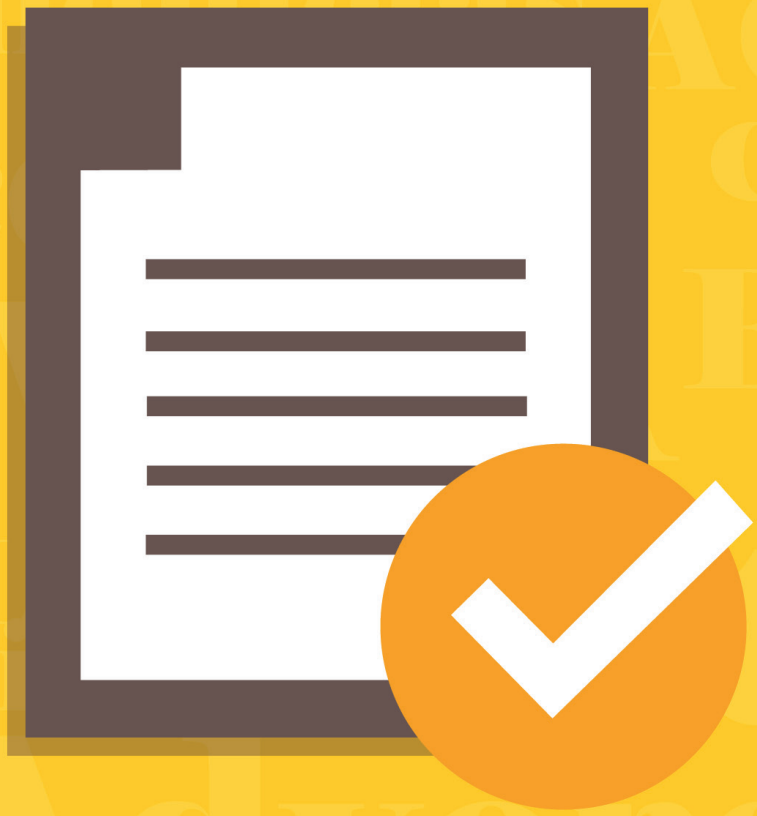
Alfredo F. Soria Aguilar
Madeleine Osterling Letts

Contratos modernos

Elementos esenciales y reglas aplicables para acuerdos comerciales



Prólogo de Felipe Osterling Parodi

Capítulo 1. Contratos típicos y atípicos

1.1 La libertad contractual como presupuesto de la tipicidad y la atipicidad

Como se comprueba en las distintas operaciones comerciales que se realizan cotidianamente, las personas jurídicas y naturales, a quienes llamaremos «los particulares» en esta publicación, no recurren necesariamente a las figuras pre-establecidas por la ley para satisfacer sus respectivos intereses.

Las partes contratantes, en el marco de sus respectivas negociaciones, pueden decidir válidamente elaborar y celebrar sus contratos, alejándose de aquellas figuras contractuales reconocidas por distintas normas legales especiales pues, en el ejercicio de la libertad de configuración interna (o libertad contractual)[1], los particulares se encuentran facultados para determinar libremente el contenido del contrato. Como lo expresa De la Puente:

> «las partes, ya decididas a contratar, acuerdan libremente cómo va a ser el contrato, adecuándolo a los intereses que buscan satisfacer mediante la conclusión del mismo» (De la Puente y Lavalle 1993a: 274).

1 Al respecto, el artículo 1354º del Código Civil establece que «las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo».

Precisamente, una de las consecuencias del ejercicio de la libertad contractual es que las partes puedan satisfacer sus intereses particulares, a través de figuras contractuales que han sido previstas por el ordenamiento o, en caso contrario, elaborar sus respectivas relaciones obligacionales, a través de figuras contractuales no previstas específicamente por la ley, es decir, recurrir a la celebración de control atípicos.

Como es evidente, las figuras contractuales reguladas expresamente por la ley (figuras típicas) podrían resultar insuficientes para satisfacer los diferentes y cada vez más complejos intereses y necesidades de los particulares. La ley no podría prever ni tipificar toda la amplia gama de contratos posibles de pactar. Por ello, resulta de relevancia que las partes también puedan satisfacer sus respectivos intereses, a través de la creación de otras figuras contractuales que sean acordes a sus necesidades. Es decir, que puedan crear sus relaciones obligatorias, elaborando contratos, inclusive totalmente distintos o ajenos a las figuras pre-establecidas por las normas legales. Lo expresado tiene mucho sentido en línea con lo que señala Messineo:

> «Estaría, en efecto, fuera de la realidad pensar que las partes, al estipular un contrato, se preocupen por mantenerse dentro de las líneas previamente dispuestas por la ley y de realizar los tipos, o solamente los tipos que ella dispone. No hay que olvidar que casi siempre los contratantes ignoran la ley o no la conocen a fondo, y que solo cuando son asesorados por técnicos del derecho puede ocurrir que el contrato en concreto coincida con un tipo legislativo» (Messineo 1986: 380).

Sin embargo, de nada serviría o no tendría sentido poder establecer libremente el contenido de los contratos, si es que dicho contenido no adquiriese fuerza obligatoria o vinculante. Por ello, si bien es cierto que nuestro Código Civil establece en el artículo 1354° que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, es a través del artículo 1361° del mismo

que se otorga a lo pactado aquel vínculo necesario para que los particulares puedan crear sus propias obligaciones[2] a través del contrato.

En tal sentido, lo establecido en un contrato será obligatorio en cuanto se haya expresado en él, es decir, todo lo contenido en el acuerdo contractual debe ser cumplido, independientemente que dicho contrato haya sido elaborado en concordancia con una figura contractual típica o que simplemente se haya prescindido de la utilización de las figuras reconocidas y reguladas expresamente por la ley[3].

No podemos olvidar que la libertad de configuración interna del contrato no es irrestricta sino que, por el contrario, tiene ciertos límites que son precisamente aquellos recogidos en la legislación. Esto resulta totalmente razonable, como lo sostiene Héctor Lafaille:

> «La voluntad humana exteriorizada tiene fuerza porque el legislador se la confiere y en la medida en que este se la acuerda, considerando los intereses colectivos y la seguridad de terceros» (Lafaille 1927: 20).

Por ello, es importante recalcar que, en el Perú, la voluntad de las partes no puede establecer acuerdos que sean contrarios a las normas imperativas, las leyes que interesan al orden público o las buenas costumbres[4].

---

2 Para autores como De la Puente: «El contrato no es una fuente de derechos, cual lo es la norma jurídica, sino una fuente de las obligaciones, de tal manera que las personas mediante el acuerdo de sus declaraciones de voluntad no emiten un precepto regulador (de carácter general) sino crean (regulan) una relación obligacional entre ellas» (De la Puente y Lavalle 1993a: 269).

3 Es importante destacarlo porque esto no fue siempre así. Múltiples autores nos refieren que en Roma solo aquellos contratos que tenían un *nomen iuris* contaban con fuerza obligatoria y, por ende, acción procesal (*actio homónima*). Al respecto, se puede revisar los textos de: Borda 2000: 28; Lorenzetti, 2004: 17-18; Gete-Alonso 1979: 32-34.

4 Dado que la libertad contractual es reconocida por el ordenamiento legal, dicha libertad solamente puede ejercitarse dentro de los límites que el propio ordenamiento le impone. Por ello, lo pactado por las partes no podría contravenir las normas de carácter imperativo (artículo 1354º CC) ni a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (artículo V del Título Preliminar CC).

En una clara muestra de que el derecho contractual no es indiferente al acontecer social, las relaciones contractuales se expanden y diversifican, con relativa independencia de la legislación que pueda tener un determinado país, por ello, «la actividad económica ha creado nuevas necesidades contractuales que los actuales esquemas legales de los negocios jurídicos no pueden resolver satisfactoriamente» (Arce Gargollo 1985: 136).

En la actualidad, resulta muy común que los particulares negocien y concreten sus relaciones comerciales, utilizando figuras contractuales atípicas que no cuentan con una disciplina particular propia o regulación otorgada por la ley. Los particulares, en virtud de la libertad de configuración interna de los contratos, pueden diseñar válidamente sus operaciones comerciales recurriendo a figuras preestablecidas por nuestro ordenamiento legal o pueden, también, celebrar sus acuerdos estructurando sus respectivos contratos sin necesidad de utilizar las figuras preconcebidas o tipificadas por el ordenamiento legal, vale decir, los particulares pueden celebrar válidamente sus operaciones comerciales, bajo la categoría de los contratos atípicos.

Ante la posibilidad de que los particulares puedan celebrar tanto contratos típicos como contratos atípicos, resulta necesario definir a qué nos referimos con cada uno de dichos conceptos. En efecto, diseñar nuestras operaciones contractuales a través de un contrato típico resulta distinto de hacerlo a través de una figura contractual atípica.

Por ello, efectuaremos a continuación unas breves precisiones terminológicas que nos permitirán comprender y distinguir mejor los distintos escenarios de contratación típica y atípica.

1.2 Contratos típicos

> «Contrato típico» es aquella figura contractual que ha sido acogida o prevista por la ley. Es precisamente la ley la que «individualiza a un determinado fenómeno a través de una serie de elementos y de datos particulares, y al conjunto, así descrito, lo valora y le atribuye una concreta regulación jurídica unitaria» (Gete-Alonso 1979: 15).

Conforme con lo indicado, es la ley la que prescribe cuáles son los elementos esenciales o «tipificantes» del contrato típico y por esta razón estos elementos son los que permiten establecer si es que un determinado contrato, que se celebra en los hechos, se encuentra o no dentro del referido tipo contractual.

1.2.1 Tipificación legal y calificación jurídica

El fenómeno de la tipificación es un proceso de organización de la conducta humana.

En el ámbito de los contratos, esto supone que el legislador, a través del tipo contractual, establece los elementos esenciales que se requieren para considerar, a una realidad concreta, dentro del tipo contractual correspondiente. Así, si es que efectuando la calificación jurídica[5] de un contrato concreto, se logra verificar la plena coincidencia de todos los elementos esenciales previstos por la norma, la relación jurídica realizada en los hechos, corresponderá al tipo contractual correspondiente.

Una vez verificada la plena correspondencia del contrato realizado en los hechos con un determinado tipo contractual, deberán aplicarse las normas imperativas y supletorias previstas para dicho tipo contractual al contrato concreto realizado por las partes. Por ejemplo, si verificamos que la relación jurídica concreta corresponde al tipo contractual «compraventa», esto implicará que a dicha realidad se le aplicará las normas imperativas y supletorias previstas para el tipo contractual «compraventa».

En otras palabras, la tipificación es el proceso de abstracción que hace el legislador de una realidad concreta, mientras que la calificación jurídica es la actividad a través de la cual se relaciona una conducta determinada (un contrato concreto) con un determinado tipo contractual.

---

5 Para autores como Galgano, calificar un contrato consiste en determinar la naturaleza jurídica de una determinada relación jurídica a efectos de ubicarla dentro de las categorías existentes (cfr. Galgano 1992: 436).

1.2.2 Elementos esenciales del tipo contractual

Como hemos adelantado, el tipo contractual está conformado por una serie de datos peculiares con carácter de esenciales. Precisamente, si es que a través de la calificación jurídica se logra verificar que el contrato concreto, celebrado por las partes contiene absolutamente todos esos datos peculiares (elementos esenciales del tipo contractual), entonces concluiremos que estamos ante el contrato típico determinado.

Los elementos esenciales que permiten establecer que el contrato concreto celebrado por las partes se encuentra dentro del tipo contractual son los siguientes:

a. Elemento objetivo (contenido mínimo negocial)

El elemento objetivo o contenido mínimo negocial consiste en todas aquellas prestaciones mínimas e indispensables, establecidas por la norma, para considerar al contrato concreto dentro del tipo contractual. Es decir, son aquellos datos peculiares referidos específicamente a las prestaciones indispensables que componen la figura básica del tipo contractual.

Utilizamos el término figura básica, pues un contrato típico podría contar con prestaciones adicionales y distintas de aquellas que resultan indispensables para configurar el tipo contractual.

El contrato celebrado corresponderá al contrato típico, siempre que las prestaciones adicionales, distintas del contenido mínimo negocial, no desnaturalicen la esencia del tipo contractual correspondiente.

A través del siguiente ejemplo, se podrá entender mejor el análisis del elemento objetivo o contenido mínimo negocial: el contrato de arrendamiento es un contrato típico, cuyo contenido mínimo negocial se encuentra establecido en el artículo 1666 del Código Civil. El citado artículo dispone que: «Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida».

Considerando lo dispuesto por el tipo contractual «arrendamiento», las prestaciones mínimas indispensables para considerar a un contrato celebrado por las partes, como un supuesto del tipo contractual «arrendamiento», son las siguientes: (i) debe contener la prestación de ceder temporalmente el uso de un bien y (ii) la contraprestación de pagar una cierta renta convenida.

Entonces, si un contrato celebrado por las partes contiene las prestaciones mínimas e indispensables del tipo contractual «arrendamiento», podremos concluir que el contrato celebrado por las partes cumple con el elemento objetivo del tipo contractual «arrendamiento».

Como hemos expresado, las partes podrían incluir otras estipulaciones distintas del contenido mínimo negocial del contrato de arrendamiento, como, por ejemplo, este caso: el arrendador podría obligarse a efectuar ciertas reparaciones en el bien de manera previa a la entrega, sin que ello desnaturalice el contrato celebrado.

Sin duda, los distintos operadores jurídicos suelen efectuar el análisis del elemento objetivo, verificando la coincidencia de las prestaciones mínimas e indispensables requeridas por el tipo contractual correspondiente. Sin embargo, en muchas ocasiones, la calificación jurídica se centra únicamente en el análisis del elemento objetivo[6], lo cual es equivocado, pues el tipo contractual también requiere del análisis del elemento subjetivo y el elemento causal, como explicaremos a continuación.

b. Elemento subjetivo (cualidad especial del agente)

Para celebrar un contrato dentro de un determinado tipo contractual, la ley generalmente no exige alguna cualidad especial o característica que tenga

6 Es cierto que, en diversas ocasiones, basta la verificación del elemento objetivo (contenido mínimo negocial) para establecer que estamos dentro del tipo contractual, dado que normalmente la figura típica no establece un elemento subjetivo específico o porque las prestaciones contenidas en el contrato concreto conducen necesariamente a una determinada causa negocial. Sin embargo, si únicamente utilizamos el análisis del elemento objetivo, podríamos llegar a conclusiones totalmente equivocadas, en ciertos supuestos.

que ser cumplida por las partes, sin embargo, existen supuestos especiales en los que la ley sí lo exige. Solo en este último supuesto, es decir, cuando el propio mandato legal exige que alguna de las partes (o ambas) cuente con alguna cualidad especial, resulta necesario cumplir con dicha exigencia para poder calificar jurídicamente al contrato celebrado por las partes, como uno del tipo contractual correspondiente.

Para entender mejor el tema del elemento subjetivo (cualidad especial del agente exigida por la ley) mencionaremos como ejemplo el supuesto del contrato de *leasing* o arrendamiento financiero el cual, por mandato legal, exige que una de las partes cumpla con una determinada cualidad especial. Efectivamente, en el caso específico del contrato de arrendamiento financiero o *leasing*, el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 299, dispone que «Cuando la locadora esté domiciliada en el país **deberá necesariamente** ser una empresa bancaria, financiera o cualquier otra empresa **autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros**, para operar de acuerdo a Ley»[7].

Es decir, la ley, de manera expresa, requiere que para celebrar contratos de *leasing*, una de las partes, específicamente el arrendador financiero (denominado locadora por la norma) debe ser necesariamente una empresa autorizada por la SBS, de lo contrario, el contrato celebrado no podrá calificarse jurídicamente como un contrato de *leasing*.

Así, por ejemplo, si es que dos particulares que no cuentan con autorización de la SBS para celebrar contratos de arrendamiento financiero decidieran celebrar un contrato que cumpla con el contenido mínimo negocial de un contrato de arrendamiento financiero[8], dicho contrato sería

7 El énfasis es nuestro.

8 El contenido mínimo negocial (elemento objetivo) de un contrato de *leasing* se establece en el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 299, el cual dispone lo siguiente: «Considérase Arrendamiento Financiero el Contrato Mercantil que tiene por objeto la locación de bienes muebles o inmuebles por una empresa locadora para el uso por la arrendataria, mediante pago de cuotas periódicas y con opción a favor de la arrendataria de comprar dichos bienes por un valor pactado».

válido y eficaz entre las partes[9]. Sin embargo, el contrato celebrado en tales circunstancias, no podría ser considerado como un contrato típico de *leasing* dado que carece del elemento subjetivo o cualidad especial, requerido por la norma que tipifica esta figura contractual.

El caso propuesto nos permite confirmar la importancia de efectuar el análisis del elemento subjetivo. Efectivamente, si es que como normalmente ocurre en nuestra realidad, nos hubiéramos centrado exclusivamente en el análisis del contenido mínimo negocial, nuestra conclusión final hubiera sido equivocada y distinta: se concluiría erróneamente que estamos ante un contrato de *leasing*. Por ello, reiteramos que resulta relevante que conjuntamente con el análisis del contenido mínimo negocial (prestaciones mínimas indispensables del tipo), se efectúe también el análisis del elemento subjetivo y del elemento causal.

c. Elemento causal (función económica del contrato)

Partimos de la premisa que todo contrato típico tiene como finalidad cumplir una función económica determinada, es decir, debe tener una causa típica.

Esta causa típica es objetiva y abstracta. En palabras de Gete-Alonso, la causa típica del contrato «es la función económica de este: la especial utilidad o necesidad que el contrato está llamado a realizar» (Gete-Alonso 1979: 544). La causa típica del contrato es distinta de los motivos y causas subjetivas del negocio. No debe confundirse con el fin querido por las partes contratantes, sino, por el contrario, este elemento transciende la subjetividad de las partes.

9 Si es que se cumplen los requisitos de validez del acto jurídico, el contrato sería válido y eficaz dado que, conforme lo dispone el artículo 1354 del Código Civil: «Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo». En este supuesto, la norma que regula la figura contractual del *leasing* exige que, para que un contrato sea calificado como un arrendamiento financiero, el locador debe necesariamente ser una empresa autorizada por la SBS. Cabe anotar que la norma no declara la nulidad o invalidez en caso no sea así. En consecuencia, el contrato sería válido y eficaz pero simplemente no podrá ser calificado como *leasing*.

Cada contrato cuenta con una causa típica, es decir, tiene una función económica que satisfacer. Por ejemplo: el contrato de fianza tiene una función económica (o causa típica) de garantía; el contrato de leasing tiene una función económica de financiamiento; el contrato de arrendamiento tiene la causa típica de ceder el uso temporal, etc.

Precisamente, analizando la función económica del contrato celebrado, podremos concluir si es que dicho contrato se enmarca en uno u otro tipo contractual. Por ejemplo, si es que el análisis del tipo contractual se centrara únicamente en el contenido mínimo negocial, sin analizar la función del contrato típico, podría arribarse a la idea equívoca que un contrato de *leasing* podría ser calificado como un contrato de arrendamiento común (dado que el *leasing* incluye una cesión en uso temporal de un bien, a título oneroso[10]). Resulta evidente que el contrato típico de *leasing* cuenta con una función de financiamiento, la cual difiere ampliamente de un contrato de arrendamiento común.

En conclusión, conjuntamente con el análisis del elemento objetivo y el elemento subjetivo, el análisis del elemento casual (función económica del contrato) también debe ser considerado para efectos de la calificación jurídica del tipo contractual.

De todo lo expresado, podemos concluir que para calificar jurídicamente a un contrato celebrado por las partes, como un contrato típico, lo pactado debe cumplir con absolutamente todos los elementos esenciales del tipo contractual correspondiente. Es decir, el contrato celebrado por las partes debe cumplir, de manera conjunta, con: (i) el contenido mínimo negocial del tipo (elemento objetivo), (ii) la cualidad especial del agente (elemento subjetivo), exigida por la ley, de ser el caso y además, (iii) la función económica del contrato típico (elemento causal). Solo si se cumplen con todos los

10 El contenido mínimo negocial del contrato de *leasing* comprende una cesión en uso temporal de un bien, a título oneroso, pero incluye otras prestaciones, como la opción de compra y el pago de un valor residual en caso se ejerza dicha opción. Estas prestaciones, en su conjunto, se orientan a una función económica que trasciende al contrato de arrendamiento civil.

elementos del tipo contractual se podrá concluir que el contrato celebrado por las partes es un contrato típico.

Los elementos esenciales del tipo contractual (elementos tipificantes) forman parte de la estructura del tipo contractual. Por ello, la ausencia de uno o más elementos esenciales del tipo contractual o la inclusión de alguna prestación o elemento que desnaturalice el tipo legal, determinará que el resultado de la calificación jurídica pueda ser totalmente distinta: el contrato analizado podría corresponder a otro tipo contractual, o, incluso, podría concluirse que el contrato celebrado es una figura atípica (contrato atípico) si es que dicho contrato no cumple con los elementos esenciales de ningún contrato típico existente en nuestro ordenamiento.

Cabe precisar que, previamente al análisis de tipicidad del contrato, es decir, previamente a determinar si se trata de un contrato típico o no, debe realizarse el análisis de validez del contrato. Esto implica verificar si es que el acuerdo celebrado cumple con todos los requisitos de validez del acto jurídico establecidos en el artículo 140° del Código Civil[11].

1.2.3 Reglas aplicables a los contratos típicos

En primer lugar, las partes se regirán por aquello que hubieran previsto en su respectivo contrato. Es decir, se regirán por lo pactado en su propio acuerdo contractual. En consecuencia, la tarea de todo intérprete consistirá en tratar de encontrar la común intención de las partes, pero dicha búsqueda no se dirigirá a conocer la voluntad interna de cada sujeto interviniente en el contrato sino que, por el contrario, se orientará a interpretar la voluntad declarada o exteriorizada, que es aquella voluntad verdaderamente relevante

11 Artículo 140° del Código Civil: El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:
1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

para el derecho. En ese sentido, compartimos la opinión de Fernández Cruz cuando expresa que:

> «El Código Civil peruano (…) acoge una concepción objetiva para el análisis de la 'común intención de las partes': ello se desprende con claridad de lo dispuesto por los artículos 140º, 141º, 168º, 1352º, 1361º, 1362º, 1373º y 1374º del CC, quienes **al privilegiar la declaración de voluntad** (…) **obligan al intérprete en la búsqueda de la 'común intención de las partes' a aplicar reglas de interpretación del contrato sobre las declaraciones y conductas de las partes**» (las negritas son nuestras) (Fernández Cruz 2004: 839).

Por ello, en primer lugar, deberá determinarse si es que el eventual problema o inconveniente no encuentra respuesta en lo pactado por las propias partes. Es decir, lo primero que se debe aplicar es la voluntad declarada por las partes, dado que según el primer párrafo del artículo 1361º del Código Civil, los contratos son obligatorios en cuanto se encuentren expresados en ellos.

Si bien es cierto, los contratos típicos cuentan con reglas especiales que les resultan aplicables, no debemos olvidar que el propio artículo 1356º del Código Civil establece que las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias a la voluntad de las partes, salvo que las normas tengan carácter imperativo.

En tal sentido, si las partes, respetando los límites de la libertad de configuración interna de los contratos establecen, en su respectivo contrato, un acuerdo que será aplicable para dar solución a un determinado supuesto, dicho pacto prevalecerá aunque exista una norma que pueda establecer lo contrario. Es decir, las partes aplicarán lo pactado, a pesar de que pueda existir una disposición del Código Civil o cualquier otra norma que diga lo contrario.

Por ello, en los supuestos en los que las propias partes han previsto en el contrato la solución al tema planteado, no habrá más que dirigirse a aplicar lo establecido por las partes.

Cabe recordar que no siempre la respuesta podrá encontrarse en el propio contrato. En efecto, a pesar de lo minuciosas y bien asesoradas que puedan estar las partes al momento de negociar y elaborarlo, siempre existirá un margen de posibilidades no cubiertas por el contrato.

En el caso de los contratos típicos, cuando las partes, en su respectivo acuerdo, omiten dar respuesta a una determinada circunstancia, al contar dicho contrato con una tipicidad legal propia, el vacío dejado por las partes inmediatamente es cubierto, como lo dispone el artículo 1356° del Código Civil, de manera supletoria por las reglas legales especiales del respectivo contrato típico.

En nuestra vida diaria, ya sea en el ámbito de nuestras actividades comerciales o simplemente con ocasión de nuestras actividades privadas[12], es muy frecuente que celebremos múltiples contratos negociando solamente aquellos aspectos elementales de nuestra relación contractual[13].

En muchos de estos supuestos, nada impide que se incorporen en nuestras negociaciones y contratos, otros términos y estipulaciones que podrían regir nuestra relación contractual. Pero ¿por qué no lo hacemos? Una posible respuesta ha sido planteada por Alfredo Bullard: «contratar cuesta y (…) contratar mejor y más completo cuesta más» (Bullard 2007: 1716). Por ello, lo usual, es que los contratos no contengan todas las estipulaciones que le podrían ser aplicables. Es decir, que presenten una serie de circunstancias, respecto de las cuales las partes no han convenido estipulación alguna, lo cual implica un vacío contractual.

Si el contrato celebrado por las partes es un contrato típico[14], en defecto de lo pactado, es decir, en presencia de un vacío contractual, se apli-

12 Cuando tomamos un transporte público, cuando compramos una pizza por teléfono o cuando contratamos los servicios de un médico o un abogado, etc.

13 Por ejemplo, en una compraventa es usual que solamente se defina el bien y el precio, mientras que en una locación de servicios solamente se suele pactar el servicio que se realizará y su correspondiente retribución.

14 Por ejemplo una compraventa, arrendamiento, locación de servicios, contrato de obra, etc.

cará las reglas legales establecidas por el legislador para el tipo contractual[15] correspondiente. Es decir, la operación concreta, realizada por las partes, se regirá por lo pactado pero también, de manera supletoria, por las disposiciones legales previstas para el tipo contractual específico aplicable de manera directa a dicha relación jurídica, pues la consecuencia de encontrarnos dentro del tipo contractual supondrá la aplicación supletoria de las normas establecidas por el ordenamiento legal para dicho contrato típico.

Ante ello, si las partes hubieran celebrado, por ejemplo, un contrato de arrendamiento y hubieran omitido pactar determinado asunto, resultarán directamente de aplicación supletoria las reglas especiales establecidas en nuestro Código Civil para el referido contrato. Es decir, dicha relación jurídica se regulará de manera supletoria por el artículo 1666° y siguientes del Código Civil.

Como resulta evidente, las normas especiales de un contrato típico no cubren todos los problemas o circunstancias que un determinado contrato puede presentar. Por ello, en caso la regulación especial resulte insuficiente o no solucione el inconveniente, podrá recurrirse a la aplicación de las normas generales de contratos, de conformidad con lo expresado en el artículo 1353° del Código Civil.

Asimismo, dependiendo de las prestaciones involucradas en el referido contrato, se aplicarán las reglas relativas a las obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda.

En resumen, en el caso de los contratos típicos, se aplicarían las siguientes reglas respetando la siguiente secuencia:

1º Voluntad de las partes
2º Reglas especiales del contrato típico y
3º Normas generales de los contratos y de las obligaciones.

15 Según Juan Carlos Rezzónico, el tipo contractual «es la regulación legal sistemática, extraída normativamente del conjunto de rasgos que presenta un contrato en la vida empírica, los que se aislarán e inducirán para ser convertidos en figuras abstractas» (Rezzónico 1990: 981).

1.3 Contratos atípicos

Se reconoce como contrato atípico a aquel «que, no obstante tener una identificación propia y reunir los requisitos necesarios para ser contrato, no ha merecido aún recepción legislativa mediante una disciplina particular» (De la Puente y Lavalle 1993: 200). Es decir, se trata de aquella figura contractual que no ha sido acogida por el legislador y que, por lo tanto, carece de una regulación concreta (total o parcial) dada por la ley.

Los contratos atípicos pueden clasificarse, a su vez, en contratos atípicos sin tipicidad social (contratos atípicos sin reglas sociales que no cuentan con regulación legal específica y carecen de reglas dadas por usos y costumbres) y contratos atípicos con tipicidad social (contratos atípicos con reglas sociales que no cuentan con reglas especiales y cuya regulación está dada por los usos y costumbres).

1.3.1 Reglas aplicables a los contratos atípicos

a. Requisitos de validez del contrato atípico

No debemos olvidar que tanto la relación jurídica obligacional típica como aquella considerada atípica, son en esencia contratos. Por ello, lo primero que debemos establecer es si, efectivamente, el contrato analizado es un contrato válido.

Como ya hemos anotado, un contrato atípico es una figura contractual que carece de una regulación legal propia; sin embargo, a dicho contrato le serán aplicables exactamente los mismos requisitos de validez aplicables a cualquier contrato. Es decir, para determinar si es que el contrato atípico es válido, simplemente nos remitiremos a las normas que resultan de aplicación a cualquier contrato, dado que los contratos atípicos no tienen ningún requisito especial de validez.

En suma, para determinar si un contrato atípico es válido primero debe verificarse que el mismo no carezca de alguno de los requisitos esenciales del acto jurídico. Es decir, que concurran todos y cada uno de los requisitos señalados en el artículo 140º del Código Civil.

b. Prevalencia de lo pactado en los contratos atípicos

Siempre que no se atente contra el orden público, las buenas costumbres ni contra normas imperativas, lo pactado por las partes será lo que primará en el ámbito contractual. Es decir, las partes se regirán, en primer lugar, por su propia voluntad expresada en el respectivo contrato atípico.

Si el eventual problema o inconveniente ha sido previsto en el respectivo contrato atípico, se aplicará lo pactado atendiendo a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1361º del Código Civil, que establece que los contratos son obligatorios en cuanto se encuentren expresados en ellos.

En tal sentido, si las partes, respetando los límites de la libertad de configuración interna de los contratos, establecen en su respectivo contrato un acuerdo que será aplicable para dar solución a un determinado supuesto, dicho pacto prevalecerá y ya no será necesario recurrir a otras fuentes como los usos y costumbres o las normas generales de contratos y obligaciones. Es decir, la respuesta a dicha situación se encontrará precisamente en aquello que hubiera sido convenido por las propias partes, a pesar de que pueda existir una regla social distinta o alguna norma general de contratos u obligaciones que indique lo contrario.

En estos supuestos, en los cuales las partes hayan previsto en su respectivo contrato atípico la solución al tema planteado, no habrá más que dirigirse a aplicar lo previsto por las partes.

c. Contratos atípicos con tipicidad social

¿Qué sucede si es que las partes no establecen una respuesta a una determinada circunstancia? Los contratos atípicos carecen de una disciplina

particular propia (reglas legales especiales) que se pueda aplicar de manera directa, ante un vacío contractual o falta de pacto. Por ello, resulta relevante establecer las pautas que nos permitirán conocer las reglas que podrán ser aplicables a este tipo de contratos (atípicos) los mismos que, pese a carecer de reglas legales especiales, no se encuentran desamparados por el derecho.

Debemos ser sinceros y, por ello, reconocer que en nuestro ordenamiento legal —más allá de lo establecido en el artículo 1353º del Código Civil[16]— no se establece con claridad qué reglas deberíamos aplicar a los contratos atípicos.

Un primer escenario es el de aquellos contratos atípicos que cuentan con reglas reconocidas socialmente. Nos referimos a contratos atípicos con tipicidad social, aquellos contratos que, a pesar de que carecen de una disciplina particular propia otorgada por la ley, cuentan con una regulación particular que viene dada por las reglas sociales y supletoriamente por otras fuentes del derecho.

Así, los contratos atípicos con tipicidad social se regularán **en defecto de pacto entre las partes**, por las siguientes reglas:

- **Los usos y costumbres**

Al celebrar un contrato atípico con tipicidad social, los particulares entienden que los eventuales vacíos contractuales serán cubiertos de conformidad con los usos y costumbres que rigen en una determinada plaza.

En la actualidad, se ha evidenciado en nuestro continente una corriente que propugna la expresa consideración legal de los usos y costumbres, como regla inmediatamente aplicable a los contratos atípicos con tipicidad social, siempre que se haya verificado previamente que las partes omitieron regular un determinado supuesto. Efectivamente, en Argentina se ha propuesto en el Proyecto de Código Civil de 1998 (Decreto 685/95) que, tratándose de

16 El artículo 1353º del Código Civil establece que: «Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato».

contratos atípicos con tipicidad social, sean los usos del lugar de celebración aquellos que rijan inmediatamente después de la voluntad de las partes[17].

Sin duda, en el marco de un contrato que cuenta con reconocimiento social, es decir, un contrato respecto del cual la sociedad conoce sus alcances y consecuencias sin necesidad de que los mismos hayan sido acogidos en alguna ley, resulta totalmente razonable que las partes cubran cualquier vacío que pueda presentar lo pactado, con reglas o criterios que vienen dados por los usos y costumbres sociales. En realidad, las partes esperarían que ante una omisión en el contrato, el vacío sea cubierto con aquella regla que comúnmente se aplica en una determinada plaza o mercado, aunque dicha regla social sea contraria a alguna disposición legal supletoria.

Efectivamente, sin necesidad de reforma o cambio alguno en nuestra legislación, los usos y costumbres (reglas sociales) pueden aplicarse inmediatamente después de verificar que el propio contrato no contiene una estipulación que pueda dar una respuesta al inconveniente presentado.

El primer sustento legal de lo expresado se encuentra en el artículo 2º del Código de Comercio, el cual establece que: «Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten (…), se regirán por las disposiciones contenidas en él; **en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza**». Si bien es cierto, dicha norma es de antigua data, aún continúa vigente y no ha sido derogada[18].

---

17 Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina (Decreto 685/95) Artículo 914.- Contratos atípicos con tipicidad social. Se considera que tienen tipicidad social los contratos correspondientes a una categoría de negocios realizados habitualmente en el lugar de celebración. En subsidio de la voluntad de partes, están regidos prioritariamente por los usos del lugar de celebración. Este proyecto se encuentra disponible en: www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-argentina.html (26/01/2007).

18 Al respecto no compartimos la opinión de Gutiérrez, quien omite interpretar la salvedad del artículo 1353º del Código Civil, y señala que «Del texto podría colegirse que en los contratos mercantiles atípicos los usos del lugar prevalecen sobre las normas generales supletorias en materia de contratos y obligaciones. Tal interpretación es inadmisible si se tiene en cuenta el artículo 1353º del Código, que establece el ámbito de aplicación de las normas generales sobre contratación, y que a nuestro juicio ha derogado tal dispositivo» (Gutiérrez Camacho 1999: 132).

Asimismo, otra norma que reconoce la prioridad de las reglas sociales respecto de las disposiciones legales supletorias es el propio artículo 1353° del Código Civil, el cual dispone que las reglas generales acerca de contratos serán aplicables a cualquier contrato (sea típico o atípico), «**salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato**».

Como es fácil de advertir, este artículo, si bien establece como regla general que a todos los contratos (inclusive a los atípicos) les resultan de aplicación las reglas generales acerca de contratos, dicha norma también precisa que eso será así salvo en cuanto dichas normas generales acerca de contratos «resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato».

Es precisamente la salvedad establecida en el artículo 1353° del Código Civil la que admite a las reglas sociales (contenidas en los usos y costumbres), como regla aplicable inmediatamente después de verificar que las partes no han establecido pacto alguno en su respectivo contrato, que solucione una determinada situación.

Efectivamente, si aceptamos que **los «contratos atípicos con tipicidad social» contienen «reglas particulares» que vienen dadas por los usos y costumbres**, en aplicación del artículo 1353° del Código Civil, no podría admitirse que dichas «reglas particulares» (reglas sociales) puedan ser postergadas para aplicar las reglas generales de contratos. Como consecuencia de lo expresado, los usos y costumbres que son las «reglas particulares» del contrato atípico con tipicidad social, serán las reglas inmediatamente aplicables, en caso de defecto o vacío en el pacto de las partes.

Como resulta evidente, esta interpretación resulta plenamente concordante con lo establecido en el artículo 2° del Código de Comercio.

Adicionalmente no debemos olvidar que el artículo 1362º del Código Civil establece que todos los contratos «deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe». En tal sentido, sería totalmente ajena a dicha interpretación que un determinado contrato atípico, que cuenta con tipicidad social (reglas sociales), sea interpretado dejando de lado lo que los usos y costumbres prevén para dicho contrato. Como lo ha expresado Fernández:

> «La interpretación del contrato según buena fe responde, entonces, al significado social del contrato; esto es, al significado corriente en la práctica que imponen los usos y costumbres» (Fernández Cruz 2004: 842).

En similar sentido, Bullard sostiene que «las partes dejan imprecisiones contractuales en la esperanza que los intérpretes los cubrirán por las reglas usuales, derivadas de la práctica económica, y que responde a determinada racionalidad económica» (Bullard 2007: 1750).

En consecuencia, no sería una interpretación acorde a derecho y a la buena fe, aquella que se aleje de los alcances y consecuencias que le otorgan las reglas sociales a un contrato atípico con tipicidad social.

Como consecuencia, queda claro que existen sólidos argumentos legales para aceptar que los usos y costumbres deben ser aplicados inmediatamente después de verificar un vacío de las partes en un determinado contrato atípico con tipicidad social.

No debemos dejar de reconocer que, tanto la probanza como la determinación de los usos y costumbres, son la mayor debilidad de la presente propuesta, sin embargo, dicha dificultad no constituye criterio suficiente para negar el reconocimiento legal y plena vigencia que tienen los usos y costumbres como reglas aplicables a los contratos atípicos con tipicidad social en nuestro país.

Si bien es cierto que las «reglas sociales» son dadas por los usos y costumbres, podríamos sostener, al igual que De la Puente, que dichas «reglas sociales» no solamente pueden ser encontradas directamente en la costumbre jurídica, sino que podrían haber sido reconocidas o aprehendidas por la doctrina o la jurisprudencia.

En efecto, a nuestro entender, De la Puente plantea una interesante solución a la complejidad probatoria de los usos y costumbres, abarcando fuentes distintas como la jurisprudencia o la doctrina, a fin de que se pueda encontrar en ellas los alcances de su contenido. Cuando De la Puente se refiere

a la tipicidad social, no solo se refiere a que las «reglas sociales» puedan encontrarse directamente en la costumbre jurídica, sino que entiende que:

> «**La tipicidad social es, pues, el reconocimiento doctrinal y jurisprudencial, que encuentra su base en la costumbre**, de contratos perfectamente identificables, que crean (regulan, modifican o extinguen) obligaciones especiales adecuadas a la finalidad de cada tipo de contrato, el cual determina que se apliquen reglas comunes a todos los contratos de un mismo tipo, aun cuando cada uno de estos contratos no contenga una regulación completa» (las negritas son nuestras) (De la Puente y Lavalle 1993a: 201).

En conclusión, para aplicar los usos y costumbres a un contrato atípico con tipicidad social, bastaría con acreditarlos de manera directa, o, por el contrario, de manera indirecta, a través del reconocimiento doctrinal o jurisprudencial que exista respecto de los mismos.

- **Aplicación de las normas generales de contratos y obligaciones**

En aplicación del artículo 1353° del Código Civil, si es que en el marco de un contrato atípico con tipicidad social, lo pactado por las partes no otorgara solución a una situación conflictiva y tampoco se encontrara respuesta en los usos y costumbres, entonces, recién quedaría habilitada la aplicación de las reglas generales de contratos, así como las normas relativas a las obligaciones según la naturaleza de las prestaciones involucradas (dar, hacer o no hacer).

- **Teorías para la aplicación de normas de los contratos afines**

Como lo señala el artículo 139° inciso 8 de la Constitución Política del Perú, los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia

de la ley. Por ello, si es que habiendo superado las etapas anteriores no se encontrara aún solución al inconveniente planteado, apelando a los criterios doctrinarios sugeridos por la doctrina nacional y extranjera, el juez podría recurrir a las «normas de los contratos afines» utilizando para dichos efectos tres teorías que existen al respecto: Teoría de la Absorción, Teoría de la Combinación y Teoría de la Aplicación Analógica.

Es importante anotar que la aplicación de cualquiera de dichas teorías no debe dejar de lado la búsqueda de la compatibilidad con la función económica del contrato, la cual se «ha conceptualizado como la especial utilidad o necesidad de que el contrato está llamado a realizar» (Mosset Iturraspe 1989: 998).

Cada una de las citadas teorías las explicamos brevemente a continuación.

Teoría de la Absorción. Según esta teoría, debe analizarse el contrato atípico dividiéndolo en cada una de sus prestaciones, para determinar cuál de ellas resulta ser la esencial o preponderante.

Una vez identificado el elemento preponderante, se aplicará al contrato atípico las reglas correspondientes al contrato al que corresponda el referido elemento esencial. Según Arce, la Teoría de la Absorción consiste en determinar «cuál es la prestación o elemento preponderante, y aplicar al contrato atípico las normas del contrato típico al que corresponde tal prestación o elemento preponderante. El negocio viene a ser absorbido en la figura del contrato típico que responde a dicha prestación»[19/20].

19 Cfr. Arce Gargollo 1985: 141.

20 Esta teoría podría ser criticada dado que, como lo sostiene Messineo: «no siempre corresponde a la realidad el que se establezca la prevalencia de un elemento contractual sobre los demás (…) y, por tanto, no siempre podría verificarse la absorción». Al respecto *vid.*, Messineo 1986: 397.

Una crítica adicional que puede hacerse a esta teoría es que la aplicación de las normas correspondientes a un elemento preponderante podría dejar sin respuesta múltiples aspectos de los otros elementos, catalogados como secundarios, que no son atendidos por las normas del elemento preponderante.

Teoría de la Combinación. Esta teoría señala que el contrato atípico debe ser segmentado o dividido en cada uno de sus elementos, aplicando a cada elemento la regla o norma del contrato al que corresponda el referido elemento contractual. Es decir, las reglas supletorias del contrato atípico serán todas aquellas reglas de los contratos a los que pertenezcan todos y cada uno de los elementos o prestaciones que componen a la figura atípica.

En palabras de Messineo, esta teoría implicaría fijar «una especie de alfabeto contractual, al que se podría recurrir para establecer la disciplina jurídica de cada uno de los contratos mixtos, haciendo previamente una descomposición de él en sus elementos, siendo entonces indiferente que estos últimos se encuentren (o no) en una posición de equivalencia o que uno de ellos subordine (o no) a los otros a él»[21/22].

Es importante precisar que las reglas aplicables a los distintos elementos del contrato atípico podrían comprender inclusive las reglas sociales correspondientes a un contrato atípico distinto, es decir, al contrato afín que nos brinde reglas para cubrir el contrato atípico que estamos analizando, podría ser, inclusive, otro contrato atípico distinto, como ocurre en el supuesto del contrato de *franchising*.

Efectivamente, si aplicáramos la teoría de la combinación al contrato de *franchising*, uno de sus elementos sería la transferencia de *know how*, la cual no cuenta con una regulación legal específica, sino que dicha figura contractual se rige únicamente por sus correspondientes reglas sociales. En tal circunstancia, se tendrá que aplicar al elemento transferencia de *know how* en un contrato de franquicia, las reglas sociales correspondientes al contrato de *know how*.

---

21 Cfr. Messineo 1986: 398.

22 La principal crítica a esta teoría es que olvida que el contrato atípico es una unidad y que la segmentación de sus elementos es un artificio que precisamente desconoce, como lo señala Messineo, que «el contrato no es una suma sino una síntesis». Al respecto *vid.*, Messineo 1986: 399.

Teoría de la Aplicación Analógica o Teoría de la Analogía. A diferencia de las anteriores teorías, en el caso de la teoría de la aplicación analógica no se divide al contrato atípico en cada una de sus prestaciones, sino, por el contrario, se analiza el contrato, todo en su conjunto, determinando cuál es el contrato típico que más se le asemeja. Verificada la similitud del contrato atípico con un contrato típico determinado, se establecerá que resultan de aplicación al contrato atípico analizado las reglas correspondientes al contrato que más se le parezca[23].

Esta teoría, por ejemplo, ha sido reconocida expresamente por el Código Civil Mexicano, el cual, en su artículo 1858º, señala que «los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes, **y en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento**» (las negritas son nuestras).

Asimismo, en Argentina, la mayoría de autores ha preferido su aplicación pues, como lo ha expresado Lorenzetti «por propio imperativo legal que dispone el uso de la analogía (artículo 16º del Código Civil Argentino[24]), la doctrina mayoritaria se inclina por la utilización de la analogía, tomando en cuenta las obligaciones y el tipo contractual que contempla mejor esta temática» (Lorenzetti 2004: 29).

23 El principal cuestionamiento a la teoría de la analogía consiste en que las partes podrían terminar aplicando las reglas de un contrato que posiblemente ellas mismas querían evitar. En efecto, si las partes quisieran aplicar las reglas de un contrato conocido, entonces podrían simplemente celebrar dicho contrato sin recurrir a la negociación de una figura contractual atípica. Otro gran cuestionamiento consiste en la gran subjetividad que podría implicar determinar cuál es la figura más parecida a un determinado contrato atípico.

24 Artículo 16 Código Civil Argentino: «Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso».

En nuestro país, el Código Civil no acoge ninguna de dichas teorías, sin embargo, se trata de criterios doctrinarios que podrían dar respuesta a un vacío contractual.

Cada una de las distintas teorías comentadas podría aportar distintas respuestas a una situación determinada. En tal sentido, no debemos olvidar que la aplicación de las normas correspondientes a los contratos típicos afines debe ser consistente con el respeto de lo que Alterini[25] señala como la «finalidad» o «economía del contrato», la cual denota la función que las partes le atribuyeron al celebrarlo. Pues, como expresa Mosset, «no obstante la aparente o formal afinidad entre uno atípico y otro típico, no se recurrirá a este último si el juez, habiendo captado la intención común de las partes y las circunstancias de la celebración del negocio (…) concluye que integración semejante no favorece los resultados económicos perseguidos» (Mosset Iturraspe 1989: 998).

d. Contratos atípicos sin tipicidad social

En el caso de los contratos atípicos sin tipicidad social, es decir, aquellos contratos que no solamente carecen de una regulación legal sino que además tampoco cuentan con una regulación social (no tienen usos y costumbres que les pudieran ser aplicables), se podrá seguir el mismo camino propuesto para el caso de los contratos atípicos con tipicidad social, pero omitiendo la aplicación de los usos y costumbres, los cuales no existen en los contratos atípicos sin tipicidad social.

Como lo ha señalado Parellada, en el supuesto de los contratos atípicos que carecen de tipicidad social, dichos contratos se regirán respetando el siguiente orden: «1. La voluntad común manifestada. 2. Las normas supletorias generales de los contratos y las obligaciones. 3. Las normas regulato-

25 Cfr. Alterini 1998: 416.

rias de los contratos afines en cuanto sean compatibles con la finalidad del negocio» (Parellada 2006).

1.4 Temas vinculados a los contratos típicos y contratos atípicos

1.4.1 Los contratos nominados e innominados: ¿son una categoría distinta de los contratos típicos y atípicos?

Autores muy respetables y de reconocida trayectoria, como De la Puente, han expresado que referirnos a contratos nominados e innominados no es lo mismo que hablar de contratos típicos y atípicos[26]. En tal sentido, el mencionado autor ha afirmado que:

> «Resulta más propio llamar 'contrato nominado' al que tiene un nombre generalmente conocido para identificarlo y 'contrato típico' a aquel que es regulado por el ordenamiento jurídico. Dentro de este razonamiento, tanto los 'contratos típicos' como los 'atípicos' entendidos estos como los que no tienen una disciplina legal propia, son también, por regla general, contratos nominados» (De la Puente y Lavalle 1993a: 199).

Siguiendo esta clasificación, basta que un contrato, ya sea típico o atípico, tenga nombre, para que sea considerado como contrato nominado; y en sentido contrario, basta que carezca de una denominación o nombre para que sea innominado. Estas breves conclusiones nos llevarían a considerar que, en la realidad, pueden presentarse cualquiera de las siguientes posibilidades:

---

26 Dicha opinión es compartida también en nuestro país por Ortega Piana, quien sostiene: «No existe sinonimia entre la nomenclatura 'contratos nominados e innominados' y 'contratos típicos y atípicos', respectivamente. Existen contratos nominados, al margen de que estos se encuentren tipificados o no». Cfr. Ortega Piana 2001: 103.

- Que existan contratos típicos y a su vez nominados (por ejemplo, el contrato de compraventa o el contrato de arrendamiento).
- Que existan contratos atípicos pero nominados (por ejemplo, el contrato de franquicia o el contrato de agencia comercial).
- Que existan contratos típicos pero innominados (por ejemplo, los contratos de doy para que hagas y hago para que des, establecidos en el artículo 1757º del Código Civil).
- Que existan contratos atípicos pero a su vez innominados (que sería el caso de un contrato *sui generis* o muy original que no cuente con un nombre ni con regulación especial).

Como ejercicio conceptual puede ser interesante. Sin embargo, a nuestro entender, la clasificación de los contratos en la categoría de contratos nominados o contratos innominados resulta totalmente innecesaria y anacrónica.

Si bien, desde un punto de vista estrictamente teórico, podría aceptarse conceptualmente que se clasifiquen a los contratos en aquellos que tengan un nombre y aquellos que carezcan de un nombre, es importante que dicha clasificación tenga algún tipo de utilidad y que sobre todo mantenga determinada vigencia.

Entonces, la pregunta que surge inmediatamente es: ¿en la actualidad, tiene sentido o alguna utilidad continuar utilizando la clasificación de los contratos en nominados e innominados?

Como se comentó líneas atrás, antiguamente la utilidad o relevancia de que un contrato sea nominado o que por el contrario, sea innominado, radicaba en que solo aquellos contratos que tuvieran un *nomen iuris* contaban con fuerza obligatoria y con acción procesal (*actio homonimia*). Es decir, en palabras de Gete-Alonso «las ideas nomen y nominación hacen relación al fundamento de la eficacia obligacional del contrato» (Gete-Alonso 1979: 32).

Es fácil advertir que la referida utilidad carece de vigencia en la actualidad, dado que todos los contratos, ya sea que tengan un nombre o no, son igualmente obligatorios y cuentan con la posibilidad de ser exigidos en sede judicial, pues así lo establece expresamente el primer párrafo del artículo 1361º del Código Civil[27]. Por dicha razón, en nuestra opinión, otorgarle vigencia a la clasificación relativa a los contratos nominados e innominados, resulta innecesaria y anacrónica. En consecuencia, al igual que Jordano Barea, opinamos que «es mejor abandonar la vieja terminología y hablar solo de contrato típico y atípico, pues lo decisivo es tener o no una disciplina particular»[28].

Es decir, más allá que podamos establecer si es que el contrato tiene un nombre o no, lo verdaderamente relevante es que establezcamos si es que el contrato analizado cuenta o no con una disciplina particular propia, es decir, con reglas especiales que le puedan ser aplicables.

Desde otra perspectiva, existen autores que utilizan el término «nominado» como sinónimo de «típico», y el término «innominado» para referirse al contrato «atípico». En tal sentido, autores como Messineo señalan, por ejemplo, que:

> «Por contrato innominado (…) en antítesis a contrato nominado, se entiende aquel para el cual la ley (código o ley complementaria) no ha dispuesto previamente una particular disciplina jurídica. En verdad, tomada a la letra, la expresión 'contrato innominado' equivaldría a

27 Artículo 1361º Código Civil: «Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos».

28 JORDANO BAREA. Juan B. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo XXVII, Madrid, 1953, p. 61. Citado por: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, Gaceta Jurídica, Tomo I, Contratos: Parte General, Lima, 1995, p. 48. Al respecto, cabe anotar que Javier Arce señala también que «La doctrina contemporánea, aunque no en forma uniforme, ha empezado a abandonar la denominación de contratos nominados e innominados, cuyo origen proviene del Derecho Romano, para aceptar la de contratos típicos y atípicos». En: ARCE GARGOLLO, Javier. Contratos Mercantiles Atípicos, Editorial Porrúa. México D.F., 1985, p. 130. De similar opinión es Calegari de Grosso. Ver: CALEGARI DE GROSSO, Lydia. Contratos Atípicos. *Franchising*, Némesis, Buenos Aires, 1996, p. 18.

> contrato que no tiene un nombre en el sistema de la ley; pero, en definitiva, el hecho de no tener un nombre depende a su vez del hecho que **el contrato dado no está sujeto a una disciplina particular propia; y este último es el exacto concepto de contrato innominado**» (las negritas son nuestras) (Messineo 1986: 378).

La referida asimilación de conceptos se encuentra inclusive en nuestro Código Civil, cuando se hace referencia en el Artículo 1353º del mismo[29], a los contratos innominados, cuando en verdad, dicha disposición se refiere a los contratos atípicos.

En nuestra opinión, esta práctica no debería ser extendida para evitar mayores confusiones sobre el tema. Por ello, lo propio y recomendable sería referirse simplemente a la tipicidad legal o a la atipicidad de un determinado contrato, dejando de lado la anacrónica referencia relativa a los contratos nominados y a los contratos innominados.

Como hemos expresado, la clasificación de los contratos como contratos nominados o contratos innominados resulta totalmente innecesaria y anacrónica, porque, en la actualidad, todos los contratos son obligatorios y pueden ser exigidos judicialmente, independientemente de que cuenten o carezcan de un nombre.

Más allá de conocer si un contrato cuenta con un nombre o si por el contrario carece del mismo, el análisis de todo intérprete se orientará, sin duda, a establecer si es que el contrato cuenta con reglas legales supletorias que le sean aplicables de manera directa (es decir, si es un contrato típico) o si, por el contrario, no cuenta con dichas reglas (contrato atípico).

---

29 Al respecto *vid*., artículo 1353º del Código Civil: «Todos los contratos de derecho privado, **inclusive los innominados,** quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección (…)». Las negritas son nuestras. Al respecto Max Arias-Schreiber sostiene que: «Debe hacerse notar que el artículo que comentamos (refiriéndose al artículo 1353º del Código Civil) incurre en el defecto de referirse a los contratos innominados, cuando lo propio era mencionar a los atípicos» (cfr. Arias-Schreiber Pezet 1995: 103).

Si el contrato cumple con todos los elementos del tipo contractual, entonces será un contrato típico y se regirá supletoriamente por las reglas señaladas por la ley para dicho contrato. Si, por el contrario, el contrato celebrado no cumple con todos los requisitos del tipo contractual establecido por la ley, será un contrato atípico y en ese supuesto será indispensable conocer si es que cuenta con «tipicidad social» o si, por el contrario, carece de la misma.

1.4.2 La distinción entre los contratos mixtos y la unión de contratos

a. ¿Qué son los contratos mixtos?

El contrato mixto es aquella figura jurídica en la que existen prestaciones correspondientes a contratos distintos, los cuales originan un contrato único pero distinto de los elementos que lo conforman. Es decir, se observa la presencia de prestaciones que combinadas generan un solo contrato, toda vez que cuenta con una sola causa (función económica).

Messineo señala que los contratos mixtos «estarían constituidos por aquellas figuras en las que el contrato estaría compuesto por elementos todos conocidos (elementos legales), dispuestos, sin embargo, en combinaciones distintas de las que pueden apreciarse en los contratos nominados y tomados de uno de dichos contratos» (Messineo 1986: 396).

Asimismo, en nuestro país, con una notable claridad, De la Puente nos indica que los contratos mixtos «son aquellos que, dentro de un único contrato, existen elementos propios de otros tipos de contratos» (De la Puente y Lavalle 1993a: 204). Precisamente, la definición del reconocido jurista nos brinda las pautas básicas de lo que significa un contrato mixto.

En primer lugar, el contrato mixto es un único contrato. Es decir, un negocio jurídico que cuenta con una causa única.

Que cuente con una causa única significa que el contrato tiene una única función económica que deberá satisfacer. Todo contrato cuenta con

una función abstracta o propósito práctico que las partes persiguen al realizarlo. Esta función económica puede ser de financiamiento, transmisiva de propiedad, de colaboración, de cesión en uso, etc. En términos muy sencillos, la causa determina cuál es la función económica que cumplirá el contrato: para qué sirve.

En segundo lugar, el contrato atípico, en cuanto a sus prestaciones o elementos, se configura a través de elementos propios de otros contratos típicos o atípicos. Es decir, el contrato atípico es la síntesis de las prestaciones o elementos de otros contratos, que configurados de una determinada forma crean una entidad distinta.

Además, como hemos adelantado, este contrato, «no obstante tener una identificación propia y reunir los requisitos necesarios para ser contrato, no ha merecido aún recepción legislativa mediante una disciplina particular» (De la Puente y Lavalle 1993a: 200).

Contratos atípicos o contratos mixtos hay muchos y siguen creándose en la realidad económica, como consecuencia de las distintas necesidades e intereses de la sociedad. Como ejemplo de contratos atípicos o contratos mixtos, podemos citar al contrato *franchising*, el contrato de concesión mercantil, el contrato de distribución comercial, el contrato de *know how*, el contrato de *hosting*, etc.

b. ¿Qué es la unión de contratos?

En primer lugar, debemos preguntarnos: ¿por qué las personas celebran más de un contrato a la vez? Este cuestionamiento es posible responderlo con la simple observación de las transacciones comerciales que se realizan en la actualidad.

Como se dijo en líneas anteriores, cada contrato responde a una causa concreta, autónoma. Cada contrato tiene su propia razón que lo justifica, responde a la satisfacción de necesidades de las partes que lo celebran.

Un criterio aparentemente sencillo y a la vez importante para definir cuándo estamos frente a un contrato mixto o ante una unión de contratos es que: donde hay unidad de causa, entonces hay un solo contrato. En caso existan múltiples causas, habrá varios contratos.

Precisamente, se califica como contratos coligados o unión de contratos cuando, en una misma operación, se requiere la celebración de distintos contratos, los cuales mantienen su propia entidad. Es decir, se trata de la conjunción de contratos que se realizan para concretar un determinado negocio u operación.

La unión de contratos se presenta cuando, por voluntad de las partes, se decide vincular distintos contratos, reconociendo la individualidad de los mismos, pero relacionándolos de forma tal que resulten dependientes funcionalmente (pero no estructuralmente) uno de otros. En esta categoría de contratos coexisten tantas causas como contratos formen parte de dicha operación[30]. A este supuesto se le conoce como coligamento funcional[31].

Como lo precisa acertadamente Morales, «en los contratos coligados hay una pluralidad coordinada de contratos en los que cada uno responde a una causa concreta autónoma, aun cuando en conjunto configuren una relación de interdependencia, pero no una relación de subordinación. En efecto, la vinculación entre los contratos no impide que cada contrato mantenga su propia individualidad y autonomía» (Morales Hervias 2006: 353-354). Por ello, como lo señala Lorenzetti, «es importante establecer si hay una o varias causas o finalidades económicas-sociales ya que es el elemento determinante para constatar la pluralidad de contratos» (Lorenzetti 2004: 34).

Dado que en la unión de contratos o contratos coligados, si bien existe relación funcional entre los distintos contratos que forman parte de la opera-

30 Cfr. Soria Aguilar 2008b: 370.

31 Cfr. Bianca, Patti y Patti 200: 110: «Se dice funcional cuando resulta de la unidad de la función perseguida, o sea cuando las distintas relaciones persiguen un interés práctico unitario. En tal caso las particulares relaciones persiguen un interés inmediato que es instrumental respecto del interés final de la operación».

ción, lo cierto es que cada contrato que integra la misma mantiene su autonomía estructural frente a los otros. La operación no será considerada como una sola unidad contractual, sino que, por el contrario, se reconocerá la coexistencia de varios contratos que integran una misma operación.

En consecuencia, a cada contrato que integra la operación realizada, se le aplicará por separado, las reglas que le correspondan. Es decir, por ejemplo, si una operación comercial incluyera: (i) un contrato típico «X» y (ii) un contrato atípico con tipicidad social, tendríamos que considerar cada contrato por separado, aplicando las reglas que correspondan a cada uno de los contratos que lo integran, es decir, a falta de pacto, se le aplicará:

Al contrato típico:
Primero, las reglas legales especiales del respectivo contrato típico y, en segundo lugar, las reglas generales de contratos y obligaciones.

Al contrato atípico con tipicidad social:
Primero, se le aplicará las reglas sociales establecidas por los usos y costumbres; en segundo lugar, las reglas generales de contratos y obligaciones. Posteriormente, las reglas de contratos afines aplicando las distintas teorías propuestas por la doctrina (teoría de la combinación, teoría de la absorción, teoría de la aplicación analógica) como última alternativa, tal como explicamos al inicio del presente capítulo.

Morales Hervias nos propone un método para determinar si existe un contrato coligado. Este autor señala que resulta necesario considerar tres fases hermenéuticas[32]:

- Verificar si hay pluralidad de negocios o contratos: consiste en corroborar que exista pluralidad de contratos, los cuales deben ser autónomos, lo que será posible en tanto existan causas concretas autónomas.

32 Cfr. Morales Hervias 2006: 360-361.

- Verificar si hay coligación jurídicamente relevante: en esta segunda fase del procedimiento hermenéutico se observan los intereses concretos del reglamento contractual sobre la base de criterios objetivos. En términos sencillos, esta fase consiste en verificar el nexo funcional, esto es, determinar el programa de una operación económica global.
- La tercera fase consiste en determinar la presencia de interrelación entre los contratos. Es decir, verificar si entre los distintos contratos realizados existe dependencia funcional.

c. La causa como elemento jurídicamente relevante

Cada contrato tiene una razón de ser. Tiene una propia finalidad objetiva o función económica que cumplir, a la que denominaremos causa propia del contrato. Todo contrato cuenta con este elemento propio que determina la naturaleza de cada tipo contractual[33]. Por ello, «la doctrina científica ha puesto especial hincapié en hallar algún dato de identificación de los contratos atípicos para diferenciarlos de la mera unión externa de contratos, y lo ha hallado (…) en la causa (…) como móvil determinante (…)» (Gutiérrez Camacho 1999: 145).

Cada contrato tiene una causa propia, por ejemplo, el contrato de compraventa tiene como función económica, o causa propia, la transmisión de la propiedad de un bien; el contrato de *leasing* tiene una causa de financiamiento, la hipoteca tiene una causa de garantía, y así, se tendrán tantas causas propias como contratos existan.

Es de importancia señalar que la causa propia del contrato no debe confundirse con el fin querido que tienen las partes contratantes (causa subjetiva) sino más bien se debe tener en cuenta que este elemento trasciende la subjetividad de las mismas, cumpliendo una finalidad económica

33 Cfr. Gete- Alonso y Calera 1979: 533.

en general. Por ello, esta causa que hemos denominado propia también se denomina como finalidad abstracta o causa objetiva.

Por otro lado, Messineo[34] indica que el criterio al que se debe recurrir es la causa vista como el elemento que individualiza al contrato. Según el autor, donde haya una causa única habrá unidad del contrato y si hay pluralidad de causas la habrá también en contratos. Como lo señala Morales Hervias:

> «Los contratos son los instrumentos para alcanzar la causa concreta. Los privados pueden perseguir sus causas concretas combinando varios contratos. Existen contratos distintos con una o varias causas concretas o funciones económico-individuales pero existirá una causa concreta como elemento determinante para verificar la pluralidad de contratos. Habrá supuestos de contratos diferentes con sus respectivas causas concretas vinculados entre sí o contratos únicos conexos pero pertenecientes a distintos tipos» (Morales Hervias 2002:132)

En conclusión, la causa, como fin objetivo del contrato, es el criterio más importante para determinar si es que una operación compleja, constituida por elementos de distintas figuras contractuales, puede ser considerada como un contrato mixto o si, por el contrario, como un contrato coligado.

34 Cfr. Messineo 1986: 377-402