

APUNTES A LA CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN TÍPICOS, ATÍPICOS Y MIXTOS

Por Bruno Leonardo Cámara Carrá

RESUMEN

El artículo presente trata de la estructura lógica de la clasificación de los contratos en típicos, atípicos y mixtos, con base en la legislación civil argentina. Empieza su desarrollo con el aporte de varias definiciones de naturaleza lógica y ontológica para después aplicarlas a un análisis científico acerca de las categorías arriba nombradas. También se hace un breve resumen histórico de ésta clasificación para demostrar a través de ello cómo y cuando ella se alejó de sus orígenes más antiguas en el Derecho Romano. Para terminar, serán realizadas otras tantas consideraciones de carácter sistémico para igualmente demostrar que los denominados "contratos mixtos" parecen ser más un equívoco de evaluación de la doctrina actual.

PALABRAS CLAVE

CONTRATOS - CLASIFICACIÓN - MIXTOS - ESTADO ACTUAL - ANALISIS LÓGICO.

NOTES TO THE CLASSIFICATION OF THE CONTRACTS IN TYPICAL, ATYPICAL AND MIXED

By **Bruno Leonardo Cámara Carrá**

SUMMARY

The present study is concerning about the logic structure of the classification of contracts on typical, atypical and mixed, choosing as reference the Argentinean Private Law. Starts bringing several definitions from the logical and ontological subject to, later, apply them to make a scientific analyze of the nominated categories. Also, it is done a quick historical development of that classification, on way to demonstrate how and when it went away from its early origins at the Roman Law. Finally, it is done a several considerations of systematic matter in order to prove that the so-called contracts mixed are nothing but a real misjudge of the modern doctrine.

KEYWORDS

CONTRACTS – CLASSIFICATION – MIXES – ACTUAL STAGE – LOGICAL ANALYSIS.

APUNTES A LA CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN TÍPICOS, ATÍPICOS Y MIXTOS

Por Bruno Leonardo Câmara Carrá*

1. Introducción. El problema de las clasificaciones en Derecho

La actividad de clasificación es elemental en cualquier ciencia. En la biología, es famosa la clasificación de la vida hecha por Lineo siglos atrás. En la química, los elementos están agrupados bajo una tabla, denominada periódica.

En todos los casos se busca adoptar un criterio cualquiera que ayude al científico a comprender y a explicar la parcela de la realidad que es objeto de su estudio. Para eso, deberá partir de ciertos padrones teóricos que son tomados justamente para permitir un agrupamiento de hechos, cosas o datos bajo ellos. Estas son las denominadas *categorías*.

Los teóricos del derecho, los juristas, también están acostumbrados a hacer clasificaciones. Entretanto, como en la ciencia del Derecho no hay cómo proceder a la verificación experimental de los enunciados normativos, sólo queda el rigor de la lógica como instrumental para conferir un mínimo de seguridad a sus taxonomías.

No obstante, tal circunstancia en nada sensibiliza a los juristas, quienes insisten en aprovechar la imposibilidad (o por lo menos la diminuta posibilidad) de contrastación empírica de sus fórmulas no para frenar sus ímpetus artísticos, sino contrariamente para, casi sin pudor, presentar una panacea de clasificaciones para todos los gustos, paladares y sensaciones.

Roberto José Vernengo, tomando como verdadera la crítica de Leibniz, por la cual la labor teórica de los juristas consiste en elaborar complicadas e inútiles clasificaciones, descarga una severa censura a las clasificaciones comúnmente hechas en Derecho que no tienen, en general, rigor lógico y, por eso mismo, resultan vagas y sin valor científico:

“Para una clasificación puramente lógica, las modalidades normativas utilizadas – prohibiciones, deberes y facultades – constituyen una partición suficiente, pero cuál sea la lógica modal deóntica a la que se recurre puede ocasionar divergencias en la taxonomía: así se encuentran en la literatura

* Doctorando por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - Maestría en Derecho por la Universidad Federal del Ceará - Juiz Federal (Titular da 16ª. Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará).

dogmática referencias a derechos-deberes, como sucede con algunos de los derechos humanos consagrados por documentos internacionales y muchas constituciones."¹

La violación de varias reglas de la Ontología y de la Lógica produce, casi siempre, la introducción de tipos taxonómicos extravagantes como los que se suele denominar de *ecléticos*, *mixtos* o de *tercius genus*. Es decir, son agrupados en un mismo concepto términos entre sí contrarios.

Eso se hace con olvido de la regla que la Lógica clásica denomina como el principio del tercer excluido (*tertium exclusum ou tertium no datur*), que enuncia que entre dos proposiciones que juntas forman una contradicción no hay una tercera posibilidad (*inter duo contradictoria non este médium*). Es decir, la tercera está excluida. Así *o A es B o A no es B* (o bien *P* es verdadera, o bien su negación $\neg P$ lo es).

Esa regla se supone en conjunto con los principios de la contradicción y de la identidad, que en resumen establecen las bases de la Lógica tradicional, y genera como consecuencia ontológica el hecho de que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, como explican los filósofos desde Aristóteles.

Es decir, si un enunciado significa algo no puede significar, al mismo tiempo, lo contrario de lo que indica, pero también ya no admite la creación de una fórmula *mixta*, que se agregue a ambas, ya que ellas se excluirían mutuamente.

De esta forma, por ejemplo, no es aceptable hablar de individuos blancos, negros y todavía blancos-negros. Sería posible hablar de amarillos, rubios, o mismo verdes, como en la ficción, pero nunca de una categoría que contuviera dos colores que por definición se excluyesen.

Si las proposiciones son evidentes por sí mismas y si ambas son entre sí contradictorias, no es posible la creación de un *tercer genus* que reúna a ambas en una única categoría, ya que las estructuras conceptuales generadas por ella recíprocamente se anularían.

Pero adviértase que el término *contradictorio* no es empleado como sinónimo de *contrario*, debiéndose realizar la distinción entre ambos términos. Dos *contrarios* pueden formar una secuencia de enunciados con validez lógica, así como una cierta categoría puede contener en su formulación dos *contrarios lógicos*, pero no su concepto ya que ahí llegaríamos a una situación de *contradicción*².

Así, entre dos juicios contrarios puede darse un término medio. En cambio, entre dos juicios contradictorios ello no sería posible.

¹ VERNENGO, Roberto José. Descripciones y Clasificaciones en Derecho. *Dianoia / Anuario de Filosofía*. México, Vol. XXXIX, 1993. p. 244.

² "Dos posiciones son contradictorias entre sí cuando una equivale a la negación de la otra, de tal modo que no pueden ser las dos verdaderas ni las dos falsas: "llueve" y "no llueve"; "hace frío" y "no hace frío". En cambio, dos proposiciones son contrarias cuando son incompatibles (es decir, no pueden ser ambas verdaderas) pero dejan entre ellas un espacio para otras posibilidades. Así, contraria de la "pared es blanca" sería "la pared es negra"; pero contradictoria es "la pared no es blanca" [...] Dos proposiciones contrarias pueden ser ambas falsas, pero entre dos proposiciones contradictorias (es decir, entre una proposición y su negación lisa y llana) alguna tiene que ser verdadera. La pared es blanca o bien no lo es (por ser negra, gris, verde o de cualquier otro color)." (ECHAVÉ, Delia Teresa; GUIBOURG, Ricardo A.; URQUIJO, María Eugenia. *Lógica, Proposición y Norma*. Buenos Aires, Astrea, 2002. pp. 86-87).

El desastroso efecto de la admisión como verdadero de un enunciado contradictorio **nos** es develado por la fórmula comúnmente atribuida a Duns Scotus o al Pseudos-Scotus de que de una contradicción cabe inferirse cualquier cosa.

En un sistema de permisiones, prohibiciones u obligaciones como es el Derecho, eso representaría el convertir en siempre permitidos, o siempre prohibidos, o bien en siempre obligatorios todos los enunciados normativos, lo que significaría la propia insubsistencia práctica, además de teórica, del sistema.

Otras veces, los juristas toman un dato particular por universal y viceversa, lo que produce una inversión de contenido que destroza la estructura interna de la taxonomía.

Me refiero en ese último caso al empleo casi irresponsable de las categorías esencia (*universal*) y existencia (*particular*) que los juristas insisten en no respetar al hacer sus clasificaciones.

Cuando se clasifica algo se está, en primer lugar, haciendo un juicio acerca de ese algo. Es decir, se está proponiendo un predicado a un sujeto. Tales predicados atribuyen propiedades al sujeto. Entonces clasificar es, en resumen, decir que un sujeto se encuentra bajo tales o cuales propiedades o características.

Pónganse a consideración, las dos ya mencionadas propiedades: alto y bajo. Si se predica que Juan es alto, se está afirmando que el hombre Juan integra la clase de los altos. Vale decir, Juan es alto y no bajo (su opuesto categórico).

Cuando las propiedades son predicadas respecto de todos los seres contenidos en el universo considerado (universo del discurso), aparecen los juicios universales. En las palabras de Roberto José Vernengo: "Un juicio como 'todos los hombres son mortales' es un enunciado universal porque atribuye la propiedad designada por el predicado, la de ser mortal, a todos los entes que son hombres"³.

Tales enunciados son denominados, desde el punto de vista ontológico, como esenciales, porque las propiedades referidas son atinentes a todos. Basta que uno de los seres contenidos en el universo no posea tal característica, para que el enunciado ya no sea universal, o sea, de esencia.

De ahí que la definición hecha por Baruch Spinoza de que la esencia es el dato que siéndolo dicho de una cosa, hace necesariamente que ella lo sea y que, por otro lado, siéndolo suprimido haga necesariamente que ella ya no sea⁴

Asimismo, la propiedad no es particular, en la medida en que se refiere apenas a una parte del universo del discurso. Cuando se habla de la afirmación de que Juan es alto, la propiedad "alto" no es común a todos los hombres, sino que apenas a Juan que es un hombre.

³ VERNENGO, Roberto José. *Curso de Teoría General del Derecho*. 2 ed. Buenos Aires, Desalma, 1988. p. 80. El autor, a continuación, propone un análisis distinto del esquema tradicional, generalmente, representado en términos de "Todo S es P". De hecho, el Dr. Vernengo, exprime la afirmación ahora en términos condicionales con esa fórmula: "para todo x , si x es hombre, entonces x es mortal. El cambio, entre tanto, no altera el hecho de que la afirmación debe englobar a todos dentro del universo, o entonces quedarse volcada, porque: "en la afirmación universal, lo característico es que se lo predica, condicionalmente, de todo ente que sea miembro del universo del discurso".

⁴ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoría da Norma Jurídica*. 5 ed. São Paulo, Malheiros, 2002. p 48

Por lo tanto, ya no sirven los enunciados particulares para predicar algo con respecto al todo, sino que apenas a uno o algunos del grupo, pero jamás del grupo en si mismo. Son accidentales, es decir, ellas se relacionan con la forma con que presentan una parte del conjunto⁵ y sólo eso.

Como no predicen algo acerca de todos sus integrantes, ya no sirven para enunciar acerca del todo. Entre tanto, es común que en muchas clasificaciones se tome la parte accidental como universal, produciendo un desvío conceptual que sólo contribuye para el desarrollo de las tan criticadas taxonomías jurídicas.

Realizadas tales aclaraciones, ahora es posible adentrarse en el tema propuesto, es decir, demostrar que lo que la doctrina tradicionalmente denomina *contratos mixtos*, (cuando refiere a los contratos típicos y atípicos), no es otra cosa que un caso de tercer excluido que engloba en su definición términos contradictorios entre si. Además, suele olvidarse que configuran casos de aparición accidental entre los contratos atípicos. Entre tanto, de ser tratados como especies puramente accidentales, son erigidos en una categoría autónoma, como si hubiera un grupo propio (es decir, un universo) que pudiera ser comprendido independientemente de los contratos atípicos.

2. Los Contratos y su Clasificación como Típicos (Nominados) y Atípicos (Innominados).

Uno de los institutos importantes para el Derecho, quizás el de importancia práctica más relevante para aquella rama denominada Derecho privado, es el contrato.

Conforme el artículo 1.137 del Código Civil de Vélez, "hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos".

Es natural que, como otros institutos jurídicos, los juristas no se cansen de hacer taxonomías con respecto a los contratos. De hecho, lo hacen desde el Derecho Romano, **el** cual no solamente conocía a este instituto sino que lo manejó a niveles muy avanzados. Como se sabe, muchos de los aportes concebidos por los romanos son todavía empleados por nosotros, siglos después.

Enseñan Georges Ripert y Jean Boulanger que clasificar un contrato constituye la operación (intelectual) bajo la cual se incluye ese contrato en una categoría jurídica preestablecida, hecho de mucha relevancia, inclusive al punto de permitir su control por la Corte de Casación en demandas judiciales, porque "llegado el caso, permite determinar las reglas aplicables a ese contrato en ausencia de una voluntad expresa de las partes y también las reglas imperativas que imponen a las partes ciertas obligaciones o les prohíben ciertas cláusulas."⁶

⁵ Roberto Vernengo, sustituyendo aquí también los conceptos tradicionales, enseña que el problema entre enunciados esenciales y existenciales es apenas de cantidad. En los enunciados universales, la proposición irá referirse a el todo, lo que es expresado por la fórmula: $(x)CHxMx$, mientras que la proposición particular se destina a por lo menos uno del universo, pero nunca a todo universo y se representa por la fórmula: $(Ex)KHxGx$. Cf: VERNENGO, Roberto José *Curso de Teoría General del Derecho*. 2 ed. Buenos Aires, Desalma, 1988. p. 81.

⁶ RIPERT, Georges et BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil. según el tratado de planiol* Trad. de Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires, La Ley, 1988. t. IV (Las Obligaciones). v. I p. 70.

El Código Civil argentino reproduce algunas de las categorías más clásicas en la doctrina y en las legislaciones de genealogía romana⁷. Así, además de otras, el Código reconoce y prescribe de contratos nominados e innominados (artículo 1.143).

Acerca de estos últimos, hoy en día, la **totalidad de la doctrina** trae a colación que la taxonomía nominado e innominado debe ser substituida por otra (o por lo menos comprendida como) que, no divergiendo de la conceptualización tradicional, adjunte un significado más riguroso a la clasificación: a) contratos típicos (nominados) y atípicos (innominados). Francisco Messineo explicita la sutil distinción con las siguientes palabras:

“Se los llama también atípicos, precisamente porque se separan de las figuras de los contratos nominados, que están dotados de una causa típica que caracteriza la respectiva disciplina; en los contratos innominados, la causa es precisamente atípica, porque es nueva y diversa, respecto de cada una de las que son propias de los contratos nominados”⁸.

La distinción entre contratos nominados (típicos) e innominados (atípicos) nace en el Derecho Romano, si bien los autores apuntan que el sentido de la clasificación para ellos era diversa de la que solemos emplearse en la actualidad.

Es sabido que el Derecho Romano sólo permitía *actio* a las convenciones destinadas a producir obligaciones que hubiesen sido mencionadas y nombradas por la Ley Civil. Las especies contractuales eran cerradas (según las *Institutas* de Gaio eran cuatro: *verbis, litteris, re y consensu*).

De esta forma, saber si un contrato estaba reglamentado por la Ley (es decir, si era nominado), resultaba de imprescindible importancia para los romanos, porque, destituido de *actio*, el acto perdía totalmente su fuerza obligante.

Sin embargo, como explica José María Gastaldi, la evolución del Derecho Romano reconoció también acción común a una categoría especial de convenciones, no sancionadas por el Derecho Civil, por influencia de los jurisconsultos, por el Derecho pretoriano, o por las constituciones imperiales. De esta forma “los contratos innominados aparecen como un complemento y una generalización de los contratos reales”; pero el objeto de la obligación podría divergir, a veces esencialmente, de la causa”⁹.

Como la propia eficacia jurídica del acto dependía de la clasificación del contrato como nominado e innominado, ya que las razones para la validez de aquellos eran diversas de las de éstos, la taxonomía en cuestión era de gran importancia en el Derecho Romano.

⁷ Inclusive aportando definiciones terminológicas, en lo que se distingue de varios otros códigos que no aportan cualquier explicación conceptual. Tal es el caso de su vecino Código Civil brasileño, el cual, a pesar de emplear los términos *contrato oneroso* (art. 447), *contrato bilateral* (476) etc. no otorga un concepto acerca de los mismos.

⁸ MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial: derecho de las obligaciones parte general. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. TOMO IV. p. 450.

⁹ GASTALDI, José María en ESCALADA, Federico N. Videla *et alli*. *Contratos I*. cátedra de derecho civil del doctor Federico N. Videla Escalada. Buenos Aires, Victor Zavalia, 1971. p. 170.

Se suele atribuir a Ulpiano, ya en una fase posterior del desarrollo del Derecho Romano, por la primera vez el empleo de la expresión *contratos innominados* (D., 2, 14, 1 y 7).

Para él, existirían dos tipos bien diseñados de contratos. En una primera clase estarían los que poseían nombre propio según el Derecho (*proprium nomen contractus*), no importando que lo fuese por Derecho Civil estricto o por Derecho Pretoriano (así tanto los contratos de **compra venta**, alquiler y sociedad, que poseían orígenes en el *ius civile*, como los contratos de depósito y comodato nacidos del *ius gentium* eran considerados como nominados). En otra clase estaban las convenciones o operaciones que Ulpiano denominaba de nuevas (*nova negotia*) y que, así, no tenían forma jurídica distinta (*nomens iuris*).

Sin poseer un nombre propio, es decir, sin contar con una acción nominada para “darle vida” independientemente de otras circunstancias, el contratante solo podría exigir el cumplimiento del contrato *si causa subest*, significando esto que debería, en primer lugar, ejecutar su parte del pacto para sólo entonces poder exigir la del otro.

Mismo para quienes sostienen que en sus fases posteriores el Derecho Romano ya aceptaba como obligatorias a todas las formas de convenciones, no se debía olvidar que los contratos dichos innominados carecían de una profunda desventaja frente a los nominados, a la vez que estos no necesitaban de *causa* para que fueran ejecutados en caso de incumplimiento por uno de los contratantes¹⁰.

Sin embargo, siglos después, con la introducción de los *principios de la autonomía de la voluntad y de libertad contractual*, la división perdió en definitiva su anterior importancia¹¹.

Apuntan los mismos Ripert y Boulanger que como consecuencia del principio de la libertad contractual siguió que la clasificación no tendría más la relevancia preconizada por los romanos, sirviendo ahora tan sólo para indicar que un contrato “no entraba en una de las categorías previstas por el Código Civil”¹².

De hecho, el efecto directo del goce de esta libertad es la facultad echada a las manos de los contratantes para insertar el contenido que les parezca más adecuado, incluso hasta al punto de alejarse de todas las reglas del Derecho Civil vigente, salvo las que se referían a las buenas costumbres, al orden público, o las que, ahora, establecen ciertos límites a la autonomía de la voluntad dentro de la llamada economía dirigida. Es decir, las normas que una u otra clasificación en Derecho Privado suele denominar como *ius cogens*.

¹⁰ “Les Romains, au debut de l'époque classique, ont commencé par admettre quatre contrats consensuels. Ils ont également admis un certain nombre de pactes, de sorte que le consensualisme s'étendait considérablement dans la pratique, mais demeurait toujours limité en son principe à quelques cas spécifiés, sanctionnés chacun par une action particulière. Avec la notion de contract innominé, on en arrive à admettre que toute convention puisse devenir *obligatoire*. Mais, à cela, preside une condition d'une importance essentielle: il faut que l'une des parties ait déjà exécuté. On n'a donc pas affaire à un consensualisme pur. Il se trouve introduit en lui, en quelque sorte, un élément réel, ou tout au moins onéreux, qui le qualifie dès sa formation” (LEVY, Jean-Philippe y CASTALDO, André. *Histoire du Droit Civil*. Paris, Dalloz, 2002. p. 766.

¹¹ La obsolescencia de la clasificación de los contratos según su previsión en el derecho legislativo (*stricti iuris*) era enseñada por Pothier cincuenta años antes del surgimiento del Código Napoleón, que, en realidad, adoptó este criterio. Cf. POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las Obligaciones*. Trad. de Guillermo Cabanellas de Torres. 2 ed. Buenos Aires, Heliasta, 2007. p. 17.

¹² RIPERT, Georges et BOULANGER, Jean. *Ob. cit.* p. 69.

Sin embargo, ello implicará que los contratos, sean los disciplinados por la ley o bien los creados libremente por los sujetos, posean igual fundamento de validez jurídica: la voluntad libremente ejercida. De menor relevancia sería ahora el hecho de que el tipo contractual esté o no previsto en la ley, ya que lo decisivo otorgarle fuerza obligatoria es apenas la autonomía de la voluntad¹³.

Es con base en esta nueva postura teórica que el Código Civil de los franceses, el Código Napoleón, finalmente encierra todas las discusiones doctrinarias aún existentes acerca de los contratos innominados como categoría merecedora de un tratamiento jurídico diferenciado (es decir, a menor) que los contratos nominados, presuponiendo como consecuencia de su artículo 1.107 que todos los contratos estarían bajo las reglas generales ("son soumis à des règles générales") acerca de éste gran instituto.

Mismo con el advenimiento de la conocida *crisis del contrato*, mejor dicho, *la crisis del concepto de contrato*¹⁴, no se ha podido superar este paradigma o marco que es tanto normativo como teórico. Hubo, sin duda, una sensible disminución de los sitios en que la autonomía de la voluntad puede transitar, como lo demuestran los nuevos arquetipos normativos oriundos de las relaciones laborales y del derecho del consumidor¹⁵. Con todo esto, todavía no es correcto postularle un sustituto cuando se habla del fundamento jurídico (es decir, de la razón de ser) de los contratos, que sigue siendo la libertad y la autonomía de la voluntad¹⁶.

De ahí, entre tanto, no se debe concluir que la clasificación que distingue a los contratos entre típicos (nominados) y atípicos (innominados) es destituida de su significación en la actualidad.

Como se ha visto, en primer lugar, el propio Código de Vélez Sarsfield, como tantos otros, aún trabajan con tal criterio de clasificación, en resumen, porque éste es capaz de producir efectos jurídicos relevantes. Esta es, por ende, la segunda razón y, desde ya, la más relevante.

Como se ha subrayado, lo decisivo en una clasificación contractual es que se pueda saber cuáles normas le serán aplicadas en caso de un posible vacío normativo ocasionado por la ausencia de

¹³ Acerca de la fuerza obligatoria del contrato como consecuencia de la libertad de contratar, observa, inclusive con amparo filosófico, Alberto Spota que: "A la libertad sigue la antítesis, la sujeción, la fuerza obligatoria del contrato: quienes han ejercido la libertad se someten a la no-libertad, a la obligación (autoobligarse): estamos frente al art. 1197. O sea, que nos hallamos ante aquella regla de derecho que permite considerar al contrato como una *lex* en pequeño o, en lenguaje kelseniano, como norma individual obligatoria. (SPOTA, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil: contratos*. introducción. ámbito de aplicación. clasificaciones. Formación (consentimiento contractual). Buenos Aires, Desalma, 1984. v I. p. 25.

¹⁴ Es ya clásica la obra de Grant Gilmore, una de las primeras y más famosas a expresar la incapacidad del concepto tradicional de contrato frente a los actuales dictámenes de armonía y convivencia sociales. Jugando con los conceptos de *civil liability* y *tort liability* en el derecho del *common law*, hizo una nueva concepción contractual que lo aproximaba de los *torts*, con que lograría al ampliar los innumerables daños a ser indemnizados en razón de él, pero no apenas por su no cumplimiento. Cf. GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. 2. ed. Columbus, Ohio State University Press, 1995. p. 96).

¹⁵ "Así, en realidad, lo que a veces se denomina 'crisis del contrato' no es nada más que una crisis de la autonomía de la voluntad; la titulada decadencia del contrato, es la de la libertad contractual, es decir, el derecho de los contratantes de determinar lo que se entiende por relación contractual." (ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABAÑA, Roberto M. *La Autonomía de la Voluntad en el Contrato Moderno*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989. p. 143).

¹⁶ "Lo innegable es que el derecho de los contratos tiende a humanizarse, a socializarse, sea en lo que atañe a los contratos más modestos y frecuentes, sea en la esfera de la industria y el comercio, donde nos enfrentamos con

manifestación de las partes. Dividiendo los contratos entre típicos y atípicos se puede, con alguna seguridad saber que:

Para los primeros serían, de modo suplementar, acrecidas al pacto las reglas ya de inmediato previstas en la Ley Civil. Así, no será lícito para el intérprete, por ejemplo, aplicar las normas del contrato de compraventa a una locación de obra o servicio (hipótesis, a propósito, considerada por el fallo analizado en el presente trabajo)¹⁷.

Para los segundos, la interpretación es más amplia y libre, ya que no existirá un criterio pre-establecido de vinculación entre el hiato verificado en el acuerdo y la norma legal de integración. Aquí, no hay, de antemano, un criterio legislativo que obligue al intérprete a elegir un grupo de normas para disciplinar el silencio de las partes, de modo que se puede, en principio, echar mano a todas ellas (¡o mismo de ninguna!), lo que aumenta de modo considerable el "arbitrio judicial".¹⁸

De un modo orgánico Ricardo Luis Lorenzetti aclara que es posible identificar que los tipos legales cumplen varias funciones no obstante su debacle como estructuras que gozaban de mayor legitimidad jurídica frente a los nuevos modelos contractuales surgidos en medio a un ensanchamiento sin precedentes del mercado.

Los tipos tendrían las siguientes funciones: a) *función facilitadora*, por la cual representan una "experiencia social consolidada", sirviendo así para aclarar de modo supletorio situaciones parecidas; b) *función delimitativa* por la cual si impide a los particulares un apartamiento injustificado de la matriz normativa en ciertos sectores específicos¹⁹; c) *función de programación*, según la cual es posible percibir a través del tipo legal "las clases de finalidades que el Derecho considera susceptibles de protección", permitiendo a todos tener en cuenta cuales son los valores más queridos por la ley cuando fueren redactar sus propios contratos.

Por lo expuesto, nada se puede decir contra la clasificación de los contratos entre típicos y atípicos. A pesar de no gozar de una mayor relevancia que la que tenía en el pasado, a ella no se puede

poderosas coaliciones. Pero su fuerza obligatoria no declina: aun puede hablarse de *soberanía* del contrato, entendida ésta en el sentido del logro de un equilibrio entre la idea individual y la social" (SPOTA, Alberto. *Ob. cit.* p. 32).

¹⁷ No obstante, no estará impedido el recurso a la analogía cuando la base de hecho del contrato guardar alguna similitud con otro contrato. "No cabe decir que las reglas establecidas para el tipo determinado tengan que aplicarse en absoluto y sin excepción a todos los contratos de ese tipo, aunque no se ajusten en modo alguno al contrato en cuestión. Así, por ejemplo, al considerar como contrato de arrendamiento de uso (infra 126,I, 1) no puede aplicársele el derecho de prenda del arrendador, pues esto sería contrario al fin del contrato, que es guardar en lugar seguro los valores, pero con el propósito de poder disponer de ellos en cualquier momento." (ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor et WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil. derecho de obligaciones*. Traducción de Blas Péres Gonzáles y José Alguer. Barcelona, Bosch, 1944. t. II. v. 2. p. 3).

¹⁸ "La importancia de la distinción reside hoy en que si el acuerdo celebrado entre las partes configura una de las variedades previstas en la ley, le es aplicable el conjunto de normas que lo regulan; en tanto que no hay normas supletorias para los contratos innominados. En definitiva, esta diferencia se traduce en el mayor alcance del arbitrio judicial cuando se trata de contratos atípicos" (BORDA, Guillermo A. *(et alii)*. *Tratado de Derecho Civil. obligaciones*. 9. ed. Buenos Aires, La Ley, 2008. t. II p. 148)

¹⁹ "Así sucede en el Derecho del consumo, en el que, dada la debilidad que el legislador presume en el consumidor, se establece el carácter abusivo de cláusulas que 'desnaturalizan' las obligaciones (art. 37, ley 24.240). (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. parte general. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 229).

acusar de no tener un sentido, toda vez que supone dos categorías con distintas configuraciones conceptuales y que producen, cada cual, efectos jurídicos propios.

Los problemas pasarán a existir cuando, posteriormente, en esta clasificación ingrese una nueva categoría, que, como hemos visto, no existía en su conformación original: la de los contratos *mixtos*. Estos no se presentan con cualquier valor teórico o práctico, como se intentará demostrar a continuación.

3. Las Dificultades Lógicas y Ontológicas de la Clasificación de los Contratos en Típicos, Atípicos y Mixtos.

Si bien no existiera, en su concepción tradicional, la pretendida división tripartita de los contratos entre *típicos*, *atípicos* y *mixtos*, la doctrina agregó este *tercium genus* en un determinado momento, aunque nunca se logró a coincidir acerca de su significado y posición.

La propia ley argentina no hace referencia a una división tripartita, sino que refiere a una doble clasificación, como lo devela el artículo 1.143 del Código Civil. Esto, de pronto, ya echaría dudas acerca de la validez de las clasificaciones doctrinarias que incluyen una tercera categoría en relación al Derecho positivo argentino.

Olvidándose ese aspecto puramente normativo, corresponde echar un vistazo a las distintas clasificaciones de los contratos mixtos sostenidas por la doctrina jurídica argentina y extranjera.

Un grupo de autores divisa la existencia de tres categorías visiblemente distintas: a) contratos típicos; b) contratos mixtos e c) contratos atípicos.

Es el caso de Messineo, para quien los contratos mixtos corresponderían, no sólo a los que agregaban algunos elementos extraños a los tipos legales (hipótesis tradicionalmente agregada a la idea de atipicidad contractual), sino que también comprenderían aquellos compuestos en su todo por figuras conocidas por la ley, que eran agrupadas de forma distinta a la originalmente concebida por el legislador, generando, en consecuencia, una nueva especie contractual²⁰.

Hay, entre tanto, quienes incluyen los contratos mixtos como una sub-rama de los contratos atípicos. Es decir, tendríamos: a) contratos típicos y b) contratos atípicos, siendo esa última rama subdividida en b') contratos atípicos puros y b'') contratos atípicos mixtos (también denominados complejos).

Esta es la clasificación más sencilla de los contratos mixtos. La misma parte de la constatación de que los contratos atípicos son aquellos que o bien no poseen cualquier parentesco con los tipos contractuales disciplinados por la ley o bien que tienen una existencia simbiótica, al poseer algunas partes que están regladas y otras que no²¹.

²⁰ MESSINEO, Francesco *Ob. Cit.* p. 451.

²¹ "Hay dos categorías principales de contratos atípicos: puros, que son aquellos 'que carecen de todo ordenamiento legal y no coinciden en ninguno de sus aspectos con los contratos regulados', y mixtos o complejos, que 'son 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 nominados, y tomados de más de uno de

La mencionada clasificación es la que goza de mayor divulgación en los manuales jurídicos y, en la Argentina, es respaldada por juristas como Alberto Spota, Guillermo Borda y Héctor Masnatta, por ejemplo.

Un tercer grupo de doctrinadores parte de la clasificación de arriba (en el sentido de que los contratos mixtos están ubicados dentro del fenómeno de la atipicidad) pero suelen hacerla más compleja y extensa, identificando variadas especies de manifestación de la atipicidad. Es el caso, por ejemplo, de la clasificación sugerida por Ennecerus.

Para este pensador, los contratos mixtos deberían ser sub-divididos entre: a) *contratos combinados (o gemelos)*, "cuando uno de los contrayentes se obliga a varias prestaciones principales, mientras que el otro contratante promete una contraprestación unitaria" (así, por ejemplo, me obligo con una sola prestación a pagar el hospedaje y la comida); b) *contratos mixtos en sentido estricto*, que funciona más como una distorsión de un tipo legal precedente con la incorporación de elementos nuevos no previstos en ley; c) *contratos de doble tipo*, cuando "el total contenido del contrato encaja en dos tipos distintos de contrato [...], les siendo aplicables tanto las reglas de un contrato como las de otro y de manera inmediata, no sólo por analogía"²².

La clasificación en cuestión agrega además las *uniones de contratos (externas o con dependencia)* y los *contratos típicos con prestaciones subordinadas*, que se refieren a junciones o agrupamientos de prestaciones contractuales, pero tales uniones no generan cualquier nueva figura contractual, como ocurre, por ejemplo, en los contratos dichos combinados.

Tales uniones sugieren la incorporación, en un mismo instrumento contractual, de varios tipos o prestaciones contractuales.

Es también compleja la clasificación realizada por Mario Piantoni para quien los contratos serían: a) estrictamente puros y simples, cuyas prestaciones no coinciden; b) atípicos unidos entre sí; c) atípicos conectados entre sí por una simple unión externa, objetiva, en un mismo instrumento; d) mixtos; e) con múltiples prestaciones combinadas; f) con múltiples prestaciones a cargo de una de las partes, cada una de ellas principales²³.

En la Argentina, se puede decir además que a la clasificación propuesta por Ennecerus han adherido, de un modo general, Atilio Aníbal Alterini, Mosset Iturraspe y Ricardo Lorenzetti.

Alterini considera que los contratos atípicos son puros (cuando no coincide con ninguno de los contratos regulados) y complejos (mixto en sentido amplio), que comprenden aquellos contratos designados por Ennecerus como combinados, de doble tipo y mixtos en sentido estricto²⁴.

Mosset Iturraspe parte de las mismas bases teóricas y, además, introduce un elemento explicativo (más que propiamente taxonómico) que es denominado de "contrato aparentemente atípico"²⁵

estos contratos." (FRANCHINI, Marcela en STIGLITZ, Rubén S. director. *Contratos. teoría general I*. Buenos Aires, Depalma, 1994. p. 147).

²² ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor et WOLFF, Martín. *Ob. Cit.* pp. 7-9.

²³ PIANTONI, Mario en STIGLITZ, Rubén S. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Directores de la obra. *Contratos*. Buenos Aires, La Rocca, 1989. pp. 51-52.

²⁴ ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos. civiles, comerciales, de consumo. teoría general. 2 reimp.* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005. p. 188. t. I

Si bien que tal taxonomía no esté netamente incorrecta, en lo que atañe a los contratos mixtos cuando se les considera una como una subespecie de los contratos atípicos, el mantenimiento del nombre *mixto* en tales clasificaciones es de dudoso rigor científico.

Podrá, quizá, también no ser útil, ya que el fenómeno de la atipicidad contractual es tan poderosamente creativo que hacer una catalogación doctrinaria cerrada de la formación de ellos sería inconsistente o vaticinado a una constante y periódica revisión de la taxonomía resultante²⁶.

A pesar de cambiar de sentido y significación en cada una de ellas, la expresión *contrato mixto* siempre traerá consigo el germen de la incomprensión lógica, por recalitrar en la *ley del tercer excluido*, excepción hecha sólo a la clasificación de Ennecerus por los motivos anteriormente señalados.

Si se dice que el criterio distintivo para la formulación de la taxonomía es la ausencia de reglamentación de un contrato bajo la ley civil, solamente dos categorías se podrán inferir de ahí: 1. o bien el contrato estará reglamentado (A es B); 2. o bien será su no reglamentación (A no es B). Es decir, si *P* es verdadera su negación $\neg P$ no lo es, o viceversa. Así, no será posible una tercera opción porque ella siempre redundará en una contradicción lógica, ya que un contrato no puede ser al mismo tiempo reglamentado y no reglamentado.

Como ha sido explicado, tales imperativos lógicos apuntan para una consecuencia ontológica según la cual algo no puede ser y no ser al mismo tiempo. Así, si se admite una categoría que contiene un universo en el cual ingresan apenas los contratos reglamentados por la ley civil, todos los demás que no estén reglamentados representarán la negativa y, por lo tanto, representarán la única otra opción lógica posible, ingresando en ella los que presenten una parte reglamentada y otra no, si la consecuencia final de ese agrupamiento es la obtención de un tipo contractual distinto.

El jurista podrá siempre identificar, como categorías de existencia, eventuales manifestaciones de los contratos atípicos: por ejemplo: a) contratos que no contengan una parte siquiera ya disciplinada por la legislación vigente; b) contratos que contengan partes reglamentadas y otras no reglamentadas; c) contratos que contengan todas las partes ya reglamentadas, pero en razón de la disposición concebida por los contratantes creen un nuevo tipo de obligación etc.²⁷.

Con todo, como ha advertido Ennecerus, cuando mucho dibujarían un resumen de estas manifestaciones existenciales, una vez que amplias y hasta infinita serían la diversidad de hipótesis. Sin embargo, en todas estaría presente un aspecto en común que en definitiva es lo único que cuenta para definirles jurídicamente: el hecho de no guardar una exacta correspondencia con cualquiera de los tipos de contrato establecidos por la ley

²⁵ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos*. 4. reimpr. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2007. p. 77

²⁶En cuanto a esto, el propio Ennecerus advierte que su clasificación se echa como *un resumen* de las variadas y cambiantes formas de aparición de los contratos atípicos. Y basta considerar las actuales manifestaciones de lo que se ha convenido designar por "cadenas de contratos" para uno darse cuenta de cómo son innumerables los ejemplos de uniones o combinación contractual.

²⁷ Un ejemplo de ellas sería la que propuso Henri De Page quien, a propósito critica el hecho de que no los juristas intenten realizar un análisis más detenido de los contratos innominados, a pesar de la amplitud con que se

Aquí, tal vez, tiene lugar la crítica hecha por Bachelard en su conocida *Formación del Espíritu Científico* con relación a esta necesidad casi impulsiva que los abogados tenemos de catalogar y clasificar los hechos jurídicos. Hacer clasificaciones sin un criterio de afectación científicamente operable de nada sirve a una ciencia. Es decir, si de la clasificación no resulta un efecto propio al hecho clasificado, quizá es porque no sea necesario clasificarlo. Si bien que no esté de todo incorrecto representa un *pseudo* aporte de o el aporte de un instrumental desnecesario que, en este punto, podrá ser epistemológicamente pernicioso²⁸.

Si los contratos dichos mixtos generasen una especial distinción en lo que atañe a su tratamiento jurídico, sería imprescindible no sólo su categorización como su estudio detallado. Con todo, no si percibe y es eso lo que hace (si no incorrecta) por lo menos cuestionable su reproducción en los manuales jurídicos, sin las cautelas aquí retractadas.

4. El problema de las uniones contractuales: ¿tipicidad o atipicidad?

Apuntaba Mosset Iturraspe cuanto a las uniones contractuales (*v. supra*) que la combinación de distintos tipos contractuales bajo un único instrumento contractual no significa que se esté creando un contrato distinto²⁹.

Es posible divisar según la doctrina tres casos distingos de uniones de contrato (a las cuales agrupa en tres tipos distintos: a) *uniones meramente externas*; b) *uniones de contratos con dependencia unilateral*; e c) *uniones alternativas*) no se confunden con los contratos complejos, que serían los *mixtos*. Para él, en las uniones existiría apenas una combinación de contratos complejos y en los complejos una verdadera combinación de os propios elementos contractuales.³⁰

Así en el conocido ejemplo concebido por Ennecerus de la compra de un caballo para el caso de que se llegue a ser oficial de caballería en el plazo de un mes y de no resultar así, el alquiler del mismo por tres, habrá tan solamente el cumplimiento de una condición, con el nacimiento de una prestación reglamentada por ley.

Pero, a lo mejor, mismo en los casos donde al tipo básico si agrega una o más prestaciones (de modo accesorio o subordinado) también no habrá surgido una nueva forma contractual, sino que de otra aparente situación de atipicidad, como en las uniones. La yuxtaposición de prestaciones jamás tendría fuerza jurídica suficiente para modificar su carácter típico.

manifiestan. (DE PAGE, Henri. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. 2 ed. Bruxelles, Émille Bruylant, 1943. t. IV. p. 13 y ss.).

²⁸ O, para emplear la nómima hecha por el propio Bachelard, hay aquí um evidente *obstáculo epistemológico de orden sustancialista*. Un análisis muy preciso acerca de la noción de obstáculo epistemológico en la Ciencia del Derecho es hecho por Carlos María Cárcova en su *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*. (Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007. pp. 07-18).

²⁹ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Op. Cit.* p. 77.

³⁰ Por todos, Masnatta *Ob. Cit.* p. 56.

Tal es el caso de un contrato de locación de inmuebles en el que se agrega el servicio de limpieza (locación de servicios). En tal supuesto, no obstante la existencia de un solo instrumento y de una sola prestación a cargo del locatario, lo correcto sería admitir que se tratan de obligaciones yuxtapuestas, pero visiblemente preservadas en sus esencias. Se estaría frente a una simple acumulación de dos contratos típicos (la locación de inmueble y servicios), encadenados en un único instrumento contractual.³¹

Si el intérprete puede hacer tal operación mental, dividiendo y agrupando las múltiples obligaciones existentes sin cambiar sus características, se estará frente a uniones de obligaciones, lo que, se cree, no convierte al contrato en atípico. Es que el acuerdo no alterará la calidad de ellas, sino que, por practicidad o por una especial razón de los contratantes, las agrupa en un todo, salvo cuando la junción venga a permitir la conclusión de que se creyó una o más prestaciones distintas de cualquier otra disciplinada en la legislación vigente, no habrá atipicidad.

Tal vez un buen ejemplo de ello nos sea mencionado por Bustamante Alsina cuando hace el análisis de la responsabilidad del profesional médico por fuerza del atendimento hecho a paciente en los establecimientos asistenciales públicos o privados.

Sugiere el consagrado autor la coexistencia, bajo una misma cadena de eventos, de "actos de carácter hospitalario o paramedicales y actos médicos propiamente dichos". Divisa, por lo siguiente, una vasta cadena de prestaciones que se van formando desde el alojamiento del interno (alojamiento, alimentación, transporte en el interior de la clínica, que podrían ser ellos propios un contrato de hotelería, hospedaje, o bien un contrato atípico, a depender de la mirada que se le apunta) hasta una verdadera estipulación a favor de tercero, que involucra el profesional del cuerpo médico de la clínica, ella propia y el paciente que requiere asistencia o internación³².

Confirmando la nítida divisibilidad entre las varias prestaciones, afirma Bustamante Alsina que sólo los daños nacidos dentro o en razón del contrato de estipulación a favor de tercero (es decir los actos médicos propiamente dichos) podrían suscitar demandas de responsabilidad médica, mientras que eventuales daños causados afuera de ahí deberían ser resueltos sin cualquier recurso a esta especial modalidad de responsabilidad contractual.

Así también con las uniones transitorias de empresas (artículo 377 de la Ley 19.550). Según Alterini ellas ya representarían otra categoría del fenómeno contractual, que la doctrina denomina de colaboración contractual. Muchos casos de "colaboración contractual" tienen previsión legal, como las uniones transitorias de empresas.

Pasa, sin embargo, que "en el desenvolvimiento de estas formas de colaboración son celebrados contratos de financiamiento, de aporte de derechos sobre marcas o patentes, de transferencia de

³¹ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Op. Cit.* p. 78.

³² ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría General de la Responsabilidad Civil.* 9 ed. reimp. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007. p. 519.

tecnología o know-how, de obra civil etcétera, que están encadenados entre sí por la identidad del objeto.³³

Entonces, habrá la posibilidad de considerárselos cómo atípicos, ¿cuando por lo menos alguna de las prestaciones involucradas sea atípica? Parece, igualmente, que no. Es que la *causa* del contrato tampoco interesará al resultado final acerca de su tipicidad.

Es decir, aun cuando el no cumplimiento se configure por el *todo*, no hay un solo contrato, sino que varios contratos (es decir prestaciones y obligaciones). Siempre que sea posible la individualización de cada una de las obligaciones, por más que el no cumplimiento de una traiga consigo el no cumplimiento de las restantes, por ahí si regirá la idea de tipicidad. Si, mientras tantos, ellas no pueden ser discernidas y por lo menos alguna de ellas no goza de previsión legal, el contrato será atípico.

Por las mismas razones la forma como se hace la prestación no puede de antemano servir de criterio para configurar a un contrato como típico y atípico. Puede ser que la propia ley no tenga fijado como se dará la prestación. Aun en la locación, por ejemplo, no es posible que ella se pague con prestaciones *in natura*, de conformidad con lo que dispone el artículo 1493 del Código Civil³⁴. Cualquier locación donde la prestación sea en especie ya no será típica, por que ello desvirtúa la norma legal.

En otros casos, la ley no establece el modo por el cual se realizará el pago. En tales supuestos, el hecho de la prestación ser en dinero, servicios, cosas o mismo en un no hacer, no tendrá importancia alguna.

Si, entre tanto, las obligaciones están mezcladas de modo que ya no puedan ser retiradas sin perjuicio de su propio sentido individual, eso impondrá la conclusión de que, por más que sean todas ellas típicas, el resultado pasará a ser un contrato distinto, no reglamentado por la ley.

Un ejemplo de los más comunes fue el contrato de leasing que antes de su reglamentación por la ley 25.248 envolvía exclusivamente los arquetipos de los contratos de compraventa y de alquiler, pero como es de conocimiento general, ni por un momento podría ser considerado como típico.

5. El tracto jurídico de los contratos atípicos. La tipicidad social.

Entonces los contratos son típicos y atípicos. Todo que no sea típico será atípico, no importa a que pretexto sea. Los típicos tienen reglamentación legal y, por eso, no presentan mayores dificultades en su tracto jurídico. Los atípicos, exactamente por no disponer de una forma legal propia, necesitan de un conjunto de instrumentos hermenéuticos que bien garantan su adecuación bajo las columnas maestras del ordenamiento jurídico.

La afirmación, no obstante, debe ser comprendida *cum grano salis*. No se está a decir que los contratos típicos no ofrezcan problemas hermenéuticos, o que ellos sean en un grado menor. La

³³ ALTERINI, Atilio Aníbal. *Op. Cit.* PP. 195-196.

experiencia prueba que infinitas son las cuestiones que se proponen todos los días en tribunales discutiendo que norma legal se le debe aplicar a un determinado supuesto contractual típico.

Mientras tanto, muchos contratos atípicos son elaborados con tan impresionante precisión (en razón justo de la ausencia de una reglamentación legal) que torna desde un punto de vista práctico innecesario cualquier cuestionamiento sobre su tracto jurídico

Pero esta cuestión está en la raíz misma de los contratos atípicos que no presentan el mismo *status* de conformidad frente al ordenamiento jurídico y por tanto trae consigo el germen de la incertidumbre.

Mucho si habló de la analogía como criterio de integración de los contratos atípicos, pero ella no pocas veces es empleada también a fines de dirimir dudas surgidas en el manoseo de los contratos típicos. Ya hemos visto que, como lo demuestra Enneccerus, sería perfectamente posible hablar de una analogía entre contratos típicos (*ut supra* n. 3.2).

Por otro lado, es común la anotación hecha por la doctrina que la analogía tendrá que ser con el contrato típico que esté más cercano del atípico pero no consigna cualquier criterio para el develar cuál es el *contrato más cercano*.

En un ejemplo hipotético: Si se realiza un contrato imaginario de prestación de servicios médicos, por ejemplo, ¿La analogía será hecha con el contrato de locación de servicios, o con el de seguro? Ambos son contratos que guardan alguna proximidad con la figura atípica y sería temeroso decir, previamente, con cuál de los dos guarda una mayor analogía, hasta porque podría guardarla con los dos.

Atilio Alterini hace un análisis muy preciso y perspicaz del problema, ubicando la cuestión dentro de un problema aparentemente sencillo: si los contratos atípicos consisten en una especie o parte del universo contractual, les son aplicables las reglas o la teoría general de los contratos; esto es suficiente para suscitar la pregunta: considerando que no hay reglamento específico, ¿se debe dar **primacia** a las normas generales, o a las normas de los contratos típicos afines como criterio para la solución de casos?

El problema además no resulta de una mera especulación, continua Alterini, como es posible aquilatar en los casos traídos a colación por el renombrado profesor:

“Por ejemplo, la promesa del contrato real de mutuo oneroso no da derecho a su beneficiario para reclamar la entrega de lo que se le prometió prestar, sino tan solo a reclamar daños (art. 2244, Cód. Civ.); uno de los contratos bancarios atípicos es el de apertura de crédito, por el cual el banco pone fondos a disposición del cliente. Si a este contrato atípico se le aplican prioritariamente las reglas generales correspondientes a obligaciones y a contratos, una vez abierto el crédito el cliente tiene derecho a que el banco ponga el dinero a su disposición; si, por lo contrario, se le aplican prioritariamente las reglas **afin** de mutuo, la apertura de crédito sería tratada como contrato real y el

³⁴ “Art.1493.- Habrá locación, cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio un precio determinado en dinero.”

cliente no tendría derecho alguno a exigir al banco la provisión de los fondos, y quedaría por lo tanto sujeto a la buena voluntad de éste para realizar su entrega.”³⁵

Por motivos obvios, el recurso a la analogía, por si solamente, se enseña como infructífero y también muchas veces como inconsecuente, ya que no estaría apto a dimensionar el plan de fondo que sirve de escenario para el desarrollo del contrato³⁶. Más que nunca en los días de hoy hay una vasta y amplia concurrencia de normas generales paralelas disciplinando los contratos, visiblemente los contratos de gran escala, como los de adhesión, los **predisuestos**, los de consumo etc.

En todos ellos gravita una incertidumbre respecto de cuales normas generales serían aplicables, no importa que sean típicos o atípicos.

El problema se agudiza cuando se pone en escena el contrato *mixto* (es decir, aquél que contiene por lo menos una parte típica). Por no tener significación precisa en la doctrina (*v. supra*) también no hay acuerdo sobre la disciplina jurídica que se les debe otorgar.

Mosset Iturraspe comenta la existencia de tres grandes teorías sobre la cuestión: absorción; extensión analógica y; combinación.

La primera propone la existencia de un elemento prevaleciente, proveniente del contrato típico, que absorbería los elementos secundarios; así ya no le importaría las peculiaridades del nuevo tipo contractual.

La segunda postula la aplicación a los contratos mixtos de las normas generales sobre los contratos y, por analogía, las normas particulares al negocio típico que se manifiestan como más adaptadas a aquel que se quiere regular.

La última habla de una combinación y quiere con eso decir que existe una “estrecha relación entre los elementos de cada contrato típico y las normas mediante las cuales la ley lo disciplina”, de forma que sería posible descomponerse cada contrato típico formando prestaciones o reglamentaciones atómicas (exactamente como en la tabla periódica en la química o como un alfabeto contractual, en la expresión de Messineo). Con cada elemento atómico o con cada letra de este alfabeto contractual sería posible disciplinar todo y cualquier contrato.³⁷

Si se considera que el contrato mixto nada más es que un contrato atípico y que el hecho de tener partes dispuestas en la ley no le saca tal condición porque la mezcla de prestaciones genera un contrato distinto, tales teorías pierden todo y cualquier interés práctico o principalmente científico.

³⁵ ALTERINI, Atilio Aníbal. *Op. Cit.* pp. 189-190.

³⁶ Y eso en un grado todavía más acentuado cuando el contrato es formado a través de la suma de dos o más prestaciones típicas fundidas en una nueva especie contractual. Alterini demuestra que en tales situaciones la selección de normas aplicables debe ser “especialmente discreta” y agrega con un ejemplo traído del derecho comparado: “En tal orden de ideas, el Código Civil Holandés de 1992 (L.º 6, art. 215) aplica al ‘contrato que coincide con la descripción de varias especies de contratos particulares previstos por la ley’ – contrato típico complejo – las disposiciones propias de los contratos típicos afines, siempre que éstas sean compatibles entre sí, y se adecuen a la naturaleza del contrato celebrado.” (*Op. Cit.* p. 191).

³⁷ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Op. Cit.* pp. 79-80.

También es visible la falta de coherencia de las teorías en comentarios. Y se le puede objetar de inmediato que muchas veces un contrato atípico nace de la junción de más de uno contrato típico, impidiendo en esos casos una respuesta eficaz si se busca una previa definición de cuáles son las reglas aplicables a un supuesto de contrato atípico. Otras veces, la combinación puede enseñarse no solamente como imposible como contradictoria.

A lo mejor, sí, parece ser más sensata la búsqueda, primeramente, en la propia estructura normativa del contrato, con la investigación de sus causas y finalidades económicas. Sólo después, si continúa la indefinición, es que se deberá buscar en los demás modelos normativos previstos en la ley alguna forma de respuesta para la resolución del conflicto³⁸.

Pero, además, hay que considerar que en muchos casos habrá una tipicidad social. Por ella, los contratos atípicos, mientras continúen no siendo típicos en su sentido legal, lo serían bajo una visión más realista o sociológica del derecho.

En un supuesto de contrato que tuviese una reglamentación ya constante y ordenada por las costumbres civiles o comerciales en determinado tiempo y espacio, deberán ser resueltos en principio por tales normas consuetudinarias.

Pero muchas veces no hay que hablar en costumbre en su sentido tradicional (algo sedimentado y recurrente en determinada sociedad). La moderna dinámica de los contratos hace surgir "costumbres" de naturaleza inmediata o instantánea. Los contratos hechos por internet representan, a la vez, la más visible y representativa manifestación de una "tipología social instantánea".

En tales situaciones, el intérprete no irá buscar las respuestas para los huecos interpretativos en la ley, sino que en la propia reglamentación social. Esto escapa completamente de la visión dogmática que hasta aquí produjo la doctrina tradicional, pero, quizá, sea la forma más adecuada de comprender y solucionar las cuestiones generadas por la abrumadora cantidad de contratos atípicos que nacen a cada día.

En conclusión, parece que el tracto de los contratos atípicos debe ser afectado más directamente, en primer lugar, a lo que dijeran los contratantes, es decir en conformidad con la voluntad expresada en conformidad con los artículos 913 y siguientes del Código Civil y, en especial, con el deseo común de los participantes voluntades necesaria para la existencia de cualquier acto jurídico bilateral (art. 946 del Código Civil) y en especial de los contratos.

Pero después, si no logra hallar todas las respuestas, es necesario que el intérprete extienda su mirada hacia la realidad. Es preferible fundamentar su decisión en una costumbre sedimentada y socialmente eficaz, no importa si reciente o no, que en un texto legislativo que tal vez nunca haya podido imaginar una situación existencial parecida, pues tiene relevancia también aquí la aclaración hecha por

³⁸ "El contrato innominado rige sus efectos - en caso de insuficiencia de sus cláusulas - por las normas generales relativas a las convenciones y, además, por las particulares, del contrato o los contratos que lleva implícitos, o de cuyos caracteres participa. CNCiv., Sala E, 28.6.77; Zeigner, Lávaro c. Barsky, Isidoro y otro - Fallo N. 26.972. JA, 1977-IV, página 341" *apud* PORTILLO, Gloria Yolanda. *Modernos Contratos del Derecho*. Rosario, Editorial Juris, 1993. p. 16. En el mismo sentido: TRANCHINI, Marcela *in* STIGLITZ, Rubén S. director. *Ob. Cit.* p. 151.

André Tunc de que cuanto más el jurista intenta preservar la pureza de los institutos jurídicos, mas se aleja de la realidad³⁹.

Denota especial grado de fe en la tipología social Ricardo Lorenzetti para quien la existencia de una costumbre haría con que el contrato pasara a ser típico, ya que para el prestigiado autor típico es el contrato cuando "un supuesto de hecho se encuadra perfectamente en la descripción legal o social, y es congruente con sus finalidades"⁴⁰.

No llegamos a este punto, por entender, según la idea general que la tipicidad proviene apenas de la ley. Si no es imposible pensar en un grado tan elevado de importancia a la tipología social, sin embargo, automáticamente nacerán complicadas cuestiones a enfrentar. La primera entre ellas, quizá, será saber la cual de las dos tendrá primacía en caso de colisión.

De todos los modos, si la investigación sobre lo que fue deseado por las partes quedar sin resultados y si no existir cualquier forma de tipicidad social sobre el supuesto, será el momento de recurrirse al texto legal, por analogía

No creemos que haya (o pueda existir) un criterio previo que no sea falible. No hay como se llegar a una regla aplicable previa y automáticamente por subsunción. Debido al carácter móvil por definición de las estructuras contractuales, hijas que siempre fueran de la libertad de acción humana, tal vez sea imposible la modelación de un aparato normativo, a la moda del reloj leibnesiano, capaz de indicar con seguridad cual regla positiva si pueda adoptar para reemplazar la ausencia de una norma concebida especialmente para el caso.

Las reglas generales, por supuesto, serán aplicables a todos los contratos, siendo indiferente que ellos sean típicos o atípicos. Aquí mismo la tipicidad social no tiene aplicación si está en ruta de colisión con los postulados generales en materia contractual, porque lo impide la *función delimitadora* de los tipos legales.

Especialmente en los casos relacionados a *standards* y otras normas que establezcan principios que tengan aplicación amplia, mismo contratos típicos pueden ser alguna suerte de derogación parcial, excepción hecha tan solo a los casos de tipos específicos que tengan vigencia posteriormente a tales reglas (porque ahí la presunción será de que el legislador quiso aplicar un criterio diverso para aquellos otros supuestos).

Es natural, por consiguiente, que ellas sean aplicadas integralmente a los contratos atípicos porque en lo general la autonomía de la voluntad no tiene fuerza jurídica para derogar normas de carácter público (*quod publicum est pacta privatoren derogat no potest*) y tales normas también por lo general están revestidas de esa calidad.

³⁹ "Los contratos atípicos con tipicidad social, en subsidio de la voluntad de partes, están regidos prevalentemente por los usos y costumbres del lugar de celebración" (ALTERINI, Atilio Aníbal. *Op. Cit.* p. 191). Pero a depender de las circunstancias, también las costumbres del lugar de ejecución del contrato podrán ser consideradas.

⁴⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op. Cit.* p. 230.

6. Conclusión: El retorno a la taxonomía tradicional como Modelo Taxonómico Correcto y sus efectos.

Por todo lo dicho, la conclusión que se sigue, y que no es de todo inédita⁴¹, es que la inclusión de una tercera rama en la clásica distinción de los contratos en típicos y atípicos (o nominados y innominados), no sólo que de nada contribuyó para la evolución científica del tema, sino que, además, le trajo un sensible prejuicio a la vez que hizo imperar la confusión terminológica y la incongruencia de la propia taxonomía.

Un contrato mixto pierde toda significación porque incide en la prohibición lógica conocida como principio del tercero excluido que, en conjunto con los principios de la contradicción y de la identidad, generan la consecuencia ontológica de que una cosa no puede al mismo tiempo ella misma y su negación.

Cuando se habla de un *contrato mixto* se está predicando la existencia de una categoría que sea una cosa y al mismo tiempo su negación, lo que, como demostrado, no sería ni lógica ni ontológicamente posible.

Con el retorno al modelo tradicional, se pasa a considerar a los contratos, cuanto a su reglamentación por la ley, en *típicos y atípicos*. El mixto desaparecería, puesto que científicamente desechable.

Hasta será posible hacer una clasificación, puramente existencial (no de esencia), considerando la existencia de contratos que se formen por el desarrollo de un tipo ya presupuesto o por la combinación de varios tipos en una relación distinta.

Es que la atipicidad tiene *vis atractiva* lógica que convierte el todo contractual en un todo no reglamentado, aunque, a lo sumo, solo una mínima parte no goce de normativa legal.

Mientras posible la distinción doctrinaria entre las varias formas de manifestación de los contratos atípicos, no se revelan de todo productivas, *cum venia* a la más representativa doctrina que dice lo contrario, ya que siempre sus apariciones en la vida social serán cambiantes y además representa un nítido *obstáculo epistemológico* que en cierto punto impide la abstracción necesaria para el desenvolvimiento de las ciencias.

Además, los contratos típicos pueden ser formados por una única obligación típica o por un conjunto de ellas, agrupadas estas últimas en un único instrumento contractual, ya que es muy frecuente englobar en un único instrumento contractual dos o más contratos.

⁴¹ Del mismo modo, ya se había manifestado en la doctrina argentina José María Gastaldi: "En resumen de lo expuesto, en nuestra opinión, las clasificaciones de los contratos atípicos ensayadas por la doctrina al no ser totalmente coincidentes y ofrecer dudas cuanto a los conceptos en juego, según se dejó expresado en varios supuestos, no resultarían del todo útiles al intérprete para resolver los casos concretos que se presenten, máxime que según se verá, no hay acuerdo respecto al sistema apto para juzgar y regular los contratos mixtos. Ello ha llevado a la crítica de la categoría de los contratos *mixtos* tendiente a la eliminación de la misma, crítica que, por las razones antedichas, llegamos a compartir. Parece más claro sostener la simple existencia de las dos categorías clásicas: típicos o nominados y atípicos o innominados" (GASTALDI, José María *in* ESCALADA, Federico N. Videla *et alli. Ob. Cit.* p. 201).

Estos convenios, sin embargo, estarán apenas yuxtapuestos, de modo que el intérprete podrá resolver un eventual conflicto con la simple aplicación de las normas que rigen el tipo contractual que reglamente la obligación objeto de la demanda, aun cuando la consecuencia sea la consideración del incumplimiento de todo el contrato.

Por otro lado, aun cuando un contrato se presente como compuesto en todas sus partes por elementos típicos, si ellos están dispuestos de un tal modo que generan una obligación distinta, es decir, si se funden de modo tal de crear un nuevo contrato (el antiguo caso del *leasing*, por ejemplo), ya no podrán ser considerados como típicos. Con mayor razón, todos aquellos que son compuestos de una parte reglamentada y otra no, serán considerados atípicos.

Por fin, es necesario considerar que, siendo un todo sólido y autónomo, no hay que recurrir sin cautelas o contenciones a los recursos hermenéuticos como la analogía para garantizar el correcto tracto jurídico de los contratos atípicos.

Debe ser considerado que en muchos casos habrá una *tipicidad social*. Por ella, los contratos atípicos, mientras continúen no siendo típicos en su sentido legal, lo serían bajo una visión más realista o sociológica del derecho.

El recurso a la tipicidad social debe, en principio, ser preferido a la analogía, por traer consigo respuestas consolidadas por la costumbre social (que sin embargo no precisa ser inmemorial o antiquísima) en relación a los supuestos inanes de reglamentación legal.

Pero mismo en los supuestos que tenga tal tipología social, les serán siempre aplicables **las** normas generales de los contratos porque ellas tienen difusión amplia a los contratos, típicos o atípicos.

7. Bibliografía.

- ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos*. civiles, comerciales, de consumo. teoría general. 2 reimp. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005. t. I
- ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABAÑA, Roberto M. *La Autonomía de la Voluntad en el Contrato Moderno*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.
- ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 9 ed. reimp. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007.
- BORDA, Guillermo A. (*et alii*). *Tratado de Derecho Civil*. obligaciones. 9. ed. Buenos Aires, La Ley, 2008. t. II.
- CÁRCOVA, Carlos María. *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- DE PAGE, Henri. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. 2 ed. Bruxelles, Émile Bruylant, 1943. t. IV.

- ECHAVÈ, Delia Teresa; GUIBOURG, Ricardo A.; URQUIJO, Maria Eugenia. *Lógica, Proposición y Norma*. Buenos Aires, Astrea, 2002.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor et WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil. derecho de obligaciones*. Traducción de Blas Péres Gonzáles y José Alguer. Barcelona, Bosch, 1944. t. II. v. 2.
- GASTALDI, José María en ESCALADA, Federico N. Videla *et alli*. *Contratos I: cátedra de derecho civil del doctor Federico N. Videla Escalada*. Buenos Aires, Victor Zavalia, 1971.
- GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. 2. ed. Columbus, Ohio State University Press, 1995.
- LEVY, Jean-Phiippe; CASTALDO, André. *Histoire du Droit Civil*. Paris, Dalloz, 2002.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. parte general. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- MASNATTA, Héctor. *El Contrato Atípico*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.
- MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial: derecho de las obligaciones parte general*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. TOMO IV.
- PIANTONI, Mario en STIGLITZ, Rúben S. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Directores de la obra. *Contratos*. Buenos Aires, La Rocca, 1989.
- POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las Obligaciones*. Trad. de Guillermo Cabanellas de Torres. 2 ed. Buenos Aires, Heliasta, 2007.
- PORTILLO, Gloria Yolanda. *Modernos Contratos del Derecho*. Rosario, Editorial Juris, 1993.
- RIPERT, Georges et BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil. según el tratado de planiol* Trad. de Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires, La Ley, 1988. t. IV (Las Obligaciones). v. I.
- SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. fuentes de las obligaciones. 2 ed. Buenos Aires, TEA, 1957. t. II.
- SPOTA, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil: contratos*. introducción. ámbito de aplicación. clasificaciones. Formación (consentimiento contractual). Buenos Aires, Desalma, 1984.
- TRANCHINI, Marcela en STIGLITZ, Rubén S. director. *Contratos*. teoría general I. Buenos Aires, Depalma, 1994.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5 ed. São Paulo, Malheiros, 2002.
- VERNENGO, Roberto José. *Curso de Teoría General del Derecho*. 2 ed. Buenos Aires, Desalma, 1988. p. 80.
- _____ . Descripciones y Clasificaciones en Derecho. *Dianoia / Anuario de Filosofía*. México, Vol. XXXIX, 1993.