

## **El desequilibrio negocial y el debilitamiento del nexo contractual**

CHRISTIAN LARROUMET

Profesor emérito

UNIVERSIDAD PANTHÉON ASSAS (PARÍS)

Presidente

ASOCIACIÓN ANDRÉS BELLO

DE LOS JURISTAS FRANCO LATINO AMERICANOS

Un desequilibrio se puede encontrar en la negociación de un contrato cuando no hay igualdad entre las partes, es decir, que las partes no están en una situación equivalente económicamente. Una parte está en una posición de debilidad que permite a la otra parte abusar de su posición social o económica para imponer a la parte débil su voluntad respecto al contenido del contrato. Una tal situación existe en todos los sistemas jurídicos desde siempre. Durante mucho tiempo en nuestras legislaciones el legislador no intervino para restablecer la igualdad o proteger la parte débil en el nombre de un orden público de protección. Los Códigos de nuestros países consideraban que los requisitos de derecho común eran suficientes para proteger la parte débil. Es sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo xx que apareció lo que se puede considerar como el dirigismo contractual, es decir, la intervención del legislador para controlar el contenido del contrato o para sancionar los comportamientos desleales de la parte en posición dominante que podría abusar de esa posición. El ámbito de elección del dirigismo o proteccionismo contractual es el contrato de adhesión. Sin embargo, el abuso de su posición dominante por un contratante se puede encontrar en contratos que no son de adhesión, porque hay una desigualdad evidente entre las partes en la negociación del contrato.

Cierto, antes de la segunda mitad del siglo xx el dirigismo contractual no era desconocido. Pero éste era muy tímido y existían en Francia pocas situaciones, como por ejemplo, entre otros, en el contrato de transporte (prohibición de las cláusulas elusivas de responsabilidad, ley de 1905; régimen imperativo de la responsabilidad del transportador marítimo, ley de 1936 y Convención de Bruselas de 1924) o el contrato de seguro para proteger al asegurado (ley de 1930). A partir de los años 1960 y sobre todo 1970 en Europa, los legisladores intervinieron para promover una protección más intensiva de la parte débil en los contratos. Es obvio que una tal legislación tenía como efecto perjudicar a la autonomía de la voluntad y la libertad contractual. Sin embargo, estos principios tienen un valor solamente bajo la condición de una igualdad socio-económica

entre las partes. El ámbito filosófico y sociológico del siglo xx no era favorable a un dogmatismo que tenía como fundamento el valor absoluto de la libertad contractual en todas situaciones. Eso explica el debilitamiento del nexo contractual no solamente en los contratos de adhesión, sino también en contratos que podrían teóricamente suponer una negociación, pero, en realidad, esa no existe verdaderamente por motivo de la desigualdad de las partes. Ciertamente, el contenido del contrato no está impuesto por el legislador. Este se preocupa solamente, en primer lugar, de las cláusulas demasiado favorables a una parte y muy desfavorables a la otra y que permiten considerar que la primera abusó de su posición de fuerza, y, en segundo lugar, del comportamiento de una parte en posición de fuerza que le permite celebrar con una parte más débil un contrato desfavorable a la segunda.

Una de las primeras manifestaciones de la intervención del legislador en este sentido fue la protección de los consumidores en contra de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con profesionales. Se trata de una cuestión bien conocida en la mayoría de las legislaciones en el mundo y no quiero desarrollar este tema para consagrarme a otra manifestación recién aparecida por lo menos en derecho francés. Se trata de los abusos de fuerza económica en los contratos celebrados entre profesionales y más especialmente los comerciantes. Lo que caracteriza estos abusos es que el derecho francés los considera en el ámbito del derecho de la competencia, más especialmente de lo que llamamos en Francia "las prácticas anticompetenciales". Es una diferencia importante con las reglas de protección de los consumidores, que no consideramos directamente como una parte del derecho de la competencia, sino del derecho civil, aunque una competencia leal supone que todos los profesionales traten al consumidor de la misma manera sin que unos puedan sacar provecho de una cláusula abusiva y no otros. En otros términos, la filosofía jurídica que inspira la protección de los consumidores es distinta de la filosofía del derecho de la competencia. La segunda se fundamenta sobre el interés general y el orden público económico de dirección para permitir la libre empresa, mientras la primera se fundamenta sobre el orden público de protección de intereses privados, lo que tiene consecuencias respecto a la sanción y más especialmente la naturaleza de una eventual nulidad del contrato o de la cláusula.

Entre los tipos de abusos entre profesionales, los cuales pueden ser varios, son dos los que ilustran especialmente el abuso de fuerza.

**El primero consiste en un comportamiento que tiene consecuencias contrarias a la libre competencia entre empresas.** Un tal comportamiento es prohibido. Se trata de la "explotación abusiva de una posición dominante" sobre un mercado (art. L.420-2 C. com.). Entre ejemplos de este comportamiento, hay el rechazamiento de venta, venta con condiciones discriminatorias, ruptura de una relación comercial existente. Además, la ley asimila

a un tal comportamiento la “explotación abusiva del estado de dependencia económica” por un comerciante en contra de un contratante por la utilización de un rechazamiento de venta u otras prácticas discriminatorias entre sus clientes. La prohibición y su sanción se aplican bajo dos requisitos.

El primero consiste en una posición dominante de la empresa sobre un mercado. Se considera que existe una posición dominante sobre un mercado cuando la empresa tiene una participación sobre dicho mercado mucho más importante que la de otra empresa o de las demás empresas.

El segundo requisito es el rechazamiento por el contratante de la empresa dominante de condiciones comerciales que le aparecen como sin justificación, lo que demuestra el abuso.

Es obvio que, en estas situaciones, se perjudica a la libertad contractual y a la autonomía de la voluntad. El legislador quiere impedir comportamientos que son dañinos a la libre competencia, la cual es un principio esencial en un sistema de liberalismo económico. También es obvio que en nuestro sistema de organización social y económica, la libre empresa y la libertad de emprender tienen un valor superior a la libertad contractual en la jerarquía de los valores de nuestras sociedades de tipo liberal. Es una cosa que no habían concebido los legisladores del siglo XIX. Así se puede justificar el debilitamiento del nexo contractual. No se trata de una desaparición de la libertad contractual, sino de una restricción en el interés general cuando la libertad contractual está en conflicto con un principio superior de organización socio-económica.

**El segundo tipo de abuso entre profesionales consiste en la sumisión o la tentativa de sumisión de un contratante a “obligaciones que crean un desequilibrio significativo entre derechos y obligaciones entre las partes en el contrato”.** Es una ley del 4 de agosto de 2008 que decidió sancionar un tal abuso en derecho francés (art. L.442-6 C.com.). La sanción se aplica en las relaciones entre comerciantes o entre un comerciante y su cocontratante, aunque el segundo no sea un comerciante. En efecto, la palabra francesa para designar este último es “partenaire commercial”, lo que quiere decir que se trata de relaciones de negocios entre un comerciante y otra persona que no debe ser necesariamente comerciante. El abuso consiste de parte del comerciante en la sumisión o la tentativa de sumisión de su contratante a derechos u obligaciones que crean un desequilibrio significativo entre las partes en el contrato. La noción de desequilibrio significativo entre derechos y obligaciones de las partes en el contrato encuentra su origen en la protección de los consumidores en contra de las cláusulas abusivas. En efecto, la ley francesa aplicando una directiva europea sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores considera como abusivas las cláusulas que crean un desequilibrio significativo entre los derechos

y obligaciones de las partes en el contrato. Es exactamente la misma noción que volvió a tomar el legislador mercantil. En otros términos, el comerciante no puede abusar de su posición de fuerza para con su contratante profesional imponiendo estipulaciones que demuestran ventajas excesivos a favor del comerciante u obligaciones en detrimento de la otra parte en el contrato. En realidad se trata de cláusulas del mismo tipo que aquellas relativas a la protección de los consumidores.

El motivo del legislador para ampliar la prohibición del desequilibrio significativo a los contratos celebrados entre profesionales era luchar contra los abusos cometidos por las redes de gran distribución para con los productores. Era cierto que los productores pueden vender a los grandes canales de distribución solamente en las condiciones dictadas por estos, lo que había generado abusos insostenibles para los productores. Sin embargo, la ley no se limita a esa situación y el legislador utilizó una fórmula general porque se puede encontrar abusos en otros ámbitos.

La particularidad que tiene el derecho francés y que no se encuentra necesariamente en otras legislaciones es un ámbito de aplicación muy amplio de la prohibición de cláusulas abusivas. Es una prohibición que concierne no solamente las relaciones con los consumidores, sino también las relaciones entre profesionales y más especialmente los comerciantes. Los únicos contratos para los cuales no hay restricción a la libertad contractual son los contratos celebrados entre personas que no contratan en el ejercicio de su profesión ni en calidad de consumidores. Todos los comerciantes que contratan con otros comerciantes o profesionales así como todos los profesionales que contratan con los consumidores están sometidos a la prohibición de las cláusulas abusivas. Desde entonces, se puede considerar que reglas de derecho a priori de derecho especial aparecen hoy en día como reglas de derecho común. La consecuencia es que la tendencia a la restricción de la libertad contractual se convierte en el derecho común y la autonomía de la voluntad la excepción. Una tal tendencia podría ser todavía más amplia en uno de los tres proyectos de reforma del derecho de contratos en Francia. En efecto, este texto propone ampliar la prohibición del desequilibrio significativo a todos los contratos, cualesquiera que sean. En este caso, la libertad contractual respecto al contenido de los derechos y obligaciones generados por el contrato desaparecería. Se trataría de una verdadera revolución. Una tal reforma sería excesiva y se podría concebir solamente cuando se trata de un contrato de adhesión, lo que es previsto por el proyecto relativo al derecho de contratos. Lo contrario hubiera sido una negación total de lo que subsiste de la libertad contractual. Sin embargo se debe saber que, en materia de venta a los grandes canales de distribución los contratos no son totalmente de adhesión, porque hay algunas cláusulas que los productores pueden negociar y discutir. En realidad, se trata más de cláusulas abusivas que de contratos de adhesión.

Sin embargo, hay dos diferencias entre la ley civil de protección del consumidor y la ley mercantil del derecho de competencia. En primer lugar, la ley civil excluye del ámbito de las cláusulas abusivas las cláusulas relativas a la "adecuación del precio o la remuneración al bien o al servicio". Eso se puede perfectamente entender porque el derecho francés salvo excepción no admite la lesión. La ley mercantil no comporta esa restricción y eso permitió a la Corte de apelación de París aplicar la prohibición del desequilibrio significativo a la adecuación del precio al valor del bien. Una tal solución es totalmente contraria al rechazo de la lesión en derecho francés y se necesita esperar la posición de la Corte suprema, más aun cuando hay otra disposición de la ley que sanciona el comportamiento de un comerciante que obtiene o intenta obtener "condiciones abusivas de manera manifiesta respecto a los precios bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales" (art. L.442-I-4).

La segunda diferencia concierne a la sanción del desequilibrio significativo. Respecto a los contratos celebrados por los consumidores, se trata de la nulidad de la cláusula abusiva. Es una nulidad de protección y, por eso, de naturaleza relativa que solo el consumidor puede invocar ante el juez. Sin embargo, el juez puede suprimir la cláusula de oficio y la Corte europea de justicia considera que el juez tiene la obligación de hacerlo. Respecto al desequilibrio significativo del Código de comercio, la sanción es ante todo la responsabilidad civil extracontractual del comerciante para con la víctima del daño (art. L. 442-I, al. 1). Sin embargo la ley admite otras sanciones y especialmente la nulidad de la cláusula diciendo a la iniciativa de toda persona que tiene interés incluso el ministerio público. Por consiguiente, se trata de una nulidad absoluta de interés general y no privado, lo que se puede concebir ya que se trata de derecho de la competencia.

Para concluir esta exposición sobre la restricción a la libertad contractual, diré simplemente que si se puede considerar una coherencia de la posición del legislador francés en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores con profesionales, coherencia que corresponde a un movimiento mundial, no se puede encontrar lo mismo respecto a los contratos celebrados entre profesionales. Las medidas adoptadas por la ley respecto a las cláusulas abusivas en este ámbito son inconexas, sin lógica y tienen en ciente el riesgo de desaparición de la libertad contractual. Hubiera sido mejor construir el derecho de las prácticas anticompetenciales de otra manera sin referirse al desequilibrio significativo o limitar el desequilibrio a algunas situaciones de abuso flagrante o entre grandes canales de distribución y productores.