

CONTRATOS ATÍPICOS EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ARGENTINAS

Luis MOISSET DE ESPANÉS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Validez de los contratos atípicos. Contratos de adhesión*. III. *Interpretación. Régimen legal aplicable*. IV. *Apéndice*.

I. INTRODUCCIÓN

El Código de Vélez, sancionado en la segunda mitad del siglo XIX, consagra en su artículo 1143 la distinción entre los contratos nominados e innominados, categorías que la doctrina y algún código moderno han dejado de lado para hablar de contratos típicos y atípicos, según se trate de figuras que hayan sido o no especialmente reguladas por las leyes. Vemos así que el nuevo Código de Brasil, en vigencia desde enero de 2003, en su artículo 425 dice: “Es lícito para las partes estipular contratos atípicos, observando las normas generales fijadas en este Código”.

Sin embargo, vemos que en otros códigos latinoamericanos modernos se conserva la vieja denominación y se continúa hablando de contratos nominados o innominados; por ejemplo, el Código de Bolivia de 1975;¹ el de Perú de 1984² y el de Paraguay de 1987.³

¹ Artículo 475 (Código de Bolivia de 1975). “Normas generales de los contratos. Aplicación a otros actos. I. Las normas contenidas en este título son aplicables a todos los contratos, tengan o no denominación especial, sin perjuicio de las que se establezcan para algunos de ellos en particular y existan en otros códigos o en leyes propias...”.

² Artículo 1353 (Código de Perú de 1984). “Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulte incompatibles con las reglas particulares de cada contrato”.

³ Artículo 670 (Código de Paraguay de 1987). “Las reglas de este título serán aplicables a todos los contratos. Los innominados se regirán por las disposiciones relativas a los nominados con los que tuvieren más analogía”.

En Argentina, en las últimas décadas, los Proyectos de Reforma del Código Civil utilizan la moderna terminología, hablando de contratos típicos y atípicos,⁴ en lugar de nominados e innominados.

Lo importante, a nuestro criterio, no es tanto la designación que se dé a estas categorías contractuales, sino el hecho de que en un caso las características de la figura, sus elementos y su funcionamiento están regulados de manera especial por la ley, y en el otro, es la voluntad de las partes la que se encarga de “diseñar” el contrato que las vinculará, quedando en manos del intérprete —cuando haya conflictos en la aplicación de un contrato atípico—, determinar las normas a las cuales debe acudir-se para integrar la figura.

Vemos entonces que, frente a los contratos tradicionalmente contemplados en los códigos, los cambios sociales y económicos han hecho florecer múltiples formas nuevas que se utilizan cada vez con mayor frecuencia. Ello es posible porque, como bien recuerda Diez Picazo, “el principio general de la libertad contractual engendra la posibilidad de que las partes celebren contratos sin necesidad de ajustarse a los tipos preestablecidos por la ley”.⁵ Vemos así como mientras en el campo de los derechos reales, en muchos países —como sucede en Argentina— prevalece el criterio del “*numerus clausus*”,⁶ en el terreno contractual la autonomía de la voluntad es libre de imaginar formas novedosas, que multipliquen las obligaciones de las partes en combinaciones que no han sido reguladas por el legislador y, como bien dispone en México el Código del Distrito Federal esas figuras aunque no estén especialmente reglamentadas son válidas, estableciendo en una norma las reglas de interpretación y aplicación.⁷

⁴ Ver el Proyecto de Unificación de 1987 (artículo 1143), el de la Cámara de Diputados de 1993 (artículo 1143), el Proyecto del Ejecutivo de 1993 (artículo 855), y el Proyecto de Nuevo Código Civil de 1999 (artículos 913 y 914, norma esta última que hace referencia a los contratos atípicos con “tipicidad social”).

⁵ Diez Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 5a. ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 385.

⁶ Artículo 2502 (Código Civil argentino): “Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer”.

⁷ Artículo 1858 (Código del Distrito Federal). “Los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos,

Para cerrar esas líneas introductorias, debemos señalar que la doctrina habla de “tipicidad social” para contratos que si bien carecen de regulación legislativa, su frecuente reiteración lleva a que adquieran un “nombre” e incluso una “normativa” que no está incorporada en ley alguna, pero que surge de los usos y costumbres y llega a ser aceptada por la doctrina y la jurisprudencia.⁸

El concepto de tipicidad social aparece en la doctrina italiana, y en España es receptado por Jordano Barea y Puig Brutau, como recuerda Diez Picazo.⁹ En Argentina lo han difundido autores como Mosset Iturraspe, Alterini y Lorenzetti,¹⁰ e incluso —como lo hemos señalado más arriba— se le ha dado cabida en el último Proyecto de Reformas del Código Civil. Estrictamente se trata de contratos atípicos, pero las costumbres imperantes en una época y lugar determinado los dotan de cierta “tipicidad”, lo que suele conducir —con alguna frecuencia— a que el legislador termine ocupándose de ellos y dotándoles de un régimen legislativo especial, momento en el cual esos contratos, originariamente atípicos, se convierten en contratos típicos, como ha sucedido, por ejemplo, en nuestro país, con el contrato de “maquila”, y el contrato de *leasing*.¹¹

II. VALIDEZ DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS. CONTRATOS DE ADHESIÓN

Algún sector de la doctrina estima que tratándose de contratos atípicos el primer problema con que se enfrenta el intérprete es determinar si esa figura merece la protección del ordenamiento jurídico, de acuerdo a la función económico-social que cumple “y su idoneidad para ser cauce de

por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento”.

⁸ Ver Diez Picazo, *op. cit.*, nota 5, p. 387.

⁹ *Cfr. idem.*

¹⁰ Ver Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*, ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 74 (“la tipicidad puede ser individualizada ahora por los usos y costumbres”); Alterini, Atilio Aníbal, *Contratos, teoría general*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 190 (“en el contrato típico con tipicidad social los usos adquieren un papel preponderante”); Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, t. I, p. 20 (“la reiteración de conductas puede crear un tipo de contrato que no es establecido por la ley, sino por la costumbre, dando origen a la tipicidad social”).

¹¹ Ley 25.113 (contratos de maquila), y Ley 25.248 (contrato de *leasing*).

realización de intereses y fines jurídicos”,¹² problema que no se plantea en los contratos típicos, en los cuales la admisión y regulación por el ordenamiento presupone un reconocimiento de que sus objetivos son admisibles. Esta posición, que se inspira en el artículo 1322 del Código italiano, para el cual los contratos atípicos son admisibles si están “dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico”, pareciera considerar que mientras todos los contratos típicos tienen “finalidad lícita”, los atípicos serían “sospechosos”, y el primer caso a dar sería establecer si su finalidad es lícita. En la doctrina argentina ha sido criticada por Alterini, que la considera “ahistórica”.¹³

A nuestro criterio le asiste razón; el análisis de la licitud del fin perseguido debe efectuarse en cada caso particular, sea el contrato típico o atípico, para determinar si en ese caso se respetan los principios generales de buena fe y causa lícita. Creemos que no corresponde, como propicia Diez Picazo, hacer referencia en primer lugar “a la función económico-social del tipo contractual en cuestión”, porque, precisamente, son contratos que no encuadran en un “tipo” contractual, y aunque pudiesen encuadrar en un tipo, lo importante es establecer en el caso concreto, que no se excedan los límites que el ordenamiento jurídico fija a la autonomía de la voluntad, examen de validez que deberá realizar el juzgador en todos los casos que se le someten, ya se trate de contratos típicos o atípicos.

Quizá parte de las sospechas y suspicacias que se generan en la doctrina se deban al hecho de que, con mucha frecuencia, en la celebración de algunos contratos atípicos se recurre a los llamados “contratos de adhesión”, frente a los cuales el derecho moderno se ha visto obligado a adoptar medidas que aseguren protección a la parte más débil. Pero no deben confundirse contratos de adhesión con contratos atípicos porque, como bien se ha dicho en algún fallo: “El contrato de adhesión no conforma un tipo determinado autónomo innominado o atípico de contratos, sino de una forma especial de concluirse el consentimiento”.¹⁴ En efecto, la adhesión a “condiciones generales”, se utiliza tanto para contratos típicos

¹² Ver Diez Picazo, *op. cit.*, nota 5, p. 390.

¹³ Ver Alterini, Atilio Aníbal, *op. cit.*, nota 10, p. 187.

¹⁴ Ver “Tecnocom San Luis S.A. c/ El Cobre S.A.”, Cámara de Comercio de la Capital, sala B, 18 de octubre de 1991, *Jurisprudencia Argentina*, 1993-III, síntesis (voz: Contrato de adhesión).

como atípicos, y allí sí, para su admisibilidad, corresponde analizar la validez o licitud de las cláusulas impuestas.

III. INTERPRETACIÓN. RÉGIMEN LEGAL APLICABLE

A nuestro criterio, el problema fundamental en materia de contratos atípicos es, frente a la ausencia de normas legales que lo regulen de manera específica, determinar las reglas a que deberá acudirse para interpretarlo.¹⁵ En efecto, así como para interpretar las consecuencias de un contrato típico debemos acudir a las normas imperativas que la legislación consagra, y hayan dicho a las normas supletorias que se contienen con relación a ese contrato dado, el jurista deberá seguir un orden semejante cuando trate de interpretar o integrar un contrato atípico.

Puede suceder —como dice Mosset Iturraspe— que los particulares, al construir una figura atípica o innominada “la hayan rodeado de una completa regulación, respetando, claro está, los elementos estructurales comunes a todos los contratos”;¹⁶ pero, si no lo hubiesen hecho, el problema consiste en saber cuáles son las reglas aplicables de manera supletoria a ese contrato, que siempre deberá sujetarse a las reglas imperativas de carácter general.

En el derecho comparado encontramos que se proponen diversos caminos o sistemas de interpretación, entre los cuales los principales son la doctrina de la absorción y la teoría de la combinación¹⁷ que, por razones de espacio, no podemos analizar con detenimiento en esta comunicación. Nos limitaremos a señalar que en la doctrina argentina las variantes que se plantean tienen un punto de coincidencia, recurrir en último término a la analogía con las disposiciones que se encuentre en el contrato típico más cercano, actitud que se funda en la obediencia a lo dispuesto por el

¹⁵ Cfr. Mosset Iturraspe, *op. cit.*, nota 10, p. 75, “Apresurémonos a señalar que el interés de la distinción, en el derecho actual —superadas las formalidades del derecho romano— radica esencialmente en la calificación del contrato, su integración e interpretación”.

¹⁶ *Ibidem*, p. 76.

¹⁷ Díez Picazo, *op. cit.*, nota 5, p. 75.

artículo 16 del Código Civil,¹⁸ postura a la que se hace referencia en algunas de las sentencias que incluimos en el anexo.¹⁹

Estimamos, por ello, que el orden de prelación en la aplicación de las normas debería ser sustancialmente idéntico al establecido en el artículo 1858 del Código del Distrito Federal (México),²⁰ entendiendo que al colocar en primer lugar a las “reglas generales de los contratos”, se hace referencia a las normas de carácter imperativo.

En Argentina, sin embargo, algunos sectores de la doctrina,²¹ varios fallos²² y los Proyectos de Reforma del Código Civil²³ propician el siguiente orden de prioridad: 1) la voluntad de las partes; 2) las normas generales de los contratos y 3) las disposiciones correspondientes a contratos típicos afines.

La solución podría ser aceptable si la referencia a las normas generales de los contratos se redujese a las que tienen carácter supletorio, pero algún autor llega a subdividir el segundo punto, colocando en él primero, a las normas generales imperativas, y como tercer paso, las normas generales supletorias,²⁴ lo que constituye un verdadero desatino, pues jamás para la interpretación de un contrato atípico puede colocarse la voluntad de las partes por encima de las normas generales imperativas.

¹⁸ Artículo 16 (Código Civil argentino). “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas y si aún la cuestión fuese dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

¹⁹ Ver “De Luca José c/ Industrias Pirelli S. A.”, Cámara Nacional Comercio, sala B, 25 de marzo de 1986; y “Sucarrat, Gustavo c/ Banco de Galicia y Buenos Aires SA”, Cámara Nacional Comercio, sala B, 26 de marzo de 1993.

²⁰ Véase, *op cit.*, nota 7.

²¹ Ver Alterini, *op. cit.*, nota 10, p. 191.

²² Cámara Nacional Comercio, sala D, 24 de marzo de 1983, “Bosch Mayol de Rosell L. c/. Establecimiento La Negra AGCICSA”. “...(un contrato atípico) ...se rige parcialmente por la voluntad de las partes y recién en caso de insuficiencia de la voluntad de las partes por las normas generales relativas a las convenciones y por las particulares del contrato o contratos que lleven implícito o de cuyos caracteres participe, sin perjuicio de otros criterios aplicables a casos particulares”.

²³ Artículo 855 (Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993). “En los contratos atípicos, en subsidio de la voluntad de las partes, se aplicarán las normas generales sobre contratos y obligaciones y las reglas de contratos típicos afines que sean compatibles con su finalidad”.

²⁴ Ver Alterini, *op. cit.*, nota 10, p. 191.

Los límites puestos por la reglamentación imponen dar fin a esta comunicación a la cual, ya en exceso, agregamos como apéndice los sumarios de algunos fallos que hemos considerado importantes

IV. APÉNDICE

Documento 11.7857: *Contrato de arrendamiento y aparcerías rurales, capitalización de hacienda, explotación en participación*

1. La capitalización de hacienda es el contrato en el que una de las partes propietario o arrendatario de un predio, recibe de la otra parte una determinada cantidad de hacienda, con el objeto de engordarla y repartir luego el mayor valor que la hacienda adquiere, no incluyéndose en su definición y por lo tanto entre los elementos esenciales del contrato, la distribución de cargas.

2. Estimado el contrato de capitalización de hacienda como un contrato autónomo distinto de la aparcería, es un contrato atípico por lo que la regulación del contrato se rige parcialmente por la voluntad de las partes y recién en caso de insuficiencia de la voluntad de las partes por las normas generales relativas a las convenciones y por las particulares del contrato o contratos que lleven implícito o de cuyos caracteres participe, sin perjuicio de otros criterios aplicables a casos particulares (Cámara Nacional Comercio, sala D, 24/03/1983, “Bosch Mayol de Rosell L. c/. establecimiento La Negra AGCICSA”).

Documento 11.8004: *Contrato de concesión, concepto, naturaleza, disciplina aplicable*

La afirmación según la cual la disciplina de un contrato atípico debe buscarse con total independencia de las reglas que rigen los contratos que, aunque no iguales, presentan cierta similitud, es inaceptable en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, ello llevaría a crear unos principios generales del contrato atípico aplicables con prescindencia del derecho positivo vigente, y aún por encima de todas las variantes ya contempladas en las normas vigentes y en abierta violación de lo dispuesto en el Código Civil, artículo 16, cuya aplicación en estos casos no puede ser soslayada. (Cámara Nacional Comercio, sala B, 25/03/1986, “De Luca José c/ Industrias Pirelli S. A.”).

Documento 11.6549: *Contrato de distribución, conclusión resolución, carencia de término de duración o resolución o daño o prueba*

1. El contrato de distribución constituye un negocio jurídico consensual, atípico y complejo de naturaleza mercantil, por el cual un empresario comercial —distribuidor— actúa profesionalmente por su cuenta, y en su propio nombre, intermediando en una actividad económica determinada que indirectamente relaciona al productor de bienes y servicios con el consumidor.

2. Cabe admitir, ante la falta de regulación específica, que la figura se rige por las disposiciones negociales convenidas, los principios generales de los contratos, la costumbre mercantil y las normas análogas a las que debe recurrirse... (Cámara Nacional Comercio, sala B, 30/12/1988, “Navun de Álvarez, Dora Amelia y otras c/. Embotelladora Argentina S.A.I.C.”. Magistrados: Piaggi, Morandi).

Documento 2.2163: *Concesión*

Siendo el contrato de concesión privada atípico, ante el silencio de la ley deben aplicarse para regular sus diversos aspectos las siguientes reglas: 1) la voluntad de las partes expresada en el contrato; 2) los principios generales de los contratos, de los hechos y actos jurídicos y de las obligaciones; 3) los de los contratos que más se le asemejan (analogía) y los principios generales del derecho. (Cámara Nacional Comercio, sala A, 28/4/1989, “Servigas del Interior S.A. /en liquidación c/ Agip Argentina S.A.”, *Jurisprudencia Argentina*, 1989, III, 477).

Lexis Nexis Jurisprudencia y Doctrina Documento 11.11181: *Contratos innominados, prestación de servicios médicos, interpretación analógica con otros contratos*

1. El contrato de prestación de servicios médicos es innominado (C. Civil artículo 1143), de manera tal que no puede ser juzgado subsumiéndolo, exclusivamente, en las normas del que sea de género más próximo, sino que deben apreciarse sus analogías con aquellos similares o de los cuales tenga algunas características, por ejemplo, con el seguro y con la locación de servicios.

2. Para su interpretación hay que partir de que sean nominados o innominados; su fuerza obligatoria proviene del acuerdo de voluntades (C Civil artículo 1197), pero mientras los primeros se gobiernan por las normas propias de su tipo y las disposiciones particulares, los innominados también se rigen por sus propias estipulaciones a las que se les agregan la de los contratos que sean más similares.

Voto del dr. Alberti. Si bien puede utilizarse el método de comparación del contrato atípico sujeto a interpretación con uno de los nominados, la comparación, analogía o subsunción debiera ser llevada a cabo globalmente, esto es, comparando el contrato atípico cuestionado con la totalidad de las reglas de las figuras convencionales nominadas, para hallar la más próxima en su conjunto. Nunca debiera, en cambio, buscarse la subsunción aislada de dispositivos o cláusulas de un contrato atípico en institutos nominados o típicos, porque de hacer esto destruimos la unidad intelectual y volitiva con que los contratantes establecieron su convención particular (Cámara Nacional Comercio, sala D, 31/05/1990, “Humanitas SA c/ Continental Illinois National Bank and Trust Company of Chicago Buenos Aires”. Magistrados: Arecha, Cuartero, Alberti).

Documento 2.8471: *Publicidad*

Tratándose el contrato de publicidad de un contrato atípico que se desenvuelve dentro del tráfico mercantil empresario, los aspectos particularísimos de su régimen deben buscarse en la voluntad de las partes. Cámara Nacional Comercio, sala C, 26/12/1991, “Piso Uno S.R.L. c/. Suchard Argentina S.A.”, *Jurisprudencia Argentina*, 1992, II, 571.

Documento 11.18218: *Contratos bancarios, contratos de caja de seguridad; caracteres atipicidad o efectos*

La afirmación según la cual la disciplina del contrato de caja de seguridad, contrato atípico, debe buscarse con total independencia de las reglas que rigen los contratos (aunque no iguales, presentan cierta similitud), se presenta como inaceptable dentro de nuestro ordenamiento jurídico, porque lelo llevaría a crear unos principios generales del contrato atípico aplicables con prescindencia del derecho positivo vigente, y aún por encima de todas las variantes ya contempladas en normas vigentes, y en nuestro concepto en abierta violación de lo dispuesto por el Código Civil, artículo 16, cuya aplicación en estos casos no puede ser soslayada (Cámara Nacional Comercio, sala B, 26/03/1993, “Sucarrat, Gustavo c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.”. Magistrados: Díaz Cordero, Piaggi, Morandi).

Lexis Nexis Jurisprudencia y Doctrina Documento 11.18881: *Contrato de distribución; concepto, naturaleza, características*

Por tratarse el contrato de distribución de un contrato atípico y por ende carente de normas expresas que regulen particular y expresamente su régimen jurídico, debe buscarse para la solución de conflictos que sobre ellos recargan, en las disposiciones generales sobre contratos, habida cuenta del orden legal de prelación dispuesta para las leyes comerciales y las civiles y en los principios generales del derecho, teniéndose en cuenta las circunstancias del caso (Cámara Nacional Comercio, sala C, 30/06/1993, “La Papelera del Plata S.A. c/ Amtrak S.A.”. Magistrados: Monti, Di Tella, Caviglione Fraga.).

Lexis Nexis Jurisprudencia y Doctrina Documento 2.3099: *Contrato innominado*

En el supuesto de un contrato atípico, mixto o innominado (artículo 1143 CC.) la labor del intérprete debe estar dirigida a desentrañar con cuál de los contratos nominados guarda mayor analogía fin de determinar cuáles son las normas jurídicas aplicables; en el caso, son las del contrato de mandato tanto como las del de locación de obra, desde que, por una parte, se confiere una representación para realizar una serie de actos jurídicos por cuenta del mandante, en tanto que por otra, se tiene en mira un resultado: la construcción de los inmuebles, resultado que asumido por el locador a su costa, y riesgo, aun cuando utilice los servicios de terceros (Cámara Nacional Civ., Sala A, 11/12/1986, “Grimau, Ro-

dolfo J. c/ Círculo de Suboficiales de la Armada”. *Jurisprudencia Argentina*, 1987, IV, 257.

Documento 11.16757: *Contratos administrativos, prestación de servicios para paliar perjuicios derivados de inundación, caracteres derecho aplicable)*

Se trata de un contrato atípico e innominado de carácter público, al que le resultan aplicables las normas de dicho derecho, si su objeto ha sido la prestación de un servicio que tenía por finalidad paliar los perjuicios que las inundaciones habían provocado en los productores y que afectaban directamente a la provincia.. (Corte Suprema, 03/03/1992, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia y Banco de Corrientes”. Magistrados: Levene, Cavagna Martínez, Fayt, Belluscio, Barra, Petracchi, Moliné O’connor, Nazareno, Boggiano).

Documento 1.8690: *Derechos reales-06) usufructo*

El usufructo constituido gratuitamente es un contrato atípico, pero análogo al de donación, y precisamente por esa analogía es de estricta lógica jurídica regir la institución por lo preceptuado en materia de donación (Cámara Nacional Civil, sala I, 5/2/1998", Carcacha, Raquel P. v. Carcacha de Perlo, Olga D. y *Jurisprudencia Argentina*, 1998, II, 334).