

CONTRATOS ATÍPICOS EN EL ÁMBITO MERCANTIL ESPAÑOL Y EUROPEO

José Luis PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ*

SUMARIO: I. *Premisas. El derecho mercantil como un derecho de contratos y el derecho de contratos como derecho mercantil. Los caracteres de la contratación mercantil y los contratos atípicos.* II. *Otra aproximación a los contratos atípicos. Su carácter relativo.* III. *Las reglas aplicables a los contratos atípicos. La interpretación.* IV. *Arrendamientos mercantiles como contratos atípicos. Un ejemplo de la situación en el derecho español.* V. *Contratos atípicos en el derecho mercantil. A modo de conclusión.*

I. PREMISAS. EL DERECHO MERCANTIL COMO UN DERECHO DE CONTRATOS Y EL DERECHO DE CONTRATOS COMO DERECHO MERCANTIL. LOS CARACTERES DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL Y LOS CONTRATOS ATÍPICOS

Se ha mantenido desde hace tiempo que el concepto de derecho mercantil es una categoría histórica, un concepto, pues, no permanente, mutable según la época histórica o el país o nación, o el ordenamiento jurídico, que tomemos como punto de referencia, a diferencia del concepto de derecho civil, que domina siempre el mismo ámbito, aunque lo haga de formas distintas. Y esa relatividad del derecho mercantil está basada, fundamentalmente, en dos razones que son puestas de relieve por Molitor:¹ la inexistencia de unanimidad internacional en la conceptualización, como mercantiles, de las instituciones; y la auténtica relatividad temporal. De

* Departamento de Derecho Mercantil, Facultad de Derecho, Universidad de Granada.

¹ Molitor, “Il diritto commerciale e l’organizzazione economica tedesca”, *Riv. Dir. Comm.*, 1941, pp. 450 y ss.

ese modo, con el tiempo, se van incluyendo o excluyendo diversas instituciones en el ámbito o el marco del derecho mercantil e incluso se ha ido ampliando o restringiendo el contenidos de las mismas, junto al acceso a la actividad mercantil de personas que antes no estaban llamadas a ello (ya que los *actos de comercio* no son ejercidos sólo por comerciantes). “El concepto de derecho mercantil no es un concepto jurídico que *es*, sino un concepto que *está siendo*”, como resalta tan gráficamente Girón.² Pero, no obstante, entre las constantes históricas de este derecho especial, debe citarse que se trata de un derecho fundamentalmente contractual: el derecho mercantil es —y ha sido siempre— un derecho de contratos, un derecho contractual en evolución y cambio constante, que hace surgir, necesariamente, por las exigencias de cada momento y cada situación económica, nuevas figuras, previstas o no por el ordenamiento jurídico (normalmente nacidas de la práctica y, sólo normadas con posterioridad a su utilización). Los agentes económicos son los creadores de este derecho, que el ordenamiento, en una fase siempre posterior, viene a disciplinar jurídicamente.

Pero hay que reflexionar sobre dos hechos que llaman la atención, al tratar del derecho contractual, al referirnos al derecho de los contratos. De una parte, la *doble regulación en el derecho privado*, en el ámbito civil y en el ámbito mercantil lleva a cabo para los contratos, de lo que constituyen un fiel reflejo los Códigos Civil y de Comercio españoles; de otro, lo que podría denominarse “nuevos hábitos” o “nuevas formas” en la contratación.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones —y limitándonos a España—, en el Código Civil,³ tras establecer la teoría general de las obligaciones y contratos,⁴ se regulan algunos de ellos como la compraventa,⁵

² Junto a la de tratarse de un derecho estatutario (esto es, profesional) y un derecho con tendencia institucional. Véase los postulados de Van Ryn en este sentido, *Principes de Droit Commercial*, Bruselas, 1965, vol. I. Girón Tena, “El concepto de derecho mercantil: desenvolvimiento histórico y derecho comparado”, *ADC*, 1954, pp. 695 y ss.; y “Concepto del derecho mercantil español”, *ADC*, 1954, pp. 971 y ss.

³ De 1889 (Real Decreto del 24 de julio de 1989).

⁴ A partir del artículo 1088. Véase, concretamente, los artículos 1254-1260 (Disposiciones generales para los contratos); 1261-1267 (requisitos esenciales para la validez); 1278-1280 (eficacia); 1281-1289 (interpretación); 1290-1299 (rescisión), y 1300-1314 (nulidad).

⁵ Artículos 1445-1536.

permuta,⁶ arrendamiento,⁷ sociedad,⁸ mandato,⁹ préstamo,¹⁰ depósito¹¹ y, entre los aleatorios o de suerte, el de seguro¹², el de juego y el de apuesta¹³ y el de renta vitalicia,¹⁴ transacción,¹⁵ fianza,¹⁶ prenda, hipoteca y anticresis.¹⁷ Un criterio similar se sigue en el Código de Comercio cuando su libro II, “De los contratos especiales de comercio”, recoge el contrato de sociedad, el de cuentas en participación, el de comisión, el de depósito y préstamo, el de compraventa, permuta y transferencia de créditos no endosables, el de transporte y el de seguro, además del de afianzamiento.¹⁸ Se completa el Código de Comercio, en esta materia, con la regulación del contrato de cambio y de los contratos que integran el comercio marítimo. Pero, de un modo general, podemos decir que, con las particularidades específicas de contratos que son propia y exclusivamente mercantiles, el Código de Comercio se limita a reproducir el esquema del Código Civil y a recoger los mismos contratos, indicando cuándo serán mercantiles.¹⁹ En efecto, como ha señalado Lacruz,²⁰ lo que hace el Cód-

⁶ Artículos 1538-1541.

⁷ Artículos 1542 y ss. Y, en dicho título: arrendamientos de fincas rústicas y urbanas, arrendamientos de obras y servicios.

⁸ Artículos 1665-1708.

⁹ Artículos 1709-1739.

¹⁰ Artículos 1740-1757.

¹¹ Artículos 1758-1784.

¹² Artículos 1791-1797.

¹³ Artículos 1798-1801.

¹⁴ Artículos 1802-1808.

¹⁵ Artículos 1809-1819.

¹⁶ Artículos 1822-1856.

¹⁷ Artículos 1857-1886.

¹⁸ Contrato de sociedad (artículos 116 y ss.); de cuentas en participación (artículos 225 y ss.); de comisión (artículos 244 y ss.); de depósito (artículos 303 y ss.); de préstamo (artículos 311 y ss.), de compraventa (artículos 325 y ss.); de permuta (artículo. 346); de transferencia de créditos (artículos 347 y 348); de transporte (artículos 349 y ss.); de afianzamiento (artículos 349 y ss.); de seguro (artículos 380 y ss., derogados por la Ley de Contrato de Seguro); contratos de cambio y letras de cambio (artículos 443 y ss.), libranzas, vales, pagarés y cheques (artículos 531 y ss.), derogados por la Ley Cambiaria y del Cheque, de 16 de julio de 1985; y comercio marítimo (artículos 573 y ss.).

¹⁹ Sin que pueda seguirse un criterio fijo, pues unas veces son requisitos objetivos, otras subjetivos, otras locativos, otras teleológicos, etcétera, los que exige nuestro legislador especial para que un contrato civil pueda considerarse como mercantil.

²⁰ Véase Lacruz, *Elementos de derecho civil II*, Madrid, 1999, p. 490.

digo, es simplemente conservar, con alguna novedad, el repertorio de los contratos conocidos en Roma. Y ese grupo de contratos, recogidos y regulados con mayor o menor éxito en nuestros cuerpos legales, son los contratos típicos, a los que habrán de añadirse otros que el propio legislador ha ido incorporando, en otras normas, y que han tenido su origen en la práctica de los contratantes y, mucho más concretamente, en las prácticas de los comerciantes.

Aunque el núcleo del derecho mercantil se encuentre en el ejercicio profesional de una actividad económica organizada, no siempre ha existido el derecho mercantil, aun cuando existiese esa actividad. Así sucedió en Roma²¹ y sucede en los países del *common law*,²² donde si no hay un derecho mercantil como lo hay en los países del *civil law*, no es porque no haya tal actividad económica, sino porque en sus respectivos ordenamientos jurídicos no es precisa una rama especial para regularla, por diversas razones.²³ Al ser el derecho mercantil una categoría histórica las relaciones entre derecho mercantil y derecho civil han dependido de las circunstancias de cada momento histórico, circunstancias que fueron las que determinaron la aparición del derecho mercantil como rama especializada, cuando no hubo respuesta ágil, a las normas generales, a los problemas que se planteaba. Quizás nuevas circunstancias podrían llevar a su propia desaparición, si el derecho civil generalizara sus respuestas, en virtud de la “comercialización del ordenamiento patrimonial civil”, ante lo que advierte Broseta que “este proceso, lejos de decrecer, ha aumentado su vitalidad, causando en la actualidad un efecto de generalización del derecho mercantil o de comercialización del derecho civil”, proceso que “se exterioriza en tres fenómenos esenciales: en una emigración de normas e instituciones mercantiles al Código Civil; en una definición del espíritu comercial a todas las clases sociales; y en una real postergación de ciertos contratos civiles que se ven desplazados por sus homónimos

²¹ Véase Mampel, Benito, “¿Por qué Roma ignoró la separación del derecho civil y mercantil?”, *Estudios*, Madrid, Uría, 1978, p. 32; tomando la opinión de Goldschmidt, *Storia universale del diritto commerciale*, trad. italiana, Turín, 1913.

²² Y ha ocurrido en los países de economía socialista planificada.

²³ Que pueden concretarse y resumirse en la flexibilidad del *common law*, por lo que se refiere a los primeros y por el hecho de que la actividad económica organizada se produce más en el marco del derecho de la economía (que en el campo jurídico-privado) en los segundos.

mercantiles”.²⁴ Como expone Menéndez,²⁵ en los últimos tiempos, el propio desarrollo del capitalismo industrial y del espíritu capitalista en general ha determinado una “comercialización” de la vida civil que hace que las soluciones, instituciones... nacidas en el ámbito mercantil se generalicen, en todas las órdenes, pero particularmente en el derecho de obligaciones y contratos.

El derecho mercantil, en efecto, está inmerso en un proceso de generalización que hace que muchos de los instrumentos típicamente mercantiles, hayan abandonado su ámbito del tráfico profesional y sean utilizados en transacciones de toda clase e índole, entre no comerciantes, privadas y administrativas.²⁶

Por otra parte, casi todos los contratos que se contienen en los códigos civiles y, en concreto, en nuestro Código Civil, han quedado prácticamente desprovistos de significado, por cuanto se llevan a cabo, casi y exclusivamente en el ámbito mercantil. Y entonces puede llegar a hablarse de la señalada “comercialización” del derecho civil.

Este fenómeno que comentamos puede ser interpretado de diversa forma y llegar, incluso, a concluirse la no necesidad de la separación del de-

²⁴ Broseta, *Manual de derecho mercantil*, Barcelona, 1991, p. 57.

²⁵ Menéndez, *Código de Comercio*, Madrid, 1999, p. 45.

²⁶ Nos centraremos en un ejemplo, que pasa de ser pura anécdota: la letra de cambio cuya utilización es generalizada. Nacida como instrumento para ser usado sólo por comerciantes, se ha “vulgarizado” su utilización y es empleado por todo tipo de personas, hasta el punto de que en algunos ordenamientos jurídicos, precisamente, para dotar al título de rigor y seguridad, se han dictado determinadas disposiciones que afectan a esta cuestión. Así, la Ley inglesa del 31 de julio de 1974, prohíbe la utilización de letras, en las ventas a los consumidores, y en el mismo sentido se expresa la Ley francesa del 10 de enero de 1978, el Código Uniforme de Crédito al Consumidor norteamericano y las propuestas de Directrices de la Comunidad Económica Europea de 1979. En España, los profesores Antonio y Eduardo Polo, propugnaban que se suprimiese la utilización o por lo menos se restringiese en determinados tipos de contratos. En el Anteproyecto que la Comisión General de Codificación remitió al gobierno, Anteproyecto de Ley Cambiaria, había un párrafo, en una de sus últimas disposiciones, que señalaba “El Gobierno, en un plazo de seis meses, dictará las disposiciones conducentes a la, creación de una nueva letra de cambio aplicable en materia de consumidores y usuarios”. Es un claro ejemplo de lo que decimos, si bien se haya modificado el contenido, no la idea, en el texto definitivo: “La normativa jurídica que introduce esta ley... —señala su preámbulo—, no impide que, tras los oportunos estudios y cuando las circunstancias económicas y sociales lo requieran, pueda abordarse la elaboración de un texto legal complementario y específico que establezca las normas que hayan de regir para las letras remitidas en operaciones realizadas por los consumidores y usuarios”. Incluso, existió un proyecto del profesor Bercovitz.

recho civil y el mercantil. Sin embargo, tal interpretación no sería acertada. Los instrumentos mercantiles, sean usados hoy en día por quien sea, fueron creados y son utilizados principalmente, por las empresas y por eso hay un rechazo al uso generalizado de estos instrumentos. Y no sólo es una cuestión de este momento, pues ya en el propio siglo de la codificación²⁷ tiene lugar esta reflexión científica sobre la necesidad de la unificación o, al menos, sobre los inconvenientes de esta doble regulación.

Hemos dicho que otras leyes específicas han venido incorporando nuevas modalidades contractuales que, de este modo, se han *tipificado*. Y así, los contratos publicitarios²⁸ —en sus modalidades de contrato de publicidad, contrato de difusión publicitaria, contrato de creación publicitaria y contrato de patrocinio, pues habrá otras no reconocidas por la ley— han sido regulados, con mayor o menor extensión, por la ley; como el contrato de agencia²⁹ o como el de viajes combinados (en el marco de los contratos turísticos)³⁰ entre otros, sin que, en estos casos exista una doble regulación y sin que en la norma se concrete el carácter civil o mercantil del contrato. Se trata de una vía indirecta de unificación del derecho de contratos, como lo es la experiencia legislativa operada por la Ley del Contrato de Seguro³¹ que deroga los preceptos correspondientes del Código Civil y del Código de Comercio relativos al contrato de seguro y ofrece una única regulación jurídica de la figura que será la doctrina quien la califique de civil o mercantil.

Sin ahondar más en esta cuestión de la unificación³² debe ofrecerse esta primera reflexión sobre el hecho de que el derecho mercantil es, cierta-

²⁷ Señala Garrigues, refiriéndose al siglo XIX, se observa el principio de este doble proceso de generalización y objetivación del derecho mercantil, junto al de la comercialización del derecho civil, por lo que habría que plantearse la necesidad de un planteamiento dual de algunas materias y sobre la conveniencia de su unificación. *Cfr.* Garrigues, “¿Qué es y qué debe ser el derecho mercantil?”, *RDM*, 1959, núm. 71, pp. 52 y ss.

²⁸ Que ya estaban recogidos en la Ley 61/1964, del 11 de junio, Estatuto de la Publicidad, han sido regulados en la Ley 34/1998, del 11 de noviembre, General de Publicidad.

²⁹ Ley 12/1992, del 27 de mayo, sobre contrato de agencia.

³⁰ Ley 21/1995, del 6 de julio, reguladora de los viajes combinados.

³¹ Ley 50/1980, del 8 de octubre, de contrato de seguro.

³² Véase Orozco Pardo y Pérez-Serrabona González, “Sobre la unificación del derecho privado en materia de obligaciones y contratos, a propósito de la Ley Concursal”, *Libro homenaje a don Manuel Olivencia*, Madrid, 2004. En este trabajo se consideran varias vías de unificación, de diversa índole: el diseño constitucional del mercado; el de-

mente, un derecho de contratos. Pero además, que el derecho de contratos es, fundamentalmente, derecho mercantil y que toda consideración sobre éstos, aun en la referencia a los contratos atípicos, viene condicionada por su partencia, en mayor o menor grado, al ámbito del derecho especial.

Una segunda idea sobre la que ha de insistirse es la existencia de *nuevos hábitos*, de *nuevas formas en la contratación*, que incluso permitiría hablar de una crisis en el proceso de formación de los contratos. Efectivamente, los nuevos modos de la contratación, que hacen que casi pueda hablarse de la excepcionalidad que supone la contratación entre presentes, tienden más hacia una contratación a distancia o sin la presencia física de los contratantes: los contratos celebrados por correspondencia, las ofertas en medios de comunicación, los envíos no solicitados, la contratación por teléfono, por fax, el moderno y extraordinariamente difundido comercio electrónico; y, de otro lado, las “prestaciones del tráfico en masa”, en cuyo concepto pueden incluirse comportamientos que constituyen origen de obligaciones contractuales exigibles, pero que sólo con dificultad podrían incluirse entre los contratos,³³ tales como la adquisición de productos en máquinas e, incluso, en supermercados; nos permiten destacar estos nuevos mecanismos de asunción de obligaciones o, como le hemos llamado, estos nuevos modos y hábitos de contratación, hacia los que se tiende, con un carácter general. Así, la prisa de nuestro tiempo, el teléfono, la visita de un agente, los medios mecánicos, la letra impresa, son los factores que ayudan a la adopción de nuevas formas y modelos de actuación. Ello ha dado lugar a la necesidad de publicar algunas normas que recogen y regulan estos contratos. Hemos de citar, en España, la Ley del Comercio Minorista³⁴ que supone un amplísimo catálogo de prácticas comerciales y, al fin de contratos que, acaso con un casuismo excesivo, ha reconocido el legislador: ventas multinivel, ventas en rebajas, ventas de promoción, ventas de saldos, ventas en liquidación, ventas con obsequios, ventas a distancia, ventas automáticas, ventas ambulantes o sedentarias, han dejado de ser contratos o figuras contractuales, muy utilizadas y frecuentes en la práctica, carentes de regulación

recho del consumo, como disciplina unificadora y las nuevas manifestaciones del derecho positivo.

³³ Véase Gómez Calero, “Las obligaciones mercantiles”, en Jiménez Sánchez (coord.), *Derecho mercantil II*, Barcelona, 2003, pp. 215 y ss.

³⁴ Ley 7/1996 del 15 de enero.

jurídica, para convertirse en compraventas especiales típicas. Igual ha ocurrido con la contratación electrónica en virtud de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico,³⁵ que se ha publicado en España, que incorpora al ordenamiento jurídico español una Directiva de la Unión Europea, ante la perspectiva del 2005, que se ha fijado como plazo para la creación de un mercado europeo integrado de los servicios financieros,³⁶ contratación que ha dejado de ser contratación atípica para contar con una regulación específica, aunque no, evidentemente, de un modo completo, porque nuevas figuras y modelos en esta contratación electrónica, surgen diariamente. En este sentido puede decirse que las más recientes prácticas comerciales y nuevos modelos de contratación han merecido, dicho sea esto con todas las reservas, una rápida respuesta del legislador, que no ha querido dejar fuera de su ámbito de consideración a las mismas.

A ello no es ajeno, por supuesto, el esfuerzo que se lleva a cabo en el marco del derecho comunitario. Pero el hecho de que estos nuevos comportamientos, fruto en numerosas ocasiones de los avances de la técnica, hayan merecido la atención y la preocupación del legislador, no empece para que haya otros muchos que no han sido reconocidos ni contemplados por el mismo, para que muchos contratos sigan siendo atípicos, y no deja de sorprender que, a título de ejemplo, pequeñas compras, de caracteres muy definidos y que, al fin, no dejarían de ser sino especialidades del contrato de compraventa se encuentren perfectamente reguladas, mientras que otro tipo de convenios, igualmente frecuentes, y acaso de mayor interés o mayor trascendencia jurídica, carezcan aún de ese conocimiento legal y de esa regulación jurídica, como ocurre con numerosos arrendamientos.

Por último queremos recordar, lo que nos servirá para mejor entender la existencia de las figuras atípicas que, junto al precepto que en el Código Civil español proclama la libertad de pactos de los contratantes,³⁷ el

³⁵ Ley 34/2002 del 11 de julio.

³⁶ Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico.

³⁷ Véase artículo 1255 del Código Civil: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

Código de Comercio, en su artículo 51,³⁸ preconiza la libertad de forma, principio en el que se basa el derecho contractual, tanto civil como mercantil. La Exposición de motivos del Código, de manera expresiva, precisa, en relación con los contratos mercantiles, que serán válidos y eficaces “...cualquiera que sea la forma en que se celebren, verbal o escrita, entre presentes o entre ausentes, puramente o bajo condición, sobre cosas existentes o futuras y cualquiera que sea el idioma, lengua o dialecto en que se haya manifestado la voluntad de los contratantes, la cuantía o valor que haya sido objeto de la negociación y la clase o denominación jurídica que a ésta corresponda; siendo por tanto libres los comerciantes y los que con ellos contraten para estipular lo que tengan por conveniente y para hacer las combinaciones que les plazcan sobre las cosas o hechos que son objeto lícito de comercio”. Puede comprobarse, pues, que desde el propio texto de presentación del Código, ya se prevé la posibilidad de que los comerciantes lleven a cabo sus contratos, sin sujetarse a los modelos o patrones que ofrece el Código, y que pueden ir mucho más lejos que ellos mismos, ampliando su contenido, restringiéndolo o creando un nuevo tipo; podría decirse que la posibilidad de los contratos atípicos, está contemplada de un modo abierto y directo en la Exposición de motivos.

Pero aún hemos de añadir algo, en esta consideración primera. Es cierto, como hemos indicado, que la dicotomía derecho civil-derecho mercantil, en materia de contratos, está siendo superada por la propia práctica, que va mucho más allá que la norma, y por la celebración de contratos que responden a la creación de los agentes económicos. La superación de esta antinomia es una tendencia evolutiva, incluso una aspiración, pero es una realidad sistemática el hecho de que aún no haya tenido lugar y, en esas condiciones, el derecho mercantil (el derecho contractual mercantil) tiene el carácter de derecho privado, sin perjuicio

³⁸ “Serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el derecho civil tenga establecidos...”. *Cfr.*, igualmente, el artículo 57 del mismo Código: “Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido propio, recto y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”.

de su carácter iuspublicista que ya aparece en el Código de Comercio “y en las más recientes elaboraciones del derecho mercantil”, como ha señalado Duque³⁹ y con ello queremos destacar la intervención del Estado y de los poderes públicos en el mercado, regulándolo, controlándolo y, en ocasiones, condicionándolo. Por ello el derecho privado y, más concretamente, el derecho mercantil, merced a las transformaciones políticas, sociales y económicas, deja de ser el derecho de un Estado liberal inhibicionista y se ve afectado por el creciente proceso de estatalización y socialización, impregnándose el derecho privado de una función reequilibradora y de control que corresponde a un Estado que ha abandonado el *laissez faire*, cargada de normas que denotan esa “socialización” y “publicación”, sin que por ello deje de ser derecho privado. Y por ello, muchos contratos, al menos en su marco de desarrollo, no han quedado completamente desprovistos de la atención del legislador que, de este modo indirecto, se la presta.

Finalmente, y en relación también con la crisis en el proceso de formación volitiva de los contratos y, muy particularmente, de los nuevos contratos que no están regulados legalmente, debe recordarse que la contratación mercantil es una *contratación en masa*, en virtud de la existencia de contratos de adhesión, contratos normativos y contratos con condiciones generales, contratos-tipo, en definitiva, que permiten operar sobre un régimen contractual conocido y seguro (detallado y prolijo); racionalizar y agilizar el mecanismo contractual, que será así rápido y económico; y, como consecuencia de todo ello, fortalecer económicamente la posición predominante de la empresa que prepara y ofrece el contrato. De este modo, una inmensa parte de los llamados contratos atípicos, aún carentes de regulación legal, ofrecen un contenido obligacional perfectamente delimitado por las cláusulas contractuales pactadas entre los contratantes, predisuestas por uno de ellos y a las que, sin ninguna otra posibilidad si se quiere contratar, debe adherirse el otro, aceptándolas íntegramente. Nos encontraremos ante contratos sin regulación legal, como decimos, pero de un contenido perfectamente delimitado, mucho mejor aún que en los sí contemplados por el legislador. Por ello, han sido precisas otras normas que, aún no refiriéndose en particular a estos con-

³⁹ Duque *et al.*, “Constitución económica y derecho mercantil”, *Jornadas sobre la Reforma de la Legislación Mercantil*, Madrid, 1979, p. 77.

tratos, si los disciplina desde un prisma más general,⁴⁰ procurando la tutela y protección del contratante débil.

Pero un comentario introductorio en el que se tratara sobre el proceso unificador del derecho civil y el derecho mercantil, en materia de contratos, y sobre la superación de la discusión derecho público-derecho privado, quedaría incompleto si no se advirtiera, al menos, de la tendencia hacia la *unificación internacional* de esta rama del derecho. El derecho mercantil y su tráfico, en lo que al sector de la contratación respecta, tienden a expansionarse y a no conocer fronteras que no existen o no deben existir por el comercio, de modo que el mercado en el que se desarrolla la actividad económica empresarial, tiende hacia su ampliación, desde lo local hacia lo internacional. Y quienes operan en el mercado tratan que ese mercado sea cada vez más amplio, sin dejar de ser unitario, surgiendo una tendencia hacia la uniformidad externa y hacia la unificación legislativa.

En este sentido, Garrigues ha indicado que el carácter universal del derecho mercantil desde sus mismos orígenes, es debido a que en la Edad Media, la disgregación del poder político favoreció la creación de usos mercantiles uniformes entre los comerciantes de los diversos países “y esos usos, a los que se les llamó ley (*lex mercatoria*), eran usos internacionales, porque internacionales eran también los negocios a que se referían”. De ese modo “en aquella época podía hablarse de un derecho mercantil internacional constituido por usos generalizados entre los comerciantes nacionales y extranjeros”.⁴¹

Aquella nota medieval de la uniformidad, sin haber desaparecido nunca, cobra especial relieve en la actualidad y se convierte en fenómeno, pues a la evocación unificadora del derecho mercantil se une la realidad internacional del tráfico regular.⁴² El comercio ha tenido y tiene, quizá

⁴⁰ Como es la Ley 7/1998, del 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. En igual sentido la Ley 26/1984, del 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que, tras su reforma de 1998, recoge la relación —no cerrada— de cláusulas o estipulaciones que tendrán el carácter de abusivas, transponiendo la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, del 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

⁴¹ Garrigues, “Última lección como catedrático (6 de mayo de 1970)”, *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Madrid, 1971, p. 337.

⁴² Gondra, “La moderna ‘lex mercatoria’ y la unificación del derecho del comercio internacional”, *RDM*, 1973, p. 25. *Crf.* el análisis que hace Wieacker sobre el nacimiento

ahora con mayor intensidad, vocación mundial, esto es, internacional, y a ello debe añadirse, con carácter general y, particularmente, por lo que refiere a nuestra órbita, el proceso de unificación abierto en el Tratado de Roma, cuyo artículo 3, letra h, propone formalmente “la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria al funcionamiento del mercado común”, con lo que retorna a la idea de un derecho mercantil “despolitizado”,⁴³ cuya uniformidad supranacional puede realizarse independientemente de la unidad política.

Pero la realidad nos lleva más lejos. No se trata sólo de mercados “supranacionales”, como el comunitario europeo, ni de mercados nacionales únicos, como proclama nuestra constitución del español, sino de una unificación internacional de los mercados internos o, al menos, la existencia de un mercado internacional único, de ámbito universal, paralelo a los mercados internos de los respectivos países, sobre cuya base opera el comercio internacional cada vez más fácil y más floreciente. Una dificultad en el proceso de unificación la representa la coexistencia en los diferentes grupos de países, de dos sistemas jurídicos claramente diferenciados: el *common law* y el *civil law*, propio el primero del mundo anglosajón, y del mundo europeo continental el segundo, si bien se podría hablar de tres grandes sistemas legales de la civilización occidental: *derecho civil* (o romano germánico), *derecho común* (o angloamericano).

Sin embargo, a pesar de que dificultan el proceso, los obstáculos no parecen insuperables, y aunque la construcción de ese derecho mercantil uniforme es lento, y sus resultados escasos y desalentadores, hay que seguir avanzando en el proceso unificador, aunque, de nuevo, otras dificultades no de índole jurídica sino socioeconómica —como son las diferencias de sistemas económicos o grado de desarrollo de los países— vuelvan a interponerse. Pero a favor de la unificación está el hecho comprobable de que “las leyes que gobiernan el tráfico económico profesional responden a necesidades y exigencias comunes en todos los países; y, por otra parte ”en las normas ya existentes se percibe una gran similitud, fundada en el hecho de que esta legislación se apoya en tres

de un ordenamiento jurídico supranacional, referido principalmente al derecho mercantil, el derecho del “intercambio de bienes y servicios... y pagos a nivel mundial”, desde la antigüedad al siglo XIX; Vieacker, “Supuestos históricos y paradigmas de los ordenamientos jurídicos privados supranacionales”, trad. de Hilmar, *RDP*, octubre de 1982, pp. 900-911.

⁴³ Galgano, *Derecho del comercio*, Bolonia, 1989, p. 13.

principios fundamentales: la autonomía de las partes, el matenimiento al principio ‘pacta sunt servanda’ y el recurso al arbitraje”, como señala Gómez Segade.⁴⁴

A la creación de esa *lex mercatoria* y a la unificación, por ello, del derecho mercantil internacional, hay una aproximación por la vía de las condiciones generales y de los contratos-tipo puesto que existe un reconocimiento universal del principio liberal de autonomía de la voluntad privada, lo que permite su utilización, que va creando, de este modo, ciertas prácticas y usos que actúan como si fueran fuente del derecho porque, ciertamente, no son usos españoles, pero sí claros puntos de referencia, como ha señalado Gondra.⁴⁵

Junto a esa unificación “efectiva” mediante contratos tipo y condiciones generales, que se utilizan sobre todo en los contratos atípicos que, de este modo, se constituyen en medios o procedimientos de unificación del derecho, debe tener lugar la unificación “legislativa”, siendo ambas “dos vías necesarias y mutuamente complementarias en la construcción del derecho uniforme del comercio internacional”;⁴⁶ esto es, se va logrando un derecho uniforme *legislado* como consecuencia de la labor de distintos organismos internacionales, orientados en la idea de evitar los conflictos de leyes o señalando las causas por su resolución.

Como conclusión de esta premisa o de estas premisas introductorias hemos de señalar que el derecho de contratos constituye el ámbito de consideración y de aplicación del derecho mercantil que es, sobre todo, un derecho contractual, inmerso en un proceso de unificación, superando la distinción y la doble regulación de las diferentes figuras contractuales en ambos Códigos; Civil y de Comercio. Junto a los modelos recogidos en el Código de Comercio —y en las leyes complementarias— los agentes económicos han creado una abundante gama de nuevos contratos, muchos de los cuales aún carecen de regulación jurídica, si bien están perfectamente “normados”, con detalle de su contenido, obligaciones de las partes y efectos, en los condicionados generales, en la “ley del contrato”, presentada y ofrecida por una parte a la otra, que no tiene sino que adherirse a dicho contenido contractual. De esta forma los contratos atípicos sirven, en su regulación particular, como medio de unificación del dere-

⁴⁴ Gómez Segade, *Algunos problemas*, pp. 223 y ss.

⁴⁵ Gondra, *op. cit.*, nota. 42, pp. 7 y ss.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 38.

cho privado, especialmente en el marco de la contratación internacional, cada vez más frecuente y desarrollada, merced a las nuevas tecnologías. No sólo, la labor de los organismos internacionales, tanto de carácter público como privado, o la existencia de estructuras supranacionales o de mercados de alcance internacional, en virtud de acuerdos y tratados permiten consagrar como una tendencia del derecho de contratos, la que incide sobre su unificación internacional, sino que los propios agentes económicos, con sus prácticas no reguladas, nuevas y hasta sugestivas desde el punto de vista jurídico, se convierten en mecanismos unificadores, sin que ello suponga ni que la “regulación” de estos contratos, aún por vía de la autonomía privada, haya llegado a ser una realidad internacional, ni que el concepto de “contrato atípico” pueda ser admitido en el marco del derecho comparado de una manera absoluta, pues, como el propio derecho mercantil, la atipicidad de los contratos es un concepto relativo, en el tiempo, por supuesto, pero también en el espacio y lo que en un país y en un ordenamiento jurídico es un contrato atípico, en otro, aún próximo geográfica o políticamente e incluso en otro de una misma estructura supranacional como las aludidas, no lo es.

II. OTRA APROXIMACIÓN A LOS CONTRATOS ATÍPICOS. SU CARÁCTER RELATIVO

Variadas son las causas que se han señalado como explicación al auge de estos contratos⁴⁷ atípicos. Entre ellas queremos destacar la que se refiere a la obsolescencia del Código Civil y del Código de Comercio, en lo que atañe a las figuras que en ellos se recogen. En efecto, como antes indicábamos, nuestros Códigos reproducen los clásicos contratos del derecho privado con una regulación que, ya en algunos de ellos, se puede considerar insuficiente. La modificación del articulado de los grandes cuerpos legales es tarea complicada y lenta y, sólo muy excepcionalmente, tiene lugar, en muchos casos mediante la aprobación de nuevas normas que hacen que salgan del Código tales figuras, como ha ocurrido con el caso de las sociedades anónimas, del derecho cambiario y, como ya se ha dicho, del contrato de seguro, entre otras. Pero es lógico, creemos, que el Código haya de quedar insuficiente ante las nuevas necesi-

⁴⁷ Véase Chuliá, Vicent y Beltrán, *Los contratos atípicos I*, Barcelona, 1999.

dades económicas y sociales y que haya de acudir a nuevos moldes que en el texto, o en la época, no se habían previsto aparte de la aparición de nuevos objetos sobre los que es posible la contratación.⁴⁸ Y es precisamente la consagrada libertad de pactos y libertad de forma la que permite que se ensayen nuevas fórmulas y que éstas devengan nuevos contratos; es el juego de la autonomía privada el que permite su aparición y desarrollo, con tal que no sobrepasen los límites legales de carácter general que son los de la propia autonomía de la voluntad y la idea de la causa lícita.

También los avances tecnológicos, que han impuesto nuevos modos y hábitos —y, de nuevo, diferentes productos—, hacen que nazcan contratos cuya necesidad no se había sentido o cuya estructura y contenido no se habían hecho precisos hasta un determinado momento o, simplemente, nadie los había concebido, pues no hay que olvidar que, en esta rama del derecho, primero surge la realidad social, la necesidad concreta y, a partir de ahí, surge la norma, no escrita en un primer momento y fruto de una manera concreta de actuar los comerciantes, reiterada y constante, para pasar luego a ser norma escrita, proceso que no es sólo de las primeras épocas del derecho mercantil (Edad Media y moderna), sino de nuestros días.⁴⁹

No deja de ser una causa del auge y expansión de los contratos atípicos, la paulatina sustitución en el mercado, de los comerciantes individuales por los empresarios sociales o sociedades mercantiles. Son muchas las sociedades que actúan como empresarios en el mercado y muchos los empresarios individuales que, con las posibilidades que les ofrece el ordenamiento jurídico, adoptan la forma de sociedad mercantil para, fundamentalmente, limitar su responsabilidad. Hoy día, a pesar de que el Código, en sede de contratos, parece estar pensando en una contratación en la que predomina el elemento individual del empresario, las múltiples formas societarias han invadido todos los sectores de la contratación (a veces de modo obligado, por disposición legal) y son las sociedades o compañías mucho más proclives a “adaptar” los contratos a sus

⁴⁸ Cfr. Chuliá, Vicent, *Compendio crítico de derecho mercantil II*, p. 48.

⁴⁹ Así, cuando la Ley de Contrato de Seguro recoge diversos tipos de seguro (incendio, robo, etcétera), define en el articulado los eventos cuyo riesgo es objeto de cobertura, reproduciendo aquellos que los aseguradores habían incluido en sus pólizas, cuando se trataba de contratos que no estaban contemplados específicamente en el Código.

propias necesidades y circunstancias, mediante la elaboración de contratos tipo o formularios. Las grandes empresas, con una adecuada organización, pueden idear y ofrecer nuevos productos que no pueden enmarcarse con facilidad en los moldes tradicionales.

Sin embargo, la causa quizá más significativa es la influencia del derecho anglosajón o, como se ha dicho, el desplazamiento del centro de gravedad del derecho mercantil (no olvidemos que estamos hablando del derecho contractual) a países anglosajones, fundamentalmente a Estados Unidos, en donde se ensayan numerosas fórmulas que son exportadas al resto del mundo. Los nuevos contratos conservan su extraña —por lejana— nomenclatura, que alcanza éxito en todo el mundo, cuando no se proponen traducciones inadecuadas. Son los contratos de impronta norteamericana que han invadido toda la contratación mercantil, en los diversos sectores de la misma, en el marco de un desarrollo extraordinario del comercio exterior y de la contratación internacional. Por ello, este factor de expansión cobra inusitado interés en nuestros días, pues, como hemos advertido, la posibilidad de transacciones internacionales son hoy fáciles y ofrecen grandes posibilidades.

Es, por tanto, muy frecuente, encontrar figuras contractuales que no están definidas por la legislación positiva, ni poseen regulación jurídica alguna (a veces, ni la más elemental). Las partes, en una relación contractual, estructuran su convenio en la forma que consideran oportuna que puede amoldarse o no a las escasas figuras contenidas en los Códigos o en la legislación complementaria y que ofrecerán gran plasticidad, según las necesidades y los intereses de los intervinientes, lo que sólo se ve matizado o condicionado por la nota característica de la contratación en masa que hace que, encontrada una fórmula (satisfactoria, en principio, para uno de los contratantes), la utilice éste en todos sus contratos. Las partes pueden, teniendo como referente un contrato que existe y está regulado, un contrato típico, crear uno nuevo, que podrá ser un tipo o clase de aquél o, si se varía su fisonomía o estructura con las modificaciones obradas en el mismo, dar lugar a uno nuevo —aunque con semejanzas— carente de regulación jurídica propia (y al que, desde un plano meramente teórico, no habrá excesivo inconveniente en aplicarle las reglas del contrato típico del que toma causa). Estaremos, en ese caso, ante un contrato al que se le puede aplicar sin excesiva dificultad y sin tener que buscar ningún criterio de interpretación, una norma concreta propia de un contrato regulado, aunque un contrato atípico. Pero igualmente nos

encontraremos ante un contrato de esta clase cuando los contratantes hayan concertado unos pactos y estipulaciones que hayan dado lugar a un contrato absolutamente distinto de los conocidos en la tipología de la ley, bien porque se han forzado tanto los elementos de los típicos, que el nuevo no resulta subsumible en ninguna de las categorías de éstos; bien porque las necesidades han llevado a “desarrollar” la disciplina, quizás incompleta, de los conocidos y regulados; bien porque se ha dotado de diferentes elementos su contenido y ha dado lugar a un contrato por completo diferente. Las posibles combinaciones de elementos de varios contratos típicos que den lugar a un nuevo contrato, que será atípico al carecer de regulación específica, constituyen el origen de los contratos mixtos o complejos. Son éstos contratos que pueden considerarse atípicos, pero integran una clase especial en la clasificación de los contratos.

Partiendo de la base de que los contratos típicos son los que están regulados —y definidos— en la legislación positiva, la cual se elabora a partir de la experiencia o de la práctica negocial de una determinada época y no de forma deductiva o dogmática⁵⁰ (lo cual se acerca mucho a la idea de que los contratos mercantiles primero son atípicos y, desde su atipicidad, se incorporan al ordenamiento, a través de la construcción práctica, doctrinal y jurisprudencial), una delimitación de conceptos nos hará distinguir, dentro de la atipicidad, diferentes tipos de contratos.

De una parte serán contratos *innominados* aquellos que carecen de nombre, de denominación, para distinguirlos de otros y para individualizarlos e identificar la concreta relación contractual a que se refieren. Suelen ser contratos atípicos, pues careciendo de nombre, carecen igualmente de regulación concreta. Pero el hecho de que posean *nomen iuris*, no comporta para ellos la consecuencia de ser típicos, porque esa característica no depende de poseer nombre o no sólo de ello, sino de poseer una auténtica regulación jurídica suficiente y específica y así habrá que concluir que no todo contrato nominado es típico, ni todo contrato atípico es innominado, como ocurre en nuestro Código de Comercio, que atribuye nombre a varios contratos, cuyo régimen no deter-

⁵⁰ Como señala Garrigues, *Tratado*, p. 99, seguido de Vicent, *op. cit.*, nota. 48, p. 47 y la doctrina mercantilista.

mina con posterioridad o, al menos, no lo hace con la suficiencia necesaria.⁵¹

Los contratos *mixtos* (o *complejos*), son contratos únicos, con elementos y prestaciones propias de varios contratos —típicos o no—, que dan lugar a uno nuevo, por lo que puede predicarse de los mixtos el carácter de atípicos. Han de diferenciarse de los contratos coaligados, que están inter-relacionados de tal modo que las partes no querrían concluir independientemente unos de otros,⁵² aunque cada uno goza de su propia regulación específica.⁵³ Para mayor dificultad, como ha advertido García-Pita⁵⁴ caben la coaligación, y la conmixción, de contratos típicos con otros atípicos.

Por último deben citarse los llamados contratos *sui generis*, con singularidad propia y específica, en la medida en que poseen una causa específica que es distinta de la causa de los demás contratos. Como quiera que, entonces, hay contratos típicos *sui generis*, no pueden identificarse, porque sería erróneo hacerlo, los contratos atípicos con éstos, que serían ajenos a la clasificación dual que toma como referente la atención que le ha merecido al legislador y no, como decimos, la causa específica del contrato.

Así las cosas, los contratos *atípicos* son aquellos contratos que carecen de una disciplina normativa propia, de una regulación positiva, siendo independiente que tengan nombre o denominación jurídica y que la ley los mencione o no, debiendo advertirse que la atipicidad no sólo puede predicarse respecto a los contratos no regulados, sino también de aquellos que lo están insuficientemente, al no existir normas jurídicas adecuadas para satisfacer las necesidades.⁵⁵ Y es que, como señala Gar-

⁵¹ Como pone de relieve García-Pita Lastres, *Introducción al derecho de los títulos-valores y de las obligaciones mercantiles II. Obligaciones mercantiles. El contrato mercantil. Las condiciones generales de los contratos*, 1999, pp. 195 y 196, citando a Garrigues, *Tratado*, p. 99; y a Chuliá, Vicent, *op. cit.*, nota 47, señalando, como ejemplo, los contratos bancarios, el contrato de construcción del buque y el de cuenta corriente mercantil u ordinaria.

⁵² Como pueden ser los contratos de crédito para financiar operaciones de consumo. Véase López Frías, A., *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona, 1994, pp. 21 y ss.

⁵³ Que hasta ha contemplado, en ocasiones, la interrelación, como en los préstamos para operaciones al contado.

⁵⁴ García-Pita Lastres, *op. cit.*, nota 51, p. 197.

⁵⁵ Como señala Fernández Ruiz.

cía Villaverde,⁵⁶ la atipicidad no se presenta siempre en la misma forma ni con el mismo grado, por lo que puede hablarse de mayor o menor nivel de atipicidad. En este aspecto habrá contratos absolutamente originales, que no tengan su referente en la ley, creados por la voluntad de las partes —que será la que rija el contrato—⁵⁷ que (lógicamente) habrán tenido presente algún contrato de los regulados, pero que han dotado al nuevo de unos caracteres, de un contenido y de una función, que no encaja ni se aproxima a ninguno de los existentes. Serían los contratos atípicos puros o auténticos que, en la realidad práctica, son los menos.

Un segundo grupo de estos contratos lo constituye los que se han llamado, *contratos atípicos*, pero *socialmente típicos*⁵⁸ que, tengan nombre o no, no están definidos ni regulados por la ley, pero sí están perfectamente delimitados por perfiles claros, por un conocido contenido obligacional y son utilizados en la práctica. También se rigen por la voluntad de las partes; normalmente por el contenido preparado y ofrecido por una, propios de la contratación en masa.

Otros contratos atípicos carecen de una adecuada regulación positiva, pero sí han merecido la atención del legislador (del legislador sectorial) que incluso ha dictado algún tipo de norma o disposición para ellos, sin que, sin embargo, pueda hablarse de una auténtica y, mucho menos, completa regulación jurídica que les haga perder su atipicidad. Son contratos atípicos, desde la consideración del derecho privado, pero sí recogidos por el legislador público, fiscal y administrativo, con lo que el grado de atipicidad al que aludíamos es mucho menor. Ese llamado legislador sectorial, que va por delante del legislador mercantil, regula su régimen impositivo, de autorización, etcétera, y se convertirá en la primera consideración legislativa, de cara a una posible posterior regulación. Y la “regulación” indirecta de estos contratos, reiterada en muchas normas en alguna ocasión, hará que incluso se dude de cómo encuadrar a uno de estos contratos que, según el grado de exigencia del intérprete, será típico o no⁵⁹ y es

⁵⁶ García Villaverde.

⁵⁷ Con respeto, obviamente, a la ley, considerada de un modo abstracto.

⁵⁸ Como advierte Jordano o Vicent Chuliá.

⁵⁹ A este particular, sirva de ejemplo el contrato de leasing, considerado como un contrato típico por Fernández Ruiz, p. 149, al estar regulado por “normas específicas”. Por nuestra parte, estimamos que tal contrato, aunque definido y regulado, escasamente, en la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, no ha alcanzado aún un grado de desarrollo positivo suficiente para merecer tal calificación y, partiendo

que, como hemos advertido, para predicar la tipicidad de un contrato, no debe existir sólo una mención o una fragmentaria regulación en la ley, sino que ésta debe ser si no completa, sí suficiente.

Por último cabría citar la existencia de contratos típicos pero que quedan un tanto desvirtuados, sin perder su carácter, por haberse pactado, en ellos, una *cláusula atípica*, prestación secundaria, subordinada a una principal, cláusula que no llega a hacerle perder su propia fisonomía y naturaleza y que no le impide que se aplique la norma propia del contrato principal, pues en caso contrario “la individualización del negocio no podrá hacerse sobre la base del esquema típico, sino en vista del contenido del negocio concreto, y por ser ya atípico el contrato, se le aplicará la disciplina propia de éste”.⁶⁰ Por ello, es muy acertado hablar de distintos grados de atipicidad, aunque ello no influya para que el contrato en cuestión deje de ser atípico, aunque este carácter sea en un grado no muy significativo.

Un contrato atípico será, por tanto, aquél que esté desprovisto de una normativa específica a menos que la mención del mismo (por parte del legislador, si ésta existiera) se hubiese hecho en tal lugar que se pueda inducir qué disciplina le es aplicable. Y es que la atipicidad se ha de definir, necesariamente, por la referencia a un negocio singular y concreto, que será típico si puede adecuarse a lo que se denominaría “negocio hipotético normativo” al concreto negocio contemplado por el ordenamiento jurídico.⁶¹

Pero no debemos dejar de insistir en que la atipicidad es una circunstancia relativa y de mayor o menor intensidad. En este sentido son de gran utilidad los ejemplos de Vicent Chuliá⁶² que distingue entre contratos atípicos pero muy similares a otros típicos y contratos en los que aparecen ingredientes de dos o más contratos típicos. Entre los primeros

de la base de que es dudosa la opinión que se mantenga, no es un contrato típico. Véase Pérez-Serrabona González, “Arrendamientos mercantiles”, en Jiménez Sánchez (coord.), *Derecho mercantil II*, pp. 553-559, donde se estudia su regulación legal naturaleza, caracteres y contenido.

⁶⁰ Señala Lacruz, *op. cit.*, nota. 20, p. 493, comentando algunos supuestos concretos, como arrendamiento urbano con obligación de alimentos al inquilino; arrendamientos ad meliorandum; ventas con pacto de exclusiva; ventas de un negocio con pacto de no concurrencia. Véase STS del 30 de diciembre de 1965.

⁶¹ Díez Picazo, *Elementos del contrato*, Madrid, 2000.

⁶² *Op. cit.*, nota 47, p. 50.

cita como ejemplo el contrato de *engineering* o el de obra publicitaria, reconducibles o calificables como arrendamiento de obra; entre los segundos, el de garaje —contrato de guarda, como el de alquiler de cajas de seguridad—, en los que predominan las obligaciones del depósito sobre el arrendamiento de cosas,⁶³ pues bien, el contrato de garaje o aparcamiento, contrato en el que efectivamente se combinan elementos del contrato de depósito (obligación de custodia y restitución) y del contrato de arrendamiento (parcela expedita en la que poder estacionar) ha dejado de ser un contrato atípico y mixto, como lo calificó con acierto la STS del 22 del octubre de 1996, al haber sido regulado por la Ley de Aparcamiento de Vehículos de Motor del 10 de octubre de 2002. De igual forma, lo que, en mismo momento, es contrato típico en un ordenamiento jurídico, no lo es en otro, como ocurre, por ejemplo, con el contrato estimatorio, regulado en el *Codice civile*⁶⁴ pero carente de ella en la legislación española. De ahí el carácter relativo de los contratos atípicos y de ahí la proliferación de éstos en los distintos sistemas jurídicos y económicos, aunque por esa idea de expansión de la actividad mercantil, el contrato nuevo que aparece en un determinado momento y en una concreta situación socioeconómica y que —al no estar, lógicamente, previsto por el ordenamiento jurídico— será un contrato atípico, acabará siendo un contrato atípico en otros sistemas, al que llegará desde sus lugares de origen, porque no tienen sentido, ni existen, los contratos propios, específicos y particulares de un país o de una plaza (y de existir, se expanden al resto del mundo).⁶⁵

III. LAS REGLAS APLICABLES A LOS CONTRATOS ATÍPICOS. LA INTERPRETACIÓN

Al carecer de una adecuada y suficiente regulación jurídica, el problema que se plantea, ante estos contratos, es cuál será la ley aplicable a los mismos. Su determinación constituye la causa y objetivo de toda construcción doctrinal y, en ese sentido, se han propuesto diversos modelos y teorías para la interpretación de estos contratos, muy especialmente,

⁶³ Se trataría de contratos mixtos.

⁶⁴ Artículos 1556, 1557 y 1558.

⁶⁵ Como ocurrió, por ejemplo, con la tarjeta de crédito norteamericana, que llegó a todo el mundo, siendo hoy una creación propia, también, de cada país.

cuando se trata de contratos mixtos, con elementos diferentes de ellos. Quizá la idea de que ha de partirse es que todo dependerá de la finalidad que las partes se hayan propuesto y de una valoración equitativa de los intereses en juego,⁶⁶ criterio al que habrá de atenderse en un primer momento siempre que no se haya tratado, con la modalidad elegida o construida *ad hoc*, de burlar o vulnerar una norma, de tal modo que pudiese tratarse de un supuesto de fraude de ley, porque en ese caso habría que aplicar la regla correspondiente a tal situación, pues no podrá consentirse la creación de un nuevo tipo social, con el único objetivo de evitar la aplicación de la ley reguladora de uno típico y, por ello, preexistente. Es al juez al que corresponde esta función interpretativa del contrato, de acuerdo con su causa o su finalidad.

Conviene diferenciar la solución propuesta para cada una de las clases de contratos atípicos. Pues según el grado de atipicidad, la interpretación del contrato y la aplicación de la norma positiva habrá de ser, necesariamente, diferente. Por lo que se refiere a los contratos atípicos puros (para diferenciarlos de los mixtos) la primera norma a la que habrá de acudir es aquella de la que se han dotado los contratantes, el pacto o las reglas establecidas por los propios contratantes (el pacto privado), obviamente con los límites que se derivan de las normas imperativas.⁶⁷ Pero si no es suficiente con ello, en lo que las partes no hayan previsto, deberá irse a otros criterios o reglas. Tratándose de los contratos atípicos pero socialmente típicos, a falta de poder integrar el contrato en una figura preestablecida, debe acudir a los usos y costumbres (que son fuente) y, ha llegado a proponer Jordano⁶⁸ a la construcción doctrinal (que para su planteamiento también habrá utilizado el derecho comparado cuando lo haya). Cuando se trate, por último, de contratos completamente atípicos, en el referido sentido de que se trata de una nueva creación de las partes, no similar a ningún contrato atípico, ni del que haya establecida una doctrina científica o jurisprudencial, deberá acudir a un criterio analógico.⁶⁹

⁶⁶ García-Pita, *op. cit.*, nota 51, p. 197.

⁶⁷ Cuestión sobre la que volveremos.

⁶⁸ Que hace esta aportación al estudio de los contratos atípicos.

⁶⁹ Posiciones todas ellas que han sido mantenidas por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español, por lo que no son sólo criterios doctrinales.

Por lo que se refiere a los contratos mixtos, y una vez atendida, de nuevo, la *lex contractus* de la que se han dotado las partes en el pacto, se pueden seguir, principalmente, dos teorías diferentes: la teoría de la absorción y la teoría de la combinación. Si se sigue el criterio de la integración o absorción, hay que buscar el contrato típico del que más elementos posea el contrato mixto, o el elemento preponderante o, para mejor lograr la pretensión, el objetivo perseguido por las partes contratantes. Si coincidiera con el de un contrato típico se aplicaría a toda la relación el régimen de ese contrato típico (y, por tanto, regulado).⁷⁰ Por lo que se refiere a la teoría de la combinación, el proceso es similar: deben diferenciarse los distintos elementos de cada uno de los contratos o tipos que se den en el contrato mixto, o, mejor, identificar cada una de las finalidades de cada una de las prestaciones⁷¹ y combinar los regímenes correspondientes, esto es, las diferentes normas que habrían de aplicarse a cada uno de ellos,⁷² mediante una integración armónica, aunque, advierte Vicent Chulia,⁷³ encajan más estos contratos en la esfera de los contratos coaligados que en la de los mixtos (aún siendo atípicos ambos, si los coaligados se consideran una unidad).

Estas dos teorías han sido las que, tradicionalmente, ha mantenido la doctrina⁷⁴ y por el propio Tribunal Supremo español⁷⁵ y se han completado con otra regla de interpretación, más apropiada para contratos atípicos que no puedan reducirse a un tipo conocido y en los que sea difícil

⁷⁰ Así, si el servicio de cajas de seguridad ofertado por los bancos, con el nombre de “alquiler” de cajas de seguridad, constituye, en realidad —y es el objetivo de los contratantes— un tipo de depósito, por lo que serán las reglas del depósito (y, en su caso, las del depósito bancario), las que deben aplicarse. Y las obligaciones que se exigirán serán las de custodia y devolución de la cosa depositada más que ninguna otra, con las lógicas especialidades y perfiles peculiares del contrato.

⁷¹ García-Pita, *op. cit.*, nota 51, p. 197.

⁷² Pueden servir de ejemplo los contratos de transporte multimodal, de hospedaje o de factoring. Véase, por su curiosidad, la STS del 23 de marzo de 1988, sobre transporte de esquiadores a las pistas de nieve (que exige el deber de información, como advierte la sentencia).

⁷³ *Op. cit.*, nota 47, p. 50.

⁷⁴ La teoría de la absorción fue defendida por Fubini, Vivante y Barassi; y la teoría de la combinación por Schreiber y Hoenniger.

⁷⁵ Ya en las viejas sentencias del 5 de abril de 1949, 3 de febrero y 9 de diciembre de 1965, 11 de noviembre de 1966 y 24 de enero de 1968, entre otras, se seguía el criterio de la absorción. Y en la del 27 de febrero de 1950, la teoría de la combinación “mirando la unidad del fin económico”.

armonizar distintos elementos de diversos contratos —para lo que habrá de encontrarse el elemento que destaca en el contrato o proceder a la construcción de una estructura jurídica peculiar del contrato nuevo, que permita la aplicación analógica, tercera teoría que, en España, fue aportada por la jurisprudencia y por el propio artículo 4 del Código civil,⁷⁶ teoría o criterio que habrá de aplicarse en todo caso a los contratos llamados inclasificables o “*sui generis*”, que de ninguna forma pueden quedar al margen de las normas (imperativas y prohibitivas) dictadas para otros contratos.⁷⁷

Son dignas de destacarse, descendiendo ahora al concreto supuesto de la experiencia española, las STS del 10 de junio de 1929 y la del 9 de febrero de 1962. En la primera se indica que ante la presencia de contratos complejos o coaligados, debe tenerse en cuenta, principalmente, el espíritu que los informa y el objeto que se propusieron las partes. De este modo buscar —y encontrar— la intención de las partes, resolverá los problemas de interpretación. La segunda recuerda que en los contratos complejos se produce un apartamiento de los contratos nominados, cuyo contenido es abandonado por los contratantes, por su propia voluntad, que buscarán otros objetivos⁷⁸ por lo que los tribunales deben mantenerse siempre “...en el área de estimar la unidad de núcleo, con el fin de rendir homenaje a la voluntad de los interesados y, en especial, a velar por la regulación también unitaria del pacto”. La del 21 de diciembre de 1963 precisa que los contratos atípicos deben ser juzgados analógica-

⁷⁶ Artículo 4.1: “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante, entre los que se aprecie identidad de razón”.

⁷⁷ Así podrá ocurrir, según Vicent Chuliá, con el contrato de leasing, del que ha de encontrarse su naturaleza, en el contrato de arrendamiento (del que toma el nombre, arrendamiento financiero), en el de venta a plazos (y, más concretamente, en el contrato de venta a plazos de bienes muebles), o en uno de los contratos de financiación, y en concreto en el préstamo, opción esta última que prefiere Vicent. Por nuestra parte entendemos que el leasing se encuadra, de una manera más adecuada, entre los contratos de arrendamiento y por ello, las reglas de éstos, habrán de ser de aplicación, sin dejar de citar los graves inconvenientes que supone esta posición, al considerar al leasing un contrato mercantil, sin que el Código de Comercio, ni la legislación especial haya regulado, en este ámbito, tal contrato.

⁷⁸ Véase el comentario de García-Pita, *op. cit.*, nota 51, p. 199. Del mismo autor, véase “Dictamen sobre la posibilidad jurídica de disolver una sociedad anónima por una causa que no figura en la ley, ni en las cláusulas de los estatutos”, *Foro Galego*, núm. 185, 1992, p. 52.

mente por las normas de los contratos típicos más afines y cuando se trate de actos mercantiles, son igualmente aplicables los usos de comercio, con la prioridad que les concede el Código.

Más recientemente se ha mantenido por Albaladejo que el contrato atípico mixto debe ser regulado, en primer lugar, por las normas legales de carácter imperativo para todos los contratos; por lo estipulado por las partes, en segundo lugar (dejando a salvo los límites legales) y, por último, por las normas legales de derecho supletorio. Sólo ante la insuficiencia de estas soluciones pueden entrar en juego, en su opinión, las teorías de la combinación y de la aplicación analógica, que prácticamente identifican sus esferas de acción

Existe también la propuesta de una aplicación piramidal o escalonada de los distintos métodos, comenzando por el de la absorción (para buscar la prestación predominante) y, después el de la combinación (para respetar los intereses correspondientes a las prestaciones accesorias) y, en último lugar, si es precisa, la aplicación analógica,⁷⁹ teoría que ofrece innumerables ventajas pero sobre todo que logra, con un trabajo arduo y minucioso, establecer íntegramente, un régimen jurídico al contrato en cuestión y a todos y cada uno de sus elementos.

Las teorías mantenidas por la doctrina y por los tribunales son las adecuadas para poder aplicar unas normas positivas a unos contratos que se han pactado, de una precisa forma, bien utilizando unas normas que no ofrecían todas las posibilidades que buscaban los contratantes (que, no obstante, hubieron de respetar un mínimo), que deben ser completadas, ampliadas o matizadas con los pactos, bien formulando un contenido contractual completamente nuevo, ante la ausencia de una norma que regule una figura que pueda servir a los intereses y pretensiones de los contratantes.

Pero creemos que, a pesar de ello, previo a todo este proceso, será necesaria, mientras persista la dualidad legislativa —y hasta conceptual— en el derecho privado de obligaciones y contratos, una tarea de interpretación por parte del juez y es la de determinar, con rotundidad, la naturaleza civil o mercantil del contrato a los efectos de determinar, en un momento posterior, la normativa que le es aplicable. O el contrato es civil o el contrato es mercantil; en esta cuestión no caben ambas posibilidades; y a partir de ahí puede determinarse si corresponde aplicar las reglas del

⁷⁹ Propuesta realizada por Roca, Juan, *El contrato de exposición*, Murcia, 1948.

Código Civil o las reglas del Código de Comercio (y la legislación especial complementaria), en el que, sin existir una teoría general independiente de la del Código de 1889, sí existen notas características propias, principios diferenciados y reglas particulares de interpretación de los contratos, que traerán consigo consecuencias de orden práctico, pues tal elección por parte del intérprete no es una cuestión doctrinal ni de mera erudición jurídica. Tras ello, entendemos que es importante determinar, de igual forma, si se trata de un contrato de consumo o, si como es tan frecuente en la contratación mercantil a la que nos estamos refiriendo de un modo especial, se trata de un contrato en masa, de adhesión a condiciones generales, para someterse al régimen propio de estos contratos, en el que se advierte, como regla general, la necesaria protección del consumidor, en un caso, y la del adherente, frente al predisponente, en otro; de ese modo se valorará, por ejemplo, la posibilidad de existencia —y de su consiguiente nulidad— de cláusulas abusivas. Por último, estimamos que será de ayuda y facilitará la ulterior tarea interpretativa, encuadrar el contrato dentro de una categoría en una, aunque general, clasificación de éstos, atendiendo a su función y su lugar en el mercado.

Y, en este sentido, haciendo abstracción en este momento de los diversos criterios que se han seguido para la clasificación de los contratos mercantiles,⁸⁰ nos vamos a limitar a la propuesta de que los contratos mercantiles se distribuyan o encajen en torno a cuatro criterios,⁸¹ en el seno de la consideración de la más reciente teoría del derecho mercantil como un derecho del mercado, en el que intervienen, más que empresarios, “operadores”, concepto que englobaría al anterior. De esta forma nos encontraríamos con:

- Contratos relacionados con el mercado de bienes y de productos, entre los que estarían la compraventa y la permuta (contratos típicos ambos, si bien el desarrollo de la permuta en el comercio internacional no está sometido a reglas positivas); la comisión y la mediación; y los contratos de distribución, entre ellos la concesión y

⁸⁰ Cuya más elemental, y acaso más completa, será la de contratos de cambio (compraventa, permuta y cambio, propiamente dicho) y contratos para el cambio (todos los demás) o la de contratos principales y accesorios, aunque se han seguido numerosos criterios clasificatorios.

⁸¹ Véase Menéndez *et al.*, “Los contratos mercantiles”, en Uría Menéndez (coord.), *Derecho mercantil*, Madrid, 2002.

la franquicia. De este último cabría dudar su condición, si típico o atípico, por cuanto en la citada Ley del Comercio Minorista, se ha regulado la venta en régimen de franquicia, pero son de tal entidad las cuestiones que ha dejado de resolver el legislador español en esta materia, que entendemos que se trata de un contrato que continúa siendo atípico.

- Contratos relacionados con el mercado de servicios. Quizás en este grupo es donde quepa encuadrar la mayor parte de los contratos atípicos o, el menos, será en él en el que cobran mayor interés, pues si bien, incluimos el transporte, los contratos de edición y los publicitarios, por ejemplo, también habrán de añadirse otros, como los de ingeniería o los de asistencia técnica, que no disponen de ella. Se trata de contratos de ejecución de obra y, más concretamente, de ejecución de obra por empresa, que no han sido contemplados ni por el Código de Comercio ni por el legislador sectorial.⁸²
- Contratos relacionados con el mercado de valores y de crédito. En ellos se insertan los contratos bursátiles y demás contratos del mercado de crédito. Los primeros, perfectamente delimitados por la Ley de Mercado de Valores⁸³ y por el Reglamento de Bolsas,⁸⁴ los segundos, sólo contemplados por referencia tanto en el Código de Comercio, como se ha señalado, como en otras disposiciones que se limitan a regular el funcionamiento de las entidades de crédito, pero que están suficientemente desarrollados⁸⁵ en los condicionados generales usados por los bancos y por estas entidades, en sus relaciones con sus clientes.
- Contratos relacionados con el mercado de riesgo. Junto a otras figuras que, sin dejar de relacionarse con nuestra disciplina⁸⁶, entre los contratos relacionados con este sector del mercado ha de citarse el contrato de seguro. Regulado, como hemos señalado, por una

⁸² Y a los que nos referiremos después.

⁸³ Del 28 de julio de 1988 (reformada en profundidad en 1998, hasta el punto de que puede hablarse de la nueva Ley de Mercado de Valores).

⁸⁴ Vigente en gran parte de su contenido, data de 1967 y aún no ha sido sustituido por uno que se adapte a la LMV. Una multiplicidad de normas de variada naturaleza y rango, completan la regulación de este sector del mercado financiero.

⁸⁵ Con profusión de detalle.

⁸⁶ Planes y fondos de pensiones, actividades de mutualidades, etcétera.

Ley Unificadora⁸⁷ y por multitud de disposiciones que completan su aspecto privado y disciplinan el ámbito público sobre el que incide⁸⁸ el contrato de seguro se ofrece como un contrato típico, adecuadamente considerado por el ordenamiento jurídico, que junto a disposiciones generales para todo tipo de seguros, distingue entre los seguros de daños, los seguros de personas y el reaseguro. Si bien es cierto que el riesgo cubierto ofrece numerosas variantes y que, es cada vez más frecuente, el encontrar seguros para eventualidades que la ley no ha previsto, no puede llegar a concluirse que se trata de contratos atípicos —a pesar de no estar recogidos por el legislador— porque el marco que ofrece la Ley de 1980 —aplicable por su propia disposición a toda clase de seguros—⁸⁹ da una cobertura completa a cualquier especialidad, prevista o no.

IV. ARRENDAMIENTOS MERCANTILES COMO CONTRATOS ATÍPICOS. UN EJEMPLO DE LA SITUACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

El Código de Comercio no recoge en su articulado, ni siquiera alude al mismo, el contrato de arrendamiento que ha de quedar, en consecuencia, reservado al Código Civil.⁹⁰ En el arrendamiento de servicios habrá que llevar a cabo una determinada actividad, mientras que en el arrendamiento de obra lo importante será el resultado obtenido, si bien es cierto que la regulación del Código viene referida a una obra material, solución que la práctica ha superado de un modo absoluto, pues la obra o el resultado, en multitud de supuestos, es algo inmaterial. Pues bien, a pesar de la exclusividad de los arrendamientos en el Código Civil —quizá inserta en ese proceso de comercialización de la actividad privada—, cada vez son más los supuestos, en los que un empresario, mediante un precio cierto, se compromete, por encargo de otro empresario, o de un particular, a realizar una serie de actividades, a prestar una serie

⁸⁷ La Ley de Contrato de Seguro del 8 de octubre de 1980.

⁸⁸ Entre todas destaca la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1995.

⁸⁹ Excepción hecha de los seguros marítimos que están contemplados específicamente en el Código de Comercio.

⁹⁰ En el que se distingue entre arrendamiento de servicios (artículos 1538 y ss.) y arrendamiento de obra (artículos 1588 y ss.), definidos ambos en el 1544.

de servicios, que habrán de dar como fruto o consecuencia una obra determinada y concreta. Es el supuesto de los contratos de ejecución de obra por empresa, que de ninguna forma pueden ser ajenos al derecho mercantil, porque caen bajo su órbita de consideración y estudio y que pueden agruparse, casi todos ellos, en la rúbrica de contratos de colaboración y, más acertadamente, de contratos de colaboración empresarial. En ese grupo, habrá contratos que no serán auténticos contratos de arrendamiento, pero que por su estructura y organización —y por su contenido, obligaciones y derechos de las partes— se asemejan o participan, en alguna medida de su naturaleza. Tal sería el caso, a nuestro juicio, dentro de los contratos de explotación de derechos inmateriales, del contrato de edición,⁹¹ y de los contratos cinematográficos.⁹² Hay, del mismo modo, contratos que han merecido la consideración —el *nomen iuris* sería mejor decir— de arrendamiento por parte del legislador y que, por ello, habrían de ser considerados como tales. El gran ejemplo de este modelo es el contrato de leasing o arrendamiento financiero, definido en la Disposición Adicional séptima de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito,⁹³ en un concepto en exceso descriptivo, de un contrato que, a nuestro juicio, a pesar de tal definición en la Ley 26/1988 y de referencia en otras disposiciones legales, no es suficiente para que alcance la consideración de contrato típico; la ley ha tenido que reconocer su existencia, al tratar de las empresas que pueden ofertarlo entre sus productos, y, por ello, lo menciona (y define) y sólo incidentalmente lo regula —en lugar, por otra parte, inapropiado— por lo que nos inclinamos por mantener que sigue siendo un contrato atípico (nominado, sin embargo), aunque con una atención especial por parte del legislador fiscal. La doctrina española discrepa sobre su consideración como un puro

⁹¹ Contrato típico, cuyo régimen jurídico se contiene en la Ley de Propiedad Intelectual, texto refundido, Real Decreto Legislativo 1/1996 del 12 de abril.

⁹² Véase la disposición anterior, en la que se desarrolla, en su título VI, el contrato de producción, el de transformación, el de distribución y el de exhibición cinematográfica.

⁹³ “Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el ahorro periódico de las cuotas a que se refiere el núm. 2 de esta disposición. Los bienes objetos de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra a su término, a favor del usuario”.

contrato de arrendamiento, aunque con especialidades, como una venta a plazos, como un contrato nuevo y especial o como una operación compleja,⁹⁴ aunque en la mayor parte de las ocasiones, mercantil. Por nuestra parte estimamos que es un contrato que ha de encuadrarse entre los de financiación y aún, atípico, a diferencia, no obstante, de lo que ocurre en otros ordenamientos.⁹⁵

Otros contratos de arrendamiento, mercantiles, podrían ser: el arrendamiento de industria o negocio (el arrendamiento de empresa), entre los más clásicos o, entre los de explotación de derechos inmateriales, los de cesión y licencia de patentes y marcas (estos típicos)⁹⁶ y el contrato, mejor será decir, los contratos de engineering, de clara influencia norteamericana, regulados tan sólo por condiciones generales. El arrendamiento de empresa o establecimiento mercantil se rige por lo pactado, sin que la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos⁹⁷ lo recoja, pues ni siquiera lo hace, de modo específico, con el arrendamiento de local de negocio,⁹⁸ por lo que se trata de un contrato atípico, a pesar de su utilización frecuente, la fuente de problemas que supone y la existencia de una construcción doctrinal completa y muy adecuada y, a pesar de que en la anterior ley arrendaticia se contemplaba su existencia y se definía su realidad. Los contratos de engineering, son igualmente atípicos y de extraordinaria versatilidad y variedad, propiciada quizá por la falta de regulación legal;⁹⁹ no obstante, alguna norma ha de referirse a estos supuestos, como el Real Decreto del 20 de diciembre de 1991¹⁰⁰ y, en el derecho comunitario, el Reglamento CE240/96 del 31 de enero, relativo a los contratos de transferencia de tecnología y derecho de la competencia.

⁹⁴ Véase nuestro trabajo “Arrendamientos mercantiles”, en Jiménez Sánchez (coord.), *Derecho mercantil*, Barcelona, 2003, pp. 376 y ss.

⁹⁵ En Bélgica, el Real Decreto núm. 55 del 10 de noviembre de 1967 regula el estatuto de las empresas de leasing; en Francia la Ley del 2 de julio de 1966, completada por la Ordenanza del 28 de septiembre de 1967, disciplina el contrato.

⁹⁶ Y por ello de escaso interés para nuestro comentario. Se encuentran regulados, respectivamente, en la Ley de Patentes y en la Ley de Marcas.

⁹⁷ Ley del 24 de noviembre de 1994, que deroga la de 1964, en la que se definía, al menos, el supuesto.

⁹⁸ Si bien prevé la indemnización por clientela, en algunos casos, cuando se trata de arrendamientos para uso distinto del de la vivienda y el arrendatario es un empresario que ha desarrollado su actividad en tal local.

⁹⁹ En ese concepto puede encuadrarse el consulting engineering, los contratos de asistencia técnica y los contratos de transferencia de tecnología (*know how*).

¹⁰⁰ Si se trata de tecnología extranjera adquirida por un residente o domiciliado en España.

Un grupo importante de estos contratos¹⁰¹ del mercado de servicios lo constituye los denominados “servicios turísticos”, concepto que engloba a una serie de contratos y actividades que se encuadran en lo que se ha denominado “derecho del turismo”. Dejando a un lado el contrato de hospedaje, considerado durante mucho tiempo como el prototipo del contrato atípico (mixto o complejo) y encuadrado, sin mucha justificación en nuestra opinión, entre los contratos civiles; deben citarse ahora, los contratos ofertados o pactados con las agencias de viaje y, principalmente, entre ellos: mediación en la venta de billetes o reservas de plazas (así como las reservas de habitaciones y servicios); organización y venta de paquetes turísticos; representación de otras agencias; y cualquier otro servicio (información turística, cambio de divisas, alquiler de vehículos, fletamento de barcos...). La regulación de estos contratos, en España, es absolutamente insuficiente: el Real Decreto 271/1988 que regula el ejercicio de actividades que se reservan a las agencias de viajes¹⁰² y la propia Ley de Viajes Combinados,¹⁰³ que incorpora la Directiva 90/314/CEE del 13 de junio de 1990, no son sino regulaciones parciales y, suponiendo desde luego un gran avance en el proceso hacia la tipicidad de estos contratos, normas que no permiten afirmar con rotundidad el carácter típico de estas operaciones comerciales (entre las que queremos incluir al *catering*). Su calificación como contratos mercantiles, en esa elección previa que proponíamos como punto de partida para una aplicación de normas en caso de conflicto, supone, por ejemplo, el sometimiento de estos contratos, no sólo a las normas que las disposiciones citadas prescriben para ellos, sino a las reglas generales de la publicidad comercial, que habrá de respetarse en todo caso y que será precisa y específica para ellos. En este grupo de contratos puede incluirse la llamada multipropiedad¹⁰⁴ o derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, regulados por la Ley 42/1998 del 15 de diciembre, consecuencia de la Directiva 94/47/CE del 26 de octubre, relativa a la protección de los adquirentes de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, dictada para “colmar la laguna jurídica existente en materia de multipropiedad”, como señalaba la Propuesta de Resolución que presentó la Unión Europea en 1986, cuyo fin, precisamente, era aca-

¹⁰¹ Y muy importante en España por afectar al sector del turismo.

¹⁰² Y la Orden Ministerial del 14 de abril de 1988.

¹⁰³ Ley 21/1995 del 6 de julio.

¹⁰⁴ Término vetado por la regulación española.

bar con la atipicidad de este fenómeno económico, surgido en la práctica norteamericana y que se había estructurado de diferente modo en los distintos ordenamientos: como un arrendamiento en los Estados Unidos,¹⁰⁵ como un sistema de licencias, en Inglaterra,¹⁰⁶ donde también se optaba, a veces, por un sistema societario o de peculiar creación de un club,¹⁰⁷ o como copropiedad proindiviso; sociedad por acciones; o sociedad de gestión de un inmueble que se encarga de administrarlo en régimen similar al de un hotel (en el que los titulares de la multipropiedad pueden disponer de él en un plazo anual, con unos descuentos especiales), como ocurría en Italia.¹⁰⁸ En España se ha venido utilizando este sistema a partir de los años sesenta hasta el punto de que, sin poseer regulación jurídica y en un clima de auténtica inseguridad (y hasta de desconcierto y de graves consecuencias económicas y fraudes) para los adquirentes, ha llegado a ser el segundo país del mundo en número de complejos explotados de esta forma. Ha sido muy frecuente (se podría decir que es muy frecuente) la publicidad de pisos, apartamentos, edificios y hasta de otras instalaciones en régimen de multipropiedad, en las que normalmente se utiliza por el anunciante el término venta y nunca arrendamiento, publicidad que no responde a la realidad y que hace que exista cierta contradicción entre lo ofrecido y lo que se adquiere posteriormente, agudizándose esta situación del consumidor (destinatario) de la publicidad que no se ve protegido en la misma, ni más tarde, en el mismo momento de la venta, ni en el de su instrumentación, ni a lo largo de la ejecución del contrato. Por ello la ley española era tan necesaria y el peligro de la atipicidad de la figura, mucho mayor.¹⁰⁹

Nos referiremos ahora a un último grupo de contratos de arrendamiento de obra mercantiles que no sólo tienen su propia fisonomía y especia-

¹⁰⁵ El *interval ownership*, especie de arrendamiento a título de propiedad, con una duración de cuarenta años, pasados los cuales se convierte en una comunidad; o bien, como el arrendamiento por un tiempo concreto del año y por un número limitado de éstos, sin que se adquiriera ninguna propiedad ni ningún derecho real (*timeshare use*).

¹⁰⁶ Licencias que el promotor entrega al los compradores para que utilicen en un período de tiempo el apartamento.

¹⁰⁷ El promotor es el propietario, que va incorporando, como socios, a los compradores.

¹⁰⁸ Donde podían encontrarse hasta cuatro tipos de multipropiedad: la inmobiliaria, la cooperativa, la azionaria y la alberghiaría.

¹⁰⁹ En Francia, ha sido la Ley del 16 de julio de 1971 y su complemento la del 6 de enero de 1986, la que ha regulado esta figura. En Portugal, el decreto Ley del 31 de diciembre de 1981.

lidad que los diferencia y distingue de los demás, sino que son de extraordinaria utilización y solicitados y concertados por particulares; son los contratos que surgen en el tráfico comercial y que, carentes de regulación legal en la legislación mercantil pero socialmente típicos, se configuran como un gran ejemplo de los contratos atípicos y como llamada de atención ante la inseguridad que supone para el contratante, normalmente consumidor. Entre ellos citaremos sólo algunos.¹¹⁰

El contrato o *servicio de mensajería* puede tener consideración de contrato de arrendamiento. Empresas especializadas y constituidas para este fin concreto se encargan de recibir y entregar cartas y paquetes, trasladándolos de un lugar a otro. Son contratos de adhesión en los que el cliente ignora prácticamente el contenido contractual y se limita a entregar el objeto que habrá de trasladarse y a pagar por adelantado el precio, quedando el contrato documentado en una simple nota, pero carente de un contenido obligacional conocido, equitativo y con la suficiente tutela del contratante que se adhiera.

El *servicio de vigilancia*, o contrato de vigilancia, por medio del cual un empresario mercantil,¹¹¹ asume la función de vigilancia y protección de personas, bienes y propiedades que le indica la empresa, previo pacto con los clientes, es otro de ellos. También contrato de adhesión, redactados por las empresas de seguridad, pactados por períodos de tiempo más o menos largos, con retribución a la empresa por unidades de tiempo y corriendo a cargo de ella (que se encarga de la adecuada formación y especialización del personal) la cobertura de los correspondientes riesgos mediante contratos de seguro muchas veces obligatorios. Las normas que se han dictado para esta actividad son sólo de carácter técnico y administrativo¹¹² y ajenas a la regulación jurídica del contrato.

¹¹⁰ No lo haremos, por ejemplo, con el contrato de asistencia técnica, en virtud del cual una empresa cede a otra, mediante precio, la asistencia técnica, dentro de sus conocimientos tecnológicos, para la mejor utilización de los procesos de producción) de la empresa o particular que reciben esas prestaciones, a las que se añaden tareas o servicios de mantenimiento retribuidos y, en ocasiones, englobados en una oferta de venta, ya que la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, recoge un sistema tutelar de garantía (de al menos seis meses) y de servicio de postventa (técnico y de suministro) durante un plazo de cinco años desde que el producto dejó de fabricarse, por lo que su carácter, como atípico, ha quedado atemperado.

¹¹¹ En éste y en la mayoría de los casos se trata de sociedades anónimas (y de limitadas).

¹¹² Real Decreto del 8 de mayo de 1981.

Ante la insuficiencia legislativa —y las consecuencias que de ello se derivan— y ante la masiva utilización de estos contratos, hemos de reclamar para ellos la condición de contratos mercantiles, de contratos del mercado de servicios y, en concreto, de contratos de arrendamiento de obra o de ejecución de obra por empresa,¹¹³ que no se limitan a un hacer, sino de los que se esperan unos resultados mínimos —asistencia, entrega oportuna, vigilancia—, necesitados, con urgencia, de una regulación legal.¹¹⁴

La actividad empresarial, siempre compleja y condicionada por razones de economía y ahorro, ofrece en estos momentos los contratos llamados de “externalización” o contratos de *outsourcing*, por medio de los cuales se encarga a empresas externas determinadas actividades que son necesarias (como los servicios de seguridad, de informática, de limpieza, etcétera), incluso exigidas legalmente (como la llevanza de la contabilidad) y de gran complejidad técnica (el factoring puede ser de ejemplo) y que, de esta forma, no tienen ya porqué ser llevados a cabo por personal de la propia empresa, sino por otras especializadas: contratación por parte de un empresario de algún proveedor externo para la prestación, mediante el empleo de activos externos a la estructura interna del mismo, de un servicio que anteriormente desarrollaba un departamento interno.

Muy recientemente han proliferado los contratos de *vending* en virtud de los cuales un empresario “alquila” a una persona, normalmente a otro empresario, una máquina expendedora de productos de muy variada naturaleza, incluso servicios, mediante precio o haciéndole participe en los beneficios obtenidos por la utilización que de la máquina hacen terceros por sus adquisiciones o consumiciones. El pacto es privado —hay una carencia completa de norma— y por él, el empresario propietario de una máquina se compromete a la sustitución del producto en venta cuando sea perecedero o haya sido ya consumido, mientras que el “arrendatario” suele correr con los gastos que ésta proporciona, según lo pactado. La figura, no obstante la poca atención legal, sí ha sido contemplada en cuanto a la protección de terceros adquirentes.¹¹⁵

¹¹³ Artículos 1588 y ss. del Código Civil.

¹¹⁴ Y, junto a ellos, con un límite mucho más inconcreto, los contratos realizados por empresas de construcción, servicios de fotocopiadoras, tinte, limpieza, etcétera, que no pueden ser ajenos a esta consideración, habiendo destacado Uría, la necesidad de que el jurista privado y, el mercantil en particular, se preocupe de ellos.

¹¹⁵ La llamada “venta automática” está regulada por los artículos 49-52 de la Ley del Comercio Minorista.

Sabemos de la dificultad de imaginar siquiera una regulación concreta y específica para cada una de estas figuras que, a mero título de ejemplo, hemos expuesto en materia de arrendamientos mercantiles atípicos, pero el peligro viene por el hecho de que, muy posiblemente, las reglas del Código Civil ya son insuficientes para los arrendamientos a los que van destinadas (los arrendamientos civiles, aunque, caso de que se admitiera su existencia, también lo serían para los mercantiles). Es precisa una aceptación explícita por parte del legislador mercantil de la existencia de los arrendamientos mercantiles y, como un sistema de mínimos, una regulación general de tales arrendamientos, en los que la figura de un empresario o profesional, se configura como un elemento determinante de los mismos. Dejar en manos de la autonomía privada y aún de las leyes generales y la teoría y principios de las obligaciones, toda esta gama de posibilidades, resulta inadecuado. Y no ha de olvidarse que no se trata de simples construcciones teóricas, sino de prácticas usuales, cotidianas (y casi de primera necesidad), que han sido creadas por los operadores económicos. A ellos corresponde, sin duda, ponerlas en práctica y al ordenamiento jurídico dar respuesta a las mismas; primero es la realidad social y luego la norma, pero ese luego no debe demorarse mucho cuando es tan necesario, pues el legislador tiene posibilidad de acertar si, en su momento, dicta la norma reguladora, mientras que suele equivocarse cuando construye el supuesto de hecho, que la práctica comercial desconoce y que, por ello, se convierte en pura construcción dogmática, típica, pero inservible o poco útil.¹¹⁶

V. CONTRATOS ATÍPICOS EN EL DERECHO MERCANTIL. A MODO DE CONCLUSIÓN

La existencia de contratos atípicos, la *invasión* en el derecho privado de contratos, de figuras que no ha reconocido *aún* el ordenamiento jurídico (aunque no podría decirse que se encuentran ajenos al mismo) demuestran, de un lado quizá, la lentitud en el proceso legislativo y en la voluntad de llevarlo a cabo; pero, de otra, la rapidez en la evolución de los mecanismos de contratación. Los comerciantes, los empresarios y, en un concepto más avanzado, los operadores económicos, son creadores

¹¹⁶ Así ha ocurrido con la Sociedad Limitada Nueva Empresa.

del derecho y, cuanto más desarrollada se encuentre su actividad, mayor será el número de operaciones, previstas o (normalmente) no, que puedan llevar a cabo. En un mundo de comunicación cada vez más rápida, en el que se ha llegado a hablar de la electrificación del comercio, los nuevos modelos contractuales, surgen con gran velocidad y se multiplican sin excesivo problema. Y así cada vez hay más figuras y cada vez son más variadas. Ciertamente que los contratos atípicos, muy fundamentalmente los que son de utilización masiva, requieren de la atención del legislador y su condición debe ser provisional. A una nueva figura el ordenamiento ha de dar la adecuada respuesta.

En el derecho mercantil, en el derecho de contratos, la atipicidad puede predicarse como la nota característica de este ámbito de la contratación. Si antes dijimos que los contratos civiles habían perdido, en cierto modo, su interés, por haber quedado superados por sus homónimos mercantiles —mucho más utilizados—, ahora puede decirse algo parecido, aunque con todos los matices que se precisen: aún siendo de gran interés práctico la mayor parte de los supuestos contractuales que se encuentran en el Código de Comercio y en la legislación complementaria, un sector muy significativo de la contratación privada, está constituido por contratos sin regulación jurídica suficiente y propia. A poco que se reflexione sobre los distintos contratos regulados en el Código, puede comprobarse, junto a ellos, la existencia de otros (normalmente modalidades que han acabado deformándolos y dando lugar a otros nuevos con sus propios perfiles y notas), que no son, precisamente, una excepción en la práctica comercial.

Así, en los contratos de colaboración, se incluyen, entre otros, la franquicia y el factoring; junto a la compraventa —sin lugar a dudas, el contrato de mayor interés—, el estimatorio¹¹⁷ y el de suministro¹¹⁸ y, en cuanto a la compraventa internacional, a pesar de los textos uniformes que se han ofrecido, acogidos con frialdad en la comunidad internacional¹¹⁹, puede hablarse —lógicamente al no existir un poder legislativo

¹¹⁷ Aunque en España hay unos usos que se aplican al comercio en librerías y, particularmente, al estimatorio en este sector del comercio.

¹¹⁸ Que sólo tiene reconocimiento legal cuando se trata de suministros al estado.

¹¹⁹ La Ley Uniforme para la Compraventa Internacional de Mercancías y la Ley Uniforme para la Formación de Contratos para la Venta Internacional de Mercancías, no han

internacional— de su atipicidad. Tan escasamente regulada en el Código la permuta, hoy de limitada utilización, queda desbordada la figura por la permuta que se usa en el comercio internacional compensado, dando lugar a prácticas como el *counter-tarde* (*counter-purchase*, *contre-achat*) o el *Buy back*, mediante el cual se exporta tecnología a cambio de la entrega de productos derivados de la misma. Los contratos de depósito y préstamo, han quedado superados, completamente, por las modalidades de los bancarios (así como la cuenta corriente). Y, en el ámbito de la contratación bancaria, los supuestos son prácticamente inclasificables y carentes todos ellos de regulación específica. No citaremos de nuevo todos los anteriormente citados arrendamientos mercantiles, pero sí queremos destacar como entre los contratos publicitarios (típicos, al haber sido regulados por la Ley General de Publicidad) podemos encontrar algunos que no están en la norma pero sí, y de modo extendido, en la práctica, como el *merchandising*, el *bartering* e, incluso en este grupo podría incluirse, el *marketing*; o que no están en la norma, pero lo estaban en la que viene a ser sustituida por ésta, como el contrato de comisión publicitaria,¹²⁰ o que están en la norma, pero quizás no merezcan la calificación de típicos, como ocurre con el contrato de patrocinio¹²¹ que se define con una variada gama de posibilidades, delimitándose de un modo muy general un contrato que deberá regirse, en su mayor parte, por lo pactado, pues las reglas aplicables del contrato de difusión, aplicables según la Ley, no sirven para concretar la obligación de las partes, la forma de hacer efectiva la ayuda económica y el modo de colaborar con la publicidad, mientras que los supuestos de incumplimiento de su obligación, por parte del patrocinado, sin embargo, sí encuentran reflejo directo y solución.¹²² También en el sector de transportes la regulación del Código —y las leyes complementarias— es por completo insuficiente para dar respuesta a los problemas que plantean las nuevas modalidades de transporte de per-

sido admitidas más que por algunos países, que han ratificado los textos que se elaboraron en La Haya (en 1964) y que ha ofrecido la UNCITRAL.

¹²⁰ Que se consideraba como un contrato típico en el Estatuto General de Publicidad de 1964 y no es recogido por la ley actual, acaso porque el legislador considera que se trata de una modalidad de la comisión, que no requiere una regulación especial.

¹²¹ Definido en el artículo 24 que dice: “Es aquél por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de una actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se obliga a colaborar con la publicidad del patrocinado”.

¹²² En los artículos 20 y 21 que le hacen responder de los daños y perjuicios.

sonas (apenas imaginado por el Código) y en todo el sector de las telecomunicaciones, pleno de contratos atípicos. Y aunque, como ya hemos dicho, la Ley de Contrato de Seguro ha supuesto una modernización muy destacable del sector asegurador, no dejan de surgir, diariamente, nuevos productos, servicios y hasta riesgos, que ofrecen una amplia gama de seguros atípicos, aunque el problema de aplicación de la norma en este campo, no es de gran importancia, porque la estructura general del seguro, derechos y obligaciones de las partes contratantes, documentación, competencia, etcétera, están en la Ley. Finalmente no ha de olvidarse el derecho cambiario y de valores, ya que los tipos especiales de cheques y de pagarés, no han sido considerados, ni se le ha prestado la necesaria atención por parte de la Ley Cambiaria (ni tampoco en el derecho bancario) y, en este mismo ámbito, los contratos derivados de la tarjeta de crédito y la propia consideración de ésta como título,¹²³ que no han merecido ninguna consideración por el legislador y que debe ser regulada, sin tardanza, lo cual viene exigido por el derecho cambiario, por el bancario, por el privado, por el penal y por el de protección de consumidores y usuarios.¹²⁴

Los diferentes países ofrecen catálogos similares de contratos atípicos pero la tipicidad es una condición local, propia de cada ordenamiento jurídico. Si bien es cierto que existe un proceso de unificación del derecho contractual privado, éste afecta principalmente a los contratos que se encuentran incluidos en la mayor parte de los Códigos; se trata de unificar los contratos típicos, lo cual es una tarea más fácil, dentro de la complejidad que ello entraña, que hacerlo con figuras más utilizadas en unos estados que en otros. La atipicidad, pues, es una condición particular, local, de cada estructura con potestad legislativa. Los tratados internacionales y los convenios se presentan como una fórmula adecuada para la unificación del derecho, como sabemos, y ofrecen buenos resultados.

¹²³ El tema de la tarjeta de crédito nos ha preocupado desde hace tiempo, en que venimos proponiendo una regulación jurídica que siempre parece inaplazable. Véase Pérez-Serrabona González, *La tarjeta de crédito. Hacia un estatuto jurídico de la tarjeta de crédito*, Granada, 1987; *id.*, *La tarjeta de crédito. Derecho comunitario europeo. Doctrina. Formularios*, Granada, 1993.

¹²⁴ Sin que hagamos alusión a los contratos en el derecho marítimo o aéreo, por constituir una rama muy específica del derecho mercantil, que no puede considerarse incluida, el modo del resto de contratos, en este derecho contractual privado (mercantil) cuya existencia venimos manteniendo.

Algunos contratos atípicos, antes incluso que una regulación nacional propia, han dispuesto de *una internacional*, como los créditos documentarios. Así existen las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios, cuya última versión es del 23 de abril de 1993 —comenzando a regir en enero de 1994—, aunque no son, obviamente, normas legales, sino “cláusulas de uso con una función integrativa de la voluntad contractual”.

Los procesos de adaptación y reajuste son análogos en todos los Estados miembros de la actual Unión Europea —y se extiende a los países aspirantes— y se puede decir que se va configurando una especie de “derecho mercantil comunitario de obligaciones y contratos” cuya singularidad consiste en tener como fuente primigenia los organismos competentes de la Unión Europea, como ha destacado Gómez Calero.¹²⁵ Esa unificación sí es posible. Y una realidad que ofrece algunos frutos.

Mucho más dudosa es la posibilidad de un Código Civil Europeo, aspiración que se plantea hoy como una gran aspiración por parte de la ciencia jurídica europea. Problemas constitucionales, el respeto a la identidad jurídica de cada país y el riesgo de que un Código Civil pueda ser un instrumento político, se presentan como grandes inconvenientes de la idea y del propio proceso de formación del mismo.¹²⁶ Ciertamente que la existencia de un Código Civil para toda Europa, de poder concebirse esta posibilidad, supondría un avance en la unificación del derecho de obligaciones y contratos y un elemento de capital interés para otros ordenamientos. De otro lado, podría suponer la *tipificación* de algunos contratos que lo requieren y exigen sin más aplazamiento y, como tal, habría de ser recibido con todo entusiasmo y muy positivamente, pero hay otras alternativas al Código,¹²⁷ entre las que se encuentra, como ha señalado Sánchez Lorenzo,¹²⁸ una que corresponde a las académicos y que debe ser llevada a cabo “desde abajo”, y es la potenciación y el desarrollo de los estudios de derecho comparado, aunque ese no deba ser el objetivo de esos estudios. El estudio habrá de ser completo y revelar las diferen-

¹²⁵ Véase Gómez Calero, “Especialidades de la contratación mercantil”, en Jiménez Sánchez (coord.), *Derecho mercantil*, p. 261.

¹²⁶ Véase Sánchez Lorenzo, “¿Hacia un código civil europeo?”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, Madrid, 2003, pp. 381 y ss. *Cfr.* los trabajos de esa obra de distintos autores.

¹²⁷ Y al problema de los contratos atípicos, en consecuencia.

¹²⁸ *Op. cit.*, nota 126, pp. 400 y ss.

cias y los elementos comunes; debe realizarse sin mediatización ni contaminación por fines político-jurídicos y debe tener trascendencia en la enseñanza jurídica, proporcionando un conocimiento mutuo más real más profundo de los sistemas jurídicos, que acaba favoreciendo su aproximación y profundizando en los intercambios de por sí naturales entre las distintas culturas jurídicas. Esa pretensión del profesor español de la Universidad de Granada, ha sido la mía, con esta modesta aportación, en este Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados y, en concreto, en el ámbito del Derecho Privado, con referencia al régimen jurídico de los contratos atípicos en un ámbito nacional, el español, inmerso, como todos los demás, en un proceso de unificación y armonización del derecho privado.¹²⁹

¹²⁹ Las actividades del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, sus funciones y sus logros, son un ejemplo real de esa tarea que los científicos han de llevar a cabo y ofrecerla a los Estados y a los legisladores.