentencia Cam.Civ.y Com.Rosario sala II octubre 1997, citada en Contratos pag. 307

⁴⁶ Sentencia Camara Civil y Comercial de Rosario Sala II, comentada por Nicolau Noemí “Consideraciones acerca de la parte contractual plurisubjetiva. En L.L. Litoral Octubre de 1967, pag.861

restituciones del contrato de compraventa que resulta nulo y no del resto. Como vemos la sentencia sigue el criterio expuesto por Carnelli que citamos “ut supra”.’

Resulta oportuno citar sentencias argentinas que aplican la categoría de contratos conexos con posterioridad a la nueva regulación del Código Civil argentino, en las que advertimos que se vuelcan muchas de las consideraciones que ya hemos vertido.⁴⁷

1. Sentencia n° 53931 de Segunda Cámara Civil de Apelaciones de la Provincia de Mendoza, Primera Circunscripción, 7 de Agosto de 2019 : “ Los sistemas de ahorro previo para fines determinados son un sistema de contratos conexos en red. En efecto, los contratos están unidos en un sistema en donde existe un fin económico-social que trasciende el principio de la relatividad de los contratos y que permite extender la responsabilidad que de aquellos se derive en forma solidaria.”

2.Sentencia n° 54271 de Segunda Cámara Civil de Apelaciones de la Provincia de Mendoza, Primera Circunscripción, 19 de Noviembre de 2019: “No hay dudas que en el sistema de ahorro previo existen diversos contratos conexos unidos por una finalidad común. Estos contratos para el cumplimiento de sus fines deben funcionar armónicamente. Por lo tanto, la concesionaria es parte en este grupo de contratos conexos con una finalidad común, por ello, debe cumplir en los términos del art. 10 bis de la ley 24.240”

3.Sentencia n° 1302150576 de Suprema Corte de Justicia de Mendoza Sala 1, 1ª Circunscripción, 28 de Julio de 2015. “En los contratos conexos el interés va más allá de los intereses individuales de los contratantes, supera lo intracontractual para dar paso a lo supracontractual: Los distintos contratos son un instrumento para la realización del negocio global o sistema ideado. “

En la misma línea, en nuestro país, citamos la Sentencia Nro. 396 del año 1997 de la Suprema Corte de Justicia⁴⁸ que refiere a las consecuencias del incumplimiento de un

⁴⁷ Sentencias en sitio de internet : <https://ar.vlex.com/tags/contratos-conexos-160635>

⁴⁸ Caso Shell contrato de suministro de combustible y una empresa que explota estación de servicio y el otro es un contrato de arrendamiento del inmueble. Ante el incumplimiento del titular de la estación de

contrato sobre otro al que está coligado. En efecto, en dicha sentencia se trata de dos contratos que eran autónomos y ligados en cuanto a los efectos, surgiendo dicha ligazón del entramado de cumplimiento previsto en los negocios. La Suprema Corte de Justicia tuvo en cuenta a los efectos de la interpretación, que del contexto de los contratos celebrados se desprendía la conexión de los mismos y la finalidad económica de la contratación.

Carnelli⁴⁹ aplica los criterios expuestos y los califica como contratos coligados, porque están vinculados en el momento de la ejecución y en razón de que el cumplimiento del contrato de suministro necesita que se cumpla con el contrato de arrendamiento y viceversa. Se trata de un coligamiento bilateral por la recíproca dependencia de los contratos, habiéndose producido la ineficacia de uno durante su ejecución y teniendo su causa en el incumplimiento del titular de la estación de servicio, por lo cual el arrendatario debe responder por incumplimiento, tal como falla la sentencia comentada.

En esta sentencia, se advierte la importancia que adquiere la cuestión de la interpretación en los contratos coligados, especialmente cuando las partes no han establecido en forma expresa la existencia del coligamiento, sino que éste emerge del contexto contractual.

Alterini⁵⁰ evidenciaba la importancia que tiene la interpretación de los contratos encadenados pues cuando estamos frente a una red comercial existe un aditamento especial en la labor hermenéutica respecto a la interpretación de un contrato aislado aplicando las normas generales. En el caso del coligamiento, los contratos están vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una

servicio la empresa deja de proveer el combustible y ello influye sobre el precio del arrendamiento, se entendió que configuraba incumplimiento del contrato de arrendamiento al usar el arrendatario el bien arrendado de acuerdo al fin convenido.

⁴⁹ Carnelli, Santiago. El coligamiento contractual en nuestra jurisprudencia. ADCU, Tomo XXVIII, Año 1998, pág. 698-701

⁵⁰Alterini, ob.cit.

operación global y deben ser interpretados, los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto de la operación.⁵¹

Otra sentencia que menciona la interdependencia de los contratos coligados es la Sentencia 99/2005 (Kostel con Nuevo Banco Comercial) relativa al arrendamiento de servicios por el cual la empresa prestaba servicios de reparación y mantenimiento de aire acondicionado a todas las sucursales del Banco. En el caso se verifica la conexión y una misma operación económica que vincula a ambos negocios por un lado el arrendamiento de servicio y por otro el pago por subrogación.

Nuestra opinión

La regulación del fenómeno de la conexidad contractual o coligamiento contractual como categoría jurídica independiente debe apuntar a una clase determinada de coligamientos contractuales.

Desde este punto de vista consideramos que corresponde deslindar la categoría de otras situaciones que apuntan a fenómenos del mismo género pero de naturaleza distinta. En efecto, la conexidad contractual voluntaria debe ser deslindada de la conexión de contratos necesaria o sea de aquella que es provocada por la naturaleza de los contratos como ocurre con el contrato principal y el accesorio, el contrato preliminar y el definitivo. También debe deslindarse de aquellos casos de contratos cuya vinculación es de origen legal, es decir que la norma que los regula establece que las partes contratantes deben actuar en forma coligada como es el mentado caso del leasing.

También corresponde excluir del análisis otras categorías que son las uniones de contratos que se unen para ciertos fines o la secuencia de contratos o la yuxtaposición de los mismos ya que en ellos no vamos a encontrar la intensidad del ligamen que implica el coligamiento contractual.

Asimismo debe excluirse de la categoría el contrato mixto ya que se trata de un solo negocio contractual que combina prestaciones correspondientes a dos o más negocios y además contienen una sola causa.

⁵¹Nota : la idea de Alterini fue adoptada en forma expresa por el art. 1075 del Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina.

Atento a lo expresado vamos a construir la categoría de contratos coligados o conexos a partir de su calificación como situaciones de conexión voluntaria, o sea cuando las partes contratantes en forma voluntaria, ya sea expresa o tácita, encadenan los contratos en cuanto a sus efectos, para la obtención de un fin común, el que vamos a identificar con la operación económica que éstos pretenden lograr.

Dentro de la conexión voluntaria vamos a distinguir la conexión voluntaria expresa, es decir cuando las partes contratantes manifiestan en forma expresa la voluntad de integrar el coligamiento negocial, sin que haya lugar a dudas de la existencia del mismo. Y por otra parte, encontramos el coligamiento voluntario de naturaleza tácita, en los que debe presumirse dicha voluntad y por lo tanto deben ser objeto de interpretación. A dichos efectos se acudirá a distintos indicios de prueba por ejemplo el contenido de los contratos, las comunicaciones entre las partes, la relación de los contratos entre si, etc. aplicando el principio general de que los contratos coligados deben interpretarse unos en función de los otros.

Como punto de partida para categorizar el fenómeno de la conexidad contractual corresponde acudir al concepto de red contractual ya ampliamente analizado que contribuye a darle fuerza y autonomía al concepto.

La conexidad contractual se verifica cuando se celebran una pluralidad de contratos autónomos desde el punto de vista estructural unidos en una red contractual y vinculados intensamente entre si ,a través de una finalidad económica supracontractual que se identifica con la operación económica que se pretende realizar.

Los requisitos para configurar la categoría de contratos coligados son:

- a) Pluralidad de contratos: deben celebrarse dos o más contratos distintos y cada contrato tendrá su causa autónoma y distinta considerada como función económica y social. En este orden de ideas, correspondería aplicar el principio de que existe un solo contrato si la causa concebida como función económico social de ese contrato es única, pero si concurren varias causas como función económica social estaremos frente a un coligamiento contractual.
- b) Finalidad supracontractual. La conexidad implica que esos contratos se unen con la finalidad de ser instrumentos para la realización de una operación económica que trasciende la individualidad de cada contrato y que constituye la razón de ser del coligamiento. Existe una causa económica que hace que los

contratos ya no puedan verse en forma aislada sino que dependen los unos de los otros para su supervivencia. Como consecuencia del coligamiento las vicisitudes de cada contrato considerado en forma individual puede afectar al resto del sistema ya que se trasciende el plano bilateral al conformarse esa red contractual. El interés en el funcionamiento del sistema será lo que mantendrá unidos a los contratos conexos y será supracontractual y no intracontractual.

Esta finalidad supracontractual entendemos que se identifica con la operación económica que las partes se proponen realizar con el coligamiento y que además es coincidente con la causa concreta de los contratos involucrados.

c) Nacimiento de obligaciones y deberes colaterales. Como consecuencia de integrarse en la red contractual las fronteras de los contratos se extienden más allá de sus límites, surgiendo obligaciones y deberes colaterales respecto de los demás miembros del sistema. Por ejemplo nace el deber de actuar en forma coordinada, el deber de colaboración con el funcionamiento y mantenimiento del sistema, el deber de actuar de buena fe, el deber de promover la conservación del coligamiento contractual, el deber de lealtad para el logro del objetivo común. Es decir que cada contrato se “ensancha”, surgiendo obligaciones y deberes como consecuencia de formar parte de la red contractual. En consecuencia el incumplimiento de estas obligaciones puede dar lugar a acciones de responsabilidad contra el integrante de la red que afecte el interés del grupo.

La conexidad se torna necesaria porque hay una causa económica que hace que los vínculos emergentes de los contratos individuales deban funcionar como un sistema. Si bien los vínculos contractuales permanecen individuales, pero por efecto de la conexidad se unifican para ciertos fines y eso repercute en todo el sistema contractual.

CAPITULO III

LIBERTAD, IGUALDAD, BUENA FE Y CONTRATOS COLIGADOS

3.1. El prisma de los principios generales de derecho

Sin ánimo de realizar un estudio profundo de la evolución histórica⁵² que ha sufrido la cuestión de los principios generales de derecho, pasando por el iusnaturalismo, el positivismo con sus distintas manifestaciones y el neoconstitucionalismo, resulta ilustrativo ubicarnos en la época de la Revolución Francesa. En efecto, en dicho momento histórico se consideraba que “la ley expresaba la auténtica voz del pueblo y que éste no puede cometer injusticias consigo mismo”⁵³. El juez era un juez neutral que solo se limitaba a aplicar la ley, asegurando la igualdad a los efectos de brindar la certeza de la previsibilidad de las decisiones jurídicas.

En ese estadio de la evolución de la cuestión se pretendía que las leyes fueran “completas” y que permitieran al juez dar todas las respuestas, en una suerte de subsunción de la norma legal al caso concreto.

Pero tal aserto, no tardó en caer por la fuerza de los hechos ya que se produjo el desajuste con la realidad cambiante quedando en evidencia que la letra de la ley es insuficiente y que debe abrirse lugar a otras fuentes sociales que también deben ser ponderadas. De esta forma, se pasa del estado liberal decimonónico con supremacía absoluta de la ley al estado constitucional, destacándose la importancia que tienen los principios y derechos fundamentales que en éstas se consagran. En este punto resulta interesante la mención efectuada por el Profesor De Cores⁵⁴ a Alexy: “más principios que reglas, más ponderación que subsunción, más juez que legisladores y más constitución que ley.”

El constitucionalismo moderno nos lleva a la revaloración de los principios generales de derecho consagrados en las constituciones, de los que se ha dicho que no es ni más ni menos que “moral positivada”, siendo la Constitución entonces la puerta por donde se cuele la moral en el derecho.

La aceptación en mayor o menor medida de los principios generales del derecho, en nuestra opinión, no es más que el reflejo del eterno dilema entre Moral y Derecho. En

⁵² De Cores, Carlos, Positivismos y Principios en Revista de Derecho de la UCUDAL

⁵³ Rousseau, Jacobo El contrato social Cap. IV citado por De Cores, ob. Cit.

⁵⁴ De Cores, Carlos, ob.cit.

nuestros tiempos la apertura que se haga al respecto nos conduce a las distintas corrientes del positivismo de la cual su máximo exponente es Hart⁵⁵.

Es decir que, si cerramos la puerta a la Moral y entendemos que la existencia del derecho en una determinada sociedad depende únicamente del conjunto de acciones que pueden ser descritos sin recurrir a ésta, estaremos en la órbita del positivismo exclusivo (Raz). En cambio, si abrimos la puerta a la Moral y entendemos que en la existencia y contenido del derecho se puede apelar a determinados estándares morales convirtiéndolos en jurídicamente válidos estaremos en sede del positivismo inclusivo (Genaro Carrió, Wilfrid Waluchow).

Para Luis Prieto Sanchís ⁵⁶ el concepto de principios muchas veces es ambiguo y puede dar lugar a diferentes interpretaciones, ya que no hay una definición uniforme ni una única respuesta correcta respecto a ellos. Nos encontraríamos, siguiendo a Hart⁵⁷, en una "zona de penumbra" ya que no hay un "núcleo de certeza" con relación a su definición.

El concepto de "Principio Jurídico" puede, según Prieto, dar lugar al menos cinco acepciones: las normas que se suponen axiológicamente más fundamentales, por ejemplo las normas que hablan sobre la libertad o la justicia. En segundo lugar, aquellas normas que tienen un carácter general que inspiran amplios sectores del ordenamiento, por ejemplo "la autonomía de la voluntad" en el caso del derecho privado o el principio de "culpabilidad" en el derecho penal. En tercer término, los principios serían aquellos que indican los fines de la acción estatal, por ejemplo el bienestar o el pleno empleo. En cuarto lugar, principios serían aquellas normas de carácter abierto que admiten una interpretación amplia como el principio de igualdad en el derecho constitucional. Por último, para Prieto, principios serían aquellas normas que recogen tópicos de carácter

⁵⁵ Hart, ob.cit..

⁵⁶Prieto Sanchis, Diez argumentos a propósito de los principios" publicado en la Colección del Instituto de Derechos Humanos "Bartolome de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Dykinson, 1998.

⁵⁷ Hart,ob. cit.

interpretativo como por ejemplo que lo accesorio sigue a lo principal, argumentos a fortiori, etc.

Observando la amplia gama de tópicos que pueden ser reducidos a principios generales del derecho prácticamente nos estamos refiriendo a las bases de un sistema jurídico, de ahí la importancia que éstos revisten.

Afirma Prieto⁵⁸ que los principios pueden estar normatizados - positivados - o no. Sin embargo, cuando los principios no están implícitamente en una norma constitucional o legal son aplicados por el juez o reconocidos por éste en la terminología hartiana. Esto se realiza por la fuerza de la costumbre y por ende no se debe entender a los principios no explícitos como entidades metafísicas, sino que funcionan como los principios generales que sirven muchas veces para resolver casos difíciles, siguiendo a Dworkin.

Estas apreciaciones de Prieto Sanchis nos introducen en el debate entre normas y principios que se verifica en el ámbito de la filosofía del derecho, centrado a partir de los años 1980 entre Hart y Dworkin.

Hart, vocero del positivismo trata de explicar cualquier sistema jurídico vigente en la sociedad contemporánea en forma descriptiva. En cambio, la teoría de Dworkin valorativa y justificativa, se basa en buscar los principios que mejor se adecúen al derecho establecido, considerando que éstos funcionan de una manera diferente a las reglas, pero que son igualmente obligatorios y deben ser tenidos en cuenta por los jueces para solucionar el caso concreto.

Dworkin analiza el tema de los principios a partir de observar que los abogados argumentan no solo a partir de normas, sino también a partir de otros estándares que no lo son. Entre esos tipos de estándares distingue los principios y las directrices (policies). Las reglas o normas son el producto de un acto deliberado de creación política. Los principios hacen referencia a la justicia y a la equidad (fairness). Las directrices (policies)

⁵⁸ Prieto Sanchis op.cit.

hacen referencia a objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos.⁵⁹

Esta distinción entre principios y normas no es nueva sino que Del Vecchio ya la mencionaba ⁶⁰ y también Bobbio ⁶¹ . Por otra parte, podríamos considerar que la tesis de Prieto Sanchis⁶², plantea la teoría débil de la distinción entre principios y normas, fundado en que no hay un criterio definitivo para efectuar dicha distinción, pues como ya vimos considera que se encuentran en una zona gris que no permite distinguirlos en forma categórica.

Para Dworkin la solución del caso difícil pasa por un proceso de razonamiento en el que se debe organizar una teoría de la constitución concebida como un conjunto complejo de principios y directrices políticas que justifican un esquema de gobierno. Junto a las normas jurídicas propiamente dichas, están esas directrices o pautas intelectuales que se deben respetar y cuya ponderación razonable, ofrecerá una única solución correcta. Los principios al igual que las normas confieren derechos y obligaciones. En el caso de que las normas no sean suficientes para hallar la solución para el caso concreto, los principios proveerán esa solución. Mientras las normas se aplican a la manera de “all or nothing”, la aplicación de los principios requiere de la ponderación, lo cual dependerá de las características o del peso o la importancia que tienen los mismos.

Gracias a los principios el Derecho siempre tiene una solución para todos los casos por más difíciles que sean⁶³. Si colisionan varios principios no desaparecen como las reglas en donde se impone una sobre la otra, haciendo que se invalide una de ellas

⁵⁹Dworkin, Ronald , Los Derechos en serio. Planeta Agostini – España 1993

⁶⁰ Del Vecchio Giorgio, Los principios generales del derecho. Barcelona 1959.

⁶¹. “.. non infreunte e tra giuristi l opinione secondo cui i principi generali di diritto non sono norme nè riconducibili a norme e sono pertanto una entità diversa qualitativamente dalle norme...” Bobbio, Norberto. Principi generali p.889

⁶² Prieto Sanchis, Luis., Sobre principios y normas . Problemas del razonamiento jurídico. Cuaderno y debates Nro. 40, Madrid 1992

⁶³Dworkin, Ronald, op. Cit.

utilizando los criterios de *lex special*, *lex superior* y *lex posterior*, el principio sigue siendo válido a pesar de la colisión. Igualmente los principios se diferencian de las reglas porque son de textura abierta y no cerrada es decir que son susceptibles de interpretación y reinterpretación. Del mismo modo podríamos decir que los principios se diferencian de las reglas desde el punto de vista teleológico porque tienen como función resolver casos difíciles cuando las reglas, de carácter cerrado, no sirven para resolver el caso concreto.

En este orden de ideas, siguiendo el caso de *Riggs vs. Palmer*⁶⁴ relativo al nieto que mata a su abuelo para quedarse con la herencia, como ejemplo aplicable a la definición de principios de Dworkin, se puede decir que los principios en la mayoría de los casos se pueden imponer sobre las reglas.

En muchas circunstancias, la decisión jurídica además ha de tener en cuenta una visión particular de moralidad política, por lo que no se pueden separar ambos aspectos. Para Dworkin, en su visión del derecho como integridad, estos fundamentos de moralidad política lo integran como un todo estrechamente unido. Es así que a la hora de escoger la única interpretación correcta, debemos siempre volvernos sobre los principios morales y políticos de la comunidad que éstos conforman.

Como vemos según el lugar de la filosofía del derecho en que nos ubiquemos será el color que se le da a los principios generales del derecho, hay quienes no los ven y hay quienes los ven con distintos colores o matices, pero lo que si es cierto es que no se puede desconocer la existencia de estas entidades supranormativas que en muchas ocasiones pueden llegar a ser el fundamento de las decisiones judiciales.

Esta larga introducción destacando la importancia de los principios generales de derecho y su rol fundamental en la teoría general, tiene como finalidad proporcionar herramientas teóricas para abordar el próximo capítulo.

En efecto, para lograr nuestro objetivo de poner en evidencia que existen elementos teóricos para la admisión del coligamiento contractual como una categoría jurídica independiente resulta de fundamental importancia determinar si los principios generales

que impregnan la vida de los contratos son aplicables a los coligamientos contractuales, lo que analizaremos a continuación.

3.2. Los principios de libertad, igualdad y buena fe en el coligamiento contractual

3.2.1. Contratos coligados y principio de libertad e igualdad

Previo a introducirnos en el punto corresponde realizar algunas precisiones que nos permitan comprender el verdadero alcance de los principios generales de libertad e igualdad emergentes de los artículos 7 y 8 de la Constitución, que también ingresan a la arena jurídica, como tantos otros principios, por la puerta trasera o sea a través de los artículos 72 y 332 de la Constitución. Y la primera pregunta que nos hacemos es si resulta viable aplicar las normas constitucionales en forma directa a las relaciones entre privados o sea si efectivamente podemos hablar de la constitucionalización del derecho civil.-

En este sentido debemos remitirnos al formidable aporte efectuado por el Profesor Blengio⁶⁵ en tanto llega a la conclusión de que es viable la aplicación directa de las normas constitucionales a las relaciones jurídicas privadas.

Resulta ilustrativa la mención efectuada en el trabajo citado a Llambias Pombo, señalando que existe un fenómeno de verdadera constitucionalización del derecho civil. En la misma línea cita a Pisarello que pone de relieve las diferencias entre el constitucionalismo liberal clásico y el moderno. En el primero, se advierte el predominio del mercado y la exigencia a los poderes públicos para evitar las intromisiones en función de la seguridad en el tráfico comercial, surgiendo que los derechos fundamentales se configuraban verticalmente frente al Estado. Sin embargo, el constitucionalismo contemporáneo ha cambiado dicha visión y los derechos fundamentales se configuran verticalmente frente al Estado y también horizontalmente frente a terceros.

Para Blengio la aplicabilidad de las normas y principios constitucionales a las relaciones jurídicas horizontales está plenamente habilitada por lo dispuesto por el

⁶⁵ Blengio, Juan. La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones del tema a discutir. ADCU T. XXVII

artículo 332 de la Constitución.⁶⁶ Ya sea que se trate de la aplicación directa por ausencia de previsión normativa de rango inferior o de aplicación indirecta, por haber sido contemplada por alguna regla legal específica, la Constitución en última instancia termina por ser aplicada.

En este orden de ideas, Blengio concluye que resulta aplicable el principio de igualdad al campo de las relaciones privadas. A dicha conclusión coadyuva el argumento textual basado en lo dispuesto por el artículo 1291 en tanto se desprende de dicha norma que el contrato constituye una norma jurídica que tiene la misma fuerza que la ley y en su mérito no escapa al ámbito del artículo 8 de la Constitución que consagra el principio de igualdad. Y en cuanto al alcance del principio de igualdad encontramos que Carnelli y Sarlo⁶⁷ se inclinan por una interpretación restrictiva del artículo 8 entendiendo que solo consagra un criterio formal de igualdad.

Para Blengio esa debilidad textual del artículo 8 debe complementarse con lo dispuesto por los artículos 72 y 332 de la Constitución, lo cual habilita la distinción entre los conceptos de igualdad en la ley, ante la ley y por la ley.⁶⁸

Concluye que el contrato es (debe ser) un medio para la realización de la justicia conmutativa y un instrumento para la actuación de la distributiva (igualdad en y por la ley contractual) ⁶⁹

Entendemos que el principio de igualdad tal como se ha definido será aplicable a los coligamientos contractuales en tanto rige toda la normativa que consagra la igualdad de los contratantes ante la ley. Ello implica que en los coligamientos contractuales podrá

⁶⁶ Art. 332 Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que esta será suplida recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas.

⁶⁷ Carnelli Santiago y Sarlo, Oscar Año 2001 en ADCU T- XXVIII

⁶⁸Carnelli, Sarlo , ob. cit.

⁶⁹ Blengio, Juan La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir. En ADCU Tomo XXVII, 1996, pag.

accionarse en caso de abuso de la situación dominante de un contratante o situaciones de flagrante desequilibrio entre las partes .

En lo que refiere al principio de libertad podemos afirmar, teniendo presente nuestra posición, que lo observamos en la génesis del coligamiento contractual cuya existencia depende de la voluntad de las partes que en forma deliberada, ya sea tácita o expresa, deciden “enganchar” los efectos de distintos contratos e incluso de negocios jurídicos diversos.

Para tomar conciencia de este fenómeno, basta con observar las herramientas modernas utilizadas para los negocios comerciales de gran porte, relacionados con obras de infraestructura, inversión en energía eléctrica etc. donde se advierte la existencia de varios contratos de diversa naturaleza ligados entre sí e incluso negocios jurídicos de diversa índole.

Ahora bien, cuál es la fuente de esta posibilidad de “enganchar” los contratos? No existiendo norma de derecho positivo expresa debemos acudir a los principios generales del derecho para fundamentar la existencia de los contratos coligados.

Desde este punto de vista los contratos coligados aparecen como una manifestación de la autonomía privada de las partes y en su mérito son expresión material del principio de libertad emanado del artículo 10 de la Constitución de la República que establece : “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”

Esto no es ni más ni menos que la consagración del concepto de autonomía privada. Somos libres de comportarnos como queramos solamente en las áreas que no están reguladas por la ley. Pero esa libertad no es irrestricta sino que tiene el límite impuesto por las razones de interés general.-

Este principio de libertad de rango constitucional materializado a través de la autonomía de la voluntad fundamenta la facultad de los contratantes para la construcción de contratos coligados y los habilita a que libremente puedan disponer que los mismos queden enganchados en cuanto a sus efectos.

Concluimos que en el coligamiento contractual voluntario, si bien no tiene previsión legal expresa en nuestro derecho positivo, le son aplicables los principios de libertad e igualdad constitucionales.

3.2.2. Principio de Buena Fe, Abuso de derecho y coligamiento contractual

En cuanto a la aplicación de los principios generales de buena fe y abuso de derecho en el coligamiento contractual, resulta oportuno referirnos al contrato de concesión comercial, en el cual cada concesionario tiene su empresa autónoma. Desde el punto de vista jurídico, hay contratos conexos tornándose sumamente importante la labor de la red de concesionarios para el mantenimiento de la confiabilidad del producto ofrecido y la colaboración de todos para el éxito del negocio.

En realidad, los sujetos para integrarse a la red solo celebran el contrato con el concedente y no con los restantes concesionarios. Sin embargo, las conductas y actitudes de los otros concesionarios durante la comercialización del producto pueden tener consecuencia respecto a los restantes. Imaginemos que uno de los concesionarios comete una estafa y como consecuencia de eso afecta a la credibilidad de los otros sujetos que integran la concesión.

Los integrantes de la red al formar parte de la misma implícitamente asumen los deberes emergentes del principio de buena fe, tal como lo constituyen el deber de cooperación, de colaboración, de realizar todas las acciones que estén a su alcance y tendientes al cumplimiento del fin común que es desenvolver con éxito la red de concesión.

Observamos como esta hipótesis de trabajo puede conducirnos a un quiebre del paradigma en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable. Nos preguntamos si el sujeto afectado por la acción individual de uno de los concesionarios debe accionar contra éste en base al régimen de la responsabilidad extracontractual o si ha de juzgarse a la luz de la responsabilidad contractual considerando al coligamiento contractual como una red sistèmica. En esta instancia dejamos planteada la interrogante cuya respuesta intentaremos abordar más adelante.

Siguiendo con el ejemplo propuesto también podría considerarse que la actitud del concesionario que ejecuta una conducta ilícita (estafa) causando perjuicio a la imagen

del grupo y en su mérito perjuicio económico, a toda la red de concesionarios podría incurrir en abuso de derecho.

En esta hipótesis cobra relevancia el criterio de ilicitud que adoptemos: si partimos de un criterio amplio entendiendo que siempre que se invade la esfera jurídica ajena sin una causa de justificación existe abuso de derecho, se habrá configurado la figura.⁷⁰

Blengio⁷¹ menciona el fenómeno del abuso de derecho y la contratación masiva y refiriendo a Lorenzetti y a Pedrotti. Dicho autor considera que no es necesario variar los criterios que normalmente se emplean para determinar el abuso de derecho, aún en los casos de las redes contractuales.

En nuestra opinión, el límite interno del abuso del derecho podría correrse y estar determinado por la operación económica de la cual forman parte los contratos coligados. Cuando el accionar de un contratante en el contrato coligado frustra el derecho de un integrante del coligamiento, haciendo fracasar la operación económica que subyace en ésta, incurre en abuso de derecho.

Entendemos que el principio de buena fe tiñe todo el coligamiento negocial por cuanto la unión de los contratantes se basa en la lealtad, en el deber de cooperación de las partes para el logro del objetivo común o finalidad supracontractual.

También resulta prudente que las partes al celebrar los contratos coligados, en el ejercicio de la autonomía privada o poder normativo negocial expresamente regulen el coligamiento contractual, estableciendo las consecuencias de los incumplimientos para cada caso, de manera de facilitar la labor de aplicación del derecho en los casos de conflictos.

Concluimos que, resultan aplicables los principios generales de derecho al coligamiento contractual considerándolo como un todo, como un sistema global. Dicha constatación, en ausencia de regulación expresa del derecho positivo, nos brinda un marco

⁷⁰ Benitez Caorsi, Juan. Reflexiones en torno a la ilicitud en ADCU T. XXXIV pags. 469

⁷¹Blengio, op. cit.

teórico para la admisión del coligamiento contractual como una categoría jurídica independiente.

Sin perjuicio de lo expresado en el próximo capítulo podremos observar que el principio de relatividad de los contratos no sigue la misma suerte que los analizados en este capítulo.

CAPITULO IV

EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS Y EL COLIGAMIENTO NEGOCIAL

4.1. El principio de relatividad de los contratos. Generalidades.

El origen del precepto “res inter alios acta terio necuq nocet necque prodest” ,recogido en el Código de Justiniano, lo ubica Pothier en un texto romano perteneciente a Paulo, en el Digesto, que expresa “porque ante todo debe advertirse que la convención hecha sobre una cosa, o con otra persona, no perjudique en otra cosa o a otra persona”.

Para Pothier dicho principio implica “que una convención no tiene efecto sino respecto de las cosas que han formado el objeto de la convención y solamente entre las partes contratantes.”⁷²

Demolombe y Laurent consideraban a dicho principio como algo elemental y obvio que no necesita reconocimiento legislativo.

Trabucchi entiende por relatividad de los contratos, la limitación de los efectos contractuales a los sujetos contratantes, lo cual implica que la vinculación debe darse entre las partes contratantes y no puede convertirse en heteronomía frente a los terceros que no han intervenido en la convención.⁷³

Lafaille también en el mismo sentido, expresa que el acuerdo contractual está destinado a regular los derechos de las personas que intervienen en él, pero no corresponde vincular a terceros extraños en sus consecuencias, ya que éstos no podrían

⁷² Pothier- Bugnet. Euvres de Pothier , t. II, pag. N46 No. 85

⁷³ Trabucchi, Instituciones de derecho Civil, t.II , pag. 188, No,286

quedar afectados por esos actos, sin que su libertad individual resultara afectada, al igual que el derecho de cada uno para administrar y disponer de lo suyo.⁷⁴

Las enseñanzas de Pothier fueron recogidas en los códigos decimonónicos aplicándose de forma tal, que implicaba que el contrato solo tiene efecto entre las partes contratantes y que no produce efectos frente a los terceros. Veremos como esta expresión tan categórica se ha flexibilizado en la evolución actual de la teoría general del derecho.

Cabe señalar que el referido principio en nuestro derecho positivo se encuentra regulado en el art. 1256 del Código Civil.⁷⁵

Dicho principio fue estudiado por la Doctrina uruguaya tanto por Gamarra como por Peyrano Facio, aunque no nos detendremos en dicha cuestión por exceder el objeto de este trabajo.

4.2. Crisis del principio de relatividad de los contratos.

Como vimos la noción clásica del principio de relatividad de los contratos implica una aplicación restringida del mismo en tanto se considera que no puede resultar de un contrato realizado por dos personas una obligación o un derecho para terceros Tal aseveración en la época actual cae por su propio peso, en tanto son numerosas las excepciones que batallan contra el referido principio.

En la doctrina francesa De Page y Savatier han cuestionado la vigencia del referido principio. De Page ⁷⁶ pone de relieve, que esa simplicidad del principio de relatividad de los contratos es solo ilusoria, puesto que se ahoga en un diluvio de excepciones de toda naturaleza y especie, de modo tal, que se podría considerar que el principio de relatividad de los contratos, paradójicamente es una regla muy relativa, ya que existen excepciones en todos los sentidos.

⁷⁴ Lafaille, Contratos, p.316, No.262

⁷⁵Art. 1256 del Código Civil:"

⁷⁶De Page, Traité élémentaire de droit civil belge, t.I, p.171, No.117 bis

Savatier⁷⁷ analiza el principio referido en un artículo llamado “El pretendido principio relativo de los contratos”, concluyendo que tomado al pie de la letra, tal enunciado del mismo, sería inexacto.

Para Rezzónico⁷⁸ el principio de relatividad de los contratos debe ser analizado desde una doble perspectiva, en forma bidimensional, es decir separando los efectos directos de los indirectos o reflejos, los primeros son los queridos por las partes y no trascienden el círculo del contrato y los otros son lo opuesto. También se pueden distinguir los efectos internos y externos del contrato, según los sujetos afectados. Para dicho autor si se efectúa esa distinción, las objeciones desaparecen, el principio se aclara nuevamente y se ve su natural virtualidad asentada sobre la personalidad de las obligaciones.

Larroumet⁷⁹ se pregunta si hay dos clases de excepciones al principio de relatividad de los contratos, unas que consisten en crear un derecho a beneficio de un tercero y otras que ponen una obligación a cargo de un tercero. En el primer caso, cita a los convenios colectivos y en el segundo caso cita la acción directa a favor de un tercero.

Ospina y Ospina⁸⁰ al referirse al postulado de la relatividad de los actos jurídicos, que se suele enunciar mencionando que éstos no perjudican ni aprovechan a los terceros, consideran que esta fórmula tomada al pie de la letra, peca de simplismo e inexactitud, porque sugiere la idea falsa de que la eficacia de los actos jurídicos queda circunscripta estrictamente al círculo de agentes directos, cuando en realidad ella se proyecta sobre la situación jurídica de personas que de manera alguna han intervenido en el acto y hasta

⁷⁷ Savatier Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats. Revue trimestrell de droit civil, 1934-III, 525 y ss. No. 1.

⁷⁸Rezzonico, Juan Carlos, Principios fundamentales de los contratos. Fuerza obligatoira de Iso contratos. Editorial Asres B.A. 1999, pag. 279-246

⁷⁹Larroumet, Christian. Teoria General del Contrato, Vol.II Editorial Themis S.A., Colombia,1999, pag. 254

⁸⁰ Ospina Fernández y Ospina Acosa en Teoria General del contrato y del negocio jurídico. Editorial Temis S.A., Bogotá.Colombia,1998, pags. 362 y 363-

ignoran su otorgamiento. En este sentido, concluyen que lo verdaderamente relativo es el principio postulado de relatividad de los actos jurídicos.

Sobre la base de las ideas de Trabucchi y Rezzónico entendemos que es posible un enfoque distinto del principio de relatividad de los contratos. Para Rezzónico hay que distinguir: la relatividad de los efectos del contrato que solo concierne a sus efectos internos: los derechos y las obligaciones que derivan del acuerdo. Son solo estos efectos los que resultan personales a las partes, los que no conciernen a los terceros⁸¹.

En este orden de ideas, el principio quedaría asentado sobre su verdadero eje es decir en relación a los efectos internos del contrato o sea circunscripto a los efectos entre las partes.

Y por otro lado, no hay que perder de vista que el contrato constituye un hecho que se inserta en la realidad, cuya existencia virtual comparte con otros terceros, de los cuales las partes no pueden desvincularse completamente. Y esos terceros, deben sufrir el contrato, pero también pueden en ciertos supuestos aprovecharse del mismo. En este orden de ideas, puede citarse el caso de un acreedor cuyo deudor enajena el patrimonio para evitar pagar la deuda. En este caso el acreedor “sufre” el contrato del que se benefician esos terceros.

En otros casos, el contrato puede beneficiar al tercero como puede ser en el contrato de seguro, en el cual el beneficiario no es parte del contrato pero los beneficios del mismo repercuten sobre el sujeto designado como beneficiario.

La reformulación del principio de relatividad de los contratos implica adoptar como criterio de interpretación, su reducción a los efectos internos del contrato, es decir con respecto a los efectos que se producen entre las partes, teniendo presente que existen excepciones al referido principio.

4.3 Aplicación del principio de relatividad de los contratos en los contratos coligados.

⁸¹De Page. Ob.cit.

El problema de la conexidad contractual supone reconocer la expansión o privación de los efectos directos de un contrato hacia los restantes contratos vinculados aceptando una unidad comercial que hace partícipes a todos los interesados.⁸² Aunque esta situación se pretenda considerar como una excepción al principio de relatividad de los efectos del contrato, resulta a todas luces evidente que la apertura a esta mirada externa del acuerdo contractual importa la denuncia del estado de crisis en el cual aquel se encuentra que exige su relectura a fin de precisar adecuadamente sus alcances y proyecciones, evitando toda concepción de aislamiento.

La situación de los contratos coligados presenta un dilema con respecto a la aplicación del principio de relatividad de los contratos que hemos presentado. En primer término, corresponde tener presente que el referido principio no fue consagrado para dar respuesta a los casos de conexión de contratos.

Esto ha hecho que se haya propiciado una reformulación del principio de la relatividad de los contratos para atender el fenómeno de imbricación de contratos.⁸³

La cuestión se plantea en la formulación clásica del mismo, en tanto considera que el contrato afecta a las partes y no a terceras personas, salvo en los casos establecidos por la ley.

Uno de los problemas que se plantea es la posibilidad de admitir la invocación de un derecho personal por el causahabiente a título particular cuando exista una conexión entre el contrato celebrado por éste y el concluido por el causante. Entendemos que, en esta situación el hecho de que se considere a un sujeto como causahabiente a título singular de otro, no es especialmente relevante en los casos de conexión entre contratos. Tal circunstancia no impide el ejercicio de un derecho contractual, por quien es parte de un contrato conexo a aquel en el que se ha originado el derecho.

⁸² Hernandez, Carlos. Acerca del principio de relatividad de los efectos del contrato y sus tensiones actuales . pag.

⁸³Cabrillac propugna una reconversión o redefinición del principio de relatividad de los contratos. Citado por Lopez Frias, Ana en ob.cit.

La cuestión principal que se plantea con relación a la aplicación del principio de relatividad de los contratos en el coligamiento, implica en primer término definir la calificación de “terceros”. Corresponde determinar si el sujeto que es parte de un contrato que está coligado con otro, puede ser calificado como un tercero en el sentido clásico del concepto.

Sin perjuicio de lo expresado corresponde tener presente la posición de Castillos⁸⁴ que se interroga sobre si la acción directa es una verdadera excepción al principio de relatividad de los contratos y luego de reconocer que la mayoría de la doctrina es unánime en este sentido, fundamenta su posición contraria en las enseñanzas de Gamarra⁸⁵. En efecto cuando el Maestro estudia la eficacia de los contratos entre las partes, al analizar los distintos efectos distingue entre efectos reflejos o indirectos a los que define como aquellos que se producen en la esfera jurídica de los terceros ajenos al contrato y derivan de la naturaleza del derecho constituido por el contrato, de las consecuencias del ejercicio de ese derecho o del cumplimiento de las obligaciones pactadas.

Desde esta óptica Castillos considera que la acción directa no constituye una excepción al principio referido sino que lo ratifica dado que no vincula a cualquier tercero en forma caprichosa sino a sujetos que se encuentran unidos por un vínculo de derecho constituido en función de la existencia de una derivación de la relación contractual. En base a este argumento considera que no sería necesario modificar el concepto de parte ni reformular el contrato, sino reconocer que el contrato una vez que nace a la vida jurídica además de los efectos propios puede tener otros efectos indirectos o reflejos.

Nuestra opinión

⁸⁴ Castillos Diego, M. (2003). *La acción directa como garantía en los subcontratos*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

⁸⁵ Gamarra, Jorge. *Tratado de Derecho civil Uruguayo*, Tomo XIV, pag.. 207

Nos inclinamos por considerar que en el coligamiento negocial los sujetos que son parte en cualquiera de los contratos conexos, no son verdaderos “terceros”, partiendo de su enfoque como un sistema global.

En efecto, a priori parecería que estos coligamientos contractuales hacen tambalear el principio de relatividad de los contratos en virtud de que los efectos del contrato se proyectan fuera de sus límites, influyendo en el contrato coligado y por lo tanto afectando a quienes no son parte del mismo. Es decir en caso de incumplimiento de uno de los contratos coligados resultan afectados sujetos ajenos a la relación contractual en la que éste se produce.

Por otra parte, enfocando al coligamiento como un todo, con una visión sistémica podría admitirse que esos terceros ajenos al contrato aislado pudieran ejercer una acción directa contra cualquiera de sus miembros, lo cual quedaría supeditado a la regulación que la misma tuviera en cada ordenamiento jurídico.

La existencia y la presencia cada vez más extendida en la contratación de los coligamientos negociales hace necesaria una readecuación del principio de relatividad de los contratos. En este orden de idea corresponde distinguir: a) los sujetos que son parte en cada uno de los contratos estructuralmente autónomos, destacando que en las relaciones internas se producen efectos entre las partes y que las obligaciones que determinan su conducta son aquellas que asumieron en cada uno de los respectivos contratos. b) las relaciones externas entre los sujetos que integran el coligamiento contractual del cual surgirán obligaciones colaterales emergentes del funcionamiento del sistema.

Entendemos que no es posible desconocer la realidad fáctica, ya que el contrato es un hecho social y en consecuencia el coligamiento contractual también lo es, y la realidad indica que esos contratos están conectados en cuanto a los efectos. Dicho extremo cobra especial relevancia puesto que el accionar de uno de los sujetos puede acarrear consecuencias dañosas para los terceros del contrato coligado.

La inserción social del coligamiento negocial determina una situación especial de los sujetos que otorgan cada contrato particular con relación a los otros miembros del sistema, que no está regulada en nuestro derecho positivo generándose una situación de incerteza jurídica que corresponde evidenciar..

. Finalmente, reiteramos la interrogante y nos preguntamos si existe una especie de categoría intermedia entre tercero y parte en estos casos. Algunos autores hablan de un “tertium” género.

La admisión de esta categoría y la consideración de un tercer género que englobe a los sujetos integrantes de los contratos coligados, constituye tierra fértil para abonar nuestra posición dirigida a conceptualizar al coligamiento contractual como una categoría jurídica independiente, con caracteres y reglas propias, pese a su heterogeneidad, tal como se legisla en el citado Código Argentino.

CAPITULO V

LA CAUSA EN EL COLIGAMIENTO NEGOCIAL

5.1. De la causa y el tipo contractual.

La estructura del contrato se caracteriza por la atribución a los particulares del poder normativo para crear normas jurídicas privadas. Esta estructura se configura por medio de los componentes contractuales (presupuestos, elementos y requisitos). Entre los elementos estructurales encontramos la causa del contrato que pretendemos diferencia del tipo contractual.

Sin perjuicio de la evolución que ha tenido a nivel doctrinario el concepto de causa, consideramos que puede ser analizada cumpliendo dos roles diferentes. Por una parte, hablamos de causa concreta como la función económica individual del contrato, y la vinculamos con los intereses particulares de cada contratante, con un enfoque subjetivo y con la particularidad de que se objetiviza cuando se da a conocer al otro contratante. Y por otra parte encontramos la causa objetiva que cumple su rol como función económica y social del contrato en el sentido expuesto por Betti.⁸⁶

En cambio, el tipo del contrato es el conjunto de operaciones jurídicas susceptibles de calificación por parte del ordenamiento jurídico para la constitución, la regulación y extinción de situaciones jurídicas subjetivas. En este orden de ideas, es posible distinguir

⁸⁶ Betti Teoría general del negocio jurídico, Madrid, ps.20-141,

causa típica y causa atípica. El tipo es fundamentalmente descriptivo, es una creación abstracta y formal que realiza el legislador de determinadas finalidades o funciones económico sociales. La tipicidad es la adecuación de la causa a un tipo. Es típica cuando es compatible con el catálogo de contratos típicos y es atípica cuando los particulares crean tipos negociales o cambian los existentes.

Según Lorenzetti⁸⁷ es necesaria la regulación de tipos legales mínimos pero confiriendo un rol esencial a la causa entendida como concreta (finalidad económico individual). Las particularidades de los diferentes tipos contractuales emergerán de las estipulaciones del contrato pero será determinante considerar la causa particular de cada.

Por lo tanto, es viable asociar el concepto de causa abstracta como función económica social del contrato y la causa concreta como función económico individual. La causa concreta es la finalidad práctica, la razón concreta, o el interés concretamente perseguido por las partes.

De allí a introducimos en el concepto de operación económica hay un paso puesto que esta se construye a partir de la cusa concreta. Fácilmente emerge el concepto de operación económica en las hipótesis de contratos conexos y la idea de que constituyen un conjunto de contratos con causa concreta autónoma y que cumplen una operación económica unitaria o un resultado económico único. En esta categoría se encuentran los contratos de crédito de consumo, los contratos atípicos como leasing, factoring, engineering etc.

Para Roppo⁸⁸ los contratos son “conexos” en el sentido de que su operatividad conjunta es necesaria para realizar la operación programada por las partes. Cada contrato tiene su propia causa y a la luz de ésta deberá valorarse su validez y eficacia.

Santoro Pasarelli⁸⁹ menciona que existe también una razón justificativa o causa de la operación total programada por las partes y tal causa se identifica precisamente con

⁸⁷ Lorenzetti ,ob cit.

⁸⁸Roppo Enzo, Contratto citado por Morales Hervio Romulo en Contribución a la teoría de los negocios conexos

⁸⁹ Santoro Pasarelli Francisco, Doctrina General del Derecho Civil,1997.

las razones que inducen a las partes a celebrar dos o más contratos conexos y en tal caso, cualquiera de los contratos no se justifica por si solo, pero entre ambos constituyen los elementos necesarios de una operación unitaria.

Gazzoni⁹⁰ dice que a veces la operación económica es realizada por los privados a través de una pluralidad de negocios estructuralmente autónomos pero conexos en el sentido de que los destinos de uno influyen sobre la vida del otro, siendo el único interés perseguido por los mismos el cumplimiento del plan de las partes. Es decir que en la hipótesis de una pluralidad de contratos, aún con distintas causas, están preordenadas para cumplir una finalidad unitaria, que constituye el fin de la operación económica.

Siguiendo las enseñanzas de Blengio⁹¹ entendemos que en todo existe una operación económica, un plan preordenado que lleva a las partes a celebrarlo y que es la causa concreta y específica del mismo. Por ejemplo en todo contrato de compraventa hay una operación económica subyacente. No obstante, donde se advierte con mayor claridad la trascendencia de la operación económica es en los contratos coligados, en virtud de que son varios contratos que realizan una misma operación económica.

5.2 La causa en el coligamiento negocial.

Habiendo categorizado la conexidad en términos generales corresponde que analicemos los criterios para determinar la existencia de contratos conexos en función del concepto de causa..

En primer término, corresponde establecer que para distinguir cuando hay contratos conexos es irrelevante que estén vinculados por su celebración en un mismo momento o por la unidad de documento. Tampoco interesa a los fines de establecer una conexión negocial que medie identidad entre los sujetos, habida cuenta de que el nexo

⁹⁰ Gazzoni, Francisco. Manual de derecho privado. 1998

⁹¹ Blengio, Juan ob.cit.

puede operar entre negocios jurídicos concluidos por las mismas partes o entre partes diversas. En cambio, es importante establecer si hay una o varias causas o finalidades económico- sociales ya que es el elemento determinante para constatar la pluralidad de contratos.

Messineo⁹² menciona que para establecer si hay pluralidad o unidad de negocio jurídico es necesario acudir a la causa del negocio, si la causa es única aún cuando sea compleja habrá un negocio único y si hay varias causas se tendrán otros tantos negocios jurídicos, aunque eventualmente conexos.

De ahí la importancia capital de la causa del negocio, ya que habrá unidad de negocio, cuando la causa sea única y pluralidad de ellos cuándo existan dos o más causas, todo ello sin perjuicio de la discrepancia que puede existir en el concepto que adoptemos respecto a la causa (ya sea como función económica social o como causa concreta).

En este orden de ideas, se ha señalado que la situación jurídica debe ser examinada a la luz de las obligaciones de las partes. Cuando las prestaciones aparecen coordinadas de modo que responden a un fin único perseguido, deberá concluirse por la unidad del negocio. Y viceversa cuando las prestaciones cuentan con suficiente independencia y se hallan ordenadas hacia fines diversos debe admitirse la pluralidad negocial.

Lorenzetti⁹³ agrega que en realidad los fines pueden ser distintos pero convergentes en una única operación económica global que da origen al coligamiento contractual.

Weingarten y Ghersi⁹⁴ opinan que detrás de la apariencia formal de independencia de los negocios se oculta un único negocio global, puesto que todos responden al mismo propósito económico. Más allá de la forma jurídica que se utilice para instrumentar la operación hay un resultado común, que trasciende a cada contrato particular, lo que obliga a atender la realidad económica que subyace, con independencia de los límites formales de esos contratos.

⁹² Messineo, Francesco. Manual de derecho civil y Comercial. Ed. Europa-América, Bs.As. 1971, Tomo II, pág.341

⁹³ Lorenzetti, ob. cit.

⁹⁴ Weingarten, Celia y Ghersi, Carlos, Los contratos conexados. Revista La Ley, 1997, pág. 1348

No podemos dejar de mencionar la Doctrina de la doble causa y del negocio único citada por Gamarra⁹⁵ ya que parte de la doctrina opina que el coligamiento origina un único contrato que se puede escindir en fragmentos contractuales. Para Lener⁹⁶ los contratos coligados pierden su autonomía solamente en el plano teleológico y económica porque forma parte de un plan más amplio que resulta de esa conexión por lo cual la disciplina debe ser unitaria como si fuera un solo contrato”

Otra variante de esta posición ha llevado a sostener la existencia de una causa que abarcaría a toda la operación económica y que a su vez cada contrato coligado tendría su causa particular o individual y de esta forma se podría explicar la razón que lleva a los contratantes a celebrar el negocio vinculado y sin alterar el esquema básico de los contratos individuales.

Nuestra opinión

Entendemos que la diferencia entre causa concreta y causa como función económica del contrato cobra especial relevancia en la determinación de la existencia del coligamiento negocial. En este sentido, consideramos que en el coligamiento negocial habrá pluralidad de contratos que tendrán cada uno su causa considerada como función económica social y perteneciente al tipo contractual que corresponda y habrá una causa concreta que será común para todo el coligamiento negocial que coincidirá con el interés de todas las partes contratantes y que es la realización de la finalidad supracontractual que da origen a la conexión.

A continuación veremos que en nuestra posición la causa concreta del coligamiento negocial o finalidad supracontractual se identifica con la operación económica. .

5.3. Operación económica y contratos coligados

5.3.1 Concepto de operación económica

El abordaje del concepto de operación económica implica abandonar el molde tradicional de la dogmática jurídica y reformular la idea tradicional de contrato. Ello

⁹⁵ Gamarra, ob.cit. pag. 284

⁹⁶ Lener, pgs. 180,188,189

supone considerar dos conceptos que forman parte de un todo, por un lado, la operación económica o también llamada “economía del contrato” y por otro lado el acuerdo de voluntades o contrato en sentido estricto. La división entre “contrato concepto jurídico” y “contrato operación económica” implica que éste sea el sustrato necesario e ineludible del primero, siguiendo las enseñanzas de Roppo citado por Gamarra⁹⁷

La forma jurídica que adopta el contrato no constituye un fin en sí mismo, sino que de ser analizada en función de la operación económica. La forma jurídica es la vestimenta exterior de la operación económica. Desde el punto de vista lógico el “contrato acuerdo” debería coincidir en forma diáfana con la “operación económica” que le da origen, verificándose en la realidad la llamada coherencia económica de la que hablaba Tolone⁹⁸. El contrato no existe sin operación económica y ésta no es tal sin el contrato, son conceptos interrelacionados e interdependientes.

Entendemos que la adopción del concepto de operación económica tampoco implica abdicar de un enfoque positivista puesto que siguiendo las enseñanzas de Blengio⁹⁹ el concepto tiene presencia normativa en nuestro derecho.

Así encontramos que su inclusión es posible a partir del inciso segundo del artículo 1291 del Código Civil, en tanto establece que “ los contratos obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino que “además debiéndose ejecutar de buena fe originan todas las consecuencias normativas que se derivan de la naturaleza del negocio celebrado que sean conformes a la equidad , a los usos o a la ley “. Esa “natura contractus” se identifica con la sustancia económica del vínculo contractual. Ello implica el reconocimiento de que el programa económico previsto por las partes y que las circunstancias específicas que los mueven a contratar integran el contenido contractual más allá de que se encuentre o no explicitado en el texto del contrato.

Asimismo la presencia normativa de la operación económica surge de la consagración expresa del artículo primero de la Ley 18.212 (Ley de Usura) , al regular

⁹⁷Gamarra, TDCU t. XXVI ps. 274 y sigtes.

⁹⁸Tolone, Salvatore citado por Blengio. El contrato y la operación económica. Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil Año 2013-Tomo 1

⁹⁹Blengio, Juan . El contrato y la operación económica. Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil Año 2013-Tomo 1

la operación de crédito, ya que al efectuar el reconocimiento de una de sus especies, habilita una conclusión favorable a la existencia de dicha categoría conceptual.

Bessone ¹⁰⁰ señala que el análisis del contrato debe basarse en la economía particular del contrato, entendida como punto de equilibrio entre las prestaciones y síntesis de las obligaciones, cargas o riesgos contractualmente asumidos. Todo contratante asegura la coherencia del contrato sobre el plano de su economía individual en la medida que adquiere la certeza de ver satisfechos sus intereses y su programa económico general.

Para Gabrielli ¹⁰¹ la operación económica es una categoría del derecho de los contratos, conceptual y ordenante, y encuentra fundamento en el plano de la reconstrucción del interés de las partes, tal cual fue objetiva y concientemente estructurado y querido por éstas.

5.3.2 Causa, juicio de licitud y operación económica

Resulta oportuno analizar los conceptos de juicio de licitud y de juicio de merecimiento manejados nivel doctrinario y que tienen estrecha relación con la causa. El juicio de licitud refiere a la conformidad a la ley, al orden público y a las buenas costumbres de la operación que realiza el desplazamiento de riquezas entre los sujetos.

En cambio, el juicio de merecimiento implica determinar si en los casos en que los contratantes se apartan del tipo contractual o crean uno nuevo ante la ausencia de previsión legal, si la reglamentación de intereses que éstos celebran tiene idoneidad para ser tutelada por el derecho.

¹⁰⁰Bessone Mario, Presuposizione “causa” típica del negocio economía del contratto citado por Morales Hervía Rómulo en Contribución a la teoría de los negocios conexos

¹⁰¹ Gabrielli, Enrico .Doctrina General del contrato:el contrato y la operación económica. Vol. 1. 1ª. Edición , Montevideo, FCU,2009

En este sentido, el juicio de licitud aparece como un control para salvaguardar el orden jurídico y en cambio el juicio de merecimiento refiere al contrato como una técnica de realización de los intereses privados. La exigencia interna de coherencia del sistema hace indispensable el control de la licitud y una forma de control dirigida a garantizar los concretos efectos económicos del contrato.¹⁰²

Este juicio de merecimiento se remonta al pensamiento de Aristóteles sobre la justicia conmutativa, que interpretaba la función equilibradora del derecho como elemento integrador del sistema contractual, lo que resulta aplicable a la categoría de convenciones sinalagmáticas atípicas.

Gazzoni¹⁰³ afirma que el juicio de merecimiento opera a nivel del tipo de contrato y a nivel de causa. Si el contrato coincide con el tipo, en esta fase solo debe valorarse si el esquema abstracto es aceptable o inaceptable sobre el plano jurídico y si estamos en presencia de un contrato típico que se encuentra en un esquema predeterminado por el legislador.

El juicio de merecimiento del interés aparece cualitativamente diverso respecto de aquel de licitud. Sobre el juicio de merecimiento de tutela el elemento analizable es la manifestación de voluntad y la reglamentación que las partes han realizado del programa contractual.

Para Ferri¹⁰⁴ el juicio de merecimiento es aplicable tanto a los contratos típicos y atípicos pero con una función diversa al juicio de licitud.

Esta distinción entre juicio de merecimiento y juicio de licitud es un aporte en aras de un enfoque realista del contrato. En efecto, cuando se trata de individualizar a través de la causa como función económica social, el ámbito de los intereses de las partes, la noción objetiva no nos ayuda, siendo necesaria una concreta verificación de aquellos intereses que han constituido el objeto de contratación de las partes. Ello implica delimitar la llamada economía del contrato a través del análisis de la causa concreta.

¹⁰² Roppo, Enzo Causa típica, motivo relevante y contrato ilícito.

¹⁰³ Gazzoni ob. cit.

¹⁰⁴ Ferri, Giovanni. Ensayo de derecho civil.

Desde este punto de vista, el juicio de merecimiento tutela el interés privado y se constituye como el juicio de compatibilidad de la causa concreta con el principio de la equitativa reciprocidad de los intereses de las partes. De lo expuesto se desprende que el juicio de merecimiento de tutela del interés, implica determinar si la reglamentación de intereses efectuada por las partes debe ser protegida por el ordenamiento jurídico.

Nuestra opinión

En la hipótesis de contratos conexos ante la ausencia de texto normativo que lo reconozca en forma expresa como categoría jurídica independiente, entendemos que corresponde analizar el contenido de la causa concreta de los contratos y en su mérito de la operación económica que los contiene a los efectos de determinar si el coligamiento contractual tiene la aptitud para recibir la tutela del ordenamiento jurídico.

5.3.3 Causa concreta, Operación económica y coligamiento negocial

Los contratos son los instrumentos para alcanzar la causa concreta. Los particulares pueden perseguir sus causas concretas combinando varios contratos. En el caso de los contratos conexos o coligados, pueden existir contratos distintos con una o varias causas concretas o funciones económico individuales, pero existirá una causa concreta como elemento determinante del coligamiento. Habrá supuestos de contratos diferentes con vinculados entre si o contratos únicos conexos, pero pertenecientes a distintos tipos.

Bianca ¹⁰⁵ manifiesta que en general los contratos se dicen conexos en cuanto subsiste entre ellos un nexo de interdependencia. La conexidad se dice voluntaria cuando es prevista específicamente, cuando aquella resulta del deliberado propósito de las partes de subordinar la suerte de un contrato a la del otro. Se dice funcional cuando resulta de la unidad de la función perseguida, o sea cuando las varias relaciones contractuales tienden

¹⁰⁵ Bianca,ob.cit

a realizar un único fin práctico unitario. En tal caso, los particulares persiguen un interés inmediato que es instrumental respecto al interés final de la operación.

Sacco¹⁰⁶ dice que en los contratos funcionalmente y teleológicamente conexos e interdependientes, las partes pueden querer contratos distintos, y al mismo tiempo pueden subordinar la eficacia de uno a la eficacia del otro, o pueden también querer que ellos dependan el uno del otro. La comprobación relativa es *res facti*, pero la calificación viene enturbiada a través de la sola mención relativa a la causa (las causas son plurales y distintas, pero no conexas)

Roppo¹⁰⁷ considera que los contratos son “conexos”, en el sentido de que su operatividad conjunta es necesaria para realizar la operación programada por las partes, operación que con cualquiera de los contratos considerado por si solo, no sería suficiente actuar. Cada contrato tiene su propia razón justificativa, su propia causa: a la luz de ésta deberá valorarse su validez y su eficacia.

Se ha dicho que existe también una razón justificativa, una causa de la operación programada por las partes, y tal causa se identificaría precisamente con las razones que las ha inducido a celebrar dos o más contratos conexos. Cualquiera de los contratos no se justifica por si solo, pero justifica la existencia del otro, porque ambos son los elementos necesarios de una operación unitaria.

Bianca y Roppo dan importancia a la vinculación de interdependencia y Sacco a la relación de subordinación.

En los negocios conexos ¹⁰⁸ hay una pluralidad coordinada de contratos en los que cada uno responde a una causa concreta autónoma, aún cuando en conjunto configuren una relación de interdependencia pero no una relación de subordinación. En efecto, en la conexidad entre contratos cualquier contrato mantiene su propia individualidad y autonomía asimismo son queridos y concebidos como conectados entre si por un nexo de recíproca interdependencia.

¹⁰⁶ Sacco, ob.cit.

¹⁰⁷ Roppo,ob.cit

¹⁰⁸ Hervio, ob. cit.

Según Galgano¹⁰⁹, en los negocios jurídicos conexos existe una dualidad o pluralidad de funciones conectadas entre si por una relación de interdependencia. Cada contrato conservará su propia disciplina pero debidamente coordinada con los otros contratos. Si bien Galgano privilegia la causa como función económica y social del contrato realiza una referencia a la unidad de operación económica de los negocios coligados y los vincula a la causa del contrato. Incluso le da relevancia a la operación económica concluyendo que en el caso de que se “otorguen pluralidad de contratos se configura una situación de contratos conexos con causa única”.

Gazzoni¹¹⁰ dice que a veces la operación económica es realizada por los privados a través de una pluralidad de negocios estructuralmente autónomos pero conexos, en el sentido de que los destinos de uno influyen los destinos del otro, en términos de validez y eficacia, siendo relevante el único interés perseguido por los privados, ya sea a través de pluralidad de contratos, los cuales “simul stabunt simul cadent” (juntos estaban, juntos caen) aunque sean distintas causas, pero preordenadas a una finalidad práctica unitaria.

Por consiguiente, el contrato mixto se manifiesta a nivel de supuesto de hecho es decir de individualización del tipo, como producto de la fusión de esquemas típicos diversos, mientras la conexidad negocial se expresa a nivel funcional, poniendo en relación e influenciando las relaciones jurídicas que nacen de los particulares.

De este modo, se prescinde del enfoque voluntarista que encuentra el nexo en la voluntad de los contratantes para pasar a un abordaje objetivo basado en la noción de causa en sentido funcional: la conexión objetiva está dada por el negocio común al que sirven los contratos.

La conexión entre contratos puede darse unilateralmente o recíprocamente es decir contratos dependientes entre sí y unidos por una misma operación económica. La relevancia está dada porque si bien los contratos mantienen su individualidad, los efectos de cada uno de ellos, ya sea invalidez o resolución pueden repercutir sobre el otro.

¹⁰⁹ Galgano, F. El negocio jurídico, trad. Valencia 1992 p.116 y 118

¹¹⁰ Gazzoni, ob..cit

Esta conexión puede ser necesaria es decir innata a la misma función desarrollada por el negocio o voluntaria, cuando es establecida por los particulares entre negocios de por sí, perfectamente autónomos. Serían negocios conexos necesarios los negocios accesorios o preparatorios (por ejemplo : el negocio de apoderamiento es presupuesto para la conclusión del contrato mediante el representante).

Según Gabrielli¹¹¹ la emersión de la teoría de la causa en concreto y la distinción con el tipo contractual, ha puesto en evidencia que la pluralidad y la diversidad de los intereses subyacentes al acto de autonomía no se agotan a veces en un contrato singular y unitario, sino que , caracterizando en concreto la función perseguida por el auto reglamento de intereses, hacen necesario que la complejidad se encause a través de la operación económica. En este orden de ideas expresa que la operación económica, como esquema unificante de la composición total de intereses diseñada por la autonomía privada , penetra en el interior de las causas singulares que componen el coligamiento negocial, calificándolo en concreto, con prescindencia de la causa típica de los esquemas negociales singulares.

La consideración del concepto de operación económica a la hora de calificar la existencia de contratos coligados no es ajena a nuestra Doctrina y Jurisprudencia. En este orden de ideas podemos citar a Blengio que realiza un estudio del concepto operación económica. ¹¹²

También Blengio¹¹³ realiza el análisis de las sentencias que acogen el concepto de operación económica en los contratos coligados. Y menciona como verdadero leading case en la materia la sentencia del TAC 315/2007, de la cual surge: “la regulación completa de los intereses de la coordinación voluntaria que las partes establecen para poder realizar un fin ulterior, un fin económico unitario, que no hubieran podido obtener por separado. Las relaciones singulares, esto es los contratos coligados persiguen un

¹¹¹ Gabrielli, Enrico. Causa, tipo y teoría del contrato .

¹¹²Blengio, Juan. El contrato y la operación económica. Primera parte .Revista Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil. FCU Año I Tomo I. 2013, pags32 a43.

¹¹³Blengio, Juan. Contrato y operación económica. Segunda parte. Revista Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil FCU Año II Tomo II, 2014, pags. 32 a 43.

interés instrumental respecto del interés final. La interdependencia de los negocios no permite que sean considerados aisladamente, uno con prescindencia del otro..”

Llegado este punto debemos citar el reciente trabajo elaborado por los Profesores Blengio y Larrañaga¹¹⁴ en homenaje al Maestro de todos Jorge Gamarra, donde realizan un valioso aporte para el análisis de la evolución del concepto de causa y donde encontramos un capítulo dedicado a la causa concreta y la operación económica.

Dichos autores aluden a que la operación económica se corresponde con el programa económico y con el negocio concreto que celebran los contratantes donde se plasman los intereses en juego, vinculando directamente la noción de causa concreta con la categoría de operación económica. Afirman que la causa de un contrato es siempre concreta, es decir es la razón justificativa específica para un contrato determinado en la que se sintetizan los intereses que ingresan en la economía del contrato. Consideran que entre la causa concreta y la operación económica existe una reciproca influencia atento a que en la operación económica se refelejan los intereses concretos de uno o más individuos.

Nuestra opinión

En el coligamiento contractual existirá una causa como función económica social, de cada uno de los contratos coligados y habrá una causa concreta de todo el sistema contractual considerado en forma global, que podremos llamar finalidad supracontractual siguiendo a Lorenzetti o identificarlo con la operación económica, como Gabrielli¹¹⁵.

Del análisis de la causa concreta fundada en la Doctrina citada precedentemente encontramos un argumento a favor de la consagración del coligamiento como categoría jurídica, en tanto sería posible independizar el concepto de causa del sistema conexo de la causa de cada uno de los eslabones que integran la cadena. Ello implica reconocer la existencia de una finalidad supracontractual del coligamiento que es posible subsumir en el concepto de operación económica que se identifica con la causa concreta que revela los intereses de las partes.

¹¹⁴ Blengio Juan y Larrañaga, Luis en Revista de judicatura año 2021

¹¹⁵Gabrielli, Enrico,op.cit

CAPITULO VI

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS CONTRATOS CONEXOS.

6.1. La responsabilidad civil. Generalidades.

Previo a introducirnos en la incidencia que el funcionamiento de los regímenes de responsabilidad operan el fenómeno del coligamiento contractual, se impone una breve introducción de los conceptos aplicables.

La responsabilidad civil es una de las cuestiones más sensibles en la evolución del Derecho. El crecimiento vertiginoso de la ciencia y la tecnología, han cambiado sustancialmente los peligros a los que se encuentra expuesta toda persona y la naturaleza de los daños. Hoy vivimos en una sociedad masificada, donde se han estrechado las relaciones de vecindad y se han concentrado inmensas poblaciones en mega-ciudades, por lo que todos estamos expuestos a diversas clases de daños, algunos, muy difíciles de imputar con certidumbre a determinadas situaciones.

Pese a la gran importancia que tiene este tema, debe destacarse la escasa regulación que las fuentes legislativas han dedicado a la responsabilidad, tanto en nuestro Derecho Positivo como en el Derecho comparado.

Si bien el concepto de responsabilidad se expande en un momento histórico de gran desarrollo económico, posteriormente se caracteriza por la inercia legislativa, carencia que es compensada por la labor de la Doctrina y la Jurisprudencia. A vía de ejemplo a nivel de la Doctrina se cita la elaboración conceptual del principio de la reparación integral del daño y a nivel de la Jurisprudencia la creación del concepto de daño moral.

En efecto, si analizamos los distintos Códigos se observa que en ellos no se regula en forma independiente la responsabilidad civil y menos aún se distingue claramente entre responsabilidad contractual y extracontractual, excepto el caso especial del Código Civil de la Provincia de Quebec.

No obstante, existe una fuerte corriente doctrinaria que se inclina por la unificación de los conceptos de responsabilidad contractual y extracontractual en un solo régimen de responsabilidad civil, no existiendo, en nuestra opinión, justificación teórica válida para continuar con esa dicotomía en esta etapa de la evolución del Derecho. En este sentido, que entendemos que el mundo jurídico camina hacia la unificación de la

responsabilidad civil.

Para apreciar la entidad de este fenómeno basta observar el reciente Código Civil y Comercial Argentino y la abundante bibliografía existente, orientada hacia la unidad de los dos regímenes de responsabilidad en un único cuerpo normativo.

Etimológicamente, la palabra "responsable" significa "el que responde". De allí que este concepto se conecte con la idea de "reparación", en el sentido que el daño debe ser indemnizado por su autor, como consecuencia de la afectación sufrida por la víctima. En sentido estricto, la responsabilidad concierne al deber de reparar el daño jurídicamente atribuible y causado por el incumplimiento del deber genérico de "no dañar a otro".

En sus orígenes, la sanción o el castigo utilizado por el incumplimiento de las normas morales y sociales era la expulsión de la comunidad. Posteriormente, con la aparición del Estado y el Derecho, aparecen una serie de medidas, que tuvieron su máximo exponente con la llamada Ley del Talión y están presentes en el Código de Hammurabi y la Ley de Moisés, donde la responsabilidad, tanto civil como penal, era resarcida con igual pago que el daño causado y era cobrada por los familiares o por la víctima,

Con la aparición de los denominados poli-estados como Atenas y Esparta, y el nacimiento del Imperio romano se produce un salto cualitativo en la actividad jurídica. El desarrollo económico y social de estas regiones, el comercio como motor de la economía y la concentración masiva de personas en las principales ciudades traen como consecuencia la aparición de nuevas instituciones jurídicas.

En este contexto, en el Derecho Romano aparece la concepción de la responsabilidad civil desde un punto de vista subjetivo donde era indispensable demostrar la existencia de los elementos de dolo o culpa. En este sentido, el autor de un daño o perjuicio sólo responde cuando en su accionar ha intervenido la voluntad de dañar, negligencia o falta de la diligencia necesaria.

A partir de esta posición teórica aparecen dos consecuencias jurídicas inherentes a la doctrina subjetivista: I) que el lesionado es quien debe probar la presencia del elemento subjetivo, es decir, que el hecho causante del daño constituyó un acto culpable o intencional; II) que como consecuencia, el autor de la acción dañosa queda libre de responsabilidad si se demuestra que el daño no es imputable a su persona. La carga de la prueba se impone así a quien recibió el daño, cercenando el derecho de las víctimas ante la imposibilidad de acreditar elementos suficientes para un adecuado juicio de responsabilidad.

La doctrina moderna sostiene que "el daño es el elemento común y tipificante del fenómeno resarcitorio" por la necesidad de reparar a la víctima "el daño injustamente sufrido", es decir, cuando "es injusto que lo soporte quien lo recibió", aunque el responsable haya actuado en forma lícita. Así al constituirse el elemento del daño en el centro de referencia del sistema resarcitorio, se arriba a la concepción unitaria de la responsabilidad civil y a un sistema unificado de reparación, con independencia de la génesis del deber violado que la origina.

Sin embargo, bajo aquellas condiciones históricas era posible imponer la responsabilidad como consecuencia de un juicio moral y social fundado en la culpa y el dolo. Es así que no tenía demasiada importancia el daño no provocado por el dolo o la culpa, ya que era mínimo y tolerado. La sociedad agraria no ofrecía problemas complejos en materia de prueba del elemento subjetivo y los daños que cubrían correspondían a los que realmente se causaban.

Mientras se mantuvo esta situación económico-social, la teoría subjetiva de la responsabilidad civil imperò sin inconvenientes. Posteriormente, con el advenimiento de la era industrial ocurre un cambio en la exigibilidad de la responsabilidad civil, como consecuencia de haberse registrado un notable incremento de los accidentes de trabajo en las grandes industrias.

En un intento de dar solución a tal problema aparece el concepto de responsabilidad objetiva, la cual fue, sin duda, una reacción al automatismo, al maquinismo, al crecimiento de las ciudades, a los sistemas de producción en serie, al consumo masivo de productos elaborados, etc., es decir, a todo lo que trajo consigo el desarrollo industrial. Esta teoría considera necesaria la existencia de la relación causa- efecto entre el daño producido y el autor de tal acción, aún cuando no haya intervenido dolo o culpa de ningún tipo en su accionar.

Dentro de la responsabilidad objetiva se han desarrollado diversos criterios en cuanto a la fundamentación de la responsabilidad civil: la teoría de la culpa social, la teoría de la garantía y la teoría del riesgo. Esta última ha alcanzado un importante papel en las legislaciones actuales, sobre todo en lo referente a la protección de los trabajadores, aunque la mayoría de los autores considera que no debe implementarse como principio general de manera absoluta.

Actualmente se está experimentando cierto cambio en la consideración de la naturaleza del daño. Ya no se trata de cosas riesgosas, sino de actividades que por su

naturaleza implican un riesgo determinado. Entran en esta última categoría, por ejemplo, la contaminación ambiental, la responsabilidad profesional, el daño informático, los daños que provoca la biotecnología, etc.

Como consecuencia de esta situación en la actualidad el sistema de la responsabilidad civil está atravesando una etapa de revisión; se ha redefinido, entonces, como una reacción contra el daño injusto. Ante la imposibilidad de la eliminación del daño, el problema se presenta como una transferencia de un sujeto (la víctima) a otro (el responsable) no como forma de sancionar al culpable, sino de trasladar las consecuencias dañosas a un sujeto distinto del que las sufrió, cuando existe una razón que justifique tal desplazamiento.

A partir de las enseñanzas de Ponzanelli¹¹⁶ y a punto partida de la realidad fáctica podemos concluir que la situación actual de la responsabilidad civil se caracteriza por lo siguiente:

1. Ampliación de daños indemnizables, por ejemplo, con la aceptación de la reparación del daño moral, de los daños provenientes de las intromisiones a la intimidad, de la pérdida de la chance, de la lesión al crédito, de los daños causados por entidades financieras cuando otorgan créditos abusivos o manejan indebidamente una cuenta corriente, del daño a la persona o al proyecto de vida, del perjuicio ocasionado por actos discriminatorios, etc.

2. Tendencia a la objetivación de la responsabilidad civil, con un paulatino aumento de las hipótesis comprendidas en la imputación objetiva.

3. Proceso de socialización de los daños, con la difusión de mecanismos alternativos de la responsabilidad civil como el seguro, los fondos de garantía, la seguridad civil y la asunción de daños por el Estado, los que no desplazan a la responsabilidad civil, sino que coexisten con ella y garantizan a la víctima el cobro del resarcimiento.

6.2. La responsabilidad civil contractual y extracontractual. .

6.2.1. Concepto

En un primer acercamiento al tema, debemos empezar diciendo que la responsabilidad contractual, a diferencia de la extracontractual, implica una relación obligatoria preexistente entre el autor del daño y la víctima, de la cual, ante su

¹¹⁶Ponzanelli,

incumplimiento, emana la responsabilidad civil.

Es decir, mientras que la responsabilidad contractual surge de una fuente preexistente, la extracontractual proviene de la violación de la máxima romana "alterum nom laedere": no hacer daño a otro, como postulado indispensable. En Roma se llamó a la responsabilidad extracontractual "responsabilidad aquiliana", nombre aún utilizado por parte de la doctrina; también se la denomina, "responsabilidad delictual" o "responsabilidad cuasidelictual", según se trate de daños causados intencionalmente o por imprudencia o negligencia; en otros países, como Italia y Venezuela, se le denomina "responsabilidad por hecho ilícito" o "responsabilidad por acto ilícito".

Llegado este punto resulta oportuno mencionar la evolución del concepto de responsabilidad contractual y extracontractual en la doctrina italiana y en la doctrina francesa. No cabe duda que en la Doctrina francesa la distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual parte de la concepción de que la responsabilidad contractual se refiere a aquellos daños causados por el incumplimiento de una obligación emergente de un contrato. Es decir que no existe responsabilidad contractual sin contrato.

De Cores¹¹⁷ cita a Saintelette que en una obra aparecida en 1884 (De la responsabilité et de la garantie), destacaba la existencia de un grupo de normas que se aplican a los daños, que determinaba la presencia de dos regímenes resarcitorios diferentes, uno que refiere al incumplimiento de una obligación contractual y a los daños sufridos durante la ejecución del contrato y otro resultante de la infracción de deberes generales. En este orden de ideas, cita también a Pothier y a Domat.¹¹⁸

Por otra parte, la Doctrina italiana elabora una construcción teórica distinta sobre la base de reservar la denominación de responsabilidad contractual para el incumplimiento de toda obligación preexistente aunque no fuera de origen contractual. Es decir que la doctrina italiana parte de la noción de que la responsabilidad contractual implica el incumplimiento de una obligación preexistente cuya fuente puede ser el contrato, la ley o un cuasicontrato. En este orden de ideas De Cores cita a los autores Chironi y Polacco.¹¹⁹

¹¹⁷De Cores Carlos, Tratado..ob.cit

¹¹⁸De Cores, Carlos. Tratado jurisprudencial, T. pag.124

¹¹⁹Idem,

Nuestra doctrina recoge los lineamientos de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual. Y también ha pasado por distintos vaivenes. Para Peyrano Facio¹²⁰ la disciplina de los artículos. 1341 y siguientes se aplica no solamente a las obligaciones emergentes del contrato sino también a las derivadas de los cuasicontratos o de la ley. Para Gamarra¹²¹ hay responsabilidad contractual siempre que se incumplan obligaciones emergentes de un contrato y cuando se incumple una obligación en general cualquiera sea su fuente, incluso las legales.

Para Carnelli¹²² los cuasicontratos quedan fuera del régimen de la responsabilidad civil pues no generan obligaciones indemnizatorias sino deberes restitutorios, también excluye del ámbito de la responsabilidad contractual a las obligaciones legales ya que tampoco son obligaciones jurídicas “puras”.

La jurisprudencia dominante se encuentra aglutinada en considerar que la responsabilidad contractual puede estar precedida de una relación jurídica que no sea un contrato en contraposición a las otras situaciones que se regulan por el régimen de responsabilidad extracontractual.

6.3. Diferencias de regulación en la Responsabilidad civil contractual y extracontractual

En nuestro derecho positivo en el ámbito de la responsabilidad contractual rigen los artículos 1341 y siguientes. En cambio la regulación de la responsabilidad extracontractual emerge de los artículos 1319 y siguientes del Código Civil.

Encontramos diferencias en los regímenes en cuanto refiere a la capacidad, en la responsabilidad contractual rige la capacidad para celebrar contratos que es de 18 años en cambio la capacidad para cometer ilícitos civiles en la extracontractual es de 10 años.

En cuanto al resarcimiento del daño en la responsabilidad contractual rige lo dispuesto por el art. 1346 y en la responsabilidad extracontractual impera el art.1323. En el caso de la responsabilidad contractual existe cierta limitación a la reparación integral del daño.

¹²⁰ Peyrano Facio Jorge. Responsabilidad extracontractual, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1952, p.82 y sigtes.

¹²¹ Gamarra, Jorge Tratado de Derecho Civil uruguayo, T. XX FCU, Montevideo, 186 p. 39 y sigtes.

¹²² Carnelli, Santiago, op. cit

En lo que refiere a la solidaridad rige el art. 1391 versus el art. 1331. En cuanto a la mora no se aplica en la responsabilidad extracontractual.

La diferencia fundamental entre ambos regímenes radica en los plazos de prescripción. En la responsabilidad extracontractual el plazo es de 4 años. En cambio en la responsabilidad contractual rige el plazo de prescripción de las acciones personales establecido por el art. 1216 o sea 20 años, lo cual hace más favorable dicho régimen. También se encuentran diferencias en cuanto a la medida de la culpa, en tanto para la contractual rige el art. 1344 y para la responsabilidad extracontractual debe acudirse a la definición de culpa emergente del art. 18 del Código Penal.

Con respecto al momento en que se devengan los intereses, encontramos que en la responsabilidad contractual rige el art. 1348 que establece que se devengan desde la demanda. Si bien dicha norma también se aplica en sede de responsabilidad extracontractual corresponde anotar la posición de Nilza Salvo y Luis Larrañaga, que entienden que la reparación del daño debe ser inmediata y por lo tanto los intereses se devengan desde la fecha de perpetración del hecho ilícito.

En cuanto a la responsabilidad por hecho ajeno rigen los arts. 1324 y 1326 en sede extracontractual, en cambio en la responsabilidad contractual rige el art. 1555 y puede cuestionarse la existencia de la responsabilidad contractual por hecho ajeno.

Asimismo encontramos que a nivel de la responsabilidad contractual se anotan remedios particulares, tales como: la ejecución forzada específica, reforma del contrato, reducción del precio, la excepción de contrato no cumplido, resolución del contrato por incumplimiento, los cuales no aparecen en sede extracontractual.

También es viable anotar diferencias en lo que refiere a la distribución en la carga de la prueba, en la incidencia de la clasificación de las obligaciones de medio y de resultado, en la competencia judicial., etc.

Hemos realizado una somera síntesis de las diferencias de ambos regímenes puesto que el objetivo de este capítulo radica en determinar si los mismos resultan aplicables al coligamiento contractual.

6.4 El coligamiento contractual como caso difícil.

El coligamiento contractual o los sistemas contractuales por conexidad han sido ubicados por la Doctrina como una zona gris o “tierra de nadie”, o lo que denominamos siguiendo la terminología hartiana como un caso difícil.¹²³

Ello es así porque según el lugar de la cadena contractual en la que se produzca el incumplimiento, puede dar lugar a un reclamo por responsabilidad contractual o extracontractual. El incumplimiento de uno de los contratantes de un contrato coligado trae como consecuencia el incumplimiento del otro contrato coligado en la cadena ya que ésta funciona de manera que están todos entrelazados.

Así por ejemplo, cuando se contrata la construcción de una fábrica “llave en mano”, la responsabilidad emergente involucra a todas las partes de los contratos encadenados de modo que el incumplimiento del proveedor de la caldera lo hace responsable tanto por la falta de entrega del equipo como por la inejecución de la obligación global de poner la fábrica en marcha. Si solo se tomara en cuenta la responsabilidad con relación a cada uno de los contratos singulares, en este caso se aplicaría el régimen de responsabilidad extracontractual. En cambio, si tomamos el coligamiento en conjunto, como una sola operación, la responsabilidad será contractual ya que los terceros que forman parte de contratos coligados no son verdaderos terceros ajenos respecto al mismo.

Gherzi- Weingarten ¹²⁴ analiza el problema de la responsabilidad de las empresas intervinientes en los contratos conexos. Enfoca su estudio en la existencia de sociedades que integran un grupo económico, que actúan internamente como una unidad y en las que existe un interés del grupo. Eso lo traduce en la atribución objetiva de responsabilidad de quienes conforman el grupo y se benefician de esa actividad económica, constituyendo un centro unitario de atribución jurídica. En este sentido, la importancia de la teoría de los contratos conexados permite responsabilizar a otros sujetos o empresas, a los que si bien el consumidor formalmente no contrataría participan de esta actividad y comparten un interés económico.

¹²³ Hart, ob cit.

¹²⁴ Gherzi-Weingarten ob. cit. Pag.219-220

En este sentido cita la acción directa consagrada en la Ley argentina de Defensa del Consumidor que permite imputar la responsabilidad por el ejercicio de la actividad económica y comunicar dicha responsabilidad a todas las sociedades que integran dicha actividad y no solamente a quien entre en la relación de consumidor.

Similar solución encontramos en el artículo 34 de la Ley 17.250 nuestra Ley de Protección al consumidor.

Lo relevante es que a través de una acción directa se puede reclamar la prestación de uno de los contratos contra el otro que ha intervenido en el otro contrato conexo, y del mismo modo se podría rechazar el cumplimiento de la prestación emergente de un contrato, invocando el incumplimiento del otro contrato distinto, pero conexo a aquel cuya ejecución se reclama.

Lorenzetti¹²⁵ aporta algunas soluciones para la utilización de institutos preexistentes en la normativa para dar un instrumento jurídico al tercero que es víctima de un daño producido por un miembro de la red contractual.

En el ámbito extracontractual es viable aplicar el concepto responsabilidad por control donde el fundamento radica en los daños ocasionados por la omisión de los integrantes de la red,. También es posible aplicar la responsabilidad por la apariencia frente al tercero, la buena fe, la autoresponsabilidad del agente, etc..

Además si el reclamo del tercero con relación al contrato coligado se regulara por el régimen de la responsabilidad extracontractual podría llegar a aplicarse la figura de la estipulación para otro .

En el ámbito de las relaciones de consumo los regímenes de responsabilidad se encuentran unificados. En los supuestos de conexidad contractual la responsabilidad puede extenderse más allá de los límites de un único contrato otorgando al consumidor

¹²⁵Lorenzetti, R. Cual es cemento que une a las redes de consumidores, de distribuidores o de de negocios? Aproximación a la conexidad contractual como fundamento imputativo. Revista jurídica argentina , La ley 1995 –e, La ley on line.

una acción directa con el que formalmente no ha contratado pero que ha participado en el contrato conexo a fin de reclamar la prestación debida o accionar por incumplimiento.

Nuestra opinión

Una de las posibles soluciones para regular el régimen de la responsabilidad contractual en casos concretos de conexión entre contratos puede erigirse a través de la consagración de acciones directas. Es decir acciones destinadas a conectar a los sujetos no vinculados contractualmente entre sí. Esta hipótesis se da en los casos de dos o más contratos celebrados por sujetos que no son del todo idénticos, quedando fuera de la consideración los casos en que las partes son coincidentes.

Se ha considerado que la acción directa debe tener consagración legal, es decir que se ha supeditado su existencia a la voluntad del legislador. Otro de los impedimentos fundamentales para la concesión de una acción directa es precisamente la vigencia del principio de relatividad de los contratos.¹²⁶

En efecto, la acción directa permite a su titular reclamar una prestación debida llamando a responsabilidad por incumplimiento a un sujeto con el que no ha contratado directamente. Ello se opone a la significación tradicional y clásica del referido principio, según el cual solo pueden derivarse efectos de un contrato

En este orden de ideas, compartimos la opinión de López Frias¹²⁷ encaminada a la admisión de la acción directa, fuera de los casos previstos en la ley, en lo relativo a la conexión de varios contratos¹²⁸.

En este sentido, se podría admitir que el tercero afectado accionara válidamente, en forma directa contra el sujeto del contrato coligado, fundado en la aplicación analógica de los principios generales que rigen a este tipo de contratación. Es decir que sería viable considerar el caso de los contratos coligados como una excepción al principio de relatividad de los contratos pudiendo reclamar contra quien no es parte en el contrato.

¹²⁶ en contra Castillos, ob. Cit.

¹²⁷ López Frias, ob. cit.

La admisibilidad de acciones directas en nuestro derecho positivo no es novedosa, y en este sentido es oportuno mencionar, entre otras, la acción directa del consumidor regulada por el artículo 34 de la Ley 17.250 de la cual surge una responsabilidad amplia de los proveedores, importadores y fabricantes así como la residual de los comerciantes o distribuidores respecto a los bienes que vierten al mercado y resulten objeto de relación de consumo.

La consagración de una acción directa para los casos de responsabilidad en materia de contratos conexos puede ser un camino a transitar para la solución del problema.

Castillos ¹²⁹ se muestra favorable a esta solución concluyendo que las nuevas formas de contratación comercial tales como el contrato de distribución, de agencia, de franchising, concesiones, etc y ante la presencia de supuestos de vinculación contractual, la aplicación de la acción directa a "podría perfectamente contribuir a atemperar el rigor de esta forma de organización comercial y transformarse en un instrumento de justicia jurídica que balancease la crudeza de las leyes del mercado".

En esta línea de pensamiento va la solución dada por el Código Civil Argentino en lo que refiere a los efectos de los contratos coligados, emergente del artículo 1075 ¹³⁰ Sin embargo, no sigue el camino de la acción directa por considerarla dificultosa en su aplicación.

La norma citada recorre otra senda y prevee la posibilidad de oponer a una de las partes, la *exceptio non adimpleti contractus*, fundada en el incumplimiento de las obligaciones impuestas a otro contratante en un negocio distinto pero vinculado a aquel en el que es parte quien reclama. Observamos que la norma requiere que la conexidad

¹²⁹ Castillos, Marlene, ob.cit.

¹³⁰ Art. 1075 Efectos. Según las circunstancias probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aun frente la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común.

haya sido probada y en tal caso, habilita al tercero que no es parte, a oponer la referida excepción. La hipótesis se vincula fundamentalmente con el crédito al consumo.¹³¹

Por otra parte, se establece la viabilidad de la resolución del contrato por frustración de la finalidad supracontractual. En estos casos, la finalidad del contrato ya no puede cumplirse haciéndolo inútil y carente de interés para una de las partes. Es decir que aún cuando la prestación sea pasible de satisfacción, y si a una de las partes ya no le interesa esa solución porque se frustró el resultado económico perseguido, la utilidad esperada o las circunstancias posteriores a la celebración, modifican de tal modo los elementos de hecho sobre los que incide el contrato, hasta el punto de que el fin es inalcanzable. .

Dicho artículo debe ser concordado con lo dispuesto por el artículo 1090 del Código citado en tanto para que ella opere en los contratos conexos se exigirán los siguientes presupuestos: a) la existencia de contratos válidos, autónomos aunque vinculados, b) la producción de un acontecimiento de carácter extraordinario sobreviniente, ajeno a la voluntad de las partes y que supere el riesgo asumido por la que se ve afectada y c) que incida sobre la finalidad económica común de los contratos vinculados de manera que se malogre el motivo que los impulsó a contratar. Excepcionalmente, se acepta en los casos de frustración temporaria, cuando ella impida el cumplimiento oportuno de una prestación esencial.

A su vez se desprenden otros deberes de cooperación y mantenimiento de la red contractual en función de la aplicación del principio de buena fe.

Con relación a las acciones directas el código argentino la admite en el marco de algunos contratos conexos como el subcontrato o el leasing financiero, pero no la adopta como criterio general para los coligamientos contractuales ni la menciona en los artículos relacionados, como ya expresamos..

CAPITULO VII

¹³¹Similar a la primera parte del parágrafo 359 del BGB del cual surge que:“El consumidor puede negarse a la restitución del préstamo siempre que las excepciones que tengan su origen en el contrato conexo le dieran derecho a rechazar su prestación frente al empresario con el que ha celebrado un contrato conexo”

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS COLIGADOS.

En materia de interpretación de los coligamientos contractuales también encontramos la aplicación de criterios que emergen de la especial naturaleza de la vinculación negocial. La labor del jurista a la hora de interpretar un contrato aislado o singular es diferente y en este caso las reglas de interpretación están claramente delimitadas (artículos 1297 y siguientes del Código Civil) . En cambio cuando nos encontramos frente a contratos encadenados o ligados entre si la tarea del intérprete es mucho más compleja e incierta.

Según Alterini ¹³²“ los contratos que están vinculados entre si por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación global son interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoseles el sentido apropiado al conjunto de la operación”. Observamos que esta conclusión de Alterini ha sido reiterada en la mayoría de las sentencias que refieren a contratos coligados.

En este orden de ideas y tal como venimos sosteniendo la economía del contrato en materia de interpretación es una de las constantes en la doctrina y la Jurisprudencia en materia de interpretación. Tal como sostiene Blengio ¹³³ citando a Pimont señala que “ la economía del contrato tiene un extenso dominio de aplicación en materia de interpretación .

Gamarra ¹³⁴ también ha destacado la importancia de la operación económica en la interpretación del contrato, subrayando la insuficiencia del contrato para revelar “la multiforme expresión de los intereses en juego”, cuando es apreciado como un mero esquema formal, por ello hay que “ indagar la realidad sustancial del negocio con un criterio global”.

¹³² Alterini, ob.cit.

¹³³ Blengio,ob. Ckt. Pag.36

¹³⁴ Gamarra,

La aplicación del criterio referido se desprende de las sentencias que hemos citado como *leading case*, tal es el caso de la sentencia de Jara c/ Conaprole. Según Blengio en la sentencia citada la consideración de los” intereses económicos/ y la determinación de “la común intención” en función de su congruencia con la “economía del negocio”, fue determinante para que se llegara a la conclusión de que en el caso no había mediado incumplimiento. En cambio de haberse adoptado un criterio estrictamente formal se hubiera llegado a la conclusión opuesta.

Analizando la sentencia referida Gamarra ¹³⁵ considera que corresponde realizar la interpretación en función de la operación económica, de la distribución del riesgo contractual, de la naturaleza del acuerdo y del equilibrio de las partes contratantes. La interpretación debe encararse abandonando el esquema formal y abstracto del negocio, sustituyéndolo por la valoración concreta de la regulación de los intereses elegidos y de aquellas circunstancias que pudieron influir en la reglamentación del programa contractual. Esta tarea previa es ineludible para ingresar a la etapa de la interpretación porque el problema de la operación económica es principalmente un problema de interpretación y sin desentrañar la misma la investigación hermenéutica no tendrá bases firmes.

Nuestra opinión

En la interpretación de los contratos coligados resulta fundamental acudir a la operación económica que los contratantes se han propuesto efectivizar. Ello implica acudir a elementos de interpretación que estarán fuera del contrato como unidad y de los que se puede inferir la intención de las partes de los distintos contratos que integran el coligamiento. Por ejemplo: las misivas que reflejan las tratativas entre las partes, las manifestaciones de las que emerge voluntad de encadenar los contratos, los fines económicos perseguidos, etc. .

La labor de interpretación debe encararse buscando todos aquellos medios de prueba que contribuyan a determinar el contenido de esa operación económica y que ilustren al Juez respecto a la existencia del encadenamiento contractual.

¹³⁵ Gamarra, Jorge Operación económica, coligamiento negocial e interpretación en ADCU pags. 629

En efecto, a la hora de analizar un coligamiento contractual no solamente tendrán relevancia los textos de los contratos sino también el cúmulo de elementos extratextuales con los que se busca desentrañar esa voluntad negocial, acercándonos en esa búsqueda a la noción de operación económica, categoría conceptual que comprende en sí “el reglamento, todos los comportamientos que con él se vinculan a la consecución de los resultados queridos, y la situación objetiva en la cual el complejo de las reglas y otros comportamientos se colocan.”¹³⁶

En tal sentido, sostiene Blengio¹³⁷ que una vez estructurado el contrato, el negocio que las partes quieren llevar a cabo se objetiva, se cristaliza y la regulación se desprende de sus autores individualmente considerados, por lo que la economía del contrato puede considerarse como la expresión normativa de la operación económica, y a su vez, tal circunstancia tiene “una considerable importancia, pues fija un referente objetivo y un criterio racional para la interpretación y la integración del contrato.”

Finalmente y abonando nuestra posición citamos a Ghersi-Weingarten¹³⁸ que afirman que la interpretación de las cláusulas contractuales debe contemplar la vinculación funcional de los distintos acuerdos y el resultado que se proponen alcanzar las partes con la operatoria, puesto que una interpretación aislada puede conducir a consecuencias opuestas a la economía del negocio y a la intención de las partes.

En conclusión, hemos demostrado que en materia de interpretación los coligamientos contractuales también presentan características especiales en tanto adquiere mayor relevancia la consideración de la operación económica por encima de los elementos de interpretación.

En suma: los contratos conexos deben ser interpretados en función de la operación económica que persiguen.¹³⁹

¹³⁶ Gabrielli, ob.cit.

¹³⁷ Blengio, ob. Cit.

¹³⁸ Ghersi-Weingarte ob.cit.pag.220

¹³⁹ Conclusiones de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil Argentino.

CAPITULO VIII

EL PROJECT FINANCE COMO COLIGAMIENTO CONTRACTUAL

Previo a introducimos en el estudio de la figura referida corresponde señalar que hemos elegido la figura del Project Finance a los efectos de dar un ejemplo de coligamiento contractual moderno, y en función de que ya existen aportes doctrinarios de los contratos coligados más comunes como el leasing, el shopping center, ec

El enfoque de este tipo de proyectos como coligamiento contractual nos permite acercar los conceptos jurídicos que hemos vertido a una estructura de naturaleza económica, que es muy utilizada a nivel mundial y en nuestro país, por ejemplo para los proyectos de generación eólica o las plantas regasificadoras..

8.1. Aspectos jurídicos del Project Finance.

8.1.1 .Concepto

Existen variadas definiciones relacionadas con el Project Finance, sin embargo, en términos generales podemos categorizarlo como un medio de financiamiento de un proyecto determinado de infraestructura , en el cual el acreedor va a obtener el pago de su crédito, en principio contando con los flujos de efectivo y demás ingresos del proyecto y sin comprometer sus activos.

El Project Finance implica la existencia de un acuerdo para proveer los fondos para construir y operar el proyecto, un contrato o acuerdo de adquisición del producto del proyecto que asegure que al iniciar las operaciones habrá suficiente efectivo como para cubrir sus costos y obligaciones y otros contratos que garanticen y aseguren que en caso de que el proyecto tenga dificultades de generación de efectivo van a existir fondos para reactivar el mismo-

Resulta relevante la expectativa que los participantes tienen sobre la capacidad del proyecto para generar esos flujos de efectivo y por esa razón para el sponsor o promotor es fundamental la predicción de las ganancias, atento a que de ellas dependerá el cobro de su crédito.

Ello explica que las primeras etapas del Project Finance se caractericen por ser engorrosas, pues resulta imprescindible efectuar un análisis y planeación detallado de las etapas para obtener los mejores resultados. En efecto, se requiere un primer estudio de factibilidad inicial que es contratado por los promotores del proyecto, se prepara un documento para informar a los potenciales acreedores donde se describen los términos de financiación, el flujo de caja y la viabilidad financiera.

8.1.2. Caracteres del Project Finance

1.- Una característica relevante del Project Finance, también denominado como financiación sin recurso (off –balance sheet financing) o sea “por fuera del balance general de la empresa”, implica que el promotor considere la deuda del proyecto por fuera del balance general y que no se graven sus activos ya que los pasivos tratarán de ser cubiertos con los flujos de ganancia del proyecto.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica el Project finance aparece como un coligamiento contractual, en el cual vamos a encontrar una cantidad de figuras jurídicas que se entremezclan, varios contratos y formas asociativas que están orientadas por un propósito único o finalidad que es la realización de un proyecto determinado. Es así que se articulan convenios, acuerdos y contratos de distinto tipo y naturaleza., por ejemplo : mutuos o contratos de crédito , contrato de construcción, contrato de suministro de equipos y materia prima , contratos de compraventa con quienes adquieren el producido del proyecto, contratos de operación y mantenimiento del proyecto, concesiones, acuerdos compensatorios de intereses, acuerdos directos (direct agreements) , contratos de asesoría con técnicos independientes .

Todos estos contratos se entremezclan entre si y se relacionan en función de una causa común, interconectándose y permaneciendo ligados en sus efectos de manera tal que las vicisitudes que sufre uno de ellos puede repercutir en los otros, formando una “red contractual” .

Este elemento que consideramos fundamental a la hora de analizar la estructura básica de este coligamiento comercial nos conduce a introducir el concepto de Operación económica que ya hemos analizado. .

Ahora bien, veamos cómo se articula esta figura jurídica intentando no perder el norte centrado en aquella finalidad supracontractual, que unifica la actividad de los

protagonistas en una única operación económica, cuya finalidad es el desarrollo del proyecto con éxito. Es decir todas las partes contribuyen al fin común y veremos como cada una asumirá alguna parte del riesgo.

2.- Otra característica relevante del Project Finance es que el mismo no afecta la capacidad de crédito del promotor, ya que como dijimos no incide en su balance y la entidad prestamista no tiene acción contra otros bienes del promotor, sino que debe perseguir los flujos de caja del proyecto y los activos del mismo, pues funciona como una “unidad económica separada”.

3.- Otra característica fundamental es lo que se refiere al manejo de los riesgos, ya que contiene alto nivel de riesgo de todo tipo, por lo que resulta fundamental a la hora de redactar los contratos, detectar y repartir eficazmente el riesgo de modo de que no sea una sola de las partes la que soporta el riesgo .

“La esencia del PF es identificar los riesgos y determinar quién debe soportarlos”¹⁴⁰

En este orden de ideas, se destaca que existen múltiples riesgos, que pueden producirse en cualquiera de las fases del proyecto y que se describen a continuación :

A).Riesgo en la fase de desarrollo : son los que se presentan en el momento de preparación del proyecto, en el inicio de las negociaciones para obtener financiación y acuerdos entre los futuros participantes. Aquí hay que tener en cuenta los errores en el proceso de negociación , la elección del naturaleza jurídica de la sociedad vehículo.

B) Riesgo de culminación o terminación del proyecto: es el riesgo respect a que el proyecto no pueda ser completado.Es decir que no se lleve a cabo el inicio de las operaciones. Son riesgos que se presentan en la etapa de construcción del proyecto y tienen que ver con la calidad de la obra, el tiempo de terminación.

Según Finnerty ¹⁴¹este riesgo tiene un aspecto monetario y un aspecto técnico. El aspecto monetario implica que debido la subestimación de los costos se requiera más capital o se reduzca la utilidad originaria . El aspecto técnico refiere a que pese al estudio de

¹⁴⁰ Wood,Phillip R. project finance subordinate debt and state loans. London: Sweet Maxell, 1998, p. 3

¹⁴¹ Finnerty , ob.cit.

factibilidad, el proyecto no pueda realizarse, lo cual puede comprometer la responsabilidad de los asesores .

C)Riesgo por incremento en los costos: es el principal problema de los prestamistas y tiene su raíz en la inflación, la devaluación, el incremento en los costos de operación, costo de los repuestos, etc, los cuales pueden hacer que el proyecto no sea rentable.

D) Riesgo tecnológico: se presenta cuando la tecnología destinada al proyecto no funciona apropiadamente o se vuelve obsoleta prematuramente. En estos casos, el proyecto no trabaja a la capacidad esperada, lo cual disminuye la rentabilidad, si bien la responsabilidad debe ser de los proveedores de tecnología, ante los acreedores responde el promotor.

E)Riesgo de suministro de materiales básicos: implica la escasez de recursos naturales o factores básicos de producción. Aquí cobra importancia la figura del suministrador de los productos, debiendo ser aprobada la calidad del producto y chequear sus antecedentes antes de ser aceptado como proveedor.-En estos casos puede haber responsabilidad en quien elabora los informes.

F) Riesgos de economía : es el riesgo relativo a que el producto del proyecto no tenga la suficiente demanda como para mantenerlo viable. Ello implica que el proyecto haya llegado a la etapa de operación, pero por una baja de precios o un incremento en los costos de producción no resulta rentable como se había pensado.

Si el propio promotor es el comprador del producto del proyecto y tiene un contrato de adquisición anticipada como el suministro, el riesgo se traslada de la compañía del proyecto al promotor comprador.

Si el comprador es un tercero se elimina este riesgo, si el comprador se compromete a pagar un precio que siempre cubra los costos y obligaciones del proyecto. La otra variante para cubrirse del riesgo de economía es mediante la celebración de contratos de futuros o “ forward “ Con este tipo de contratos se asegura la venta del producto al menos en cierta cantidad y a un determinado precio. Son negocios especulativos en los que al final el vendedor recibe un precio determinado al momento del contrato independientemente de las posibles variaciones del mercado. .

G) Riesgo financiero ; en este caso el problema es la fluctuación de la tasa de interés. Si no se ha obtenido una tasa fija, la protección del riesgo financiero con relación a un crédito con tasa variable implica pactar tasas de interés con tope fijando una tasa máxima de interés. También existen los acuerdos de cambio de tasa de interés (interest rate swap agreement)

H) Riesgo cambiario; opera cuando en el contrato interviene más de una moneda. En caso de devaluación eso puede ser contrarrestado con contratos futuros forwards o con swaps .

I) Riesgo político: pueden ser eventos de guerra, cambios en la ley. Implica que las autoridades por medio de regulaciones o actos administrativos afecten el funcionamiento del proyecto o su viabilidad económica. El mencionado riesgo se puede precaver a través de una póliza de seguro. Este riesgo es particularmente importante en lo que respecta a la no obtención de los permisos ambientales o los permisos de construcción. En efecto, hay situaciones en las que la obtención de autorizaciones resulta fundamental para el proyecto, tal es el caso del estudio de impacto ambiental, por ejemplo en el caso de los emprendimientos eólicos.

También corresponde tener en cuenta el tema de las expropiaciones , los controles laborales , los impuestos que se aprueben en el periodo de duración del proyecto, etc.,

Phillip Wood ¹⁴² menciona algunos mecanismos para la protección contra el riesgo político entre los que se encuentran los pactos de sometimiento a la jurisdicción extranjera o a tribunales arbitrales para protegerse de la inestabilidad legislativa o por la desconfianza que generan los tribunales locales. También pueden pactarse cláusulas de estabilización en las que el Estado se compromete a congelar el régimen legal vigente al momento del contrato de modo que los cambios en la ley y los reglamentos no afecten el emprendimiento.

J) Riesgos ambientales: tiene gran importancia por la especial trascendencia que este riesgo ha adquirido en los países en desarrollo debido al activismo de las organizaciones

¹⁴²Wood, Phillip op.cit.

ambientalistas y a las convenciones internacionales aprobadas por los distintos países, el Pacto Mundial, etc. Por ejemplo, los proyectos de energías alternativas inciden directamente en el medio ambiente, los eólicos afectando el paisaje, las plantas regasificadoras pueden producir afectación de la fauna marina, etc.

En general, en estos casos se propicia una reunión con la comunidad sobre la que pueda surgir el impacto ambiental y se pide asesoramiento a expertos locales, se trata de intervenir en la comunidad para ayudar social y económicamente y se desarrolla un procedimiento de manejo ambiental adecuado para los participantes del proyecto.

K) Fuerza mayor: es el riesgo de que algún imprevisto paralice el funcionamiento del proyecto cuando estaba operando. La fuerza mayor se puede definir como todo acontecimiento inevitable, irresistible e imprevisible, de acuerdo con lo dispuesto por nuestro Código Civil. En tal sentido, corresponde incluir en el concepto eventos tales como: naufragio, terremoto, actos de autoridad los que generalmente son cubiertos pólizas de seguros.

8.1.3.- Los protagonistas del Project Finance

En el Project Finance intervienen gran cantidad de sujetos que están interesados en el éxito del proyecto, de lo cual se desprende la variedad de contratos que pueden confluir en una única operación económica. Es así que intervienen compradores, inversionistas, promotores, asesores, el Estado, etc. Puede darse que todos estos sujetos se relacionen entre sí o que las relaciones jurídicas se traben entre algunos de ellos, pero lo importante es que para tener una comprensión cabal del alcance de la figura corresponderá analizar todos esos vínculos jurídicos que se entremezclan y la incidencia de cada uno respecto al otro.

El sponsor o promotor es el protagonista, puesto que es quien identifica el proyecto y lo desarrolla, busca el vehículo adecuado para darle vida al mismo y es allí donde convergen las relaciones jurídicas. Es el responsable de que el proyecto culmine

“es quien va a ubicar y acercar a las partes que van a participar del proyecto y es quien estructura el mismo”¹⁴³

Encontramos que la primera figura jurídica que aparece es la llamada sociedad vehículo (Special Purpose Vehicle) , en adelante, SPV, ya que se requiere que se constituya una nueva sociedad ,que será una unidad económica separada y distinta de los promotores, que será creada con el único propósito de construir y operar el proyecto y cuya existencia estará determinada por la duración del mismo. Esto significa que dicha sociedad deberá contar con los activos y recursos suficientes para operar, sin recurrir activos de sujetos distintos.

Otra figura es el operador que será quien mantenga y opere el proyecto durante un periodo o durante todo el tiempo, es quien manejará las diferentes etapas, emergiendo sus obligaciones del contrato de operación.

Por otra parte, aparecen los compradores (off takers) que son los que se comprometen a pagar por el producto del servicio y que generalmente celebran un contrato de compra del producido del proyecto. Estos contratos de compraventa serán los que aseguren el flujo de caja para el pago del servicio de la deuda. Los compradores mantienen un estricto control sobre el proyecto con el fin de que les sea garantizada la calidad, el precio pactado, y la entrega puntual del producto, por lo que se establecen sanciones pecuniarias de entidad para el caso de incumplimiento.

La figura de los inversionistas o prestamistas también hace a la esencia del Project finance, puesto que sin ellos no sería posible el financiamiento. Cabe señalar que la participación de los prestamistas no es solamente para la firma del acuerdo de crédito con la compañía del proyecto sino que también suelen celebrar acuerdos directos con cada uno de los participantes del proyecto sobre las formas de asegurar la existencia de activos del proyecto. Es decir que al inversionista le va a interesar especialmente que el proyecto ya tenga asegurado al comprador de manera de tener una seguridad respecto al cobro de su crédito.

¹⁴³Calveth, Margareth. Experiencias internacionales en la asignación de riesgos en los esquemas de concesión y propuesta para Colombia. En seminario: concesión en infraestructura. Santa Fe de Bogotá, Ministerio de Hacienda , Corporación Andina de Fomento , 1996

8.2. El Project Finance y los contratos conexos

8.2.1.- Contrato de adquisición del producto o servicio del proyecto.

El tipo de contrato que se celebra es generalmente una compraventa del producto o servicio del proyecto o un contrato de suministro, siendo la compañía del proyecto el vendedor y el adquirente el promotor. En cuanto a su categorización desde el punto de vista jurídico es un contrato principal, bilateral, oneroso, es de tracto sucesivo porque se prolonga en el tiempo, “intuitu personae”, puede ser conmutativo u oneroso según se pacte bajo la modalidad de take or pay o similares.

Este contrato normalmente es celebrado antes de iniciar el proyecto ya que puede ser exigido por el Banco acreedor como garantía de la provisión de flujos de efectivo para cubrir la deuda. Sin embargo, sus obligaciones principales o sea el pago del precio y la entrega quedan sujetos a la condición de que el proyecto comience a operar.

El incumplimiento por las causales de la demora en la entrega pactada o que el proyecto no se termine en el plazo pactado o no tenga el producto la calidad esperada al momento de terminarse son sancionados en forma expresa.

Este contrato es sumamente importante puesto que determina los ingresos efectivos que va a tener el proyecto. Pero también resulta fundamental para distribuir el riesgo, puesto que el comprador asume el riesgo que pueda sufrir la demanda del producto y se encarga de venderlo ya sea directamente o por medio de otros sujetos.

En cuanto a la adjudicación de riesgos corresponde señalar que el comprador asume una parte del riesgo de mercado del producto del proyecto en lo que refiere a precio, costo y demanda.

Es decir, teniendo en cuenta que los precios pueden fluctuar durante el proyecto y que este riesgo no lo van asumir los prestamistas, se establece una fórmula para que se pueda ajustar el precio, la cual es definida en el contrato de compraventa. Otro riesgo es el de transmisión o transporte dependiendo del proyecto que se trate, el cual también es asumido por el comprador.

En cuanto a las principales obligaciones del contrato de compraventa, además del pago del precio, se pueden celebrar otros contratos adicionales para la transmisión o transporte del producto. También la obtención de los permisos y servicios para el

proyecto puede dar lugar a otros contratos. En cuanto a las especificaciones técnicas y de calidad son establecidos por el comprador y hasta se puede implementar un sistema de control de calidad cuyo incumplimiento es pasible de sanciones.

Además en cuanto a la modificación del proyecto el comprador debe asegurarse d que lo que se proyectó originariamente no va a ser modificado en contra de sus intereses.

Incluso cualquier modificación debe ser consultada al comprador no pudiendo llevarse a cabo la misma si ésta no es aceptada. Aquí se ve claramente el funcionamiento del coligamiento contractual. Es decir que el comprador puede oponerse a una modificación que debe realizar el promotor.

8.2.2 .Contrato de suministro de materia prima

Son contratos celebrados con proveedores de los insumos que necesita el proyecto para operar bajo un determinado precio y en determinadas cantidades y calidad. Aquí una de las obligaciones principales es cumplir con la entrega en tiempo y forma, por lo que corresponde regular en forma detallada las consecuencias del retardo. No olvidemos que el retardo incide en toda la cadena contractual, por el incumplimiento en los plazos estipulados en cada contrato.

Es un contrato principal, oneroso, bilateral, cuyas principales obligaciones están integradas por la entrega periódica de un bien a ser usado como materia prima del proyecto a cambio de una contraprestación a favor del proveedor. Contiene el marco general por el que se van a regir las partes para las futuras entregas.

8.2.3. Contrato de construcción y contrato de concesión

Por medio estos contratos el Estado otorga al promotor la construcción y explotación de un proyecto destinado al servicio de uso público así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento.

Las modalidades utilizadas son:

Build Operate and Transfer (BOT) La compañía privada financia, construye y opera un sistema de infraestructura que genera flujos de caja que permiten recuperar los costos de inversión y operación y en un plazo determinado la propiedad se transfiere en esta etapa.

Build, Operate and Own (BOO) El proyecto se construye y se opera pero no se revierte al ente estatal, no hay un período de operación y al final el Estado queda como propietario.

Build, Operate, Own and Mantain (BOOM) El proyecto se construye y se opera y queda como propietario pero además se le exige al contratista que mantenga el proyecto por su cuenta.

Build, Lease and Transfer (BLT) Se construye, se toma en leasing y luego se revierte al Estado.

Build, Operate, Own and Transfer (BOOT) La compañía construye, opera y es dueña por un tiempo y luego transfiere la propiedad al Estado.

8.2.4. Contrato de Operación y Mantenimiento

Una vez que se termina la construcción del proyecto el participante designado para operar el mismo, será quien reciba el suministro, repare y sustituya los repuestos.

Si categorizamos este contrato veremos que es un contrato principal, oneroso, bilateral, conmutativo, consensual e intuitu persona porque se celebra en razón de las cualidades del operador. Es de tracto sucesivo pues sus efectos se extienden a lo largo del período de operación del proyecto.

Dentro de las obligaciones del operador se destacan las siguientes: servicios solución a defectos y a situaciones de emergencia, obtención de permisos, obtención de repuestos y sustitución de equipos. En cuanto al precio y forma de pago los métodos más usados de remuneración son:

- 1.- Costo fijo: se acuerda un costo fijo para la operación y mantenimiento durante la etapa de concesión o un periodo de ésta.
- 2.- Costo utilidad. Se fijan los costos más un honorario o un margen de utilidad. También puede usarse un estímulo dependiendo de cómo logre bajar los costos de operación.
- 3.- Costo unidad: se paga de acuerdo a las tareas realizadas por el operador.
- 4.- Pago basado en el rendimiento. El operador logra aumentar la productividad sin afectar la calidad de las máquinas.

Hemos analizado la gran diversidad de contratos que integran la figura, extremo que apoya la ubicación de la misma como un coligamiento contractual, donde todos los contratos se encuentran enganchados y las vicisitudes de uno repercuten sobre los otros..

8.3. Project finance , contratos conexos y operación económica.

Habiendo efectuado la presentación general del concepto de Project Finance debemos mencionar que, siguiendo la tendencia mundial, nuestro país ha utilizado dicha figura especialmente en lo que refiere a los proyectos eólicos.

En los referidos proyectos se pueden apreciar específicamente todos los aspectos que hemos esbozado precedentemente. En efecto, resulta necesaria la celebración de varios contratos de distinta naturaleza, otorgamiento de garantías y el análisis pormenorizado de los riesgos.

Dentro de los contratos del proyecto se encuentra el contrato base que es el que genera el flujo de caja que garantiza el repago de la deuda contraída para el desarrollo del proyecto. Por otra parte, encontramos los contratos materiales, que son los que van a estar relacionados con la ejecución de la actividad específica. Generalmente son contratos de construcción llave en mano, contratos de compraventa de activos relevantes para el proyecto, contratos de suministro de insumos relevantes, contratos de garantía de funcionamiento de los fabricantes de los equipos o suministros, entre otros. Además encontramos los contratos de garantía sobre los activos del proyecto, celebrados para asegurar que en caso de incumplimiento del servicio de deuda los financiadores, puedan apropiarse del proyecto para conseguir nuevos sponsors para operarlos.

En el caso de los proyectos para la generación eólica¹⁴⁴ se observa el funcionamiento del Project Finance, donde el contrato base es el contrato de compraventa de energía eléctrica, mediante el cual UTE se compromete a comprar a la sociedad vehículo del Proyecto (SPV) que viene a ser el Generador, la potencia instalada en determinado parque eólico por un precio determinado y por un plazo cierto, que generalmente es de 20 años. Dicho contrato es el que garantiza a los financiadores que una vez que el parque eólico

¹⁴⁴Silvera Betania, Financiación de proyectos de energía eólica bajo la modalidad “Project Finance” Revista Tribuna del Abogado, Nro. 192 Año 2015, pags.,11-15

se encuentre operando, el Generador tendrá un ingreso de dinero constante que le permitirá pagar la deuda.

El contrato de compraventa de energía, contiene una regulación detallada para el caso de que el Generador incumpla y prevé además que los financiadores del proyecto deberán ser notificados de los incumplimientos del Generador, concediéndoles un plazo determinado para subsanar los incumplimientos. Además del contrato de compraventa las partes suscriben Convenios de Conexión y de Uso, también denominados Acuerdos de Interconexión, donde se regulan los requisitos técnicos para la conexión física de la central generadora al Sistema Interconectado Nacional.

En cuanto a los contratos de garantía, son usuales las garantías sobre el flujo de fondos del proyecto, los créditos emergentes del generador son cedidos a favor de los financiadores. A su vez la disponibilidad de los fondos, los ingresos y movimientos operativos se regulan en el contrato de cuentas que será firmado por el Generador, los Financiadores y el Banco que actúa como agente de cuentas del Generador. También se puede constituir un fideicomiso de garantía donde el generador como fideicomitente, traslade a un fideicomiso los flujos de fondos emergentes del proyecto a beneficio de los financiadores.

Asimismo se otorgan garantías reales como la prenda sin desplazamiento de las acciones de los sponsors en el Generador. También se puede otorgar hipoteca sobre los inmuebles, si los sponsors o el Generador son propietarios de los inmuebles donde se asienta el Parque Eólico o prenda sin desplazamiento de los bienes muebles propiedad del generador ,como por ejemplo los aerogeneradores y los equipos eléctricos.

Resultan aplicables también las garantías personales como la cesión de los derechos de arrendatario de los contratos de arrendamiento del inmueble donde se asienta el parque eólico o la cesión general de créditos y derechos por parte del Generador, incluso todos los seguros del proyecto.

Nuestra opinión

Es notorio que la figura del Project Finance constituye un verdadero sistema contractual por conexidad, donde se observan en forma dinámica todos los conceptos que vertimos en la parte general. En efecto, encontramos contratos de la más diversa naturaleza, enganchados, ligados entre si, conviviendo uno con el otro, dependiendo la

supervivencia de cada uno de la validez y eficacia del otro, como si fuera una cadena formada por distintos eslabones.

Esos contratos están unidos por un objetivo común, por un plan ideado por las partes que es el proyecto, el cual fue planificado en forma detallada, donde se analizaron los riesgos que asume cada uno de los integrantes y donde se coligaron los contratos en forma deliberada. El objetivo común que une a los distintos sujetos es el éxito del proyecto. Toda esta planificación y todas las herramientas jurídicas destinadas a ejecutarlo forman parte de la operación económica que el proyecto intenta desarrollar y cumplir.

Por otra parte, en sede de cumplimiento también vemos actuar al Project Finance como un coligamiento contractual, ya que el incumplimiento de uno de los contratos incide en todo el conjunto. Por ejemplo: el cumplimiento tardío de uno de los contratos del proyecto incide en todos los eslabones de la cadena contractual. Es el caso del contrato de suministro de materiales, el retardo en la entrega los aerogeneradores atrasa su instalación y por ende incide en forma directa en el cumplimiento del plazo de puesta en marcha de la operación. En este caso, el retardo en el cumplimiento del referido contrato, incidirá en todos los demás: el contrato de construcción verá afectado el cumplimiento de su plazo de entrega “llave en mano”, el contrato de operación retardará su puesta en marcha, el contrato de compraventa de energía verá afectado el suministro en el plazo acordado y así sucesivamente. Lo mismo puede suceder en caso de una huelga prolongada de los trabajadores de la empresa constructora, que también puede ver retardado su cumplimiento en plazo, incidiendo en el resto de la cadena contractual.

Por ello, resulta fundamental delimitar los plazos de cumplimiento de cada uno de, los contratos previendo las distintas vicisitudes que pueden ocurrir en los otros contratos que quedan enganchados.

Otra figura que reafirma la calificación del Project Finance como coligamiento contractual y que nos confirma que en estos casos existe un quiebre del principio de relatividad de los contratos son las llamadas cláusulas “steps in rights” o estipulaciones a favor de terceros, (en este caso los financiadores del proyecto), tendientes a disminuir los riesgos del financiamiento del proyecto.

El derecho de Step in, tal y como su traducción del inglés lo indica, significa intervención, por lo que en conjunto se obtendrían derechos de intervención en los contratos. Las cláusulas “steps in right” pueden revestir dos modalidades:

a) Aviso de carácter informativo, en este caso prácticamente la totalidad de las comunicaciones que se cursen entre las partes en relación a los aspectos sustanciales del contrato, deben ser remitidas a los financiadores, a efectos de poner en su conocimiento que existe algún tipo de indicador de que alguna de las partes no está ejecutando el contrato de manera adecuada. En este caso se habilita una intervención por parte del financiador, con el objeto de promover los cambios pertinentes para recuperar el proyecto, de modo de mitigar el riesgo existente de no poder hacer frente al servicio de deuda.

b) Subrogación. Se fundan en la consideración expresa del carácter de sucesor calificado que se le da al financiador del proyecto. Refieren a la posibilidad de que, ante incumplimientos sustanciales del generador, el acreedor (financiador) tome el lugar del generador (de entenderlo pertinente) en el contrato por sí o a través de un prestador calificado, sin que opere la rescisión del vínculo contractual.

Asimismo, en el caso de rescisión del contrato, de entenderlo pertinente, el acreedor o el adquirente de energía pueden acordar la venta del proyecto, estipulándose que el precio no sea inferior al necesario para cubrir la deuda (excluido el margen de beneficio del generador)

Como vemos en estos casos, se admite la intromisión de terceros en los distintos contratos particulares. Es decir que, los financiadores del proyecto pueden entrometerse lícitamente, dentro de aquellos contratos de los cuales no son parte en sentido sustancial y jurídico del término. Aunque tampoco son terceros ajenos por cuanto tienen interés en que los contratos se cumplan en tiempo y forma, para poder recibir el pago de la deuda.

Sin mayor hesitación, concluimos que efectivamente la modalidad de contratación del Project Finance participa de los caracteres atribuidos por la Doctrina a los contratos conexos y por lo tanto nos pronunciamos por incluirlos dentro de la referida categoría. En su mérito, quedan incluidos todos los problemas que plantea la aplicación de la misma en atención a la naturaleza especial que implica la imbricación de los contratos.

En este orden de ideas, cabe destacar el rol fundamental que tendrá el concepto de operación económica en la interpretación de los contratos coligados y que forman parte del Project Finance, especialmente cuando en alguno de los contratos conexos no se haya previsto en forma expresa la vinculación con el resto, debiendo acudir al concepto referido a los efectos de determinar la voluntad de las partes y fallar en forma ajustada a derecho.

CAPITULO IX

PROPUESTAS PARA LA REGULACION DE COLIGAMIENTOS CONTRACTUALES

Luego de haber analizado los distintos problemas que plantea el fenómeno de la conexidad contractual y remitiéndonos a las consideraciones vertidas a los largos de este trabajo, se sugieren las siguientes propuestas:

1. Admisión de los contratos conexos o coligados como categoría jurídica independiente. Se ha justificado en forma la necesidad de dicho reconocimiento.
2. La construcción de la categoría debe limitarse a la conexidad contractual voluntaria ya sea expresa o tácita. Entendemos que la conexión necesaria ya tiene su regulación en los principios generales (contrato preliminar y definitivo, contrato accesorio y principal) y la conexión legal también está consagrada en los tipos contractuales determinados (leasing, franchising, etc.) . Por lo tanto, corresponde incluir a la categoría que está fuera de regulación o sea la conexidad voluntaria.
3. En cuanto al concepto de coligamiento contractual nos remitimos a la propuesta efectuada en el Capítulo III , donde se considera como elementos relevantes la pluralidad de contratos y la voluntad de enganchar esos contratos para el logro de una finalidad supracontractual que identificamos con la operación económica y el surgimiento de los deberes y obligaciones colaterales que surgen para cada integrante del coligamiento por formar parte del sistema.
4. En los casos de conexión voluntaria tácita, la misma tendrá que ser probada y se impone efectuar una labor de interpretación que será más ardua, por lo que habrá que establecer como principio general que los contratos serán

interpretados los uno por medio de los otros e incluir el concepto de operación económica a los efectos de desentrañar la finalidad perseguida por las partes en el coligamiento. En este sentido señalamos que debería consagrarse la regla general de que los contratos conexos deber ser interpretados en función de la operación económica que persiguen. A tales efectos corresponde dotar de herramientas al intérprete, en cuyo caso deberá consagrarse el valor de la prueba indiciaria a fin de determinar la común intención de las partes en el coligamiento contractual.

5. En oportunidad de regular la categoría de contratos conexos es viable adoptar previsiones similares a las del Código Civil argentino en tanto se establece que una vez probada la conexidad el contratante tendrá determinadas acciones para defender sus derechos frente a cualquier integrante del sistema.
6. En este orden de ideas, corresponde analizar si resulta viable oponer la excepción de incumplimiento total o parcial por parte de uno de los contratantes con respecto a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato.
7. Otra cuestión a resolver es que sucede cuando la extinción de uno de los contratos provoca la frustración de la finalidad económica común. Es decir quienes pueden reclamar y como se resuelve la cuestión de los daños y perjuicios que sufrirán las partes. O si por el contrario habrá que regular que cuando el contratante se integra al coligamiento comercial acepta el riesgo de frustración del negocio y sus consecuencias.
8. Será pertinente analizar la viabilidad de conceder una acción directa para que cualquiera de los integrantes del coligamiento contractual pueda accionar contra otro integrante en caso de incumplimiento. No obstante, corresponde tener presente que la acción directa tiene carácter excepcional y solo procede en los casos previstos por la ley. En caso de denegatoria de la acción directa una posible solución es que las partes al momento de perfeccionar el contrato introduzcan cláusulas suspensivas que subordinen la eficacia del contrato al cumplimiento de la prestación del negocio conexo.
9. Hay institutos que resultan de la aplicación del régimen de responsabilidad contractual que deberían ser revisados y reformulados para ser aplicados al coligamiento contractual tales como la resolución del contrato y sus efectos, la indemnización por daños y perjuicios, etc.

10. Atento a que en nuestra opinión nacen obligaciones y deberes colaterales que asumen los integrantes del coligamiento contractual por integrar el sistema, corresponde determinar la naturaleza jurídica de estos deberes , bajo que figura jurídica se efectuará su control y que sucede en caso de incumplimiento de este tipo de obligaciones .
11. Es interesante la incorporación de las clausulas “steps in rigt” que fueron analizadas con la figura del Project Finance que implican la intervención o intromisión en los contratos con amplias facultades, por parte de terceros que no son parte de los mismos
12. El cambio en el paradigma de la interpretación priorizando la operación económica sobre el resto de los elementos puede implicar una corrección en las normas interpretativas vigentes. .

CAPITULO X

CONCLUSIONES GENERALES

1. Del análisis de la evolución histórica de la sociedad y del derecho privado en este último siglo se ha pasado del sistema contractual simple a la conexidad de los sistemas contractuales. El intercambio de bienes y servicios, como fenómeno altamente complejo en las sociedades modernas no pudo ser previsto por el legislador .La concepción del contrato paritario desarrollado por personas ubicadas en pie de igualdad, con el mismo poder de negociación y que buscan una finalidad concreta al celebrar un contrato, ha sido superado, por la masificación y la fluidez del tráfico comercial que torna indispensable la formación de grandes sistemas contractuales en los que el sujeto deja de ser protagonista.

2. Existe un cambio de paradigma en lo que refiere a la concepción clásica del contrato, evolucionando del contrato singular y estático al contrato dinámico y que se materializa a través de los sistemas contractuales . Ello implica que, en clave de interpretación, se

haya evolucionado de la interpretación literal de los contratos a la sistemática jurídica, que a través de la introducción del concepto de operación económica nos permite interpretar e integrar el coligamiento contractual.

En estos encadenamientos contractuales la circunstancia de estar cada contrato al lado del otro, hace que presenten una configuración especial. Los contratos conviven, se necesitan unos a otros como en una relación simbiótica y no es posible pensarlos en forma aislada. Por ello, las vicisitudes de uno repercuten sobre los otros y deben ser interpretados los unos por medio de los otros, tal como vimos que lo consagra en forma expresa el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina.

Por los motivos expresados, resulta prudente que las partes al celebrar los contratos coligados, en el ejercicio de su autonomía privada o poder normativo negocial, expresamente regulen el coligamiento contractual, estableciendo las consecuencias de los incumplimientos para cada caso, de manera de facilitar la labor de aplicación del derecho en los casos de conflictos.

3. El análisis del coligamiento contractual, nos conduce al quiebre del concepto clásico del principio de relatividad de los contratos, tal como lo concibió el legislador. En efecto, entendemos que el tercero que no es parte en el contrato, pero lo es del coligamiento contractual, no es un verdadero tercero, en el sentido técnico jurídico tradicional, sino que nos encontramos ante una categoría contractual diferente.

En este orden de ideas, concluimos que se trata de una figura que se encuentra en mitad de camino entre el concepto de “parte contractual” y “tercero ajeno al contrato”. Es una categoría especial, que corresponde atribuir al sujeto en función de su calidad de integrante del coligamiento contractual y como tal debe ser reconocida y analizada.

Esta constatación, entre otras, abona nuestra posición, orientada a concluir que el coligamiento contractual debe constituirse en una categoría jurídica independiente.

4. Con respecto a la hipótesis del régimen de responsabilidad que corresponde aplicar en los casos en que el daño es sufrido o soportado por un integrante del coligamiento contractual, pero que no es parte del contrato incumplido, entendemos que en estos casos debe considerarse al conjunto de contratos como un todo, en su globalidad. En tal caso, ese tercero estaría legitimado para accionar bajo el régimen de responsabilidad contractual contra cualquiera de los integrantes de la red.

Nos inclinamos por esta solución bajo el régimen vigente, aunque no es ajeno a nuestro razonamiento que en una concepción tradicional, ese sujeto debería reclamar bajo el régimen de responsabilidad extracontractual. No en vano, hemos visto que esta situación ha sido considerada por la Doctrina, como un caso dudoso o zona gris, siendo ésta una de las situaciones manejadas como argumento para el acogimiento de la unificación del régimen de la responsabilidad civil.

Sin embargo entendemos que sería apropiado promover la consagración de una acción directa, de manera tal, que cualquiera de los integrantes del coligamiento puedan accionar contra el daño ocasionado por otro integrante de la red contractual.

5. Con respecto a la cuestión de la causa concluimos, en un todo de acuerdo con la posición sostenida durante este trabajo, orientada a considerar a los coligamientos contractuales o sistemas contractuales por conexidad como una categoría jurídica independiente. En consecuencia, en cada uno de los contratos que integran el coligamiento existirá una causa como función económica específica e individual, que cada contrato individualmente considerado intenta realizar. Concomitantemente, encontramos una causa concreta de todo el coligamiento contractual, que identificaremos con la finalidad supranegocial que llevó a los contratantes a unir o ligar estos contratos en cuanto a los efectos. Esta finalidad supranegocial puede asimilarse con la operación económica unitaria que el conjunto de contratos como tal intenta realizar.

6. Es destacable el camino que recorre la jurisprudencia en cuanto admite la operación económica para la interpretación del coligamiento contractual destacando la “valenza normativa”¹⁴⁵ y de “categoría ordenante” que tiene dicho concepto, sin las cuales la labor de interpretación estaría alejada del verdadero contenido del acto de autonomía privada cuyo sentido se pretende desentrañar.

7. En cuanto al abordaje efectuado respecto a la viabilidad de considerar que la herramienta del Project Finance, utilizada para la mayoría de los contratos relacionados con las inversiones de gran porte, pueda ser explicada desde el punto de vista jurídico

145Blengio, Juan. Revista Doctrina y Jurisprudencia. Año 2013. Nro.1

y sustentada en función del fenómeno de coligamiento contractual entendemos que se han vertido argumentos suficientes para dicha inclusión.

En su mérito, corresponde ser sumamente cuidadosos y eficaces en la labor que desarrolle el equipo del proyecto y especialmente el papel de los abogados asesores que debe captar la esencia de los contratos coligados y ser minuciosos en cuanto la regulación de las obligaciones de las partes, las consecuencias del incumplimiento, las causales de rescisión, coordinar la estipulación de plazos de cumplimiento en los distintos contratos en forma racional, distribución adecuada de los riesgos, etc.

8. Con respecto a las herramientas jurídicas con que se cuenta actualmente para resolver los asuntos relacionados con los coligamientos contractuales, encontramos la figura de la estipulación de terceros y el concepto de operación económica, que entendemos que a nivel jurisprudencial podrán permitir solucionar problemas de interpretación.

No obstante, nos inclinamos por la solución adoptada por el Código Civil y Comercial Argentino, en el cual sin dejar de reconocer la heterogeneidad de las situaciones de coligamientos contractuales, se regulan criterios específicos en cuanto a la interpretación y en cuanto a las hipótesis de incumplimiento para el tratamiento de las situaciones referidas.

9. Sin embargo, pese a la ausencia de norma reguladora específica en nuestro derecho positivo, puede considerarse que el camino seguido por la jurisprudencia a la hora de interpretar los contratos conexos, en la búsqueda de la verdadera intención de las partes y el reconocimiento de la operación económica, lejos de implicar un quiebre del principio de seguridad jurídica, lo revitaliza por cuanto permite tener presente a la hora de dictar sentencia las circunstancias del caso.

Blengio ¹⁴⁶manifiesta que ello no implica alejarse de la norma, sino buscar la interpretación que más se adecúa al caso concreto y a las circunstancias fácticas, extremos que se ponen de relieve a la hora de interpretar un coligamiento negocial.

¹⁴⁶Blengio, Juan. Ob. Cit.

Finalmente, señalamos que durante todo este trabajo hemos recorrido un extenso trayecto para fundamentar el reconocimiento de los sistemas contractuales por conexidad como categoría jurídica independiente.

En el camino, encontramos un marco teórico basado en los principios generales de libertad, igualdad y buena fe aplicables a la figura.

También hallamos elementos individualizantes, en lo que refiere a la aplicación del principio de relatividad de los contratos, la causa y el régimen de responsabilidad, a lo cual se agregan los criterios especiales de hermenéutica jurídica, aplicables en sede de interpretación.

En nuestra búsqueda encontramos características especiales de la figura que abonan nuestra teoría y un gran compañero de ruta en las normas consagradas por el Código Civil Argentino, que confirman la viabilidad de dar un tratamiento normativo como categoría independiente a los coligamientos contractuales.

El camino es arduo y está plagado de piedras y obstáculos dogmáticos, pero como dice el poeta “se hace camino al andar” y este trabajo pretende ser un mojón en ese largo camino.

-----0-----
