

ATIPICIDAD CONTRACTUAL: ¿REGLA O EXCEPCIÓN?

Dr. Daniel Roberto Bustos Lagos

Prof. Titular de Derecho Civil III - Contratos -

ÍNDICE DE TEMAS

Introducción.

- I. La atipicidad en la contratación clásica y moderna.
- II. La atipicidad y los sistemas jurídicos.
- III. Contratación atípica.
 - a) Origen del término.
 - b) Tipo y tipicidad.
 - c) Conceptualización.
 - d) Método Residual.
- IV. La atipicidad como regla.
- V. Los problemas de la atipicidad.
 - a) La atipicidad y la técnica legislativa.
 - b) La atipicidad y la calificación del contrato.
 - c) La atipicidad y la integración del contrato.
- VI. La atipicidad en el Derecho Argentino.
- VII. Conclusiones.

Introducción.

Resulta curioso observar cómo, aún hoy, el jurista de nuestro tiempo denota cierta turbación cuando se lo enfrenta a un fenómeno atípico. Por más que pretenda lo contrario, no puede disimular cierta conmoción interior que lo amenaza. Aunque proclame abiertamente que el derecho no está en la norma, lo abraza un sentimiento de inse-

guridad que lo impulsa a recurrir a esquemas ya perfilados legalmente que han recibido, en no pocas oportunidades circunstancialmente, el galardón de la certeza.

Estas líneas están motivadas, precisamente, en ese orden de ideas, a partir de las cuales se abren ciertos interrogantes básicos en la órbita del derecho contractual. Entre otros y a modo de introducción, cabe cuestionarse acerca del papel que juega la atipicidad en la actual puesta en escena del panorama contractual y en el reparto de figuras que pugnan por insertarse en su medio. En este contexto, entonces, parece legítimo preguntarse: ¿Los contratos atípicos, constituyen modernamente la excepción o la regla? ¿La estructuración legal sobre la base de nuevas tipologías a inscribirse en los Códigos, contribuye realmente al desarrollo del "derecho vivo"? ¿Qué problemas plantea este fenómeno al derecho de los contratos?

Las respuestas puntuales son difíciles, pero todo pasa -como siempre- por un cuestionamiento de las raíces del problema de modo tal que, desde una perspectiva de principios, pueda avistarse el horizonte de soluciones.¹

I.- La atipicidad en la contratación clásica y moderna.

De seguro no es este el lugar para una revisión de la ya famosa polémica suscitada en torno a la "crisis del contrato", puesta sobre el tapete en nuestro país probablemente a partir de la obra de Risolía.² Ello supondría, desde un análisis previo de orden terminológico acerca del significado del vocablo "crisis (cambio, cuestionamiento, ruptura, decadencia, etc.) hasta una toma de posiciones acerca de si la misma afecta, en su caso, la esencia misma de la figura o sus fundamentos, sus postulados, en fin, sus manifestaciones en las distintas áreas en las que se desenvuelve el contrato.

1. Dado el cometido de este trabajo, he prescindido de tomar partido sobre aspectos puntuales, como así también del derecho comparado y la jurisprudencia, limitándome a los grandes interrogantes que suscita la atipicidad en el derecho contractual contemporáneo.

2. RISOLÍA, Marco Aurelio, "Soberanía y Crisis del Contrato en nuestra legislación civil", Bs. As., 1958.- La obra de GARRIDO-ZAGO, (Contratos Civiles y Comerciales, Edit. Universidad, Bs. As., 1985. T.I, pág. 465 y sigts.) efectúa un análisis de las distintas opiniones acerca de la crisis del contrato.

Desde luego, a esta altura del pensamiento jurídico, nadie ignora que existe una mutación, por lo menos, a nivel de los postulados que informaron la noción clásica del contrato, que se traduce -entre otros aspectos- en un distinto protagonismo del principio rector de la autonomía de la voluntad. Por tomar alguna referencia, se hace patente este fenómeno en las letras acuñadas por el citado maestro Risolía³, quien destaca casi con poesía las tradicionales concepciones del contrato. Y, más recientemente, por Rezzónico, al sostener que la tesis de la autonomía de la voluntad, en sus excesos, sólo se explica como un relicto decimonónico, que ha llevado a la doctrina a borrar ese equívoco de la voluntad para hablar ahora de "autonomía privada". Agrega este autor que lo esencial para la libertad de la personalidad reside no en que el sujeto jurídico autodetermina sus relaciones jurídicas sino, más bien, en que éstas no pueden nacer contra su voluntad, fuera de un acuerdo verdaderamente libre.⁴

Según Alterini⁵, el criterio clásico, con una concepción "voluntarista", entendió que alguien se obliga por contrato según sea su voluntad; la voluntad "interna" para unos; la voluntad "declarada o exteriorizada" para otros; o bien voluntad declarada en cuanto sea verosímil su correspondencia con el querer real. Según su entender, hoy rige un sistema que califica como "situacionista", conforme al cual el sujeto emisor de una manifestación de voluntad también queda obligado en tanto cuanto tal manifestación haya podido influir en otro sujeto, quien resultaría perjudicado si ese declarante no quedase obligado. Esta posición, vista desde una perspectiva global y como quedará dicho luego, pareciera reflejar algún punto de contacto con el sistema del Common Law en torno al tema de la fuerza obligatoria de los contratos.

Pero con independencia de los alcances y fundamentos que proveen al contrato de su fuerza obligatoria, esto es la "autorrestricción" a la futura libertad de comportamiento a través de un sometimiento espontáneo entre iguales, acogida por la doctrina clásica liberal, o la

3. RISOLÍA, Marco Aurelio, "La noción clásica y la evolución contemporánea del contrato", Edit. Idearum, 1980-1981 - N° 6/7, pág. 25 y sigts.

4. REZZÓNICO, Juan Carlos, "El contrato Interferido económicamente", Rev. La Ley, T. 1985-D, pág. 905.

5. ALTERINI, Atilio Aníbal, "Formas modernas de la contratación", Rev. La Ley, T.1980-D, pág.1108.

"sujeción" a una norma jerárquicamente superior que autoriza la creación de una de grado inferior, auspiciada por una concepción pura del derecho, lo cierto es que a la base de toda esta problemática, como bien señala Morello se encuentra "el duro y sempiterno debate entre dos principios clásicos: la libertad y la autoridad". Lo que ocurre es que, a nivel de las realidades menos abstractas y más concretas, se conjugan en un universo más abierto y flexible, que relativiza cada uno de esos términos.⁶

El debate no tiene épocas, seguirá existiendo siempre, inevitablemente, puesto que compromete al hombre mismo en su ser individual y social. Pero la atipicidad pone a prueba otro tipo de conflicto, no ya ligado tanto al alcance del principio de autonomía de la voluntad como al cuidadoso respeto de la originalidad que ella encierra. El conflicto que se descubre en tal sentido es más "cualitativo", que cuantitativo. Por tanto, no podría prescindirse en esta tarea de un concepto básico: el Derecho es disciplina teleológica, ordenada a fines. Y el contrato, en especial, es instrumento insustituible de libertad y realización de valores. Tanto es así que una "tipología" contractual es, de cierto modo, una tipología de la realización de los valores y de la vida.⁷

La cuestión, entonces, girará fundamentalmente alrededor de un interrogante: pese a esta realidad que se presenta como más fluvente y abierta, ¿continúa siendo el contrato un medio jurídicamente hábil -en términos cualitativos- para la concreción de valores que individual (esencialmente, como expresión inmanente de libertad) y socialmente se postulan en el mundo contemporáneo a esos niveles?

En este orden, el creciente fenómeno de la atipicidad plantea al jurista de nuestro tiempo un nuevo desafío, distinto al de antaño, en el que la corriente de soluciones pareciera pasar no tanto por actitudes de captación dominante y estereotipadas de las realidades jurídicas, como sí de un prudente acompañamiento o seguimiento correctivo. Todo ello a la luz de lo que Recasens Siches⁸ califica como una "segu-

6. MORELLO, Augusto Mario, "Evolución y Actualidad del derecho de los contratos", Rev. La Ley, T.1988-B, pág. 935 y sigts.

7. CALDANI, Miguel Ángel Ciuro, "Bases para la comprensión axiológica de la Tipología Contractual", E.D. T.139, pág. 873.

8. RECASENS SICHES, Luis, "Nueva filosofía de la interpretación del derecho", cit. por MORELLO, Augusto Mario en "Contrato y Proceso", Abeledo Perrot, Bs. As., 1990, pág. 24, nota 2.

ridad dinámica", esto es en función del relativo grado de certeza y seguridad que es dable exigirle al Derecho.

II.- La atipicidad y los sistemas jurídicos.

Unas palabras sobre el rol que ha desempeñado, si así puede expresarse, la atipicidad en las grandes vertientes jurídicas universales.

a) No hay acuerdo sobre los matices de la evolución histórica del contrato innominado en Roma, pero se coincide en señalar que fue recién en la época de la compilación justiniana en la que se desarrolla la doctrina a su respecto.⁹ En el derecho clásico los negocios jurídicos, sea por el rigor de la solemnidad o de la causa, se agotaban en un "numerus clausus" que no consentía el contrato como figura abstracta sino una serie cerrada de "tipos contractuales".¹⁰

De esta manera, si bien el concepto de contrato innominado como fenómeno de atipicidad tiene sus raíces en el Derecho Romano, lo fue a través de una larga y penosa evolución, en la cual se advierte una resistencia a concederles efectos jurídicos vinculantes al puro acuerdo de voluntades de no mediar, primero, una "causa civilis" prevista por la ley, y luego, la ejecución de una prestación por una de las partes. Junto a ello influyó también la evolución del llamado "nudum pacto", al extremo de confundirse, finalmente, con el contrato mismo.

En suma y como principio general, puede afirmarse que en el derecho contractual romano clásico, la atipicidad carecía de relevancia jurídica, no era receptada por el Derecho, disciplina que estaba sujeta a una tipología legal inflexible y formalista, que relegaba la voluntad como fuente de normas individuales.

b) Diferente ha sido la concepción en el sistema del Common Law. En este sistema, la esencia del contrato es compartir riesgos y tener la seguridad de la existencia de remedios a fin de compeler a las partes al cumplimiento de las obligaciones que surgen del mismo¹¹ y la

9. SILVA, Armando, "Contratos nominados e innominados", Ene. Juríd. Omeba, T.IV, pág. 677.

10. MASNATTA, Héctor, "El contrato atípico", J.A., 1960- T:VI. pág. 229.

11. ARCAGNI, José Carlos, "El contrato en el Common Law, en STIGLITZ, Rubén S. "Contratos", Depalma, 1990, pág. 47 y sigts.

mira siempre ha estado dirigida a la regulación de los contratos a través de normas generales que conforman un sistema abierto -*numerus apertus*- a la captación del fenómeno atípico, que puede operar con más dinamismo y flexibilidad. En este sentido Masnatta¹² señala que en este sistema se dota de eficacia a todo acuerdo de voluntades.

Tal apreciación, la de Masnatta, podría merecer una corrección en el sentido de que en el sistema del Common Law pareciera prevalecer una "concepción objetiva" del contrato, merced a la cual la sola voluntad no basta, así haya mediado acuerdo ("*meeting of de minds*") para hacerla exigible ante los jueces. Requiere, además, como indica Cueto Rúa, ciertos adicionales que justifiquen la movilización de los órganos de la Comunidad para hacer cumplir ("*to enforce*") lo prometido por los contratantes, sea un beneficio, sea un perjuicio derivado del acto ejecutado en razón de la promesa. En la aplicación del Derecho, el intérprete apunta más a captar la significación objetiva de los términos empleados que la coloración particular que le pudo imprimir quien los utilizó.¹³

En síntesis, el del Common Law es un sistema primariamente abierto a la atipicidad -sin perjuicio de las regulaciones especiales por vía de estatutos- en el que la restricción por vía tipológica es en principio mínima y los límites, como es de su naturaleza, provienen de una interpretación jurisprudencial fundamentalmente objetiva.

d) El Derecho Canónico y las costumbres mercantiles fueron, por diferentes motivaciones, eliminando la antigua separación romana existente entonces entre los pactos nudos y vestidos, admitiéndose de tal suerte la eficacia de toda convención y abriendo camino a la noción general del contrato, clara en Pothier y expresa en los distintos Códigos que siguen la orientación del derecho contractual europeo, tales como el Francés, Español, Italiano, Argentino, Uruguayo, etc., según los cuales, al lado de un reconocimiento del contrato por vía específica -contratos típicos- hay un reconocimiento por vía genérica -contratos atípicos-.

12. MASNATTA, Héctor, op. cit. nota 10.

13. CUETO RÚA, Julio C, "Una concepción objetiva del contrato. El caso del Common Law", en "Contratos", dirig. por Félix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz, Ed. La Rocca, Bs. As., 1989, pág. 31 y sigts.

El derecho contractual en estos sistemas se estructuró en base a normas generales que definen los elementos esenciales de la figura, pero orientados fundamentalmente a nutrir los tipos legislados en partes especiales, tipología que parecía constituir el eje central de la materia mediante una vigorosa regulación de contratos modelos que satisfacen típicas funciones de colaboración en la vida social: cambio, crédito, garantía, custodia, cooperación, previsión, recreación, etc.

III.- Contratación atípica.

Normalmente las ciencias acudieron y acuden al recurso tipológico como herramienta intelectual de carácter ordenador y sistematizador de la disciplina de que se trate. Sus ventajas son tan útiles en el plano de la abstracción que se imponen a los inconvenientes que puede presentar en el de las decisiones prácticas.

En el quehacer jurídico, particularmente en el ámbito del derecho contractual, las tipologías han jugado un rol importante en materia de técnica legislativa, a punto tal que se enraízan -como quedó de manifiesto- casi en la naturaleza misma de los grandes sistemas jurídicos.

a) Origen del término. El término tipicidad deviene del latín "typus" y este del griego "typos", que hace referencia a modelo, ejemplar, figura original, en fin, símbolo representativo de una cosa figurada.¹⁴

b) Tipo y Tipicidad. Modernamente se sostiene que el "tipo" hace alusión a un proceso de abstracción que el legislador realiza inductivamente para lograr una descripción elástica y ordenadora de la realidad, que deriva en la creación de una o más figuras, en tanto que la "tipicidad" importaría la resultante o punto de arribo de ese proceso.¹⁵ Si bien la distinción aparece como puramente teórica, resulta adecuada como pauta utilidad para orientar en torno a las grandes vertientes de problemas que pone en juego la atipicidad. El "tipo", como elemento estructural, plantea un problema de técnica legislativa, pro-

14. Enciclopedia Salvat, de Salvat Editores S.A.

15. REZZONICO, Juan Carlos, "El tipo en los contratos civiles y comerciales", Rev. La Ley, T. 1990-C, pág. 976.

pió del legislador; la "tipicidad", como elemento funcional, plantea un problema de técnica jurisdiccional, propio del intérprete.¹⁶

c) Conceptualización. La propuesta doctrinal mayoritaria arriba a la noción de contratación atípica por vía de contraposición al concepto de contrato típico como "acontecer reconocido y regulado por el legislador".¹⁷

Señala Spota¹⁸ que atípicos son aquellos contratos que no encuentran su "sede" dentro de la ley; que surgidos de la vida jurídica y en razón de la libertad contractual inherente a la autonomía de la voluntad (art. 1197) no han merecido aún recepción mediante una disciplina particular.

En sentido similar, refiere Piantoni¹⁹ que contrato típico es aquel que el ordenamiento jurídico vigente ha disciplinado, enunciando sus requisitos esenciales y dándole un tratamiento especial que regla su formación y efectos.

Como bien indica Masnatta²⁰, la existencia de un estatuto legal para el contrato dado es lo decisivo para considerarlo atípico. Cuando esa regulación no está prevista por la ley y la figura surge de la autonomía de la voluntad de las partes, ordenada al derecho imperativo, se está en presencia de una contratación atípica.

Afinando más el concepto, Gastaldi²¹ exige que la citada regulación estatutaria sea "expresa" (de manera de incluir el supuesto típico por vía de remisión, como ocurre por ej. en materia de cesión), "completa" (en el sentido de que debe abarcar todos los elementos del

16. Según GETE-ALONSO y CALERA, María del Carmen, cit. por ETCHEVERRY ("Derecho comercial y económico", Obligaciones y contratos comerciales. Parte General, Astrea, 1988, fs. 110) el tipo se manifiesta a través de dos aspectos: estructura y función, la primera importa la composición mínima que la ley exige a una figura para considerarla inserta en el tipo previsto; la función, es la finalidad que ese tipo tiende a cubrir.

17. REZZONICO, Juan Carlos, op.cit. en nota 15.

18. SPOTA, Alberto G. "Instituciones de Derecho Civil, Contratos", Depalma, 1978, Vol.I, pág. 198.

19. PIANTONI, Mario A., "Contratos típicos y atípicos", en Contratos, dirij. por Trigo Represas-Stiglitz, Ed. La Rocca, Bs. As. 1989, pág. 43.

20. MASNATTA, Héctor, op.cit.

21. GASTALDI, José, M. "Contratos nominados e innominados", cit. Por TRANCHINI, Marcela H. (Contratos típico y atípicos en Contratos, Stiglitz, Rubén S., Depalma, 1990, pág. 143).

contrato) y "unitaria" (en tanto tales elementos no pueden entrar en otros contratos típicos).

d) Método residual. La noción expuesta da la idea que la labor de calificación del contrato debe partir de una metodología residual, merced a la cual primeramente se descarte el material típico. En este entendimiento y en la tarea de obtener una perspectiva de resultado atípica, deben descartarse los siguientes fenómenos:

1.- *Subtipos de contratos típicos.* Se trata, sencillamente, de una simple graduación de la tipicidad²², prevista por la ley, que no altera de ninguna manera la naturaleza del contrato, como ocurre, por ej. en el caso de la venta con pacto de retroventa o la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, etc.

2.- *Cláusulas subordinadas.* Existe un contrato único, que puede contener cláusulas subordinadas "típicas" de otro contrato (ej. compra de heladera, contratando su puesta en condiciones de servicio) o "atípicas" (como ocurre en algunas variedades de construcciones de obras civiles, que presentan matices propios). La pauta dominante aquí está dada por la "accesoriedad" de las prestaciones, que no producen sino una desviación puramente marginal de los efectos del contrato y no un verdadero desborde del tipo contractual.²³

3.- *Uniones de contratos típicos.* En esta hipótesis, la figura madre está compuesta por una pluralidad de contratos celebrados por las mismas partes, pero coligados no intrínseca sino externamente; esto es, la ligazón es meramente instrumental y no sustancial. Como cada figura está separada de la otra sin influencia mutua, tal circunstancia no importa pérdida de tipicidad, resultando regulada cada una por su propia disciplina (ocurre, por ej. en la prestación de servicios sanatoriales).

En principio esta conclusión no varía en caso que la pluralidad esté, concebida bajo vínculos de reciprocidad (dependencia bilateral), subordinación (de pendencia unilateral) o alternación (unión alternativa).²⁴

22. REZZONICO, Juan Carlos, op. cit. nota 15.

23. FARINA, Juan M., "Los contratos Innominados y el derecho comercial", RDCO, año 11, año 1978, pág. 1.

24. MASNATTA, Héctor, op.cit.

4. *Figuras multiformes*. Cierta género de actividades resulta ser productora de una compleja y variada gama de relaciones jurídicas (tal el caso del profesional liberal con el cliente o las derivadas de los sistemas publicitarios) cuya calificación debe efectuarse respecto de cada uno de los contratos singulares en juego.²⁵

5. *Tipicidad social*. Existen fuertes discrepancias en punto al rol que desempeña esta categoría dentro de la contratación atípica. Como se conoce, la noción fue desarrollada fundamentalmente a instancias de Betti⁽²⁶⁾ a partir de lo que llama "concepciones dominantes en la conciencia social de la época, en los varios campos de la economía, de la técnica y de la moral". Se presenta como un conjunto de relaciones jurídicas con tradición e identificación a veces nominación, incluso en el medio social, que se trasladan también al ámbito doctrinario y jurisprudencial, conformando para algunos una verdadera costumbre jurídica, en el sentido de reiteración de conductas dotadas de un profundo convencimiento acerca de su obligatoriedad.²⁷

IV. La atipicidad como regla.

Se ha cobrado conciencia, quizás más por la fuerza arrasadora de la realidad que por una genuina aceptación de principios, que el Derecho en su conjunto está, más que nunca, sujeto a los nuevos condicionamientos económicos, sociológicos, tecnológicos, culturales y científicos predominantes en este estadio de la humanidad. Y la metabolización de este proceso se está desarrollando paulatinamente, no sin cierta resistencia, teñida de nostalgia a veces, de algún resentimiento otras, sin advertir tal vez que la premisa fundamental para cualquier cambio, sea en el orden personal como social, parte de una verdadera aceptación de la realidad.

Las incesantes manifestaciones jurídicas que nacen como respuestas a este fenómeno mundial de interconexión disciplinaria (tratamiento de la posición dominante, despersonalización, contratación masiva, penetración económica, predisposición, etc., por citar desor-

25. FARINA, Juan M., op.cit. nota 23.

26. BETTI, Emilio, "Teoría General del negocio jurídico", Trad., de A. Martínez Pérez, cit. por REZZONICO, op.cit. nota 14.

27. FARINA, Juan M., op.cit. nota 23.

denadamente algunas) ratifica una vez mas la imposibilidad de acotar la realidad en los limitados perfiles de figuras jurídicas "tipo", creadas por el legislador después de una ardua tarea de inducción.

La concepción del contrato atípico como categoría jurídica marginal, relegada a una suerte de submundo de estructuras poco claras y definidas dentro del ordenamiento legal amerita, desde luego, una insistente rectificación correctora. Pareciera que hasta poco tiempo atrás su razón de ser respondía a una "concesión puramente retórica", merced a la cual se admitía que "al lado", "al margen" o "aparte" de los contratos típicos, hallaban la posibilidad de su existencia convenciones nacidas bajo el amparo de la autonomía de la voluntad. El contrato atípico se mostraba más como hipótesis de gabinete, que como categoría real; el centro de la atención del jurista por resabios ancestrales estaba ocupado primordialmente por el cuadrante de la tipicidad y su guardia pretoriana: certeza y seguridad.

Puede decirse que es reciente el cambio posicional que se encarga de revertir esa tendencia, bajo la gráfica imagen de un terreno en el cual la tipicidad está representada por islotes, rodeada de un vasto y continuo campo de atipicidad²⁸. Resulta curioso cómo, aún en la actualidad, se observan denodados esfuerzos doctrinarios tendientes a demostrar que el contrato atípico es un "contrato"; que ambas categorías, el contrato típico y el atípico, son "verdaderos contratos".²⁹

En suma, se entretienen todavía importantes esfuerzos intelectuales en procura de conclusiones que en la actualidad son o debieran ser "premisas". Y estas últimas resultan fundamentales como punto de partida para cualquier estructura racional (el Derecho lo es): hoy por hoy, podría decirse figurativamente, la contratación atípica es regla, no excepción.

V. Los problemas de la atipicidad.

Si se quisiera reunir en una sola expresión los problemas que plantea la atipicidad, puede decirse que importa un problema de "técnica jurídica".

28. SACCO, Rodolfo, cit. por REZZONICCO, Juan Carlos, op.cit. nota 15.

29. PIANTONI, Mario A., op.cit. nota 19.

La transformación del Derecho transcurre guiada por una política jurídica que considera a las normas como un medio para alcanzar un estado social mejor o deseable. Pero el Derecho requiere también, como toda ciencia, una técnica. La técnica proporciona el "cómo" se ejecuta el fin propuesto por aquella.

Para Hubner Gallo³⁰ la técnica jurídica comprende un conjunto de medios que sirven para elaborar adecuadamente y aplicar correctamente los preceptos jurídicos. Como se observa, esta temática encierra fundamentalmente dos dimensiones, una de técnica legislativa y otra de técnica jurisdiccional. Una del legislador y otra del Juez.³¹

a) La atipicidad y la técnica legislativa. Sobre la base de lo hasta ahora expuesto, se apresura un primer interrogante en lo que hace propiamente al derecho de los contratos: ¿la creación de nuevos tipos por parte del legislador, constituye en la actualidad un adecuado recurso de técnica legislativa?

No se trata de Indagar acerca la regulación o no de los contratos atípicos, cuestión de amplitud que se Inserta más bien en el contexto de una política jurídica³² y que por sus derivaciones podría llevar al punto de resucitar viejos capítulos de la también histórica polémica entre Savigny y Thibaut, en tanto se relaciona con el gran problema de la estática y dinámica de las estructuras legales.

Se trata sí de indagar acerca de las eventuales ventajas de una tipología a nivel de técnica legislativa codificada, aspecto que se relaciona con el material a recoger y distribuir en un cuerpo legal.

Así planteadas las cosas, no parece adecuada al tiempo de hoy la utilización de dicha metodología en punto a una legislación codificada como la que nos rige. Ello sin menosprecio de los aspectos positivos que el esquema tipificatorio cumple en punto a seguridad, control social y publicidad. Sin embargo, el impacto económico tecnológico

30. HUBNER GALLO, Jorge, "Manual de Introducción a las Ciencias Jurídicas y Sociales", Santiago de Chile, 1952, pág. 159.

31. AFTALION GARCIA OLANO y VILANOVA "Introducción al Derecho", Ed. La Ley, 1967, págs. 450. Se deja de lado ex profeso la llamada técnica científica, que no tiende a "hacer derecho" sino a la consecución de la verdad jurídica, a "conocer derecho".

32. Plantea interrogantes MOSSET ITURRASPE ("Los Contratos Atípicos", Rev. La Ley T.1989B, págs.994) acerca de la alternativa de regulación. Entiendo, en cambio que la pregunta aquí es distinta, apunta al cómo: regular mediante "tipos"

que reciben los contratos produce mutaciones constantes: tipos contractuales clásicos que generan subtipos, conflictos entre tipos preexistentes y futuros, colisión entre nuevas tipologías vecinas, etc. Como recuerda Bidart Campos, la realidad se evapora cada vez que creemos que el derecho es norma, sólo norma y nada más que norma.³³

La solución no pasa, entonces, por ensanchar el área de tipicidad sumando aquellos islotes en pro de un archipiélago sino por aceptar la originalidad del fenómeno atípico y, respetando su naturaleza, receptarla en su verdadera dimensión. Y la recepción deber ser, por sobre todo, a través de un "criterio jurídico"³⁴: informado pero no "deformado" por el fragor interdisciplinario.

De tal manera, la contribución a la técnica legislativa no está en la línea de incorporación de nuevos "tipos" en la Parte Especial y sí en forjar criterios de captación más eficientes de tales tipos en la Parte General del derecho contractual, tratando de solucionar así la restante problemática común que plantea la atipicidad, esto es la técnica jurisprudencial, con sus distintos capítulos: la calificación, integración e interpretación del contrato.

b) La atipicidad y la calificación del contrato. Si la interpretación es un tema que compromete al Derecho en su conjunto, la calificación y la integración sobre todo esta última resultan ser un problema que se agudiza en el terreno de la atipicidad.

Conviene, por lo pronto, dejar aclarado que la calificación no constituye un problema de las partes contratantes. Ellas no pueden calificar arbitrariamente la naturaleza jurídica de un contrato; es el juez quien lo hace, en base a la letra de él, interpretada técnicamente.³⁵

Si bien no hay acuerdo doctrinario sobre si la calificación pre-

33. BIDART CAMPOS, Germán J. "La realidad, las normas y las formas jurídicas", Rev. La Ley, T.1990E. pág. 680.

34. Dice CARLOS COSSIO (La Revolución y la integración de la teoría pura del derecho) en Anales de la Fac. de Ciencias Jurídicas de La Plata, T.VII, 1934, pág. 21: "Hay así toda una estructura mental sobre la que reposa la ciencia de los juristas, estructura epistemológica sin la cual es imposible emitir ningún juicio que represente una afirmación de derecho positivo; ni siquiera se podría conceptualizar la más simple relación del derecho ni la institución más primitiva".

35. C.N.Com., Sala D, 15/8/83, "Coprin S.A. c/Celia Hnos. S.A."

cede o no a la labor de interpretación³⁶, pero puede afirmarse con Capitant que consiste en la determinación de la naturaleza de una relación jurídica, a efectos de ubicarla dentro de las categorías existentes.

Para Sacco se trata de una operación mental por medio de la cual se ingresa un contrato en un tipo contractual o en una categoría de contratos. Y, al decir de Mosset Iturraspe, importa determinar su naturaleza, decir si corresponde o no a la definición de un contrato reglamentado por la ley, apoyándose en ese cometido en el contenido mismo de la convención.³⁷

Como se observa, la calificación está íntimamente ligada a aquel proceso de adecuación típica cuyo desarrollo se realiza, según quedó dicho, a través del referido método residual. Valen, por tanto, las consideraciones allí vertidas.

c) La atipicidad y la integración del contrato. La integración supone precisar cuáles son los principios jurídicos componentes del contrato. Dicho en otros términos, la misma se vincula fundamentalmente con el "contenido" del contrato.

Se sabe que el contenido de todo contrato está conformado por la autorregulación de intereses privados de las partes, las normas provistas imperativa o supletoriamente por el ordenamiento jurídico y, finalmente, los usos y costumbres atinentes a situaciones no regladas legalmente.³⁸

La autonomía privada ha de estar sujeta, como ocurre en todo contrato, a los "límites" que impone el orden coactivo³⁹, con un alcance más o menos restrictivo según sea la posición que se adopte.⁴⁰

Los preceptos imperativos se "imponen" por sobre los intereses particulares, aún contrariándolos. Es decir, ostentan un rango pre-

36. Sostiene MOSSET ITURRASPE, Jorge ("CONTRATOS", Ediar, 1978, pág. 64) que la calificación es anterior a la interpretación. En sentido contrario BETTI, citado por ETCHEVERRY, op.cit. nota 15, pág. 293).

37. MOSSET ITURRASPE, op.cit. pág. 64.

38. STIGLITZ, Rubén S., "Contenido del Contrato", en Contratos, Teoría General, Depalma, 1990, pág. 343 y sigs.

39. SPOTA, Alberto G. op.cit. pág. 20.

40. En tanto y en cuanto el derecho está receptando la noción de "Orden público económico".

ferente por sobre el precepto privado. Por último, los dispositivos ceden ante la autorregulación.

Dentro de este esquema básico, pero interiormente complejo, los problemas de la atipicidad se relacionan, en primer lugar, con el "principio de conservación del negocio jurídico" y, en segundo término, con el respecto a la "economía y finalidad práctica" que el mismo propone al Derecho. Este último parece ser el más delicado.

En el primer aspecto, en tanto la regulación privada se subordina a normas imperativas, es menester definir si la conservación del acto se condiciona únicamente a la existencia de elementos esenciales (con sentimiento, capacidad y objeto) o bien se extiende, conforme a su naturaleza, a todo el plexo normativo general de los contratos, interpretación que parece más armoniosa, sobre todo a la luz del sistema de nulidades parciales (art. 1039).

En cuanto al segundo punto, la economía y finalidad del contrato habrá de decidir la suerte del "régimen supletorio"⁴¹, ya que la atipicidad supone ausencia de normas dispositivas específicas.

Por último, el régimen supletorio se contacta con los llamados usos y costumbres y su posibilidad de engarzarse dentro de la tipicidad social o legal.

En síntesis, el conflicto más trascendente que plantea aquí la atipicidad es, una vez admitida la existencia y subsistencia del contrato, el referido respeto a la "originalidad" de las partes, lo que se logra a través de un régimen supletorio que preserve la finalidad económica del negocio jurídico en cuestión.

c) **La atipicidad y la interpretación.** Resultaría imposible introducirse en este gran tema del Derecho. Baste con recordar, en el intento de verificar las relaciones que se producen con el fenómeno atípico, que los jueces no interpretan las leyes o normas, sino que interpretan o comprenden conductas, a través de ciertos esquemas de interpretación tipos standard llamados leyes.⁴²

41. Clásicamente se han expuesto tres teorías para solucionar el tema de la regulación: las de la absorción, extensión analógica y combinación, que son tratadas por la mayoría de los autores.

42. COSSIO, Carlos, "El derecho en el derecho judicial", cit. por Aftalión, García Olano y Vilanova, "Introducción al Derecho", Edit. La Ley, 1967, pág. 462, nota 7.

La dinámica contractual moderna, conforme con lo dicho, pareciera requerir esquemas de interpretación más abiertos que los "tipos", esquemas que recojan sí los "standards" elaborados por la jurisprudencia y la doctrina, para corregir las desviaciones que produce el constante acecho económico y tecnológico y, simultáneamente, respetar ese material inédito aportado por los contratantes.⁴³

La técnica jurisprudencial frente a la atipicidad, entonces, se verá enriquecida no por la introducción de nuevas tipologías, metodología que se ha juzgado inapropiada a nivel de técnica legislativa, sino por la incorporación expresa de normas de interpretación claras en la Teoría General del contrato, partiendo de la base que las existentes son escasas.

VI. La atipicidad en el Derecho Argentino

Advertido el carácter del problema y sus derivaciones, corresponde un ligero análisis de su tratamiento general en el Derecho Argentino.

a) El Código Civil. Vélez introdujo la problemática del contrato atípico en el art. 1143 del Código Civil, a través de una terminología nominados e innominados que no satisface la esencia de la cuestión, ajustada por la doctrina, desde los autores más tradicionales a los modernos⁴⁴, en el sentido de que no es la nominación de la ley el factor determinante sino, según se puso de manifiesto supra, la existencia de una particular disciplina, aunque sea por vía de remisión.

Al decir de Segovia⁴⁵ las fuentes inmediatas son Aubry et Rau y el Código de Baviera, aunque el Codificador no los aluda en la nota y sí transcriba a Pothier y Durantón.

La crítica más aguda proviene de Spota⁴⁶ cuando señala que

43. En relación con la dinámica del derecho y la interpretación, sostiene SARMIENTO GARCIA, Luis Eduardo ("Introducción al Derecho", Abeledo Perot, Bs. As. 1984, pág. 192 y sigs.) que como la realidad humana es esencialmente móvil, cambiante, el derecho sigue su misma condición, de manera que requiere constantemente de su interpretación y de su integración, destacando en este sentido que las lagunas, más que problema constituyen un "tema" del derecho, perfectamente contemplado en la Ciencia y Filosofía del derecho.

44. Ver, por todos, MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", op.cit.pág.60.

45. SEGOVIA, cit. por MASNATTA, Héctor, op.cit.

46. SPOTA, Alberto G., op.cit. pág. 199.

la definición del art. 1143 es "inocua", por carecer de contenido normativo, al no establecer el régimen aplicable a los innominados.

De cualquier manera, hay consenso doctrinario total en punto a que la noción del art. 1143 admite la posibilidad de desarrollo de todo convenio, goce o no de denominación especial.

b) Anteproyecto de Bibiloni. Elimina la definición que da Vélez y, con mejor técnica, deja expresamente establecido el sometimiento de todo contrato a la normativa general, prescribiendo todo ello en su art. 1292 el régimen supletorio por vía de la analogía: "Las reglas del presente título se refiere al 'De los Contratos' se aplican a todos los contratos. Los particulares a cierta clase se aplican subsidiariamente a los innominados con los cuales tuviesen mayor analogía.

c) Proyecto de 1936 y Anteproyecto de 1954. El primero, si bien utilizando la terminología de Vélez, elimina la definición del codificador y establece también la regulación supletoria analógica. El segundo no recepta tampoco la definición y, a diferencia de los anteriores, carece de normativa expresa acerca de la regulación analógica de los atípicos, si bien se extrae de los criterios generales, asemejándose en ese aspecto al Código.⁴⁷

d) Doctrina. La doctrina más tradicional se ha expresado desde antaño en torno a esta problemática, a través de las opiniones de Salvat, Llerena y Segovia, quienes en sustancia postulan la aplicación de las normas generales de los contratos y, en caso de insuficiencia, las reglas de los tipos semejantes. Lafaille, prefería la utilización de las reglas que brinda el art. 16 del C.C., destacando la importancia de la calificación y el fin económico perseguido. Spota, a su turno, se encarga de resaltar, siguiendo la dogmática germana, el papel relevante que juega el arbitrio judicial en la sana composición de los intereses en conflicto.⁴⁸

e) XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987). La doctrina comienza a poner el acento con mayor vehemencia en el factor teleológico del contrato, como se dijo fundamental en la

47. TRANCHINI, Marcela H., "Contratos típicos y atípicos", en *Contratos*, STIGLITZ, Rubén S.op.cit. pág. 145.

48. MASNATTA, Héctor, op.cit. Este autor hace un racconto de las distintas opiniones doctrinarias en el Derecho Argentino.

tarea de calificación, integración e interpretación del acto: la economía y finalidad del negocio jurídico. Así, en el punto 6 de las recomendaciones de la Comisión 3 que aborda esta problemática, se expresa: "la finalidad y economía del contrato constituyen una fórmula que, más allá de los efectos jurídicos, en orden a las relaciones patrimoniales, aprehende las necesidades que el negocio tiende a satisfacer y la manera prevista por las partes para lograrla dentro del mismo. La finalidad del negocio es particularmente importante en orden a la calificación e interpretación de los contratos atípicos".⁴⁹

f) Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación. El texto propuesto para el nuevo art. 1143 es el siguiente: "Los contratos son típicos o atípicos según que la ley los regule especialmente, o no los regule especialmente. En los contratos atípicos, en subsidio de la voluntad de las partes, se aplicarán las reglas de contratos típicos afines que sean compatibles con la finalidad y la economía del negocio, y las normas generales sobre obligaciones y contratos".

Los aspectos más relevantes son: la correcta utilización de la terminología y definición de los contratos típicos y atípicos, según el entendimiento de la doctrina mayoritaria; la regulación supletoria de los atípicos por expresa remisión a las tipologías análogas, pero subordinada a la finalidad y economía del negocio; la integración subsidiaria con las normas generales sobre obligaciones y contratos. Sostiene Mosset Iturraspe⁵⁰ que la expresión "en subsidio" parece dar a los contratantes una facultad omnímoda, liberándolos de cualquier sometimiento y posibilitándoles hacer cuanto les venga en gana y voluntad. No es compartida tal apreciación. La referencia hace alusión no a la extensión o alcance de la regulación privada, que tiene sus límites en la ley, sino al reconocimiento de esa "originalidad" propuesta por los contratantes que constituye, precisamente, el material atípico. Se trata, por tanto, de una expresión tecnicolegal dirigida al intérprete para orientar la integración del contrato y no de una exaltación desmedida de la voluntad.

La norma no contiene referencia alguna al campo de la "tipicidad social", aunque debe advertirse que el art. 1155 proyectado incluye, al

49. TRANCHINI, Marcela H., op.cit. pág. 151.

50. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Los contratos atípicos", en Rev. La Ley, T.1989B, pág. 994.

referirse al contenido del contrato, los usos y costumbres del lugar de celebración, en cuanto fuesen aplicables.

g) XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche, 1989). Quizás una de las últimas expresiones doctrinales mayoritarias sobre esta temática está condensada en estas Jornadas⁵¹, que a la par de auspiciar la reforma del art. 1143 del C.C. en los términos insinuados por el Proyecto de Unificación, sienta otras consideraciones de interés.

Prevalece en esta reunión una idea estricta de la tipicidad legal, que aunque la presupone no la identifica con la social, sin perjuicio de la norma del art. 17 C.C.

En cuanto a la regulación, recomienda la sujeción de la autonomía de la voluntad a las normas imperativas y, en lo no previsto, la recurrencia a los "principios generales" de las obligaciones, de los contratos y de los hechos y actos jurídicos. Subsidiariamente, remite al régimen de los contratos típicos análogos. Finalmente, condiciona la aplicación analógica a la "compatibilización" con la finalidad y economía del contrato".

Como se advierte, existe en esta reunión una tendencia robustecedora del criterio de unidad del derecho que, a su vez y en definitiva, opera como resguardo del sustrato atípico que los contratantes proponen al ámbito jurídico.

h) II Jornadas Mendocinas de Derecho Civil (Mendoza, 1991). En esta reunión, la Comisión Nro. 1, destinada al tema "Los contratos de dominación y colaboración empresaria", concluyó por unanimidad que "Los contratos de colaboración empresaria atípicos están regidos: a) por las normas imperativas, que incluyen los standard de moral, buena fe e impedimento para obrar abusivamente; b) por la autonomía de la voluntad; c) por las normas generales, en cuanto sean compatibles con la finalidad y la economía del contrato. Los usos sólo son relevantes cuando adecúan a criterios valorativos".

La nota de relevancia está dada por la incorporación expresa de los "standard" al campo de la imperatividad. Se observa también que no hay remisión supletoria a ningún régimen tipificado sino a las normas generales y a los usos, estos últimos de modo restrictivo.

51. J. A., T.1989II, pág. 897.

VII. Conclusiones

La revolución tecnológica, la penetración económica y el giro de los acontecimientos sociales proponen al hombre de derecho un **criterio jurídico abierto** al fenómeno atípico, como regla directriz de la captación del contrato moderno.

La atipicidad, como problema, impone la profundización de las **técnicas jurídicas** tendientes a su recepción en el mundo del derecho.

La introducción de nuevas tipologías en materia de legislación codificada, habida cuenta del dinamismo contractual moderno, no constituye una adecuada metodología de **técnica legislativa**.

La técnica jurisprudencial, comprensiva de la calificación, integración e interpretación contractual, se desarrollará más eficientemente si se incorporan reglas definidas en tal sentido en la Teoría General del Contrato.

La **calificación** del contrato supone la utilización de un método residual que, despejando con precisión el material típico, deje a la luz el fenómeno atípico para su correcta aprehensión.

La integración del contrato enfrenta dos cuestiones básicas: el principio de conservación del negocio jurídico y la preservación de la economía y finalidad práctica del contrato. Esta última juega un rol de suma importancia para precisar el adecuado régimen supletorio.

La **interpretación** del fenómeno atípico requiere esquemas abiertos que apunten no tanto a la limitación de la voluntad de los contratantes ínsita ya en la normativa del Código, pero susceptible de mejora como al respeto de su creación original. Ello exige una prudente adecuación de las normas imperativas, los "standard" y el régimen de la analogía.

El derecho argentino se ha ocupado de este problema, pero en forma no del todo sistemática. Es reciente la jerarquización expresa de la finalidad y economía del contrato, como elemento causal a resguardar por el legislador. Los estudios especializados demuestran, sin embargo, que la doctrina moderna está percibiendo la esencia de este nuevo desafío que el mundo actual propone al jurista en términos muy sencillos: un tratamiento de derecho más familiar del fenómeno atípico.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARCAGNI, José O, "El Contrato en el Common Law", Contratos, Stiglitz, Rubén S., Depalma, 1990, p. 47 y sigs.
2. AFTALION, Enrique R., GARCIA OLANO, Fernando, VILANOVA, José, "Introducción al Derecho" (Bs. As., La Ley, 1967).
3. ALTERINI, Atilio A., "Formas modernas de la contratación", Rev. La Ley, T. 1980-D, pág. 1108.
4. BIDART CAMPOS, Germán J. "La realidad, las normas y las formas jurídicas", Rev. La Ley, T. 1990-E, pág. 680.
5. CALDANI, Miguel Ángel C, "Bases para la comprensión axiológica de la Tipología Contractual", ED. t. 139, p. 863.
6. COSSIO, Carlos, "La revolución y la integración de la teoría pura del Derecho", en Anales de la Fac. de Ciencias Jurídicas de La Plata, T. VII, 1934, pág. 21.
7. CUETO RÚA, Julio O, "Una concepción objetiva del contrato, El caso del Common Law", en Contratos, dir. Trigo Represas-Stiglitz, Ed. La Rocca, Bs. As., 1989, pág. 31 y sigs.
8. ETCHEVERRY, Raúl A., Derecho Comercial y Económico. "Obligaciones y Contratos", Parte General (Astrea, Bs. As., 1988).
9. HUBNER GALLO, Jorge, "Manual de Introducción a las Ciencias Jurídicas y Sociales" (Santiago de Chile, 1952).
10. FARINA, Juan M., "Los contratos innominados y el derecho comercial", RDCO, año 11, 1978, pág. 1.
11. GARRIDO, Roque F. y ZAGO, Jorge A., "Contratos Civiles y Comerciales", Parte General (Editorial Universidad, Bs. As., 1985).
12. LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., "Teoría de los contratos". Parte General (Bs. As., V.P. de Zavalía, 1975).
13. LLAMBIAS, Jorge J. y ALTERINI, Atilio, "Código Civil Anotado", t. III-A (Abeledo-Perrot, Bs. As. 1985).
14. MASNATTA, Héctor, "El Contrato Atípico", J.A. 1960-VI, p 160g. 229.
15. MESSINEO, Francesco, "Doctrina General del Contrato" (Bs. As., 1952).
16. MORELLO, Augusto M., "Evolución y actualidad del Derecho de los Contratos", Rev. La Ley, T. 1988-B, pág. 935 y sigs.
17. MORELLO, Augusto M., "Contrato Y Proceso" (Abeledo Perrot, Bs. As., 1990).

18. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", (Ediar Bs. As., 1978)
19. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Los contratos atípicos", Rev. La Ley, T. 1989-B, pág. 994.
20. PIANTONI, Mario A., "Contratos típicos y atípicos", Contratos, dirig. Trigo Represas-Stiglitz, Ed. La Rocca, Bs. As. 1989, pág. 43.
21. PIANTONI, Mario A., "Contratos Civiles" (Lerner, Córdoba-Bs. As., 1975).
22. REZZONICO, Juan C, "El Contrato interferido económicamente", Rev. La Ley, T. 1985-D, pág. 905.
23. REZZONICO, Juan C, "El tipo en los contratos civiles y comerciales", Rev. La Ley T. 1990-C, pág. 976.
24. RISOLÍA, Marco Aurelio, "La noción clásica y la evolución contemporánea del contrato", IDEARUM, Nro. 6/7, 1980- 1981, pág. 25;
25. RISOLÍA, Marco Aurelio, "Soberanía y Crisis del Contrato en nuestra legislación civil", (Bs. As., 1958).
26. SARMIENTO GARCÍA, Luis Eduardo, "Introducción al Derecho" (Abeledo-Perrot, Bs. As., 1984).
27. SILVA, Armando, Contratos Nominados e Innominados, Ene. Jur. Omeba, T. IV, pág. 667.
28. SPOTA, Alberto G., Instituciones de Derecho Civil, "Contratos", Depalma, Bs. As., 1978).
29. SALVAT, Raymundo M., Derecho Civil Argentino, "Fuentes de las Obligaciones" (Tipográfica Editora Argentina, Bs. As., 1957).
30. STIGLITZ, Rubén S., "Contratos", Teoría General (Depalma, Bs. As., 1990).
31. TRANCHINI, Marcela H., "Contratos Típicos y Atípicos", Contratos. Teoría General, dirig. por Stiglitz Rubén S. (Depalma, Bs. As., 1990).
32. TRIGO REPRESAS, Félix A. y STIGLITZ, Rubén S. Directores, "Contratos" (Ediciones La Rocca, Bs. As., 1989).