
LOS CONTRATOS ATÍPICOS

Walter Gutiérrez Camacho

Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.

1. INTRODUCCIÓN: IMPORTANCIA Y CONCEPTO

El legislador más imaginativo y prolijo no podría superar la realidad comercial; por ello el repertorio de contratos típicos o nominados, como los llama el Código, es limitado frente al número y variedad de los contratos atípicos utilizados en el tráfico comercial. En efecto, la dinámica del mercado no puede verse encerrada en el conjunto limitado de contratos que ofrece el ordenamiento jurídico; por eso, el propio sistema legal ha sancionado la posibilidad de que los agentes (protagonistas) del mercado diseñen sus propias relaciones contractuales en sintonía con sus necesidades. La comprobación legal de esta afirmación la hallamos en un principio consagrado en la Constitución: la libertad de contratar (artículo 62). Ciertamente, este principio está compuesto por un plexo de derechos que no vamos a desarrollar ahora, pero del cual forma parte la posibilidad de que los particulares configuren nuevos contratos.

La consagración de este derecho resulta vital en una economía social de mercado como la nuestra, no sólo porque el reconocimiento de las actividades económicas constituye una manifestación de las libertades personales, sino porque desde un punto de vista económico son indispensables para el desenvolvimiento del mercado. Si admitimos que la actividad económica no

sólo se corona sino que se hace posible con el contrato, reconoceremos de modo inmediato la necesidad de contar con un repertorio abierto de contratos. Esto es posible gracias a la libertad de contratar que ha sancionado nuestro sistema legal.

De esta manera, el nacimiento de los contratos atípicos es posible no sólo porque la ley lo admite porque es una necesidad insoslayable en el tráfico económico; y es que los contratos atípicos derivan en definitiva de las cambiantes necesidades económicas, de su evolución más rápida que los preceptos contenidos en las leyes. No constituyen en modo alguno un irregular proceso evolutivo, sino el normal desenvolvimiento de la vida jurídico-económica¹. No son, por tanto, un fenómeno patológico, sino una práctica regular en el quehacer comercial, en el desenvolvimiento del mercado.

Antes de continuar con el estudio de este tema, conviene que adelantemos qué entendemos por contratos atípicos, aquéllos que no encuentran una regulación positiva, integral y sistemática en el ordenamiento jurídico². Cuando nos referimos a una regulación positiva, integral y sistemática aludimos, entre otras cosas, a que:

- La regulación ha de hallarse en la ley, es decir, debe ser expresa; tal situación

se da no sólo cuando un contrato tiene una regulación propia o directa, sino también cuando la tiene por remisión. En nuestro sistema es el caso de la permuta, que como todos sabemos, se rige por lo dispuesto en el Código para la compraventa (artículo 1603). En otros términos, no es necesario que la regulación deba ser exclusiva, como equivocadamente se podría pensar, sino que es perfectamente posible que se pueda predicar la tipicidad de un contrato que encuentra regulación en la normatividad de otro.

- La regulación ha de ser integral y con ello pretendemos destacar que no es suficiente una regulación fragmentaria del tipo contractual, y por tanto incompleta, es necesario que el contrato se halle legislado en sus elementos esenciales, de suerte que pueda diferenciarse de otros tipos contractuales. Es decir, no basta que uno o alguno de los elementos de un contrato encajen en uno o en más elementos de un contrato típico para considerarlo como tal, sino que, para ser típico, la regulación debe involucrar todo el contrato en su conjunto³.
- Por último, en relación con la exigencia de que la regulación ha de ser sistemática, creemos que el contrato no será típico pese a que la totalidad de sus elementos puedan encajar en dos o más contratos típicos, pues para que se pueda hablar de tipicidad deberán entrar todos en una sola figura contractual⁴. La razón es simple: cada tipo contractual regula un negocio, por lo tanto, hay una entidad, aunque no

1 Cfr. SANTOS BRIZ. *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*. Granada: Comares, 1992, p. 440.

2 Cuando decimos regulación positiva reconocemos que el ordenamiento jurídico se basa en la ley, pero es bastante más que el conjunto de normas legales; en este sentido también está compuesto, como sostiene S. Romano, por otros elementos tales como la jurisprudencia, la costumbre, etc., pero en realidad rebasa esto. Es una compleja y variada organización del Estado y de la sociedad. Es una serie de numerosos mecanismos y engranajes en las relaciones de autoridad. Es, dice el citado autor, una entidad que se mueve según las normas, pero que a su vez mueve a las normas... Las normas resultan así más bien el objeto, e incluso el medio de su actividad, que un elemento de su estructura. Véase SENTI, Romano. *El ordenamiento jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963.

3 Cfr. GASTALDI, José. *Contratos*. Vol. I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994, p. 173.

4 Cfr. GASTALDI, José. Op. cit., p. 174.

siempre exacta, entre el contrato y el negocio.

En suma, hablamos de contrato atípico cuando la figura contractual a la que nos referimos no calza con ningún tipo contractual recogido por nuestro ordenamiento jurídico; cuando la relación jurídica que genera está compuesta por obligaciones combinadas de tal manera que hay una cierta originalidad; y que el repertorio de contratos contenidos en el sistema legal se revela insuficiente para normarlo.

Sin embargo, es preciso indicar que concomitantemente con los conceptos de típicos y atípicos la doctrina ha coincidido en reconocer el supuesto de los contratos calificados con la llamada tipicidad social; estos contratos han sido reconocidos como una categoría distinta a las mencionadas. Serían aquéllos que no obstante ser atípicos, de acuerdo con los criterios expresados anteriormente, tienen plena aceptación social y son de un uso frecuente, hecho que obliga a que el derecho no pueda ser indiferente con respecto a ellos. Lo que sí se les exige a estos contratos es que, cuando menos, caigan dentro del concepto genérico de contrato recogido por el Código. De este modo, si tales actos caen dentro del tipo contractual genérico serán protegidos por la ley, pese a no contar con un tipo contractual en particular.

Todos los códigos poseen un repertorio de contratos a los que regulan positiva, integral y sistemáticamente. En nuestro caso son 17, aunque desde luego no son los únicos que aparecen en el Código, pero esta vez ya no disciplinados en los términos anotados, tal el caso de la transacción. A esos 17 contratos el Código los ha calificado de nominados, lo que llevaría a pensar que los que carecen de disciplina legal serían innominados; esto se reafirma cuando el propio Código utiliza esta expresión en el artículo 1353 ("Todos los contratos de

derecho privado, inclusive los innominados...").

Nosotros estimamos que se trata de un error; la moderna doctrina prefiere el término atípico para referirse a los contratos que carecen de normatividad. La razón es obvia: existen numerosos casos en los que los contratos tienen una denominación legal, en este sentido son nominados, pero esto no significa que hayan sido recogidos en toda su expresión por la ley. Además, como veremos luego, los conceptos de tipo, tipicidad y atipicidad son fundamentales en las ciencias, particularmente en el derecho.

2. LIBERTAD CONTRACTUAL COMO FUENTE DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS

Para entender cabalmente el fenómeno de la contratación atípica, es preciso detenernos un instante en la libertad de contratación.

Como todos sabemos, la libertad de contratar es una expresión de la autonomía de la voluntad, reconocida ésta como un principio general del derecho. En nuestro sistema, tanto la autonomía de la voluntad, como la libertad de contratar, han sido elevadas a la categoría de normas constitucionales mediante los artículos 2 y 62, respectivamente. En lo que se refiere a la autonomía de la voluntad diremos que como principio general cumple una triple función: es fuente creadora de derecho, fuente integradora, y fuente de interpretación. En cuanto a la libertad de contratar, en sentido genérico, se trata de uno de los supuestos básicos sobre el cual se sustenta la teoría contractual, compuesta por un conjunto de derechos. Uno de los aspectos fundamentales de la libertad de contratar

es la libertad contractual, que a su turno se compone de un plexo de derechos como veremos después, y que se encuentra reconocida en el artículo 1354 del Código Civil.

El repertorio de contratos ofrecido por el sistema legal es necesariamente limitado frente a las diversas posibilidades que se pueden presentar en el mercado; por ello la ley admite que las partes puedan crear otros tipos de contratos, que aunque no encajen en los ya normados, sí deberán hacerlo respecto del concepto mismo de contrato recogido por el Código. Esto es posible en virtud de la libertad contractual, que permite a las partes autodeterminar los alcances de sus relaciones contractuales. Pero ésta no es una facultad sin fronteras, la doctrina ha determinado que la autonomía de la voluntad y por tanto la libertad de contratar hallan sus límites en los intereses sociales o colectivos, que necesariamente han de primar sobre los individuales. Este planteamiento se ha plasmado positivamente, así el Código italiano recoge un artículo que con claridad establece:

Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley... Las partes pueden también celebrar contratos que no pertenezcan a los tipos sujetos a una disciplina particular, con tal que vayan dirigidos a satisfacer intereses dignos de tutela según el ordenamiento jurídico.

Aquí cabe preguntarse si, pese a que nuestro ordenamiento no ha recogido un precepto similar, igual el contenido de los contratos deberá ser de tal naturaleza que sea "digno de tutela". Siguiendo a Betti, quien sostenía que lo que se aparta de la "conciencia social" no merece esa tutela de la ley, Spota⁵ plantea que el contrato ha de

cumplir función económico-social, y que por lo tanto sólo corresponde amparar el convenio atípico que no se aparta de esa función, que significa algo más que el mero capricho, o lo fútil, aun permaneciendo dentro del ámbito de lo lícito. De este modo, no corresponde aceptar una orientación que brinde eficacia a un contrato por el que alguno consienta, a cambio de una contraprestación, en abstenerse de una actividad productiva o en un desarrollo estéril de la propia actividad personal o en una gestión antieconómica o destructiva de un bien sometido a su disposición sin que exista una razón socialmente plausible, sino sólo para satisfacer el capricho o la vanidad de la otra parte.

Nosotros creemos que los límites de la libertad contractual —y por consiguiente del contrato atípico— no se sustentan tanto en aspectos morales, siempre discutibles, o sociales, sino básicamente económicos. El contrato es una pieza fundamental de la actividad económica, por ello encuentra su razón de ser en el mercado. Conviene aclarar, como ya lo hemos hecho en otro trabajo⁶, que no somos partidarios de la irrestricta autonomía privada dado que tampoco existe mercado perfecto.

Queda expuesto entonces que el reconocimiento de la libertad contractual es inevitable para el desarrollo del mercado. De manera que su plasmación en la ley no responde tanto a un imperativo moral, como a un imperativo económico, pues su contenido práctico descansa en su función económico-social. Por eso puede suscribirse lo expresado por De Page, en el sentido de que este principio ha de entenderse

5 SPOTA, A. *Contratos*. Vol. 1. Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 201.

6 Sobre el tema véase nuestro trabajo "Economía de mercado y contratación", en DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, Carlos CÁRDENAS QUIRÓS y Wálter GUTIÉRREZ CAMACHO. *Contrato y mercado*. Lima: *Gaceta Jurídica*, 2000, p. 129 y ss.

no desde el punto de vista jurídico sino económico, pues la autonomía de la voluntad en el derecho es la traducción de un postulado económico; el libre juego de la oferta y la demanda⁷. Sin embargo, si bien se halla reconocida la libertad de determinación del contenido del contrato, tal libertad no puede violentar el orden público económico, establecido también en la Constitución, ni ser un ejercicio abusivo de tal derecho, pues éste no puede proteger conductas disvaliosas.

Como ya se insinuó en este trabajo, la libertad contractual es la facultad que el sistema legal reconoce a los particulares para concluir contratos, vinculándose —obligándose— jurídicamente entre ellos mismos. Pero hay que precisar que la libertad contractual no sólo es una facultad otorgada por el ordenamiento sino además garantizada por éste⁸.

Ahora bien, tanto la libertad de contratar como la libertad contractual serían meras declaraciones líricas si parejamente a ellas no se reconociera los derechos que las componen y que en definitiva integran estos conceptos. Tales derechos son:

- Libertad para contratar o no contratar (libertad de contratar).
- Libertad para decidir con quién contratar o con quién no contratar (libertad de contratar).
- Libertad para elegir el objeto del contrato y configurarlo internamente derogando el derecho dispositivo.
- Libertad para crear nuevos tipos contractuales y combinar los existentes.
- Libertad para usar las formas que las partes estimen convenientes⁹.

Nos interesa ahora destacar tan sólo la libertad de configuración del contrato, pues ella es la que revitaliza permanentemente el derecho de los contratos mediante la constante creación de contratos atípicos. En efecto, como ya lo hemos afirmado, al amparo de la libertad contractual, no es necesario que el contrato que celebren las partes pertenezca al catálogo de tipos contractuales sancionados por la ley. Puede tratarse de un contrato totalmente nuevo, siempre que no transgreda los límites impuestos por la ley; las partes pueden incluso recurrir a los contratos típicos “deformándolos” o combinándolos.

De esta manera, el derecho reconoce que los tipos legislados no pueden agotar las posibilidades de las partes cuando se hallan en el mercado, reina por tanto en el derecho de los contratos la libertad tipológica. En tal sentido esta libertad no sólo sirve a la economía, al movimiento de la riqueza y a la circulación, sino que permite disimular la forzosa imperfección de la obra legislativa que, confrontada con las particulares necesidades de las partes y dentro de un mundo tecnológico sorprendente, imprevisible y extremadamente veloz resulta inevitablemente incompleta¹⁰. Representa además, como veremos luego, el reconocimiento de la imposibilidad de alcanzar el contrato perfecto.

Algunas cuestiones finales antes de concluir este punto. La primera, indicar que el principio de la libertad de contratación, con categoría de “dogma” en la época codificadora, está sujeto actualmente a muy sensibles limitaciones. Ciertamente, esto no quiere decir que la libertad de configuración del contrato haya perdido vigor, sino que a diferencia de lo que se pensaba antes esta libertad, lo mismo que cualquier

7 Cfr. REZZÓNICO, Juan, C. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 183.

8 Cfr. REZZÓNICO. Op. cit., p. 21.

9 Cfr. REZZÓNICO. Op. cit., p. 215.

10 Cfr. REZZÓNICO. Op. cit., p. 184.

libertad, es limitada. Eso queda patentado, por un lado, cuando comprobamos la manera como han proliferado las prohibiciones ante las que ha de detenerse la iniciativa de los contratantes, y por otra (lo cual tiene todavía más trascendencia), el legislador ha hecho sentir su intervención en ciertas esferas de la contratación mediante la imposición, con carácter imperativo, de cláusulas y condiciones¹¹. Los ejemplos de intervención del Estado en el derecho contemporáneo, no se reducen como antaño al contrato de arrendamiento, en la actualidad puede constatarse esta intervención en áreas tan importantes como el derecho bursátil, la contratación de consumo, el derecho de libre competencia, el derecho societario, etc.

Con todo, aún queda un amplio espacio a la iniciativa de los particulares para que diseñen sus relaciones contractuales con arreglo a sus intereses y a las necesidades del negocio. Si esta creación hace fortuna, porque responde adecuadamente al tráfico que pretende regular y porque sintoniza con el sistema legal, tarde o temprano este contrato se tipificará.

De otro lado, conviene precisar que la libertad contractual no les permite a las partes —ni siquiera de mutuo acuerdo— alterar la naturaleza de un contrato típico por el hecho de atribuirle una específica denominación o calificación, ya que la naturaleza de la relación depende del contenido de las estipulaciones que integran el contrato¹².

En suma, tanto el concepto de contrato recogido en el artículo 1351 del C.C., así como la libertad contractual acogida en el artículo 1353 ofrecen un amplio espacio para que los contratantes puedan crear

nuevos contratos. El sistema de libertad contractual sería imposible sin el reconocimiento de un concepto genérico de contrato; de ahí la importancia del artículo 1351 de nuestro Código. Puede en este sentido suscribirse lo que afirmaban Buckland y McNair, refiriéndose al sistema del *Common law*: "Nosotros tenemos un derecho del contrato mientras que lo de ellos —los romanos— era el derecho de los contratos"¹³. En efecto, junto con los contratos típicos nuestro sistema reconoce la libertad negocial que junto con el concepto de contrato y toda la parte general del contrato hacen posible que los particulares puedan concluir negocios que la ley no ha recogido expresamente.

3. EL CONTRATO PERFECTO

Como ha expresado Posner¹⁴, la economía es la ciencia de la elección racional en un mundo (nuestro mundo) donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas. En este sentido el hombre es un maximizador racional de sus fines en la vida. Es decir, la economía parte del hecho de que el comportamiento humano y, por consiguiente, sus decisiones están gobernadas por la maximización de las utilidades. Según Coase¹⁵ esto hace de la economía la ciencia de las elecciones humanas; un enfoque económico, tal como ha sido planteado, puede y debe ser aplicado de forma más general en todas las ciencias sociales y desde luego en el derecho.

11 Cfr. ENNECCERUS. *Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, 1966, p. 4.

12 ENNECCERUS. *Op. cit.*, p. 4.

13 Cit. REZZÓNICO. *Contrato, concepto y tipo*, 1985, p. 928.

14 POSNER, R., *El análisis económico del derecho*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 11.

15 COASE, R. *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid: Alianza Editorial, 1994, p. 9.

Tradicionalmente los abogados hemos procedido inductivamente, es decir, partimos de un concepto ideal y sobre esa base construimos nuestra "realidad", la realidad jurídica. La economía nos permite bajar de la estratosfera y pisar tierra. Salir de nuestras edificaciones teóricas para saber lo que pasa realmente en la actividad económica que pretendemos regular. El derecho por sí mismo, sin el auxilio de las ciencias sociales, en especial de la economía, no puede conocer la realidad. Pero la economía no sólo nos permite conocer mejor la realidad, sino también entender mejor nuestra propia ciencia, trasladando el análisis económico a las categorías jurídicas. Aceptar el método de análisis económico no significa necesariamente suscribir una ideología, sino reconocer las ventajas que dicho método brinda.

Si la actividad económica se corona con el intercambio, es decir, que la actividad económica tiene como último propósito la transacción de bienes, esto no sería posible sin el contrato. En otras palabras, las transacciones económicas son realizables gracias al contrato. No debemos olvidar, entonces, que en la entraña de todo contrato vive una operación económica. De ahí que abordar el estudio de la teoría general del contrato prescindiendo de la perspectiva económica es imposible. El estudio del contrato atípico no escapa de esta regla. Si existe una figura del derecho que se encuentra vinculada a la economía, ésta es el contrato.

Desde el punto de vista económico, la función de los contratos es reducir los costos de transacción, dar seguridad y permitir la planificación. Un catálogo cerrado de contratos no permitiría el cumplimiento de estas funciones. El mercado es excesivamente dinámico como para que pueda ser regulado por un conjunto limitado de figuras. De ahí la necesidad de una figura ge-

nérica que englobe a todos los contratos. El contrato como tipo genérico es la respuesta a esta necesidad.

En este sentido es evidente que el contrato tiene otra función, además de las ya señaladas: "completar el acuerdo de las partes mediante una interpolación de las cláusulas faltantes"¹⁶. En otros términos, es también función del derecho contractual la de alcanzar lo que se denomina el contrato perfecto. Estamos ante un contrato perfecto cuando los contratantes, al tiempo de concluir el contrato, se han puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución¹⁷. Desde luego el contrato perfecto no existe. Negociar un contrato perfecto no sólo es imposible sino antieconómico. Los costos de transacción, en especial los de información, nos obligan a resignarnos a contratos cuyos riesgos están incompletamente especificados. Si Adán y Eva hubieran querido celebrar un contrato perfecto para comer el fruto del árbol de la ciencia, aún estarían sentados en el Paraíso totalmente ocupados con las negociaciones¹⁸.

De este modo, el derecho contractual cumple con la labor de reconstruir el contrato perfecto en aquello que las partes no pudieron, o sencillamente no quisieron abordar. En este propósito, la teoría general del contrato y la figura del contrato atípico en particular juegan un rol especial, porque ofrecen a las partes la posibilidad de diseñar el contrato de acuerdo con sus necesidades.

16 POSNER. Op. cit., p. 93.

17 SCHAFFER, Hans Bernd y Claus OTT. *Manual de análisis económico del derecho*. Madrid, 1991, p. 261.

18 SCHAFFER. Op. cit., p. 262.

4. TIPO, TÍPICIDAD Y ATÍPICIDAD

Interesa tratar ahora tres conceptos claves para entender el tema de nuestra exposición, nos referimos a: tipo, tipicidad y atipicidad.

Como ya se anotó, el derecho de los contratos no se encuentra encerrado en la ley, rebasa esas fronteras y muy a menudo nos encontramos con figuras contractuales que la ley ignora, pero el derecho no. Por ello todas las legislaciones modernas acogen una noción general de contrato, aunque conserven al lado de ella una serie de figuras contractuales típicas, que no son en realidad más que posibles contenidos —no todos por cierto— del contrato genéricamente concebido¹⁹.

Los conceptos de tipo y tipicidad se hallan íntimamente vinculados. En el derecho la tipicidad aparecerá caracterizada como regulación o normación, precisamente a través de los tipos. Así, se dirá que es típico lo regulado y que es atípico lo no regulado.

Debemos indicar que en el mundo jurídico, el tipo aparece siempre ligado a una determinada realidad social. Esta realidad social a la que nos referimos es, frecuentemente, una conducta que es elevada a categoría jurídica a través del fenómeno de la tipificación. El tipo, entonces, se utiliza para distinguir las diversas conductas a las que el ordenamiento eleva a la categoría de jurídicas. De este modo una conducta social-tipo, por medio de la tipificación, pasará, luego, a ser un tipo jurídico²⁰.

Resulta preciso aclarar que de ninguna manera el tipo y tipicidad son privativos de

lo jurídico. Según advierte English "el concepto de tipo se ha convertido en un concepto de moda en todas las ciencias"²¹. En realidad más que una moda, consideramos que satisface una necesidad que tienen las ciencias, particularmente las sociales, que les permite organizarse, para poder en base a los conceptos y tipos establecer teorías que respondan a la exigencia de ordenación que tiene todo sistema legal.

Ahora bien, como afirmamos anteriormente, el tipo legal no es una creación en abstracto, producto de una mente genial, sino que es la realidad social, la actividad económica la que le da vida. Todo tipo encierra un concepto, pero no es sólo un concepto. En cierto modo, el concepto no es más que la suma de rasgos característicos determinados con alguna precisión, mientras que el tipo es más que la mera agregación de las partes; la incidencia se halla puesta en el conjunto más que sobre los datos característicos particulares. El tipo aparece entonces como un cuadro significativo compuesto de partes pero sólo aprehensible en su generalidad: una mera enumeración de datos caracterizantes no da jamás un tipo²². Así, el tipo es una unidad básica sobre la cual se edifica el ordenamiento jurídico y que comprende los conceptos fundamentales de un sistema legal.

Del tipo debemos pasar al concepto de tipicidad. Hablamos de tipicidad cuando nos referimos a un especial modo de organizar la regulación de los actos jurídicos; ordenación que se efectúa a través y por medio de la noción de tipo. En este sentido, la idea de tipicidad se muestra siempre como un mecanismo jurídico que tomando como base al tipo de la realidad social, cul-

19 Cfr. JORDANO BAREA. *Los contratos atípicos*, p. 412.

20 GETE, Alonso. *Estructura y función del tipo contractual*. Barcelona: Bosch, 1978, p. 14.

21 Cit. por REZZÓNICO. *Contrato*, p. 931.

22 Cfr. REZZÓNICO. *Contrato*, p. 932.

mina como la creación de un tipo jurídico. La tipicidad viene a ser de esta manera, un modo peculiar de organizar la regulación de los actos humanos: una conducta será jurídicamente eficaz en tanto y en cuanto coincida con cada uno de los tipos descritos por cada sistema²³.

En este punto cabe preguntarse cuál es la función que cumple la tipicidad. Por un lado, tiene una función individualizadora, es decir, nos permite distinguir determinados actos de otros. En este sentido, la tipicidad es ordenación y valoración de conductas. A dicha función se suma una función jurídica, que es la de regulación²⁴. De esta manera, la noción de tipicidad comporta siempre y esencialmente la de regulación.

En el proceso de tipificación de todo contrato primero hay que calificarlo como tal, es decir, que la conducta o relación social de la que parte la tipicidad contractual es, en primer término, el contrato considerado *in genere*: o sea el acuerdo de voluntades tendente a producir obligaciones. El primer paso entonces es distinguir el contrato en cuanto acto jurídico diferente a todos los demás. Luego, determinada la condición de contrato, se procederá a ubicarlo dentro de la diversidad de tipos contractuales.

De este modo puede hablarse, entonces, de tipicidad de primer orden o grado —el contrato— frente a otra de segundo orden o grado —los contratos—. La primera idea de tipo contractual es, así pues, la de contrato en cuanto acto jurídico distinto a todos los demás²⁵. Resumiendo: la tipificación del contrato supondrá un proceso por medio del cual se adicione a la figura básica —contrato en general— elementos que

permitan hablar de una figura contractual especial.

El tipo contractual, sin embargo, y la propia tipicidad no se manifiestan de una manera cerrada o definitiva, pues al lado de los contratos tipificados pueden hallarse tipos no reconocidos aun por la ley, pero que igual se utilizan y en ciertos casos con más frecuencia. Es más, incluso los tipos reconocidos, por efecto de la autonomía de la voluntad, pueden experimentar cambios evolucionando hacia nuevos tipos. De esta suerte, el derecho de los contratos es un derecho flexible, abierto a las exigencias del mercado.

Así, la contratación se hace posible gracias a la tipicidad legal y la tipicidad social, pero conviene enfatizar las diferencias entre ambas. La tipicidad legal necesariamente será siempre más amplia, pues recoge el tipo genérico (artículo 1351 del C.C.) del que se desprenden los tipos específicos. Por su lado, la tipicidad social es el contrato no regulado pero impuesto por la práctica comercial.

De esta suerte, al tipo legal y al tipo social siempre les corresponderá una regulación: la prevista en el Código u otras leyes, y la creada a través de la reiteración y la constancia. Al contrato atípico, en cuanto que no está "reordenado o reorganizado", en principio sólo podrá aplicársele la regulación que corresponde al presupuesto básico del que parte el contrato, su regulación concreta habrá que buscarse en cada caso, y precisamente por ello tales contratos pueden merecer el calificativo de atípicos²⁶. No obstante que reconocemos la existencia e importancia del contrato con tipicidad social —sobre todo por su valor a la hora de la interpretación—, no podemos dejar de advertir que, en rigor, tam-

23 Cfr. GETE, Alonso. Op. cit., p. 15.

24 Cfr. GETE, Alonso. Op. cit., p. 16.

25 Cfr. GETE, Alonso. Op. cit., p. 19.

26 Cfr. GETE, Alonso. Op. cit., p. 24.

bién se trata de un contrato atípico. Esta afirmación se basa en un postulado básico: "La experiencia jurídica es una experiencia normativa"²⁷, y la norma jurídica es norma esencialmente legal. De modo que lo que no está en la ley, en principio es atípico, lo que desde luego no quiere decir que sea indiferente al derecho.

5. CLASES DE CONTRATOS ATÍPICOS

Es difícil hablar de una absoluta originalidad contractual, es decir, que sea posible la creación de un contrato que no guarde alguna semejanza con los tipos recogidos por el ordenamiento legal. En este sentido, los atípicos siempre poseen algunos rasgos típicos. Tal vez esta razón es la que ha llevado a la doctrina a clasificar los contratos atípicos partiendo de los contratos típicos.

Éste es el caso de la clasificación hecha por Enneccerus²⁸, que es una de las clasificaciones más completas, pero que ciertamente no está exenta de críticas como veremos luego. Para este autor un primer grupo estaría integrado por la unión de contratos y los contratos mixtos.

5.1 Unión de contratos

Son supuestos en los que las mismas partes celebran varios contratos distintos que se hallan unidos externa o funcionalmente. La unión de contratos se divide en tres casos.

- *Unión externa sin dependencia.*- Se trata de varios contratos típicos que se encuentran unidos externamente en un mismo documento, y que han sido concluidos coetáneamente, sin que exista dependencia de uno respecto del otro. En tal caso cada contrato se regula por sus propias reglas. Esto acontece cuando se compra una computadora y en el mismo acto se alquila otra.

- *Unión con dependencia.*- Es el caso de contratos que se hallan unidos funcionalmente; las partes los han concebido como un todo en recíproca dependencia. El problema que ofrecen estos contratos es determinar cuál de éstos domina la relación y por consiguiente influye sobre el otro, estableciendo de esta manera las normas a aplicarse.

Estos contratos se pueden presentar de dos maneras: dependencia recíproca y dependencia unilateral. En el primer caso podríamos poner como ejemplo la compra de una sociedad (empresa), en la que dentro de su objeto social está la producción de conservas, cuya marca se encuentra registrada a nombre de los ex accionistas, quienes convienen en licenciarles la marca. Se puede advertir que quien adquiere la empresa lo hace, entre otras razones, porque está en la confianza de que podrá usar la marca para comercializar su producción.

- *Unión alternativa.*- En este caso nos hallamos frente a dos contratos, celebrados por las mismas partes, que se encuentran sujetos a una condición suspensiva. De realizarse la condición se ejecutará sólo uno de ellos, quedando el otro sin efecto. Huelga decir que las reglas legales que se

27 BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Editorial Temis, 1992, p. 3.

28 ENNECCERUS. Op. cit., p. 3 y ss.

aplicarán en este caso serán las del contrato que se ejecute. Pongamos un ejemplo: el caso de quien, siendo funcionario de un banco, que suele ser trasladado para administrar agencias en todo el país, conviene con el propietario de un inmueble la compra de éste si lo asignan por más de dos años al lugar donde se ubica el inmueble, acordando además que si lo designan por menos tiempo el contrato será de arrendamiento. Como puede verse, en el citado caso hay dos contratos, pero cumplida la condición sólo uno se ejecutará.

En general parte de la doctrina (Enneccerus, Spota, etc.) suele citar esta clasificación como ejemplos de contratos atípicos. En nuestra opinión no pueden ser clasificados como tales. Estos contratos son producto de la complejidad con que en ciertos casos se puede presentar el tráfico comercial, pero ninguno de ellos tiene elementos de atipicidad; se trata en realidad de contratos unidos accidental o funcionalmente, pero siempre estaremos hablando de varios contratos y no de un solo contrato. Ciertamente, estos contratos pueden representar un problema a la hora de determinar la norma aplicable, pero ésta es una cuestión que se resuelve con las reglas de la interpretación contractual.

5.2 Contratos mixtos o complejos

El caso que ofrecen los contratos mixtos es distinto al de la unión de contratos; ya no se trata de una pluralidad de contratos unidos entre sí, sino de un contrato unitario, pero cuyos elementos esenciales de hecho están regulados, en todo o en parte,

por disposiciones relativas a diversas especies típicas de contratos²⁹. Así, estos contratos resultan de la combinación de elementos de diferentes contratos típicos; tal combinación no se halla regulada positiva, integral y sistemáticamente por la ley y sin embargo, las partes la quieren como una unidad contractual. Es fácil advertir que muchos contratos modernos han nacido de esta manera, convirtiéndose luego en contratos típicos. Tal el caso del *leasing*, que reúne en su interior compraventa, arrendamiento y opción.

Para solucionar el problema de la regulación de estos contratos se han diseñado diversas teorías, principalmente tres:

- *Teoría de la absorción.*- Postula que el contrato (la relación obligatoria) en su integridad debe ser regulado por las disposiciones que corresponden al tipo contractual que representa la prestación principal. Esta teoría no está libre de críticas, pues en muchos casos no es fácil determinar cuál es la prestación principal o, peor aún, puede haber más de una prestación con similar jerarquía.
- *Teoría de la combinación.*- Plantea la aplicación combinada de las normas que regulan las prestaciones de los contratos involucrados.
- *Teoría de la aplicación analógica.*- Según la cual los contratos mixtos no se encuentran en absoluto regulados por la ley, por consiguiente las normas particulares de los contratos típicos sólo son aplicables por analogía.

A nuestro juicio ninguna de estas teorías soluciona radicalmente el problema de la interpretación; sin embargo no debe desdeñarse su utilidad como pautas a tomarse en consideración a la hora de deter-

29 Cfr. ENNECCERUS, Op. cit., p. 9.

minar la ley aplicable al contrato atípico. Como se verá más adelante, lo determinante en la interpretación de estos contratos es el fin económico perseguido por las partes, y para poder determinar esto se tendrá que hacer un análisis caso por caso.

Los contratos mixtos se dividen en a) contratos típicos con prestaciones subordinadas de otra especie; b) contratos combinados; c) contratos híbridos o de doble tipo; d) contratos mixtos en sentido estricto.

- *Contrato típico con prestaciones subordinadas.*- Es el caso de un contrato que contiene dos o más prestaciones, una principal y las otras subordinadas, a cargo de una de las partes; si bien este contrato encajará dentro del tipo principal, no puede pasar inadvertido que de todos modos hay una prestación subordinada al fin principal y que se regula dentro de otra especie de contrato; sin embargo, esta circunstancia, toda vez que tal prestación está subordinada al fin principal del contrato, no puede alterar la naturaleza general de éste. En atención al papel accesorio de esta prestación subordinada, lo decisivo para el enjuiciamiento del contrato ha de ser, ante todo, el derecho de tipo básico. El ejemplo que pone Enneccerus es el arrendamiento de una habitación amoblada con servicio doméstico. Este contrato no deja de ser un arrendamiento, a pesar de haberse convenido también una prestación de servicios. Tal contrato se interpretará siguiendo las pautas de la teoría de la absorción. No obstante, si esto resultara insuficiente pueden aplicarse por analogía las disposiciones del otro tipo contractual³⁰.

- *Contratos combinados.*- Aparecen cuando una de las partes se obliga a varias prestaciones principales que corresponden a diversos tipos de contratos, mientras que la otra parte promete una contraprestación unitaria. No se trata de dos contratos unidos entre sí, sino de dos tipos de contratos mezclados, de manera que sólo pueden distinguirse en las obligaciones de uno de los contratantes, no en las del otro³¹. Spota³² sugiere como ejemplo de este tipo el contrato de pensión, en el que un estudiante contrata con el dueño de una pensión el uso de una pieza con el fin de habitarla, la prestación del servicio de limpieza, la ropa de cama, suministro de corriente eléctrica, agua, comida, etc., y todo ello mediante el pago de una suma global y mensual.

Los contratos combinados, donde existe una mixtura de distintos tipos contractuales, frente a una prestación única, deben ser interpretados separando cada una de las obligaciones principales combinadas.

- *Contratos de doble tipo.*- Se trata del caso en el que un contrato contiene prestaciones contrapuestas pertenecientes a tipos contractuales diversos, pudiendo por tanto encajar en dos tipos distintos de contrato. En este caso resultan aplicables tanto las reglas de un contrato como las de otro, no por analogía sino de manera directa.

El ejemplo clásico es el contrato de portería, mediante el cual se concede el uso de habitación a cambio de los servicios de portería. Aquí esta-

30 Cfr. ENNECCERUS, p. 11.

31 *Ibidem.*

32 SPOTA, A. Op. cit., t. 1, p. 205.

ríamos en presencia de un contrato de arrendamiento y al propio tiempo de un contrato de locación de servicios. Es arrendamiento pues se cede el uso de la habitación a título oneroso, y es locación de servicios pues éstos serán retribuidos.

Para efecto de la interpretación de estos contratos, como ya se señaló, pueden aplicarse las reglas de cualquiera de los contratos; sin embargo, si las normas de ambos tipos de contratos se contraponen se deberá atender el fin económico que en su conjunto persigue el contrato.

- *Contrato mixto en sentido estricto.*- Es el contrato que contiene un elemento que pertenece a otro tipo contractual. El ejemplo que suele ponerse en este caso es el contrato de compraventa con precio vil (venta con donación). Por ejemplo, se vende un inmueble, cuyo valor es 40 mil dólares a 10 mil, con el objeto de beneficiar al comprador. Existe en este caso una compraventa, pues la transferencia de la propiedad se hace por un precio, pero se advierte en esta relación contractual un elemento de otro contrato, que es la donación, en la hipótesis de que mediere la intención de atribuir gratuitamente una parte del valor del bien. Se trata de una donación con ropaje de compraventa³³.

Como ya lo dijimos, la clasificación referida en el punto anterior es la que más se ha utilizado por la doctrina; sin embargo, hoy puede advertirse que adolece de algunos errores. Y es que esta clasificación recoge figuras pseudoatípicas que hay que descartar. Nos referimos a la mera unión o pluralidad de contratos típicos en la que

sólo existe acumulación o yuxtaposición y no fusión o mezcla³⁴. También hay que descartar la figura denominada contratos conexos, que son figuras afines al contrato atípico, pero diversas, porque no son más que contratos típicos autónomos ligados entre sí por un simple nexo económico. Tal el caso del contrato de compraventa de automóviles con servicio de posventa. Estos contratos coligados aparecen en tres casos: a) en relación de mutua dependencia; b) en relación de subordinación; y, c) en relación alternativa³⁵.

Esto confirma que clasificar los contratos atípicos es un terreno poblado de complicaciones. Además de la expuesta en el punto anterior, existen numerosas clasificaciones; una de las más interesantes es la planteada por La Lumia. Para este autor existen dos categorías de contratos atípicos: los atípicos puros y los atípicos mixtos. La primera categoría se compone a su vez, de los contratos con contenido absolutamente nuevo y del todo extraño a los tipos legales. Tal el caso del contrato de licencia de uso de patente, que no se puede asemejar a uno de arrendamiento pues no hay propiamente posesión por parte del licenciario, sino que se permite a éste compartir una suerte de monopolio (derecho de explotación exclusiva) que confiere a su titular la referida patente. También integran esta categoría los contratos que se forman mezclando elementos legales y extralegales. El contrato de pensión es un ejemplo de este tipo de contrato atípico. En efecto, en este contrato concurren figuras reconocidas por la ley, pero de un modo unitario y con un fin económico distinto a cada uno de sus elementos particulares.

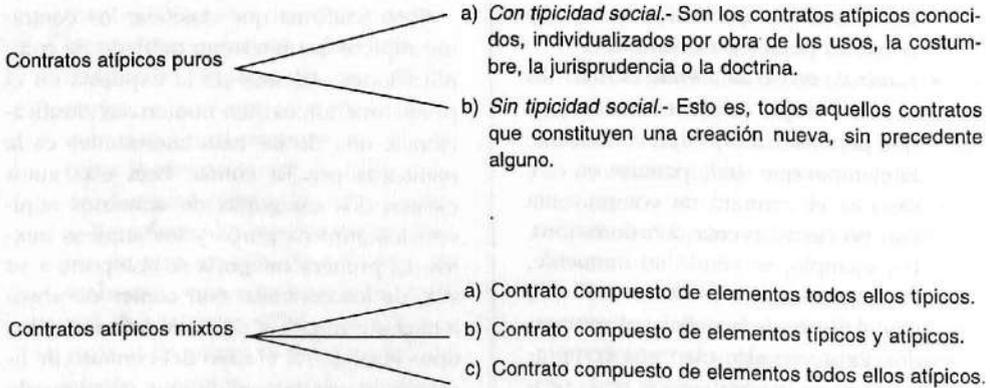
33 Cfr. SPOTA, A. Op. cit., p. 208.

34 Cfr. JORDANO. Op. cit., p. 427.

35 Ibídem, p. 428.

La segunda categoría está compuesta por los contratos atípicos mixtos, cuyo contenido se forma por elementos suministrados por la ley, dispuestos, sin embargo, en combinaciones distintas a las que se observan en los contratos típicos y atinentes a más de uno de ellos. Tal el caso del contrato de franquicia³⁶.

Esquemáticamente, esta clasificación³⁷ se puede presentar de la siguiente manera:



En resumen, son contratos atípicos puros aquellos "que carecen de todo ordenamiento legal y no coinciden en ninguno de sus aspectos con los contratos regulados"; son contratos atípicos mixtos aquellos integrados por composición de prestaciones típicas de otros contratos o de elementos nuevos con conocidos, dispuestos en combinaciones diferentes de las que pueden apreciarse en los contratos típicos y tomados de más de uno de estos contratos³⁸.

Adviértase que en el caso de los contratos atípicos mixtos, hay una unidad de propósito que hace inseparables las prestaciones y que determinan una consecuencia práctica fundamental: el incumplimiento de cualquiera de las prestaciones principales puede hacer caer todo el contrato, "pues al acreedor no le interesa recibir una sola prestación o aun todas menos una"³⁹. Por ello, puede decirse con Jordano que el

contrato mixto es síntesis y no suma de diversos elementos.

A título de ejemplo puede mencionarse el *outsourcing*, el contrato de *management*, el contrato de *catering*, el contrato de *shopping center*, el contrato de pensión, el contrato de servicios funerarios. Todos compuestos por varias prestaciones combinadas originalmente, pero que de modo individual no resultan útiles a las partes.

36 Cfr. JORDANO. Op. cit., p. 427.

37 Ibidem, p. 428.

38 MASNATTA, Héctor. *El contrato atípico. Monografías jurídicas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961, pp. 51 y 52.

39 MESSINEO, F. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: EJE, 1986, p. 394.

6. PROBLEMÁTICA DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS

Dado que todos los códigos reconocen el contrato como figura genérica, y parejamente con ello la facultad que tienen las partes para perfeccionar contratos de toda clase, aun cuando éstos no correspondan a los tipos consignados por el legislador, el contrato atípico no plantea un problema de obligatoriedad, sino de interpretación. En efecto, tal como sostiene F. De Castro⁴⁰ el problema subsistente es averiguar cuál debe ser la regulación imperativa a la que tendría que someterse y las reglas de derecho dispositivo que hayan de completar, en su caso, el negocio atípico. Coincidimos en que el contrato atípico no plantea un problema de reconocimiento legal, pues en gran parte a ello apunta la definición de contrato (artículo 1351), recogida por el Código, y la libertad negocial plasmada en el artículo 1353; sin embargo, persiste el problema de saber cuándo estamos frente a un contrato atípico y, posteriormente, cómo interpretarlo.

En relación a este último asunto, en nuestro sistema aparentemente la solución estaría en el artículo 1353:

Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.

El texto exige cuando menos un breve análisis. Comencemos diciendo que en el derecho comparado se han establecido normas similares:

Para el Código Civil francés (artículo 1107) se aplicarán las reglas generales sobre contratación:

Los contratos, sea que tengan una denominación propia, sea que no la tengan, están sometidos a las reglas generales que constituyen el objeto del presente título...

En el Código italiano (artículo 1323) el tema halla semejante tratamiento:

Todos los contratos, aunque no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, quedan sometidos a las normas generales contenidas en este título (o sea, "De los contratos en general").

El Código venezolano (artículo 1140) sanciona:

Todos los contratos, tengan o no denominación especial, están sometidos a las reglas generales establecidas en este título...

El Código Civil de México, para el Distrito Federal establece en el texto de su artículo 1858:

Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento.

Por su parte nuestro Código prescribe en su artículo 1353:

Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.

40 Cfr. DE CASTRO, p. 205.

De los ejemplos puestos puede advertirse que todos plantean, como pauta básica, que la parte general de los contratos, recogida por los códigos, sirva para regular los contratos atípicos. Sin embargo, como veremos a continuación, el problema de la interpretación se mantiene en pie⁴¹. La pauta planteada por nuestro Código no sólo deja el problema insoluble sino que resulta incompleta. De ahí que la doctrina nacional⁴² cuando aborda el tema sugiere complementar dicha pauta, y plantea el siguiente orden para interpretar los contratos atípicos:

- Principios generales del derecho (artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil).
- Las normas generales de contratación (artículo 1353 del Código Civil).
- La voluntad de los contratantes.

Sin embargo, creemos que el planteamiento sigue siendo incompleto, y si la forma como se presenta es el orden de aplicación nos parece errado. Más adelante nos ocuparemos del tema. Por lo pronto nos interesa intentar resolver el primer problema que plantea el contrato atípico: saber cuándo estamos ante un contrato de esta naturaleza.

La doctrina científica ha puesto especial hincapié en hallar algún dato de identificación de los contratos atípicos para diferenciarlos de la mera unión externa de contratos, y lo ha hallado o al menos se ha aclarado que en la causa, como móvil determinante incorporado a la declaración de voluntad o como resultado práctico que se proponen alcanzar los particulares, puede verse un elemento clave del significado de estos contratos.

Por ello se tiende a ver en la causa, considerada como el fin objetivo, de estos contratos lo que les da unidad propia de ser un solo negocio o si se trata de una pluralidad de negocios y, en tal caso, si son entre sí independientes, conexos y subordinados. La unidad de causa es, creemos, fundamental para estimar la existencia de un único contrato; de manera que si existen varias causas existirán varios contratos, entendiéndose que la causa puede ser compleja pero ser única, en tanto que los móviles impulsivos y determinantes pueden ser también varios y complejos, pero identificados en la finalidad económico-jurídica que se persigue. En síntesis, donde hay una causa única, aunque compleja, habrá unidad de contrato; en cambio donde hay pluralidad de causas habrá pluralidad de contratos⁴³.

De este modo el contrato atípico exige, como cualquier otro acto jurídico, el requisito esencial de causa, siendo preciso para su unitaria regulación que las diversas prestaciones pactadas cooperen con la misma intensidad al resultado querido y este resultado querido por las partes es el fin unitario que caracteriza al contrato.

La causa viene a ser lo que en definitiva califica de complejo al contrato y no como integrado de varios contratos independientes, por cuanto la finalidad perseguida integra la causa como única constituyendo un contrato complejo y atípico. Se ha de buscar por tanto en cada caso la "causa determinante" de la celebración del contrato⁴⁴.

En este sentido puede afirmarse que en el contrato típico, o nominado como prefiere el Código, la causa está determinada por la ley, en tanto que en el contrato atípico

41 Cfr. GASTALDI, J. Op. cit., p. 182.

42 DE LA PUENTE. *El contrato en general*, t. 1. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, p. 208.

43 MESSINEO, F. Op. cit., p. 393.

44 SANTOS, B. Op. cit., p. 444 y ss.

pico la causa está determinada por las partes o por los usos. De la atipicidad de causa depende la atipicidad del contrato.

7. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS

Había quedado pendiente encarar el problema de la interpretación de los contratos atípicos; éste es el problema fundamental del contrato atípico. El asunto reside entonces en la determinación de qué normas son prioritariamente aplicables: las normas generales sobre obligaciones y contratos o las correspondientes a los contratos típicos que pudieran ser afines.

En la actualidad se reconoce la preeminencia de las normas generales relativas a obligaciones y contratos. Desde luego, dentro de las normas generales tienen prevalencia las normas imperativas cuyo carácter preeminente surge del propio artículo 1356, que sanciona que la voluntad de las partes no puede derogar las normas imperativas. Ésta es la tendencia seguida por nuestro Código Civil.

No obstante, la pauta establecida en el artículo 1353 no es suficiente; el problema sobrevive:

Con el hecho de indicar *sólo* normas *generales*, aplicables también a los contratos inominados, la ley sugiere por otra parte un problema ulterior: el de la búsqueda y hallazgo de las normas *particulares* a cada uno de los contratos inominados⁴⁵.

El problema se agrava cuando constatamos que las normas generales de contratación se refieren a los elementos estructura-

les del contrato y lo que se busca, en realidad cuando queremos normar un contrato atípico es hallar las normas particulares que habrán de disciplinarlo.

De este modo, frente a un contrato atípico, el juzgador debe actuar casi como legislador, para construir la ley particular del caso planteado⁴⁶. En tal virtud, al margen de las distintas reglas de interpretación recogidas por ley se debe tomar en cuenta:

- El respeto a la finalidad o economía del contrato. La economía del contrato denota la función que las partes le atribuyeron al celebrarlo; por lo tanto, se considerará arbitraria la interpretación que desatiende su objetivo económico⁴⁷.
- "Cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, se debe más bien entenderla conforme al que ha podido tener efecto, y no según aquel sentido que daría por resultado no ser posible estipulación alguna"⁴⁸.
- El nombre que las partes le den al contrato celebrado no tiene carácter vinculante. A menudo las partes suelen denominar al contrato que celebran de una manera que no guarda relación con el contenido del contrato; en este caso el contrato deberá interpretarse atendiendo al tipo de relación jurídica que crea.

Queda claro que las anteriores son sólo algunas recomendaciones y no solventan el problema de la interpretación del contrato atípico.

Para atender este problema actualmente se plantea seguir el siguiente orden:

46 GASTALDI, J. Op. cit., p. 189.

47 Cfr. ALTERINI. *Contratos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 416.

48 POTHIER, R.J. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Heliasta, 1978, p. 60.

45 MESSINEO, F. Op. cit., p. 384.

- Respetar la voluntad de las partes.
- Aplicar las normas generales imperativas sobre contratos y obligaciones.
- Aplicar las normas generales supletorias sobre contratos y obligaciones.
- Aplicar las disposiciones correspondientes a los contratos típicos afines que sean compatibles con la economía y la finalidad del contrato atípico.
- Seguir los usos y costumbres de las plazas⁴⁹.

De otro lado, un tema que merece especial interés en la interpretación de los contratos atípicos es los usos y costumbres, sobre todo cuando hablamos de contratos mercantiles.

En efecto, en materia de contratos de tipicidad social tienen especial relevancia los usos, salvo que se trate de costumbre *contra legem*, pues en este caso, aun cuando se trate de leyes supletorias no podrán ser abrogadas por los usos y costumbres⁵⁰. Por consiguiente, los usos y costumbres sólo tendrán virtualidad legal cuando no colisionen con la ley, aun cuando ésta sea dispositiva. Esta misma es la tendencia seguida por nuestro sistema legal, pese al texto del artículo 2 de nuestro vetusto Código de Comercio:

Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se registrarán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del derecho común.

Del texto podría colegirse que en los contratos mercantiles atípicos los usos del

lugar prevalecen sobre las normas generales supletorias en materia de contratos y obligaciones. Tal interpretación es inadmisiblesi se tiene en cuenta el artículo 1353 del Código, que establece el ámbito de aplicación de las normas generales sobre contratación, y que a nuestro juicio ha derogado tal dispositivo⁵¹.

En relación con los usos y costumbres conviene precisar, como lo hace el proyecto de Código Civil argentino, que: "Las cláusulas abusivas no constituyen usos, aunque sean de práctica" (artículo 967).

En los contratos atípicos de consumo la interpretación de la ley aplicable y de sus cláusulas debe ser hecha en el sentido más favorable al consumidor⁵². Así se desprende del valor jurgeno del artículo 65 de la Constitución, que establece:

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

En el mismo sentido, la reciente aprobación del texto del artículo 2 del decreto legislativo 716:

La protección al consumidor se desarrolla en el marco del Sistema de economía social de mercado establecido en el capítulo I del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, debiendo ser interpretado en el sentido más favorable para el consumidor.

49 ALTERINI y LÓPEZ CABANA, R. "Contratos atípicos", *Contratos especiales en el siglo XX*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999, p. 16.

50 Cfr. ALTERINI. Op. cit., p. 13.

51 Tal es la posición sostenida por Alonso Morales Acosta en: "Los grandes cambios en el derecho privado moderno". Revista *Derecho de la Empresa*, Lima, 1990, p. 236.

52 ALTERINI. Op. cit., p. 15.

8. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Finalmente, quisiera reiterar esta idea: cuando las personas contratan, quieren realizar un negocio y no el cumplimiento de un esquema contractual⁵³. Recuérdese que el comercio rehúye ser encerrado en fórmulas rígidas, el empresario necesita de libertad para poder desarrollar su empresa. La libertad de empresa, la libertad de contratar, la libre competencia constituyen la esencia del mercado y la garantía de su dinamismo. Todo esto se combina con los avances científicos a los que no puede escapar el derecho y por lo tanto el contrato.

Los cambios experimentados en el mercado, en los últimos años, confirman nuestra afirmación. La sociedad posmoderna es una sociedad globalizada en la que la mayoría de negocios tienen vocación internacional. Una característica muy acusada de nuestro tiempo es que nos hemos convertido en una sociedad de servicios. Del consumismo de bienes pasamos al consumismo de servicios; piénsese en los servicios de telefonía, televisión por cable, internet, seguros, salud, educación, tarjeta de crédito, etc. A estos servicios se suman aquéllos que acompañan a otros contratos. Nos referimos a los servicios de posventa de computadoras, automóviles, etc.⁵⁴

La contratación habrá de seguirle el paso a esta realidad. Los contratos de nuestra hora no se ocupan tanto, como antaño, de la transferencia de bienes, hoy los negocios se basan en servicios, en intangibles. Esta

realidad penetra en el derecho y obliga a extender las fronteras del contrato. Estoy seguro de que el próximo siglo trae consigo, también, un nuevo concepto de contrato renovado, dinamizado por el contrato atípico.

La consecuencia de todo esto es que en nuestros días las leyes envejecen precozmente, la velocidad del tráfico mercantil, el avance de la tecnología y la integración de los mercados han hecho que la legislación aparezca vetusta tempranamente. Raras veces el sistema legal puede adelantarse con éxito a la realidad y, a menudo cuando lo intenta, el mercado suele superarlo. Por ello, siempre será un problema la calificación e interpretación de esas relaciones contractuales atípicas.

Como decía Werner Flume⁵⁵ en un extraordinario libro dedicado al negocio jurídico: no existe "el" contrato, sino solamente "los" contratos. El concepto de contrato es una abstracción, los contratos son una realidad y el derecho debe alimentarse de realidades. La realidad que constatamos es que dado que la perfección nos es esquiva, la legislación siempre será imperfecta, insuficiente frente a la realidad del tráfico comercial, así sea cual sea el diseño contractual que escojamos será forzosamente imperfecto. Las posibilidades que nos brinda la atipicidad contractual son infinitas, la imperfección de los tipos contractuales hace posible mejorar constantemente, sólo es necesario un pensamiento crítico.

Como ya lo hemos expresado, sin duda todo contrato deja una parte del negocio sin regular, porque no hay contrato perfecto; esa parte queda librada a la regulación que el derecho hace de ella. De esta manera todo contrato se compone de dos

53 Cfr. FARINA Juan. *Los contratos innominados y el derecho contractual*. R.D.C.D., año 11, Nº 66. Buenos Aires: Depalma, p. 4.

54 Cfr. GHERSI C. "La estructura contractual posmoderna". *Revista de Derecho Privado*, t. 3. Buenos Aires: Culzoni, 1997, p. 337.

55 FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Madrid: Fondo Cultural del Notariado, 1998, p. 705.

partes: el texto contractual y el contexto legal que lo integra y lo completa. Ésta es, junto con la reducción de los costos de transacción, la función del derecho de los contratos.

Por último, el contrato atípico nos confronta con un viejo problema del derecho contractual: saber, si cuando estamos en presencia de un acto desprovisto de forma y contenido típico, las partes realmente han querido celebrar un contrato y aun queriéndolo lo han logrado, o si sólo se han mantenido en el campo de las relaciones sociales, morales o religiosas⁵⁶. Todo este trabajo aspira a responder esta pregunta.

56 Cfr. GORLA, Gino. *El contrato*. Tomo 1. Barcelona: Bosh, 1955, p. 21.