

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS EN UN ORDEN JURÍDICO NACIONAL

Elvia Arcelia QUINTANA ADRIANO*

SUMARIO: I. *Generalidades*. II. *Antecedentes*. III. *Características*. IV. *Principio de la autonomía de la voluntad y el contrato como fuente general de obligaciones*. V. *El régimen jurídico de los contratos innominados*. VI. *Clasificación*. VII. *Interpretación de los contratos innominados*. VIII. *Criterio de la corte*. IX. *Derecho mercantil internacional*. X. *Principios de Unidroit*. XI. *Consideraciones finales*. XII. *Bibliografía*.

El presente trabajo tiene como objetivo el estudio de los contratos atípicos a partir de la doctrina, legislación y jurisprudencia, con la finalidad de proporcionar un panorama que permita comprender si este tipo de acuerdo de voluntades se encuentra adecuadamente regulado en el orden jurídico nacional.

I. GENERALIDADES

A partir de su concepto los contratos nominados o típicos son los convenios que poseen nombre propio —*nomen iuris*—, pudiendo tener régimen legal específico al carecer de él, *i. e.*, la prenda. Por su parte, los contratos innominados o atípicos no tienen nombre propio legalmente otorgado, pero evidentemente, en el mercado los agentes económicos los

* Profesora titular por oposición de derecho mercantil, derecho económico e historia del pensamiento económico en la licenciatura y posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; miembro del Sistema Nacional de Investigaciones de CONACyT.

identifican con un nombre determinado; existe denominación o tipificación social con plenos efectos jurídicos, aunque no una denominación con rango legal, *i. e.*, *offshore*.¹

II. ANTECEDENTES

Los contratos innominados surgen en el derecho romano, producto de la necesidad de regular y dar respuesta a situaciones nuevas —*negotia nova*— que la dinámica social fue generando y que no correspondían al principio de la tipicidad contractual. Los romanos utilizaban un negocio jurídico para fines distintos de los que habían inspirado a la institución, *i. e.*, la prenda y la hipoteca nacieron de la venta ficticia con pacto de retroventa —*fiducia cum creditore*—.² Es decir, se trató de un esfuerzo de los juristas romanos, desarrollado a través del otorgamiento de acciones procesales, ante la inexistencia de una regulación jurídica específica propia de los contratos nominados.

III. CARACTERÍSTICAS

Los contratos innominados tienen las siguientes características: *a)* bilaterales, *b)* reales, *c)* sancionados por la *actio praescriptis verbis*,³ y

¹ *Offshore*. Este convenio lo realizan las entidades bancarias, consistiendo en que se permite la realización de una intermediación financiera en un centro financiero offshore (en el extranjero), ubicado, por lo general en un paraíso fiscal. *Revista de Ciencia Jurídicas* 96, San José de Costa Rica, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Colegio de Abogados, 2001, p. 132.

² Contrato de fiducia concluido por el deudor con su acreedor, en cuya virtud le transfiere la propiedad de la cosa dada en garantía del cumplimiento de la obligación contraída. A este contrato se unía la estipulación por parte del acreedor que se compromete a retransmitir la propiedad de la cosa que recibe cuando la deuda que garantiza le haya sido satisfecha. Gutiérrez-Alviz y Armario, Faustino, *Diccionario de Derecho Romano*, 2a. ed., México, Reus, 1975, p. 252.

³ Acción civil, *in ius*, de buena fe y arbitraria, sancionadora de las obligaciones nacidas en los contratos innominados y concedida a aquella parte que ha cumplido su prestación, para obtener la ejecución de la contraprestación debida o una indemnización equivalente. Su denominación procede del hecho de que en tales supuestos, al no poderse indicar en la *demonstratio* de la fórmula el nombre del contrato, por no ser de los contratos tipos, el magistrado iniciaba la redacción de la fórmula *praescriptis verbis*, relatando los hechos que han engendrado la obligación que trata de ampararse. *Ibidem*, pp. 26 y 27.

d) la parte que había cumplido con su obligación podía solicitar la devolución de la cosa de la otra parte en caso de que ésta no hubiere cumplido mediante la acción de repetición *condictio ob rem dati*.⁴

Algunos autores⁵ han dado por llamar a los contratos nominados e innominados, típicos y atípicos, respectivamente; pero debe aclararse que lo correcto es lo que la doctrina clásica⁶ refiere, es decir, resultan más adecuados los términos nominados e innominados, pues con ellos se alude de manera expresa a lo que la ley regula específicamente, o bien, a lo que la disposición normativa determina por analogía, según se trate de los primeros o de los segundos.

IV. PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL CONTRATO COMO FUENTE GENERAL DE OBLIGACIONES

El derecho de las obligaciones durante el siglo XIX aparece dominado por el principio de la autonomía de la voluntad. Su raíz es de esencia individualista y liberal. Sus ligas con la filosofía del siglo XVIII y con la teoría política y económica del liberalismo son manifiestas. La técnica jurídica de esa época construye sus sistemas e instituciones tomando como cimiento la idea de que la voluntad humana, por sí misma y sin necesidad de más elementos, es susceptible de producir efectos de derecho. En el contrato, afirma Planiol⁷ “la voluntad de las partes forma la obligación: es la fuerza creadora de ella, y quien determina a la vez su objeto y su extensión; el legislador no interviene sino para sancionar la obra de

⁴ Acción personal fundada sobre un enriquecimiento sin causa, concedida a quien ha llevado a cabo una datio, una entrega, con vista a obtener una contraprestación equivalente, que no ha sido ejecutada, a fin de reclamar la restitución de lo entregado o una indemnización equivalente. En el derecho justiniano se concede igualmente en caso de contratos innominados, cuando la contraprestación es realizada defectuosamente, con la misma finalidad de reclamar la restitución de la prestación primeramente efectuada. *Ibidem*, p. 139.

⁵ Javier Arce Gargollo y Arturo Díaz Bravo, entre otros.

⁶ La doctrina de los típicos, dice José Castán Tobeñas, procede del derecho penal. Es un error, señala Emilio Betti, identificar “innominado” con “atípico”, como si una tipicidad no pudiese producirse sino mediante particulares denominaciones y frente a la tiranía de los nombres el derecho debiere retraerse. Citados por Arce Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, 8a. ed., México, Porrúa, p. 128.

⁷ Citado por Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, México, Porrúa, 1953, tomo I, p. 100.

las partes, dándole una acción, o para vigilarla, estableciendo límites a su libertad por medio de prohibiciones y de nulidades”.

En contraste con lo que sucede en otras fuentes de las obligaciones como la declaración unilateral de la voluntad, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, los hechos ilícitos, la noción de contrato permanece como un medio general de obligarse, y así, quienes desean por mutuo acuerdo producir derechos y obligaciones, no tienen que ceñirse a los moldes de aquellos tipos especiales que las leyes regulan, sino que pueden libremente pactar y estructurar el contenido de sus convenciones, sin más límites que los establecidos por las buenas costumbres, la buena fe y la ley. En consecuencia, puede afirmarse que el enunciado clásico del principio de la autonomía de la voluntad — “todo lo que no está prohibido, está permitido” — tiene en el derecho moderno plena vigencia.

Por su parte, la legislación mexicana reconoce el principio de autonomía de la voluntad o de libertad contractual que entraña la posibilidad de celebrar contratos, ya sea que estén estructurados y regulados por el ordenamiento legal, o que no lo estén, dejando a las partes determinar libremente su contenido. De este modo se puede hablar de contratos nominados e innominados, y regulados o no regulados.

V. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS INNOMINADOS

Se encuentra establecido en el derecho positivo mexicano, en el artículo 1858 del Código Civil para el Distrito Federal como su homólogo del Código Civil Federal que, a pesar de no darles tal nombre o denominación, sí los regulan. Dicha disposición subsume la norma de que “los contratos que no están especialmente regulados en estos Códigos se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento”.⁸

El origen de la disposición contenida en este precepto es difícil determinar con certeza, toda vez que los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no contenían una semejante. Al respecto, Borja Martínez⁹ afirma que po-

⁸ Véase artículo 1858 del CCDF y del CCF.

⁹ Citado por Arce Gargollo, Javier, *Contratos... cit.*, nota 6, p. 140.

siblemente los legisladores de 1928 se inspiraron para incluirlo en el Código Civil de ese año en un texto de Manuel Mateos Alarcón, según el cual los [contratos innominados] “...se rigen por las cláusulas y condiciones que, de común acuerdo, se imponen en los contratantes y, en su defecto, por las reglas comunes a todos los contratos y con las de los nominados con los cuales tengan mayor analogía...”.

De lo anterior, se desprende que no existe en nuestro derecho una regulación particular para los contratos innominados; lo que de alguna manera es aceptable, en virtud de la versatilidad de opciones que la vida de los negocios ofrece a los contratantes.

Debe decirse, que el derecho moderno, partiendo del principio de la autonomía de los sujetos para contratar, se ha enriquecido con nuevas figuras contractuales por la vía de los contratos innominados, lo cual viene a demostrar la fuerza creadora de éstos y su importancia práctica para el desarrollo jurídico-económico del país.

VI. CLASIFICACIÓN

a) Régimen jurídico de los contratos innominados puros. Para este tipo de contratos, de acuerdo con el citado artículo 1858, tanto del CCDF y CCF, el orden normativo que se aplica será el siguiente: 1) las reglas generales de los contratos establecidas en esos ordenamientos; 2) la autorregulación de intereses establecida por las partes, dentro de los límites del orden público fijados por la ley; 3) en todo aquello que no haya sido previsto por las partes, se regirán por las normas o criterios sentados por los usos, jurisprudencia, o doctrina, y para aquellos que no la tienen, o que teniéndola sea deficiente, debe seguirse para su regulación el criterio de la analogía *iuris*, extrayendo la normación del grupo o familia de contratos nominados más afín al contrato de que se trate, siempre que sea apropiada a su naturaleza.

b) Régimen jurídico de los contratos innominados impropios. Dentro de este grupo se hace una distinción, considerando primero aquellos que sólo guardan semejanza con un contrato regulado, y después a los contratos mixtos. Respecto al primer grupo, tendrán plena aplicación las disposiciones del citado artículo 1858, así como los criterios antes señala-

dos, con la particularidad de que con prioridad a la analogía *iuris*¹⁰ se deberá proceder a buscar la norma aplicable, usando el procedimiento de la analogía *legis* o directa, es decir, procurando construir la disciplina del contrato acudiendo a la de aquella figura contractual más semejante. Sólo en segundo término habrá de recurrirse a la analogía *iuris*.

Sobre las reglas antes señaladas, parece haber consenso en la doctrina, pero donde surge la discusión es en torno al segundo grupo, es decir, de los contratos de carácter mixto, cuyo estudio se aborda en el siguiente punto.

VII. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS INNOMINADOS

Al respecto, la doctrina ha formulado las siguientes teorías para determinar las normas supletorias de los contratos nominados que le puedan llegar a resultar aplicables, mismas que a continuación se analizan.

1. Teoría de absorción.¹¹ Establece que en los contratos mixtos habrá siempre un elemento prevalente que absorbe los elementos secundarios; esta circunstancia permitiría regular el contrato con las normas del contrato nominado correspondiente, el que estaría dotado de una fuerza de expansión respecto de las figuras contractuales que estén provistas de una función económica análoga.

2. Teoría de la combinación.¹² Esta teoría postula la existencia de una estrecha relación entre los elementos del contrato singular (nominado) y las normas mediante las cuales éste se encuentra disciplinado por la ley.

3. Teoría de la aplicación analógica.¹³ Un tercer criterio para establecer el régimen legal de los contratos innominados —menos ambicioso pero más serio, al decir de Messineo— es el de la aplicación analógica

¹⁰ Analogía jurídica. Analogía viene del griego *analogia*: proporción, semejanza (de *ana*: conforme a *logos* razón, patrón, medida, conformidad con dos razones, proporción matemática), y significa; relación de semejanza entre cosas distintas. Con la expresión “analogía jurídica”, los juristas entienden una semejanza entre hechos o situaciones que se encuentran en la base de la interpretación analógica (extensión analógica o razonamiento analógico). Tamayo y Salmorán, Rolando, “Analogía jurídica”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. I: A-B, p. 252.

¹¹ Messineo, Francesco, *Doctrina general del contrato*, trad. de Santiago Sentís Melendo *et al.*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p. 397.

¹² *Ibidem*, p. 398.

¹³ *Ibidem*, p. 399.

de cada una de las normas particulares relativas al contrato o contratos nominados con los que se manifiesta afin el contrato mixto por disciplinar. No se trata, como en la teoría de la combinación, de hacer una aplicación directa de las normas, ni de otorgar autonomía e independencia a las prestaciones reguladas por el derecho positivo a propósito de ciertos contratos. Se pretende buscar la *ratio iuris*¹⁴ de disposiciones dictadas para un contrato regulado afin. En esta búsqueda, ha de tenerse muy presente el fin práctico del contrato mixto para lograr la unidad y vinculación indispensables entre las normas que pretendan aplicársele. La teoría de la aplicación analógica, por otra parte, es la que acepta el derecho positivo mexicano en los artículos 1858 del CCDF y CCF, cuyo análisis se realizó anteriormente.

VIII. CRITERIO DE LA CORTE¹⁵

En el marco de referencia, la SCJN ha sostenido que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas, y si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente, prevalecerá ésta sobre aquéllas. Asimismo, reconocido el principio de que la interpretación de los contratos debe limitarse a los casos en que se hace necesaria, porque si los términos del contrato son claros, la interpretación no tiene razón de ser, pues se entiende que en aquellos términos está precisamente la voluntad de los contratantes; de ahí que, siendo indubitable la letra de un contrato, no cabe, con pretexto de su interpretación, alterar o cambiar su sentido literal.

¹⁴ Razón deducida del derecho objetivo y que por reflejar el espíritu o tendencia del ordenamiento jurídico puede ser invocada para la solución de un caso concreto no previsto claramente por la norma legal. Gutiérrez-Alviz y Armario, Faustino, *Diccionario...*, *cit.*, nota 2, p. 584.

¹⁵ Véase, tesis: “Interpretación de los contratos”, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. VII, enero de 1998, p. 1075.

IX. DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

En el derecho mercantil internacional se reafirma el principio liberal de la autonomía de la voluntad privada, factor importante en el movimiento unificador con que se presenta el derecho regulador del comercio internacional (modelos de contratos tipos), así como, prácticas y usos mercantiles (comerciales); tendencia que hace recordar el proceso formativo del viejo *ius mercatorum*, derecho consuetudinario de vigencia universal.¹⁶

X. PRINCIPIOS DE UNIDROIT

En 1994 se publican los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, que en forma abreviada se les conoce como Principios de Unidroit.

Los referidos Principios son una recopilación de normas legales para aplicarse a los contratos internacionales cuando así lo convienen las partes. Son de naturaleza diferente a las convenciones internacionales y a las leyes modelos, que sólo se aplican cuando adquieren vigencia porque así lo establecen las autoridades legislativas de uno o varios Estados, según sea el caso.

Ámbito de aplicación. Los principios se aplican: *a)* a los contratos mercantiles internacionales; *b)* cuando las partes hayan acordado someterse a sus disposiciones, y *c)* cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los principios generales del derecho, es decir, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes.

XI. CONSIDERACIONES FINALES

Del análisis realizado a los contratos innominados se desprenden las siguientes consideraciones:

1. Los contratos innominados carecen de una reglamentación específica, es decir, se rigen por las reglas generales de contratación; por la

¹⁶ Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Ciencia del derecho mercantil. Teoría. Doctrina. Instituciones*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 174.

voluntad de las partes y, en lo que éstas fueran omisas, por las disposiciones del contrato nominado con el que tengan más analogía.

2. Destaca la utilidad que a través del tiempo han brindado, toda vez que permiten a las partes que intervienen en ellos utilizarlos en un sinfín de operaciones comerciales, cuya gama es tan amplia, como la imaginación y las necesidades de aquellas en su realización.

3. Por lo anterior, resulta de fundamental importancia el principio de la libertad contractual que es sinónimo de la voluntad de las partes, sin más límite que el establecido por las buenas costumbres, la buena fe y la ley. En este sentido, la materia contractual regula actividades tales como la cambiaria, la corporativa, de seguros y fianzas, la concursal, de transporte por vía terrestre y fluvial, la bursátil, la monetaria, de derecho industrial, de sociedades extranjeras, de inversión extranjeras en sociedades mexicanas, comercio internacional y el derecho de consumo, además de la navegación y transporte marítimo; sin embargo, siempre estarán enmarcadas por los principios generales de los contratos, y de las convenciones y tratados internacionales en materia mercantil.

4. Se aprecia que la legislación mexicana recoge todos aquellos principios internacionales aplicables al acuerdo de voluntades de las partes en su intención de crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, con lo cual se da una inserción del ámbito internacional en el nacional en una época de mercados globalizados.

5. Por la dinámica del derecho, no es posible regular los contratos que van surgiendo día con día; por tanto, es de singular importancia lo dispuesto por el artículo 1858, tanto del CCDF como del CCF que expresan los principios reguladores de los contratos que no estén previstos por la ley. Esta es la razón por la que el legislador en materia civil fue acertado al expresar que en cuestiones mercantiles, por disposición del propio Código de Comercio y de otras leyes mercantiles federales especiales, es de aplicación supletoria el Código Civil Federal; así como en materia internacional, los Principios de UNIDROIT.

XII. BIBLIOGRAFÍA

ARCE GARGOLLO, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, 8a. ed., México, Porrúa, 2001.

- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, México, Porrúa, 1953, t. I.
- CORNEJO CERTUCHA, Francisco M., “Contrato”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. II C.
- DÍAZ BRAVO, Arturo, *Contratos mercantiles*, 7a. ed., México, Oxford University Press, 2002.
- DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1983.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ y ARMARIO, Faustino, *Diccionario de Derecho Romano*, 2a. ed., México, Reus, 1975.
- MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, trad. de Santiago de Sentís Melendo y otros, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.
- PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, “Contrato innominado”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. II C.
- Revista de Ciencias Jurídicas 96*, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Colegio de Abogados, San José de Costa Rica, 2001.
- Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán*, México, septiembre-diciembre de 1997.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano. Introducción y personas*, 5a. ed., México, Porrúa, 1986, t. I.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, 13a. ed., México, Porrúa, 1994.
- VÁZQUEZ DEL MERCADO, Óscar, *Contratos mercantiles*, 5a. ed., México, Porrúa, 1994.