

---

# CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS, TÍPICOS Y ATÍPICOS, Y SU RELACIÓN CON LAS NORMAS LEGALES

---

**Marco Antonio Ortega Piana**

*Abogado, profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima.*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

---

**E**l derecho es una disciplina científica que tiene por objeto "reglar" las relaciones sociales. Como señala Du Pasquier<sup>1</sup>, el derecho nace desde el origen de las sociedades como un remedio contra la anarquía, para asegurar la coexistencia pacífica de los miembros de un determinado grupo social, armonizando sus intereses individuales en función del bien común. Sin embargo, como disciplina reguladora del fenómeno social, el derecho depende de aquél para su propio desarrollo, lo procesa y sobre dicha base genera normas e instituciones jurídicas cuya finalidad no es otra que encauzarlo. En otras palabras, la realidad social constituye el *input* del derecho, mientras que las normas e instituciones jurídicas son el *output*.

Es así como debemos enfocar lo concerniente a la clasificación de los contratos en nominados e innominados, así como en típicos y atípicos.

No obstante que muchos autores asumen que existe una sinonimia entre contratos nominados y típicos, así como entre inno-

---

<sup>1</sup> DU PASQUIER, Claude. *Introducción a la teoría general del derecho y a la filosofía política*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1944, p. 9.

minados y atípicos<sup>2</sup>, considerando como contratos nominados aquéllos que son objeto de regulación legal (tipo legal, como descripción de conducta); por nuestra parte, nos inclinamos a sostener lo contrario, esto es, que no existe sinonimia entre contratos nominados y típicos ni entre contratos innominados y atípicos, siendo clasificaciones que responden a diferentes aspectos del contrato.

En efecto, la clasificación de contratos nominados e innominados se vincula, antes que a una referencia literal sobre si el contrato tiene nombre o no (como pareciera ser el origen histórico de la clasificación), a la circunstancia de que el respectivo contrato posea o no una regulación consuetudinaria, de manera que la sola referencia a su nombre o denominación permita identificarla; en cambio, la clasificación de contratos típicos y atípicos está referida a si el respectivo contrato ha sido objeto o no de regulación por la ley o, dicho de otro modo, de reconocimiento por el derecho positivo.

Para quienes hemos sido formados bajo la concepción de que el derecho es más que la norma legal escrita, resulta perfectamente posible sustentar que las clasificaciones a las que se refiere el presente artículo son distintas, ya que el carácter nominado o no de un contrato se relaciona ante todo con la realidad social o con los usos y costumbres, que son fuente del derecho, mientras que el carácter típico o no, se vincula con el aspecto formal del derecho: el reconocimiento de la realidad por la ley.

## 2. CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS

Son "nominados" aquellos contratos que poseen un nombre o denominación que permite su identificación y, de manera correlativa, diferenciarlos de otros; nombre o denominación que es comúnmente aceptado y que, precisamente por ello, en algunos casos (cuando el contrato es tipificado) es recogido por la ley dado su empleo constante y generalizado.

Pero el "nombre" contractual no es una simple ocurrencia de las partes, sino que como toda palabra sirve para designar algo, siendo ese "algo" lo que le da precisamente su contenido o significado. Así, en materia de contratación, el nombre de un contrato "nominado" representa un conjunto de reglas de uso difundido y aceptado que regulan el respectivo negocio. En dicho orden de ideas, tanto la compraventa como el arrendamiento son contratos "nominados", así como la fianza y el mandato, el arrendamiento financiero (*leasing*) y el fideicomiso (*trust*), por cuanto en todos y cada uno de ellos el respectivo nombre representa la aplicabilidad de un conjunto de reglas que se han ido generando y agrupando de acuerdo con las necesidades del proceso de intercambio de bienes y servicios, pudiéndose llegar al extremo de ser incorporadas a la legislación (proceso de tipificación legal).

Como contrapartida de lo anterior, son contratos "innominados" aquéllos que carecen de un nombre o denominación específica y socialmente aceptada. Sin embargo, el término "innominado" trasciende una simple ausencia de nombre, por cuanto dicha ausencia no es sino evidencia de que las respectivas reglas contractuales carecen de aceptación difundida, de manera

2 CASTALDI, José María. *Contratos*. Vol. 1. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994, pp. 163 y ss.  
MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, pp. 378 y ss.

que estamos ante los contratos que crean las partes, de acuerdo con sus propias necesidades y para regular determinada situación en ejercicio de lo que se conoce como "libertad contractual" (fijación del contenido del contrato) que no es sino una de las manifestaciones del "principio de autonomía de la voluntad", esto es, de la libertad misma ejercida en la esfera contractual<sup>3</sup>. Dependerá del empleo habitual o difundido de dichas modalidades contractuales en el mercado y, por consiguiente, de su aceptación generalizada, para que en determinado momento adquieran la característica de contratos "nominados", esto es, que se les asigne un "nombre" y que éste sirva inequívocamente para identificar las reglas que socialmente han sido aceptadas como propias de él.

Resulta pertinente manifestar que los contratos innominados se generan como consecuencia de la "libertad de contratar", la que incluso ha sido reconocida con rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual entraña el reconocimiento de la legitimidad de las partes para crear las estructuras contractuales que resulten más convenientes para regular sus intereses en función del dinamismo inherente al mercado; empero, también debemos manifestar que, como bien se ha afirmado<sup>4</sup>, el ejercicio de dicha libertad presenta una restricción genérica: el contrato innominado, como todo contrato, debe cumplir una función económico-social, debe ser un medio que permita la transacción de bienes y servicios, ya que el contrato en general no es un fin sino un mero instrumento.

Debemos destacar que la nominación contractual se vincula al uso constante y

generalizado de cierto conjunto de reglas convencionalmente aceptadas aplicables al respectivo negocio jurídico, lo cual ha llevado a sostener que la nominación de un contrato no es otra cosa que su "tipificación social", dado que el nombre socialmente asignado corresponde y representa la aplicabilidad de un conjunto de reglas contractuales que indirectamente están reconocidas por el ordenamiento jurídico desde el momento en que los usos y costumbres también son fuente de derecho<sup>5</sup>. Ahora bien, aunque dicha apreciación es correcta en principio, con cargo a desarrollar más adelante el tema, debemos precisar que el concepto de tipificación no lo asociamos a lo social sino a lo legal, esto es, al reconocimiento legislativo o positivo de las reglas aplicables a determinada modalidad contractual, lo cual tiene como presupuesto que dichas reglas ya fueron reconocidas y aceptadas socialmente (la jurisprudencia inclusive).

La importancia y relevancia de la clasificación de contratos nominados e innominados radica entonces en que permite determinar el conjunto de reglas (socialmente aceptadas) aplicables y, fundamentalmente, las consecuencias jurídicas de la respectiva modalidad contractual. Así, de pactarse un contrato como compraventa y de cumplirse con los elementos esenciales especialísimos de dicho contrato (que individualizan o identifican dicha modalidad contractual), las partes conocen (o debe-

3 CASTALDI, José María. Op. cit., p. 165.

4 GUTIÉRREZ, Walter. "Los contratos atípicos". *Ius et Praxis* 30. Lima: Universidad de Lima, enero-diciembre 1999, pp. 118 y ss.

5 Resulta pertinente destacar que Manuel de la Puente expresa que no necesariamente existe identidad entre los conceptos de "tipicidad social" y "contrato nominado" al manifestar que los contratos típicos sociales son generalmente (con lo cual pueden existir excepciones) contratos nominados ya que se les otorga un *nomen iuris* para distinguirlos de otros. (DE LA PUENTE, Manuel. *El contrato en general*. Primera parte. Tomo I. Vol. XI. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, p. 202.

rían conocer) que aquél entraña la obligación de entregar un bien en propiedad y, de manera correlativa, la obligación (para quien pretende adquirirlo) de pagar su valor en dinero; se descarta, en consecuencia, que la entrega del bien sea en uso (como ocurre en el arrendamiento), o que la entrega en propiedad constituya una liberalidad (como en la donación).

Sin embargo, el hecho de que determinado contrato sea "nominado" por las partes como de compraventa no entraña necesariamente que deba ser considerado como tal, por lo que no siempre podrá invocarse lo dispuesto en el artículo 1361 del Código Civil ("Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos..."); el correspondiente contrato será jurídicamente una compraventa en la medida en que su contenido concuerde con las respectivas reglas aceptadas socialmente y representadas con el término "compraventa". En tal virtud, es de resaltarse lo ya manifestado en el sentido de que el nombre o denominación de un contrato representa la identificación de su contenido con un conjunto de reglas; así, en el ejemplo propuesto, la naturaleza jurídica de la compraventa no estará determinada por la denominación asignada por las partes (lo cual puede ser algo meramente accidental) sino por el contenido del respectivo contrato, por la adecuación de lo contratado a las reglas agrupadas bajo la denominación de "compraventa". Otro tema será determinar si, verificada dicha adecuación, celebrar una compraventa era o no la intención de las partes.

Por lo expuesto, resulta evidente la ventaja de contratar bajo una modalidad "nominada", puesto que detrás de ella existen reglas socialmente aceptadas sobre la naturaleza, contenido y alcances del correspondiente contrato; sin embargo, ello a veces también puede generar inconvenientes ya

que los usos y costumbres deben acreditarse en caso de controversia (artículo 196 del Código Procesal Civil), o porque los usos y costumbres pueden carecer de un tratamiento uniforme en determinada plaza o mercado. Para evitar estos inconvenientes muchas veces se preferirá que el contrato contenga el mayor número de previsiones, lo cual puede tener un resultado adverso en el proceso de negociación por los diferentes temas en que se requerirá de un expreso acuerdo, desalentándose la contratación. Como solución a dichos problemas (no nos olvidemos que el derecho parte de la realidad) es que consideramos que se genera una segunda clasificación contractual: contratos típicos y atípicos.

---

### 3. CONTRATOS TÍPICOS Y ATÍPICOS

---

Ya hemos señalado que la expresión "contratos nominados" suele ser tomada como sinónimo de "contratos típicos". Así, por ejemplo, la sección segunda del libro VII (Fuentes de las obligaciones) del Código Civil tiene como título "Contratos nominados" cuando, conforme vamos a analizar, entendemos que ello sólo se refiere a ciertos contratos nominados, esto es, a los reconocidos por la ley civil: los denominados "contratos típicos".

Son "típicos" aquellos contratos que son objeto de disciplina legislativa, regulación que puede obedecer a múltiples razones, primando el significado económico que pudiera tener la respectiva modalidad contractual en el intercambio de bienes y servicios. De manera correlativa, son contratos "atípicos" aquéllos cuya regulación no ha sido incorporada en la legislación, aunque se trate de contratos de uso difundido y con reglas plenamente aceptadas e identificadas.

Conforme a la señalada disciplina legislativa se establece el "tipo", esto es, la descripción de las características que debe presentar necesariamente determinado contrato para ser categorizado de una manera y no de otra: el negocio jurídico debe reunir ciertos elementos llamados tipificantes (lo que en teoría del acto jurídico se denominan elementos esenciales especialísimos) para efectos de quedar sometido a cierta regulación legal, más allá de la denominación que las partes pudieran haber dado al respectivo contrato. Así, aunque las partes hubieran llamado mutuo al correspondiente contrato, si se acuerda que la devolución de la suma de dinero mutuada se realizará con bienes, ello será jurídicamente una compraventa (artículo 1665 del Código Civil), dado que lo convenido por las partes calza con la tipificación de la compraventa antes que con la del mutuo. De la misma manera, de existir acuerdo sobre bien y precio, y de no existir desacuerdo sobre cualquier otro aspecto no tipificante del contrato, estaremos ante un contrato de compraventa y, consecuentemente, el respectivo contrato estará regulado de pleno derecho por un conjunto de normas establecidas positivamente (que constan en un texto legal, por lo que ya no habrá que recurrir a probar la existencia de los usos y costumbres para determinar los alcances y efectos del correspondiente contrato).

Pero, la tipicidad no es un asunto que al legislador se le ocurra de la noche a la mañana. Debe tenerse presente —como hemos comentado inicialmente— que el derecho es una disciplina que regula las relaciones sociales; en consecuencia, dichas relaciones sociales evidenciadas en los acuerdos para efectos del intercambio de bienes y servicios constituyen un *input*, cuyo procesamiento en materia contractual genera un "tipo" que no es sino el *output*

del respectivo procesamiento del fenómeno social. Por lo tanto, en la práctica, el legislador no crea ni inventa ningún "tipo" contractual, sino que recoge el conjunto de normas convencionales (de uso constante, generalizado y aceptado) que estaban agrupadas de hecho (tipificación social) bajo determinado nombre, título o rótulo, ordenándolas y concordándolas con el sistema legal. En otras palabras,

... el nacimiento de los contratos atípicos es posible no sólo porque la ley lo admite (sino) 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<sup>6</sup>.

Así, bajo el tipo legal de la permuta se encuentra la realidad del trueque, modalidad contractual inmemorialmente empleada y que fue la forma más primitiva para el intercambio económico. Tratándose del suministro, con anterioridad a la promulgación del Código Civil vigente se trataba de un contrato nominado con un uso comercial muy difundido pero que no estaba "reconocido" legislativamente; sin embargo, considerando el uso difundido de dicha figura, el legislador finalmente optó por "tipificar" al respectivo contrato, reconociendo formalmente su existencia<sup>7</sup>.

Por lo tanto, ¿qué significa la tipicidad de un contrato?

Significa que dicho contrato generará determinadas consecuencias jurídicas según su contenido se ajuste o no a cierto "tipo" o descripción legal, el mismo que no es sino:

6 GUTIÉRREZ, Walter. Op. cit., p. 116.

7 DE LA PUENTE, Manuel. Op. cit., pp. 201-202.

... la regulación sistemática, extraída normalmente del conjunto de rasgos que presenta un contrato en la vida empírica, los que son aislados o inductivamente elevados a categorías descriptivas abstractas y flexibles, estructuradas con función ordenadora, comúnmente no forzosa<sup>8</sup>.

Así, una compraventa generará ciertos efectos (y no otros), al margen de que las partes hayan denominado o no de dicha manera el negocio jurídico celebrado, si es que el respectivo acuerdo de voluntades contiene los elementos tipificantes de la compraventa: acuerdo sobre bien y precio; de ser así, se le aplicará de pleno derecho cierto marco regulatorio. Empero, en caso de que el respectivo acuerdo de voluntades no contenga los señalados elementos tipificantes, sin perder su carácter vinculatorio entre las partes, dicho contrato no será categorizable como compraventa, pero podrá corresponder a otro "tipo" legal o, en último caso, será uno atípico.

Sin embargo, debemos destacar que la relevancia de la tipicidad contractual radica en que es un beneficio legal, lo cual justifica plenamente que se diferencie el concepto de contrato típico respecto del contrato nominado.

En efecto, dado que el derecho reconoce la importancia económica de ciertas modalidades contractuales en el proceso de intercambio de bienes y servicios, consideramos que releva a las partes de la necesidad de estipular todos y cada uno de los términos y condiciones del correspondiente contrato, por lo que será suficiente que pacten ciertos temas mínimos o esenciales (los elementos esenciales especialísimos o tipificantes) para que se genere la

correspondiente relación contractual, la cual quedará regulada de pleno derecho por el respectivo marco legislativo. Obviamente, queda a salvo el derecho de las partes de acordar términos y condiciones distintos a las previsiones legales, siempre y cuando no se atente contra las normas que interesan al orden público y a las buenas costumbres (que representan el límite natural para la contratación, sea típica o atípica).

Por lo anterior, la tipicidad contractual debe enfocarse como un tema vinculado a la reducción legal de los costos transaccionales para facilitar la contratación y, por ende, el intercambio económico.

Si es que no hubiera tipificación legal, siempre existiría cierto margen de duda o conflicto sobre el marco regulatorio del contrato "nominado", dado que los usos y costumbres que lo regulan no necesariamente son uniformes o porque aquéllos admiten modalidades o variaciones, de manera que dichas circunstancias de hecho obligarían a las partes (si es que éstas actúan diligentemente) a pactar expresamente una gran parte o todos los términos y condiciones propios de la operación comercial, lo cual implicaría una negociación que podría demandar una considerable inversión de tiempo y dinero que desaliente la contratación misma. Frente a ello, el derecho ha previsto la denominada "tipificación", conforme a la cual el contrato correspondiente quedará perfeccionado si es que las partes acuerdan cuando menos los elementos necesarios para su configuración (identificados por la realidad social y extraídos por la ley), porque en todos los demás aspectos sobre los cuales no declaran su voluntad existe un conjunto de reglas (provenientes de la naturaleza nominada del contrato y que el derecho ha recogido) que se aplicarán supletoriamente (queda entendido que, conforme al artícu-

8 REZZONICO, Juan Carlos. "El tipo en los contratos civiles y comerciales". *La Ley*. Tomo 1990-C. Buenos Aires, 1990, p. 981.

lo 1359 del Código Civil, de haber algún desacuerdo, simplemente no se habrá configurado aún el respectivo contrato, por más que exista acuerdo sobre sus elementos necesarios).

#### 4. RELACIÓN ENTRE AMBAS CLASIFICACIONES

Como puede apreciarse, no existe sinonimia entre la nomenclatura "contratos nominados e innominados" y "contratos típicos y atípicos", respectivamente. Existen contratos nominados, al margen de que éstos se encuentren tipificados o no, evidenciándose fundamentalmente esta última situación en materia de contratación comercial (no nos olvidemos que lo económico antecede a lo jurídico). Tratándose de los contratos típicos, éstos son necesariamente contratos nominados. No puede haber tipicidad tratándose de los contratos innominados, dado que estos últimos no representan reglas de uso constante y generalizado, son creaciones para casos particulares que aún carecen de una masiva aceptación, correspondiendo aquéllos a una categoría de contratos inagotable, ya que en materia de contratación no existe *numerus clausus*, aceptar lo contrario sería simplemente fosilizar el derecho.

De acuerdo con lo señalado en un inicio, el derecho en tanto disciplina reguladora del fenómeno social no antecede a la realidad sino que la procesa; en consecuencia, no es el derecho el que crea las modalidades contractuales sino las necesidades de los agentes económicos. Dichas modalidades contractuales, en la medida en que sean reiteradamente empleadas, se uniformen sus reglas y sean identificables por la sola referencia a un nombre, generarán un "contrato nominado" y, en caso

ello sea finalmente reconocido por la ley, estaremos ante un "contrato típico".

Teniendo en cuenta que la clasificación de contratos innominados antecede a la de nominados, y esta última a la de contratos típicos, podemos sostener que el contrato típico es un contrato nominado, mas no todo contrato nominado es típico; de otro lado, los contratos innominados no son susceptibles de tipificación, de manera que son atípicos por excelencia, requiriéndose para su tipificación legal que sean aceptados previa y habitualmente en lo social<sup>9</sup>.

No obstante lo anterior, De la Puente<sup>10</sup> sostiene que, justificándose la distinción entre contratos nominados e innominados y entre típicos y atípicos, contrato nominado será el que tenga un nombre generalmente conocido para identificarlo y contrato típico será el que ha merecido regulación por el ordenamiento jurídico, en tanto que los típicos como los atípicos son modalidades contractuales nominadas. No nos resulta comprensible esto último, salvo que en la referencia a la regulación por el ordenamiento jurídico se incluya tanto a la legislativa (tipicidad legal) como a la consuetudinaria y jurisprudencial (tipicidad social), de manera que los contratos típicos sean los regulados por la ley y los atípicos sólo sean los regulados por los usos y costumbres en defecto de norma expresa, considerándose en ambos casos que median reglas aceptadas socialmente (de ahí que estemos frente a contratos que poseen un *nomen iuris*, esto es, frente a contratos nominados).

Puede apreciarse entonces la lectura parcialmente discrepante que tenemos con la posición de De la Puente, porque para nosotros, sobre la base de que la tipicidad es un concepto rigurosamente legislativo,

9 REZZONICO, Juan Carlos. Op. cit., p. 982.

10 DE LA PUENTE, Manuel. Op. cit., pp. 197 y ss.

todo contrato típico debe ser uno nominado (siendo esta categorización preexistente) y, de otro lado, si bien pueden existir modalidades atípicas nominadas (caso del suministro durante la vigencia del derogado Código Civil de 1936), también pueden existir modalidades atípicas innominadas (que corresponden a lo que se denomina contratos atípicos puros, dado que su contenido es absolutamente original<sup>11</sup>, aunque no es menos cierto que si bien estos últimos pueden existir desde el punto de vista teórico, cosa distinta es en la realidad), por lo que la categorización de contratos atípicos no podemos asociarla sólo con los contratos nominados sino también con los innominados. De otro lado, concordamos con De la Puente en que los contratos innominados serían aquéllos que carecen de una denominación identificatoria uniforme por carecer de una regulación aceptada generalmente, siendo creaciones para cada caso en particular.

Ahora bien, sobre la base de nuestra conclusión conforme a la cual son contratos típicos los regulados por la ley, ¿cómo entender, entonces, los alcances del artículo 1757 del Código Civil (“Son también modalidades de la prestación de servicios, y les son aplicables las disposiciones contenidas en este capítulo, los contratos innominados de *doy para que haga* y *hago para que des*”), ¿no habíamos afirmado que los contratos innominados requieren ser nominados para ser, posteriormente, objeto de tipificación?

Para algunos se trata de un caso en que se tipifica contratos innominados, por lo que la conclusión precedente —conforme a la cual todo contrato típico requiere ser uno nominado— no sería cierta (aun colo-

cándonos en el supuesto de que el concepto de contrato típico incluya tanto la tipicidad legal como la social).

En nuestra opinión, estamos nuevamente ante un problema de nomenclatura. Si consideramos que bajo la denominación de contratos nominados el Código Civil considera los típicos y, en sentido contrario, que bajo la denominación de contratos innominados considera los atípicos, podemos concluir que la mención que el artículo citado hace de los “contratos innominados” debe entenderse como de los “contratos atípicos”.

En dicho orden de ideas, el artículo 1757 del Código Civil contendría una suerte de “pretipificación”, puesto que sin llegar a reconocerlas como modalidades singulares de la prestación de servicios —como son la locación de servicios, la obra, el mandato, el depósito y el secuestro; y, por consiguiente, de regularlas de la misma manera que a las modalidades antes señaladas— da un tratamiento especial a dos modalidades que aún no tipifica del todo, pero cuya existencia reconoce (“*doy para que haga*” y “*hago para que des*”).

Queda entendido que dicha “pretipificación” sólo resulta posible porque las dos modalidades bajo comentario tienen un uso extendido, de manera que podría sostenerse que poseen una “tipificación social”, siendo contratos nominados (aunque, contradictoriamente, el Código Civil los denomine innominados). Si admitiéramos que se trata de dos modalidades innominadas (como literalmente establece el Código Civil), ello significaría que se trataría de dos modalidades cuyo uso no está difundido y que regulan casos particulares o inhabituales, generándose un contrasentido con la función del derecho, puesto que éste debe regular aquello que posee “de hecho” un carácter general y no simples contratos de uso particular y no gene-

11 CASTALDI, José María. Op. cit., p. 175.  
DE LA PUENTE, Manuel. Op. cit., p. 202.  
MESSINEO, Francesco. Op. cit., p. 396.



realizado. Como ello no resulta lógico ni consistente con nuestra visión del derecho; consideramos que las dos modalidades bajo comentario deben considerarse como atípicas antes que innominadas.

## 5. LA TIPICIDAD CONTRACTUAL Y LA CATEGORÍA DE LAS NORMAS LEGALES REGULADORAS

### 5.1 Normas imperativas, dispositivas y supletorias

Como lo señalamos líneas arriba, la tipicidad contractual implica la aplicación de un conjunto de normas legales, por el solo hecho de que el respectivo acuerdo de las partes satisfaga, al menos, la exigencia para su tipificación (elementos esenciales especialísimos); si ello ocurre serán de aplicación ciertas normas legales cuya naturaleza, como también hemos señalado, será en principio supletoria, porque completan la declaración de voluntad de las partes, de manera que, mediante la unión de lo declarado y de las previsiones legales sobre la materia, se obtiene el marco regulatorio del correspondiente contrato.

Ello nos lleva a realizar una breve referencia sobre la naturaleza jurídica de las normas legales. Sobre la base de la categorización que realiza Messineo<sup>12</sup>, aquéllas pueden agruparse conforme a la clasificación siguiente:

- Normas coactivas
  - Normas coactivas prohibitivas
  - Normas coactivas mandatorias

- Normas no coactivas
  - Normas no coactivas dispositivas
  - Normas no coactivas supletorias

#### 5.1.1 Normas coactivas

Son las imperativas o de observancia inderogable, lo cual ha llevado a sostener que las normas coactivas son las que interesan al "orden público".

En lo concerniente al orden público, siempre ha resultado difícil definirlo en el campo civil, pero existe coincidencia en que las normas que interesan al orden público se sustentan en principios fundamentales sobre los cuales descansa el sistema jurídico, siendo de observancia ineludible por cuanto existe un interés público subyacente, esto es, trascienden del interés particular, por lo que no admiten excepciones.

Ahora bien, ¿toda norma coactiva interesa al orden público? o, planteado de otra manera, ¿toda norma que interesa al orden público es coactiva? Siempre hemos tenido reserva de aceptar la inmediata identificación entre las normas que interesan al orden público y las de carácter coactivo; no obstante ello, aunque se trata de una materia que justifica un estudio que escapa de los alcances del presente artículo, hemos considerado pertinente hacer una breve referencia.

Consideramos que no existe necesariamente identidad entre una norma legal coactiva y una que interese al orden público (teniendo en cuenta que estas últimas encuentran su justificación en los principios fundamentales sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico y la tutela de los intereses de la colectividad); en consecuencia, habrá normas imperativas que interesan al orden público y otras que corresponden al interés privado; pero, en cualquier caso, queda claro que toda norma que interesa al

12 MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), 1971, pp. 46-53.

orden público es una coactiva. Es el caso, por ejemplo, del artículo 1734 del Código Civil, en cuanto dispone que: "El comodatario no puede ceder el uso del bien a un tercero sin autorización escrita del comodante, bajo sanción de nulidad". No tenemos duda alguna de que dicha norma tiene carácter imperativo en el sentido de que la autorización debe constar necesariamente por escrito, formalidad solemne de ineludible observancia, empero, ¿podemos concluir que dicha disposición interesa al orden público?, ¿está comprometido algún principio sustentado por nuestro ordenamiento jurídico? Consideramos que no (y, además, que el tema de la formalidad en que se exprese el consentimiento del comodante debería estar simplemente regulado por el principio de libertad de forma o establecerse una con carácter simplemente probatorio) y, en consecuencia, que deberían diferenciarse las normas coactivas que interesan al orden público de aquéllas que son ajenas a este último.

Las normas coactivas prohibitivas son aquéllas que están enunciadas en términos de prohibición, por lo que la obligación legal entraña una abstención.

Éste es el caso, por ejemplo, del artículo 1582 del Código Civil, según el cual en los contratos de compraventa no pueden incorporarse ciertos pactos; es el caso también del artículo 1688 del Código Civil, conforme al cual el plazo del contrato de arrendamiento de duración determinada no puede exceder ordinariamente de diez años.

De manera complementaria, las normas coactivas mandatorias son aquéllas que están enunciadas en términos de mandato u orden, por lo que la obligación legal entraña una acción.

Éste es el caso, por ejemplo, del artículo 1549 del Código Civil, según el cual en los contratos de compraventa resulta obligación esencial del vendedor perfeccionar la

transferencia del bien; también es el caso del artículo 1594 del señalado Código, sobre la procedencia del retracto. El artículo 1734 del Código Civil, anteriormente comentado, se adscribe a esta clase de normas.

### 5.1.2 Normas no coactivas

Son aquéllas de observancia derogable, por lo que no imponen el deber de cumplimiento incondicional.

Son normas no coactivas dispositivas aquéllas que han sido legislativamente enunciadas para fines de utilidad general; sin embargo, para cada caso en particular, el tenor de la propia norma permite al interesado determinar si se acoge o no a ellas. Si el agente se acoge a la previsión legal, ésta actuará como una norma "supletoria", pero si el agente no se acoge deberá proceder al llamado "pacto en contrario", manifestando su voluntad de manera diferente a la previsión legal.

Se trata de normas facultativas porque autorizan al interesado a aplicarlas o no, requiriéndose para esto último de un pacto distinto a su previsión. Sin embargo, a falta de manifestación de voluntad, su aplicación es ineludible y a título de supletoriedad.

Las previsiones contenidas en los artículos 1551 ("El vendedor debe entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad o al uso del bien vendido, salvo pacto distinto"); 1698 ("La resolución por falta de pago de la renta se sujeta a lo pactado, pero en ningún caso procede, tratándose de ...") y 1773 ("Los materiales necesarios para la ejecución de la obra deben ser proporcionados por el comitente, salvo costumbre o pacto distinto") del Código Civil son ejemplos de normas no coactivas dispositivas.

Las normas no coactivas supletorias son aquéllas que sólo se aplican en defecto de manifestación de voluntad, esto es, integran o complementan la falta de declaración del agente.

En materia contractual, sobre la base del principio de libertad contractual, son las partes las que determinan el contenido del contrato, por lo que sus declaraciones pueden ser coincidentes o distintas de las normas en cuestión; empero, en caso de falta de declaración sobre determinado aspecto no esencial, resultan de aplicación las normas supletorias. Queda entendido que la señalada aplicación (en defecto de estipulación) estará subordinada a la pertinencia de las normas con relación al correspondiente contrato, pertinencia que estará determinada si el acuerdo de voluntades corresponde a la tipificación de sus elementos esenciales.

Las previsiones contenidas en los artículos 1552 ("El bien debe ser entregado inmediatamente después de celebrado el contrato, salvo la demora resultante de su naturaleza o de pacto distinto"); 1656 ("Cuando no se ha fijado plazo para la devolución ni éste resulta de las circunstancias, se entiende que es de treinta días contados desde la entrega") y 1740 ("Los gastos de recepción y restitución del bien corren por cuenta del comodatario") del Código Civil son ejemplos de normas no coactivas supletorias.

En los ejemplos propuestos, hemos considerado especialmente el caso de una norma que está redactada en términos de facultativa, por cuanto su texto hace mención a la posibilidad de pactar en contrario, pero cuya aplicación será supletoria si es que las partes no exteriorizan su voluntad sobre la materia a través de un pacto distinto de la respectiva previsión legal. Puede advertirse que la diferencia entre una norma facultativa y una supletoria es

básicamente formal, por cuanto la primera contiene el expreso enunciado que pueda pactarse cosa distinta y, en caso no se produzca esto último, será de aplicación supletoria, al igual que otras normas que si bien en su tenor no contienen referencia alguna a pactar en contrario a sus previsiones, tampoco lo prohíbe (sobre la base de que no son normas coactivas).

### 5.2 *Contenido del contrato típico y autonomía de la voluntad*

El artículo 1354 del Código Civil dispone lo siguiente: "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo"; de manera correlativa, el artículo 1356 del mismo cuerpo de leyes establece que: "Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas".

Como señala De la Puente<sup>13</sup>, en materia contractual la autonomía de la voluntad no es sino el poder de las partes para obligarse entre sí, lo cual no sólo consiste en la libertad para ponerse de acuerdo o no (libertad de contratar) sino también en la libertad para ponerse de acuerdo o no sobre los términos y condiciones que regirán su relación (libertad contractual).

No obstante que por el mérito de la libertad contractual son las partes las que determinan el contenido del correspondiente contrato, ello tiene como límite natural el interés público; en consecuencia, dicha libertad está limitada por las normas imperativas (como lo enuncian los artículos 1354 y 1356 del Código Civil). Así, en

13 DE LA PUENTE, Manuel. *Estudios sobre el contrato privado*. Vol. I. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1983, pp. 52-54.

el caso de que el contenido del contrato resulte contrario a las normas imperativas, habrá que dilucidar si aquél atenta o no contra el orden público y las buenas costumbres, dado que como hemos analizado en su oportunidad no toda norma imperativa interesa al orden público (y por extensión a las buenas costumbres). En el caso de que dicho contenido sea contrario al orden público y a las buenas costumbres, estaremos ante un caso de nulidad virtual del respectivo contrato (o de la correspondiente estipulación contenida en él) en aplicación del artículo V del título preliminar del Código Civil y del artículo 219, inciso 8, del señalado código; sin embargo, si el contenido del contrato contraviniera una norma imperativa (que no sanciona con nulidad su infracción, a los efectos del artículo 219, inciso 7, del Código Civil) que no interesa al orden público ni a las buenas costumbres, aquél podría considerarse también nulo en aplicación del artículo 219, inciso 4, del Código Civil, por cuanto su finalidad es ilícita, ya que los efectos del contrato no son queridos por el derecho y, en cualquier caso, el respectivo contrato deberá ser considerado como ineficaz.

Ahora bien, retomando el principio general del carácter supletorio de la ley en materia de contratación, podemos considerar el ejemplo siguiente: en el caso de que las partes hayan llegado a un acuerdo sobre bien y precio, por el mérito de la respectiva tipificación legal (fundamentada en una social, dado el antecedente necesariamente "nominado" del contrato "típico") tendremos que no sólo se ha celebrado un contrato de compraventa sino que, además, ello plantea la aplicación de determinado régimen legal, siempre y cuando las partes no hubieran acordado alguna previsión específica para una materia en particular. Así, en caso de que las partes no se hubieran pronunciado sobre cuál de ellas

asumirá los gastos de conservación del bien hasta su entrega, existe una norma legal que proporciona una respuesta a dicho vacío o laguna, norma que se aplicará supletoriamente ante la falta de declaración; obviamente, si las partes hubieran fijado quien asumirá el gasto en cuestión, por mediar acuerdo sobre la materia, la norma legal no devendrá aplicable, ya que no hay nada que suplir.

Sobre este tema merecen destacarse dos aspectos: primero, la aplicación supletoria de la norma supone el previo nacimiento del contrato, esto es, un acuerdo mínimo de las partes sobre sus elementos esenciales especialísimos o tipificantes; por lo tanto, sobre la base de que se ha celebrado un contrato y en defecto de acuerdo sobre determinada materia no esencial para su nacimiento, el sistema legal suple el silencio y proporciona contenido al contrato. En dicho orden de ideas e íntimamente vinculado con lo anterior, la aplicación supletoria no funciona para completar la falta de declaración sobre elementos tipificantes (salvo el caso excepcional del "precio habitual" en materia de compraventa) ni cuando existe desacuerdo entre las partes, porque en esta última hipótesis y según el artículo 1359 del Código Civil, no se habrá generado aún el contrato correspondiente.

Retomando el ejemplo propuesto sobre los gastos de conservación del bien hasta su entrega, la aplicación supletoria del artículo 1141 del Código Civil estará condicionada a un silencio de las partes sobre la materia. En caso de que hubieran convenido cosa distinta a lo previsto en el artículo 1411 del Código Civil, ya no habría voluntad alguna que suplir, por lo que la norma sería inaplicable. Y si las partes no sólo no se hubieran puesto de acuerdo sobre el tema sino que además existiese un desacuerdo, la norma en cuestión tampoco sería aplicable, porque subsistiendo diferencias

entre las partes –aun cuando se trate de una materia no esencial– ello evidencia que no existe el completo acuerdo necesario para el nacimiento del contrato.

Y, segundo, en materia contractual, y de manera particular en lo concerniente a contratos típicos, las normas legales no sólo se aplican supletoriamente.

Conforme al artículo 1625 del Código Civil, la donación inmobiliaria debe constar por escritura pública, con indicación precisa del bien, de su valor y de las posibles cargas que se hubieran convenido, bajo sanción de nulidad. No cabe duda de que el artículo 1625 es una norma legal coactiva y de carácter mandatorio, de tal manera que –entre otros supuestos– la inobservancia de la forma determinará que se tenga por inexistente el correspondiente acuerdo de voluntades, por lo que las partes deberán cumplir con el mandato legal de formalizar su voluntad a través de una escritura pública. Frente a dicha exigencia legal, la autonomía de la voluntad no tiene margen de maniobra, debe acatar la ley. No hay aplicación supletoria.

El artículo 1548 del Código Civil establece que, tratándose de la compraventa en que el precio se fija por peso, a falta de convenio (entiéndase salvo estipulación distinta o en contrario), se entiende que se refiere al precio neto.

En este caso estamos ante una norma no coactiva dispositiva, dado que si las partes no desean acogerse a ella, tienen formalmente la expresa facultad de convenir otra cosa como, por ejemplo, considerar que el precio se determinará por el peso bruto (incorporando el empaque). No obstante lo anterior, si es que las partes no hubieran pactado sobre la materia (precisado como se considerará el peso para la determinación del precio), la misma norma no coactiva será de carácter supletorio, puesto que sustituirá la falta de declaración, e integrará la “laguna contractual”.

El artículo 1698 del Código Civil dispone que la resolución del arrendamiento por falta de pago se sujeta a lo pactado; en consecuencia, de no haber pacto sobre la materia, resultará aplicable el artículo 1697, incisos 1 y 2, del mismo cuerpo de leyes, siendo evidentemente supletoria la naturaleza de estas últimas disposiciones.

### 5.3 *Marco regulatorio del contrato atípico*

El artículo 1353 del Código Civil sanciona que:

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.

¿Cómo entender los alcances de esta disposición? Consideramos que, definitivamente, bajo la referencia de contratos innominados debemos tomar en cuenta los atípicos (por el problema de nomenclatura del Código Civil, ya comentado anteriormente) y, por ende, tanto los atípicos nominados como los atípicos innominados.

Sobre dicha base, la relevancia de la disposición bajo comentario radica en que dispone implícitamente que la “libertad contractual” de las partes (título que legitima el convenir libremente la modalidad contractual y fijar su contenido) está subordinada a que el correspondiente acuerdo sea categorizable legislativamente como un contrato. En consecuencia, por más que sea nominado o no, al correspondiente contrato atípico le será de aplicación el mismo régimen general que a los contratos típicos conforme hemos tratado precedentemente, de manera especial los artículos 1354 y 1356 del Código Civil.

En lo que se refiere a las reglas particulares aplicables a la respectiva modalidad contractual atípica, debemos distinguir si estamos frente a un contrato nominado o no; en el primer caso, se aplicaría la correspondiente regulación socialmente aceptada (esto es, los usos y costumbres); en cambio en el segundo caso, tendría que aplicarse algunos de los criterios generalmente admitidos para determinar las normas aplicables a los contratos atípicos, existiendo destacadas opiniones<sup>14</sup> sobre la materia, las cuales suscribimos.

14 ALTERINI, Atilio y Roberto LÓPEZ CABANA. "Contratos atípicos", en *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Lima: Palestra Editores. Bogotá: Editorial Temis, 2000. pp. 353 y ss.

CASTALDI, José María. Op. cit., pp. 183 y ss.

DE LA PUENTE, Manuel. *El contrato en general*. Primera parte. Tomo I, pp. 204 y ss.

GUTIÉRREZ, Walter. Op. cit., pp. 131 y ss.