

1.3. Contratos modernos: ¿conceptos modernos? Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual mínimo —problemas contractuales típicos— finalidad supracontractual y conexidad.

por el Dr. Ricardo Lorenzetti

ASOCIACION DE ESC
DEL URUGUAY

BIBLIOTECA

Prof. Esc. Julio R. B.

SUMARIO:

Primera parte: La crisis. I. El legislador y los contratantes van por distintos caminos. II. La regla y la excepción en la doctrina legal. **Segunda parte: El tipo referido a la noción general de contrato.** I. Caracteres del tipo contractual. II. Tendencias actuales: el tipo mínimo. III. El propósito práctico y el orden público frente al contrato-tipo. **Tercera parte: Los contratos especiales.** I. Problemas que pueden ser solucionados con normas generales. 1) Problema de la admisibilidad. 2) Problemas relativos a la formación de un contrato válido. 3) El control estatal de entrada al mercado. II. Los contratos especiales. 1) La finalidad económico-social como elemento para el tipo y la calificación. 2) Funciones facilitativa, delimitativa y de programación. 3) Las figuras contractuales típicas: A) Función de cambio de la titularidad. B) Función de cambio en el uso. C) Función financiera. D) Función de garantía. E) Función de custodia. F) Función de colaboración gestoria. G) Función de colaboración asociativa. H) Función de colaboración asociativa en redes. I) Función de previsión. J) Función de recreación. K) Función extintiva. L) Función de gratuidad. **Cuarta parte: Los contratos atípicos.** I. La calificación contractual. II. Existencia de un solo contrato. 1) Contratos típicos. 2) Atípicos puros. 3) Atípicos mixtos. A) Prestaciones principales y accesorias pertenecientes a distintos tipos. B) Prestaciones principales pertenecientes a distintos tipos. C) La solución jurídica basada en los problemas típicos. 4) El negocio jurídico indirecto. III. Existencia de varios contratos. **Quinta parte: Uniones de contratos.** I. La existencia de uno o varios contratos. II. Uniones de contratos de origen legal. 1) Contratos autónomos recíprocos. 2) Contrato principal y accesorio. 3) El subcontrato. 4) Sucesión de contratos. III. Uniones de contratos de origen convencional. 1) Negocio realizado a través de varios contratos. 2) Finalidad supracontractual. **Sexta parte: La conexidad contractual.** I. Distintos aspectos. II. El interés asociativo en la conexidad contractual. III. La noción de dependencia recíproca y de contratos condicionados entre sí. 1) Efectos. 2) Situaciones jurídicas abusivas. 3) Conexidad contractual y obligaciones conexas o concurrentes.

PRIMERA PARTE

LA CRISIS

I. El legislador y los contratantes van por distintos caminos.

Para la lingüística, el tipo es un símbolo representativo de la cosa figurada; para la teoría legal es un modelo que el legislador dispone para el uso de los contratantes; es, en definitiva, un modo de programar las relaciones jurídicas, subsidiando aquellos vínculos que se ajustan al mismo, mediante el otorgamiento de efectos jurídicos. En cambio, para los contratantes actuales, no es ninguna de las dos cosas: no representa la realidad económica y ha dejado de ser un subsidio, para ser un obstáculo.

Veamos algunos aspectos indicativos de este fenómeno.

A) Los modelos contractuales que surgen de la tipicidad están en un punto crítico, ya que su uso ha disminuido considerablemente en la actividad económica, que se organiza en base a criterios disímiles a los previstos en la ley. De esta manera, el orden y la programación contractual que ideó el legislador decimonónico, tan detallista y rígida, pensada para guiar el desarrollo económico, ha sido sustituida por los nuevos modelos surgidos de la costumbre, la legislación especial y la voluntad de los particulares, que se han constituido en la vanguardia innovativa.

B) La disolución de las fronteras entre lo civil

y lo comercial, así como la aparición del distinguo entre contratos discrecionales y de consumo ataca al corazón de la clasificación de los Códigos Civiles y Comerciales proponiendo un orden distinto del existente en los Códigos.

C) La unidad interna de cada tipo ha explotado al ritmo del surgimiento de una enorme cantidad de variaciones dentro de cada contrato. La compraventa, por ejemplo, es el modelo legal del contrato de cambio: transmisión de la propiedad de una cosa por un precio. Es la tipología más clara y la que más ha resistido las erosiones del tiempo.

Sin embargo, podemos señalar algunas mutaciones de importancia:

— En la época de la codificación se tomó como base la compraventa de contado, el comprador busca ser propietario de lo que pagó. Hoy predomina la venta a crédito, en la que el vendedor busca una garantía del pago del precio, razón por la cual se devalúa el rol de la transmisión de la propiedad y se realza la importancia de la garantía. En el siglo XIX se pensaba que asegurando la transmisión de la propiedad habría más compraventas; hoy esta función se da en relación a las garantías.

— La transmisión de la propiedad muestra aspectos especiales según algunos bienes: los caballos de carrera, los automotores, las computadoras, los inmuebles, los loteos urbanos. Ello agrega elementos distintos a la compraventa tradicional, al mismo tiempo que muestra una separación entre la regulación de la propiedad y la compraventa.

— Los individuos se refieren muchas veces a la venta sin querer transmitir la propiedad, porque es costoso hacerlo, o por su caducidad tecnológica, razón por la cual ha surgido lo que los empresarios llaman “la venta de uso de las cosas”. Así se prefiere comprar el uso de los inmuebles, automotores, computadoras, maquinarias, antes que su propiedad, dando origen a numerosas relaciones que participan de la locación y de la compraventa, como por ejemplo el leasing y el tiempo compartido.

— Con referencia a las cosas, los mercados competitivos han hecho que rara vez se vendan solas. Se venden cosas con otras cosas accesorias, como un diario que lleva como accesorio un capítulo de una obra intelectual, sea un atlas, o una enciclopedia, que requiere una continuidad y

una composición técnica prometida al usuario. Se venden cosas con servicios. En mercados como el de automotores o de computadoras, donde existen precios muy similares, las diferencias las hacen los servicios: servicios posventa como las reparaciones, repuestos, o bien otros menos tradicionales como la provisión de un teléfono celular en el automóvil. Se venden “paquetes” o productos complejos, que están integrados por prestaciones de dar y de hacer; un producto de computación tiene hardware, software y servicios complementarios, como la capacitación del adquirente.

— En algunos casos el producto evoluciona hacia el servicio, produciéndose una devaluación de la cosa; por ejemplo, hace unos años, se vendía el teléfono y adicionalmente uno esperaba recibir un servicio consistente en la comunicación. Actualmente, el valor de la cosa (aparato telefónico), ha disminuido sensiblemente y es un accesorio del servicio que se suministra.

En el mercado automotor la tendencia es algo similar, ya que los sistemas crediticios tienden a que el usuario del auto se convierta en cliente de la empresa comercializadora, pagando una cuota permanente. De tal manera, una vez pagado un vehículo se lo cambia por otro, siempre que la cuota se mantenga dentro de la capacidad de pago del cliente; la venta de la cosa-automóvil se transforma en “servicio de movilidad”.

— La función de cambio parecía algo bastante sencillo para el Código: cosas y derechos que dan lugar a la compraventa y la cesión. Sin embargo, asistimos a la “venta” de jugadores de fútbol, de bonos, *commodities*, hipotecas, tecnología; casi todo es comercializable. Asimismo, la orientación al cliente promueve la diversificación de productos y hace que cosas muy sencillas como una zapatilla, presente no menos de veinte variedades, según se use para caminar, jugar al tenis o al fútbol, con lo cual aparece el problema de la “satisfacción” que provee la cosa como elemento de la compraventa.

— La compraventa se pensó como “un” contrato celebrado entre comprador y vendedor, pero no se reguló la multiplicidad de ventas que se transforma en suministro. Una distribuidora mayorista de medicamentos que atiende a las farmacias, puede realizar miles de ventas diarias; un proveedor de partes de una empresa que hace un producto final no agota su obligación con la entrega de una cosa, sino con una provisión

continúa; el *catering* en los aeropuertos es llamado "servicio". De tal modo, la obligación de dar se disuelve en el mantenimiento del vínculo de asistencia; en una continuidad en el tiempo de la obligación de dar, semejante al servicio e impensada en el contrato típico de la compraventa.

— También hay variaciones en función de los sujetos. La compraventa comercial, aporta particularidades en función del vendedor; la compraventa de consumo, cuyos particularismos surgen principalmente de la contemplación de la figura del comprador-consumidor.

"La compraventa" deja lugar a "las compraventas" y a muchas formas mixtas de entrecruzamiento de finalidades económicas.

D) El legislador ha regulado mínimamente algunos contratos, como la locación de servicios. Sin embargo, hoy constituye uno de los principales ámbitos de la actividad contractual¹ lo cual muestra la falta de relación entre el "tipo legal especial" y el desarrollo de determinadas formas económicas.

E) Han proliferado los vínculos atípicos y la tipicidad social. Surgieron combinaciones de elementos de distintos tipos legales, nuevas formas, contratos que cumplen varias funciones, al punto tal que cabría pensar que la excepción se ha convertido en la regla.

F) Por último, aparecen la celebración masiva de contratos de consumo, de distribución comercial, de servicios, que desarrollan redes de contratos vinculados que constituyen un supuesto de hecho imprevisto para el legislador del Código.

Se trata de uniones de contratos en las que los objetivos económicos se alcanzan no ya mediante un contrato, sino de varios utilizados estratégicamente en función de un negocio o en redes que forman sistemas, lo cual propone la necesidad de un concepto de finalidad económica supracontractual.

G) Este fenómeno, no es privativo de los contratos civiles y comerciales. La legislación laboral tomó como base el contrato de larga duración por tiempo indeterminado y rígido. Luego han proliferado las formas transitorias, que requirieron la recepción de modalidades distintas: por tiempo determinado, por nuevas actividades, aprendizaje y otras (Ley 24.013) en las que predomina el empleo temporario. Cambió sustancialmente el supuesto de hecho y el modelo típico.

La familia fue regulada mediante un estatuto típico, encontró también su forma anómala: el concubinato, la familia ensamblada, y se discute la legitimidad del matrimonio entre personas del mismo sexo²

Los derechos reales atípicos también existen: el cementerio privado, el tiempo compartido, el club de campo, ponen en crisis tanto la tipicidad como el *numerus clausus*³.

Si el tipo es un indicio del grado de desarrollo económico en un determinado tiempo y lugar, parece evidente que los tipos legales existentes en el Código pertenecen a una época distinta de la que vivimos.

II. La regla y la excepción en la doctrina legal.

Esta realidad no fue ignorada por la ciencia jurídica. Desde que se adjudicaron efectos a la autonomía privada como *causae obligandi*, hubo que admitir formas anómalas respecto de los tipos legales. Así surgieron, en la teoría de los contratos, los vínculos atípicos que combinan distintos elementos del tipo; luego hubo que admitir la tipicidad social; luego el negocio indirecto que toma al contrato típico como un instrumento para lograr una finalidad distinta de la que previó el legislador. Estos conceptos receptaron nuevos vínculos como "excepciones" a la regla de la tipicidad, y fueron consentidos como "un

¹ Ampliamos argumentos y citas en LORENZETTI, Ricardo, "La economía y los servicios", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. Rubinzal y Culzoni.

² Ampliamos argumentos y citas en LORENZETTI, Ricardo, "Teoría general del derecho de familia: la familia entre los derechos individuales y grupales", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, núm. 12.

³ Ampliamos argumentos y citas en LORENZETTI, Ricardo: *Notas para el régimen jurídico de los cementerios privados*, LL. 1991- E-1992.

síntoma de la transición⁴, en el sentido de que la actividad negocial va por un camino distinto del que prevé el ordenamiento.

Sin embargo, la costumbre muestra que la excepción se transformó en regla, predominando la atipicidad, lo que plantea dos problemas básicos:

— ¿hay un ordenamiento contractual distinto al previsto en los modelos típicos?

— ¿hay una crisis de la tipicidad como técnica legal?

La respuesta a estas interrogantes es compleja, puesto que la noción de “tipo” forma parte de nuestra cultura jurídica. No obstante ello, creemos que puede avanzarse en un camino más acompasado con la realidad.

Seguidamente, veremos el tipo legal, sus funciones en la parte general y especial, las nuevas tendencias y finalmente las uniones de contratos.

SEGUNDA PARTE

EL TIPO REFERIDO A LA NOCIÓN GENERAL DE CONTRATO

I. Caracteres del tipo contractual.

El contrato es un instrumento para la realización de actividades económicas; es “una relación entre partes en el proceso de programación de intercambios en el futuro”⁵. Para que ello sea posible, el derecho debe subsidiarlo concediendo acciones para que esas promesas sean ejecutables.

Una de las posibilidades es conferir acción

sólo a aquellas relaciones jurídicas que reúnen los elementos de un “tipo legal” previamente definido. Así, en nuestro derecho, la “obligación” tiene su causa en el contrato, el cuasicontrato, delito, cuasidelito, la voluntad unilateral y la ley. El contrato, como tal, es entonces un “tipo legal” cuyos elementos deben darse en una relación jurídica para que surja una obligación.

Durante un largo período de la historia del derecho se legisló sobre tipos de contratos, de modo que sólo los que están nombrados o regulados tenían acción⁶. En tiempos más recientes se admitió la posibilidad de que fuera la autonomía privada la fuente de las obligaciones, sin necesidad de ajustarse a los tipos preestablecidos en la ley, surgiendo así el fenómeno de la atipicidad⁷. A posteriori, se llegó a la conclusión de que 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.

Así configurada, la tipicidad, legal o social, como la atipicidad, son conceptos que, en materia contractual, tienen un doble campo de aplicación:

— uno de primer orden, que está dado por el concepto mismo de contrato. Toda relación jurídica que no reúna los requisitos que la ley establece para el contrato, no causa obligaciones salvo que sea otra fuente jurídica⁸.

— otro, de segundo orden, está referido a la descripción de las diversas clases de contratos que se pueden celebrar.

En el derecho los contratos la cuestión del tipo es más conocida en relación a la parte especial que contempla las diferentes clases de contratos, y a los contratos típicos o atípicos⁹.

⁴ RUBINO, Doménico, *El negocio jurídico indirecto*, Ed. Revista de Derecho Privado, Trad. Rodríguez Arias, Madrid, 1953.

⁵ MAC NEIL, *The new social contract*, 1980, cit. por CALAMARI-PERILLO, *Contracts*, West Pub., 3rd ed., Minn, 1997, pág. 2.

⁶ En el Derecho romano los contratos nominados significaron la posibilidad de conceder una acción que no se admitía para los innominados. Por ejemplo, en el Digesto se refiere a los contratos nominados *Do ut des* (doy para que des), de modo que si el vínculo se subsumía dentro de esta categoría había acción.

⁷ DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, T. I, pág. 248.

⁸ En otros derechos, como el anglosajón, se ha prescindido de este procedimiento y de la noción general de contrato definida legalmente.

⁹ La mayoría de los autores trata la tipicidad dentro de este aspecto, siguiendo la norma del artículo 1.143 que alude a los contratos nominados.

En el campo del “tipo especial” pueden destacarse dos aspectos: la estructura y la función del tipo¹⁰. La estructura del tipo está dada por la regulación propia de cada tipo contractual, como una suerte de concreción en el caso de lo dispuesto en la parte general. La función contractual en cuanto concepto, describe la finalidad práctico-jurídico-económica que se le requiere al contrato, es decir, la denominada causa objetiva o económico-social.

II. Tendencias actuales: el tipo mínimo.

Esta idea del tipo legal contractual no es inmutable, ya que el mismo tuvo muchas variaciones a lo largo de la historia¹¹. Actualmente hay dos tendencias en los derechos occidentales.

En la cultura jurídica de influencia italo-franco-germana, hay una enorme gravitación de noción de tipo contractual. Por influencia del racionalismo del siglo XIX, éste ha sido identificado como una obra del legislador. En los Códigos Civiles que nacieron a inspiración del Código Napoleónico, fue común que se pensara en establecer apriorísticamente los distintos aspectos de un contrato, de modo tal que las partes sólo tuvieran que optar entre distintas tipologías a la hora de celebrar un vínculo. Se pretendía así una Sociedad más ordenada racionalmente.

En la cultura anglosajona, la noción del “tipo” no es necesaria por muchas razones. Principalmente porque no se piensa que los tipos de contratos sean un asunto que pueda determinar el legislador, sino que surge de la multiplicidad de decisiones emanadas de la autonomía privada. La acción se otorga siempre que exista una causa para obligarse, y no un contrato típico. En algunos casos se admite la intervención legis-

lativa, pero ésta no establece un orden apriorístico, sino que se limita a aceptar algunas formas contractuales a fin de darles protección jurídica y establecer los límites; su actuación es ulterior y basada en el dato empírico: no es racional-apriorística¹².

Actualmente, la realidad ha impuesto acercamientos a ambas posiciones. La doctrina del tipo ha tenido que admitir una gran cantidad de combinaciones de los contratos creados por el legislador, y la noción de tipicidad social, que se remite a la costumbre como fuente de derecho. La postura que rechaza toda noción apriorística, ha tenido que enfrentar una profunda legislación nacional e internacional, que tiende a homogeneizar las contrataciones mediante regulaciones típicas¹³. El creciente comercio transnacional y la interdependencia de las naciones, como el surgimiento de mercados regionales y mundiales, plantea la necesidad de armonizar legislaciones y ello sólo puede hacerse tomando en cuenta elementos esenciales, mínimos, dejando libertad a los individuos para que las recepten y las adecuen a sus intereses¹⁴.

En esta tendencia se busca un “tipo mínimo”, menos exhaustivo y detallista, pero más efectivo para enfrentar los cambios. La intensa evolución y creatividad de los particulares, ha puesto en crisis los modelos extensos, abarcativos, propios de los Códigos Civiles del siglo pasado, para establecer nociones generales en determinados grupos de contratos, pero dejando un amplio campo a la autonomía privada.

III. El propósito práctico y el orden público frente al contrato-tipo.

Se ha insistido en que es necesario un doble tipo legal: el referido al contrato como tal y el

¹⁰ Conf: GETE ALONSO y CALERA, Ma. del Carmen, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, Bosch, 1979, pág. 710.

¹¹ Sobre los aspectos históricos conf. el exhaustivo trabajo de GETE ALONSO y CALERA, Ma. del Carmen, «Estructura y función del tipo contractual», Barcelona, Bosch, 1979.

¹² Para una crítica de esta noción conf. NICOLAU, Noemí, *La autonomía de la voluntad como factor de resistencia a la tipicidad en el sistema de derecho privado argentino*, Ed. 29.6.95.

¹³ Las regulaciones han proliferado en el Derecho anglosajón. Por ejemplo, en U.S.A., el Uniform Commercial Code en su artículo 2 declara que se aplica a las transacciones en bienes, y específicamente en ventas, conf. HONNOLD, REITZ, *Sales transactions: domestic and international law*, Foundation Press Inc. 1992, New York.

¹⁴ Tal es lo que ha ocurrido con la compraventa internacional de mercaderías y la necesidad de buscar un equilibrio entre el derecho romanista y el anglosajón.

que contempla los distintos contratos especiales.

El tipo contractual de primer orden, se refiere a los elementos necesarios para que exista una relación jurídica que pueda calificarse como contrato y tener así efectos jurídicos obligacionales.

Al respecto caben dos observaciones que nos parecen contundentes:

— En la costumbre negocial, no es habitual la celebración de un contrato como el pretendido por la teoría general, en el que se describan sujetos, objeto, causa, cláusulas típicas, modos extintivos, suspensivos. Lo más frecuente es un relato del propósito práctico concreto, mediante comportamientos declarativos o no declarativos, y una causa suficiente para hacerlo. Los demás efectos surgen cuando a ese vínculo se le pone un “traje normativo”, es decir, se lo califica frente a un conflicto y se le aplican obligaciones, aún cuando las partes no las previeran, se reajustan sus conductas.

La mayoría de los conflictos contractuales tienen relación con numerosas normas: derecho laboral, responsabilidad civil, impositivo, administrativo, cláusulas abusivas, que adjudican efectos, y entre los que la teoría general del contrato es uno más.

El orden público en los contratos se ha expandido, asumiendo diferentes formas¹⁵:

1) garantía subjetiva al consentimiento pleno: son normas imperativas que persiguen una manifestación de voluntad plena, modificando la voluntad real de las partes. Se incluyen aspectos como el error o la voluntad declarada.

2) garantía grupal procesal consentimiento pleno: en este caso se persigue garantizar un procedimiento para que el consentimiento sea pleno, pero no es referido a los individuos, sino a los grupos: es el orden público de protección de consumidores, locatarios, etc.

3) garantía a un orden público de coor-

dinación, que establece normas de compatibilidad de los derechos, de modo que los derechos de cada uno se compaginen con los del resto.

4) garantía a un orden público de dirección, que adecua la autonomía privada al orden general de la economía.

La licitud de una relación jurídica y la asignación de efectos obligatorios a la misma, surge muchas veces del derecho de la competencia, de la responsabilidad por daños, del derecho laboral o impositivo, sin derivarse necesariamente de la presencia de sujetos, objeto y causa. En estos casos es suficiente con recurrir a las normas generales, las que cumplen una función delimitativa y correctora de la autonomía privada.

Ello no significa la desaparición de la teoría general del contrato, sino su ampliación, escapando de los límites en los que la ha encerrado la idea del “tipo”, para aprehender una noción abarcativa de lo que es un contrato dentro del sistema jurídico en su totalidad.

TERCERA PARTE

LOS CONTRATOS ESPECIALES

I. Problemas que pueden ser solucionados con normas generales.

Antes de examinar el tipo contractual especial, debemos precisar que muchas cuestiones que son aparentemente novedosas en la práctica, no precisan de la noción de “tipo legal especial”, pudiendo ser solucionadas con algunas normas de carácter general.

De lo que se trata es de poner al contrato frente al derecho como sistema, y testear su adaptabilidad a las diferentes normas que protegen intereses disímiles. Es en este plano donde el contrato nuevo no importa un cambio de paradigma, sino una nueva sintaxis¹⁶, es decir, implica releer los mismos textos legales de distinta manera, para aprehender el supuesto de hecho.

¹⁵ Ampliamos en *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Ed. Rubinzal y Culzoni, 1995.

¹⁶ Sobre este enfoque ampliar en CAUMONT, Arturo, “Vigencia de los conceptos tradicionales del Derecho Civil en la contratación moderna”, publicado en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXV, Aniversario, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995, pág. 515.

Entre ellas podemos indicar:

1) Problema de la admisibilidad: una relación contractual puede merecer protección o ser simplemente permitida o prohibida por la norma. Para estos problemas no es necesaria la existencia de un tipo especial, porque pueden aplicarse las normas generales sobre sujetos, objeto y causa, y el orden público en sus diversos aspectos.

Muchos de los principales conflictos que plantea la franquicia, por ejemplo, no precisan de una regulación especial. La existencia de dominación puede ser juzgada por el derecho de la competencia; la responsabilidad del franquiciante, por la responsabilidad por daños; los conflictos del trabajo por el derecho laboral; la rescisión por la regulación general del contrato; el plan de operaciones por la noción de cláusula abusiva; el *know how* por el derecho de patentes.

2) Problemas relativos a la formación de un contrato válido: algunas nuevas prácticas no se refieren a la tipicidad puesto que no llegan a ser “nuevos contratos”, sino a aspectos relativos a la formación de un vínculo válido. El cajero automático, la venta a domicilio, el marketing directo, son problemas que se vinculan con el consentimiento contractual. El alquiler de úteros, por ejemplo, se relaciona con el objeto y los derechos personalísimos.

Tampoco aquí es imprescindible la noción del tipo-especial siendo suficiente con nociones generales aplicables al derecho patrimonial. En este caso, la noción de orden público es mucho más relevante que la de “tipo”

3) El control estatal de entrada al mercado: en otros casos, la tipicidad del contrato surge como un modo de solucionar otras cuestiones. Es claro que cuando se autoriza a determinadas personas a realizar un contrato, el legislador persigue una función de protección, vinculada al orden público. Este tipo de normas se refieren en realidad a una regulación de la

entrada al mercado, permitiendo participar sólo a quienes reúnan determinadas condiciones de solvencia o idoneidad; así sucede en la actividad financiera, en el seguro, la medicina prepaga, y otras semejantes.

Es en este sentido en que puede hablarse, por ejemplo, de “actividad financiera típica”¹⁷, pero parece excesivo crear un nuevo contrato o una nueva regulación sólo para esos fines.

II. Los contratos especiales.

1) La finalidad económico-social como elemento para el tipo y la calificación.

Betti ha indicado que los contratos tienen una función socialmente trascendente, en forma independiente de lo que los individuos quieran¹⁸. En razón de ello desarrolló lo que autores posteriores denominaron noción de causa objetiva, o finalidad económico-social del negocio. Ella sería la razón económico-jurídica o práctico-social.

Los negocios tienen una finalidad individual, que persiguen las partes, y para cuya apreciación hay que investigar caso por caso e internarse en la particularidad de cada vínculo. Las mencionadas finalidades pueden categorizarse por grupos, puesto que los individuos no pueden ser tan originales de modo de ser absolutamente distintos los unos de los otros, en cuanto a sus intereses económicos. De manera que unos fines individuales coinciden con otros, pudiendo ser agrupados. Por ello, apreciados externamente, pueden ordenarse los contratos según categorías de finalidades que se persiguen dentro de una sociedad dada y en un tiempo dado.

Los autores han discrepado sobre la designación conceptual de esta técnica. Según la concepción de Betti, es una finalidad económico-social que puede tener carácter de causa categorial, tipificante. Según Gete Alonso y Calera, se trata de la función contractual, que describe la finalidad que se requiere al contrato y que integra el tipo¹⁹. Para Mosset Iturraspe es un

¹⁷ Conf. VILLEGAS, Carlos, *Régimen Bancario*, Rubinzal y Culzoni, 1995, pág. 142 y ss.

¹⁸ BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Trad. M. Pérez, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1959, pág. 144.

¹⁹ Op. cit., pág. 710.

modo de clasificar los contratos de acuerdo a criterios económicos²⁰. Más allá de estas discrepancias, hay coincidencia en que la finalidad económico-social es el elemento que se utiliza para definir los distintos tipos especiales de contratos.

La mencionada finalidad es objetiva, y se distingue claramente de los motivos, que para algunos autores se subsumen en el concepto de causa-fin. La causa objetiva toma en cuenta el proceso económico y no la voluntad específica de cada contratante en particular.

2) Funciones facilitativa, delimitativa y de programación.

El tipo legal así descripto, cumple varias funciones:

— **Función facilitativa:** el establecimiento de normas relativas a la compraventa, si son generales, puede facilitar la obra de los particulares, de modo que no necesitan inventar el contrato cada vez que quieren realizar la operación jurídica. El tipo se presenta entonces como una experiencia social consolidada, facilitativa y con carácter supletorio.

En el plano económico, ello significa una disminución de los costos de transacción, por lo cual se trata de normas eficientes, siempre que sean lo suficientemente generales. La generalidad de las normas garantiza que los repartos económicos queden en manos de los particulares. En cambio, si se establecen disposiciones demasiado específicas, estas decisiones tienen efectos distributivos que restringen la autonomía.

— **Función delimitativa:** El tipo legal especial consagra el deber ser y como tal muestra lo deseable en el desarrollo de una finalidad económico-social específica.

El apartamiento injustificado, sin base, del sentido común, del derecho supletorio, provoca una “desnaturalización”, que aplicada en sectores específicos, tiene efectos delimitativos. Así sucede en el derecho de consumo, en el que dada, la debilidad que el legislador presume en el consumidor, se establece el carácter abusivo de

cláusulas que “desnaturalizan” las obligaciones (art. 37 Ley 24.240).

De tal modo, el tipo especial cumple una función de control, junto al orden público.

— **Función de programación:** Según esta función el tipo establece apriorísticamente las clases de finalidades que el derecho considera susceptibles de protección, definiendo figuras contractuales y las cláusulas que caracterizan a las mismas. Esta clase de función es la que se encuentra cuestionada y que, según nuestra opinión, no debe cumplir el tipo.

3) Las figuras contractuales típicas:

De este modo se definen tipologías genéricas asociadas a la finalidad, y dentro de ellas un contrato tipo “principal”, que tiene la posibilidad de ser el “líder”, y por ello, aplicar sus normas en forma subsidiaria a otros contratos que persiguen el mismo objetivo. Por ejemplo, se sostiene que hay una finalidad de cambio, en la que la compraventa es el contrato modelo cuyas normas se aplican en subsidio a otros vínculos que persiguen el mismo propósito. De esta manera la causa apreciada en sentido objetivo, cumple un rol tipificador²¹.

Seguidamente expondremos las principales funciones económico-sociales identificadas por la doctrina. Muchos contratos pueden cumplir varias funciones o algunas funciones afectar aspectos parciales de algunos contratos, dando lugar a un fenómeno de anomalía que veremos más adelante.

Las funciones son las siguientes:

A) Función de cambio de la titularidad: la finalidad que persiguen estos contratos es la modificación en la propiedad de una cosa o de un derecho a cambio de un precio. El contrato “príncipe” es la compraventa, aunque en nuestro régimen jurídico, hay una separación entre la trasmisión de cosas y de derechos. En el primer caso se incluye la compraventa, permuta, suministro, *catering* y muchos otros. En el segundo, la cesión de créditos, cesión de deudas, cesión de contrato, cesión de derechos here-

²⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Ed. Actualizada, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1995, pág. 92.

²¹ DE CASTRO y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 205; BUERES, Alberto, *El objeto del negocio jurídico*, Ed. Hammurabi, pág. 111.

ditarios, transferencia de tecnología, marcas, *merchandising*, esponsorización.

El tipo genérico sufre modificaciones importantes en función:

- del vendedor, dando origen a la compraventa comercial.
- del comprador débil, a través de la compraventa de consumo.
- según el bien (de inmuebles destinados a vivienda, lotes por mensualidades).

B) Función de cambio en el uso: en ellos no se altera la titularidad sobre una cosa, sino sólo su uso. El contrato tipo es la locación de cosas, en la que se cede el uso y goce sobre una cosa a cambio de un precio. Se incluyen en esta categoría el arrendamiento rural, el leasing, aspectos contractuales del club de campo, del tiempo compartido y de los cementerios privados.

C) Función financiera: la finalidad en este caso es el aprovechamiento económico del dinero, siendo el contrato tipo el mutuo. Un subgrupo está vinculado al crédito individual, masivo, personal o a través de la intermediación. Otro, en cambio se refiere a la finalidad especulativa mediante la utilización de bienes en función dineraria, como ocurre en el caso de las cotizaciones de materias primas (*commodities*) o de hipotecas “Securitización” (Ley 24.441), o los contratos de bolsa. Se pueden incluir en esta categoría a numerosos contratos como el leasing, *factoring*, bancarios, *underwriting*, contratos de bolsa.

D) Función de garantía: mediante estas relaciones jurídicas se pretende brindar una seguridad respecto del cumplimiento de otro contrato. El modelo es la fianza, y se incluyen en esta categoría la promesa del hecho ajeno, y otras formas anómalas.

E) Función de custodia: en esos hay una cosa ajena que se entrega para su guarda y conservación. El modelo es el depósito. Se incluyen el contrato de depósito regular voluntario, necesario, gratuito en el ámbito civil y oneroso en el comercial, el garaje y la caja de seguridad.

F) Función de colaboración gestoria: se trata del encargo de actos jurídicos y materiales. En el encargo de actos jurídicos el modelo es el mandato, y se incluyen corretaje, comisión, agencia, concesión, franquicia. En el encargo de actos materiales los contrato-base son la locación

de obra y de servicios. Se incluyen el contrato de edición, de representación teatral, sobre derechos intelectuales, informáticos, transporte, contratos profesionales, consultoría, contrato de publicidad, *management*, peaje, turismo.

G) Función de colaboración asociativa: dos o más partes contratan para obtener una finalidad común. El modelo es la sociedad, y se incluyen los contratos parciarios, asociativos, agrupaciones de colaboración, uniones transitorias de empresas. También la colaboración asociativa entre personas físicas como los equipos profesionales. También ingresan en esta categoría los contratos parasocietarios.

H) Función de colaboración asociativa en redes: esta novedosa modalidad se da a través de uniones de contratos que conviven en un sistema conexo. Funcionan como redes comerciales el contrato de agencia, de distribución, la franquicia, la concesión y los hipercentros de consumo.

I) Función de previsión: estos contratos están destinados a la prevención de riesgos: la renta vitalicia en el derecho civil y el derecho de seguros en el comercial. El primero es el más antiguo, pero el segundo es el que ha tomado el rol de contrato modelo. Se le asimilan contratos como el de previsión en el régimen de aseguradoras de riesgos del trabajo, de jubilación, y en algunos casos la medicina prepaga.

J) Función de recreación: contratos que tienen una finalidad de entretenimiento: juegos de azar, destreza física, Prode, rifa.

K) Función extintiva: su finalidad no es crear derechos, como los anteriores, sino extinguirlos. El modelo es la transacción y presuponen la existencia de un conflicto sobre derechos. Pueden asimilarse los contratos declarativos de derechos dudosos, los de sometimiento a la mediación y el arbitraje.

L) Función de gratuidad: en nuestro derecho son admitidos la donación, la renta vitalicia.

CUARTA PARTE

LOS CONTRATOS ATÍPICOS

I. La calificación del contrato.

La calificación de un contrato es la operación a través de la cual se tiende a identificar el

abstracto tipo legal en el cual subsumir el concepto de contrato²², es decir, fijar a qué tipo pertenece. Es un juicio de subsunción, ya que se trata de examinar la obra de los contratantes comparándola con las clasificaciones del derecho contractual, para establecer sus coincidencias y diferencias, y aplicarles sus normas.

La creatividad lícita de la autonomía privada ha provocado algunos quiebres en el esquema de clasificación existente, sea legal o social. La férrea identidad entre tipicidad y finalidad económico-social se fractura en virtud de que hay contratos que pueden cumplir funciones diversas y otros que son usados como instrumentos de finalidades distintas de las que realmente tienen, produciéndose deformaciones del tipo.

A fin de iniciar el estudio de estos temas, que son apartamientos o combinaciones de la tipicidad, hay que distinguir si el fenómeno se refiere a un contrato o a varios.

II. Existencia de un solo contrato.

1) Contratos típicos: un negocio jurídico bilateral es calificado como típico, cuando es un supuesto de hecho que encuadra perfectamente en la descripción legal o social, sin apartarse en las finalidades. El apartamiento del tipo se configura cuando la desviación es suficiente como para hacer perder al contrato su fisonomía o hace inoperante su causa típica²³.

2) Atípicos puros: el contrato es calificado como atípico puro cuando es obra de las partes sin referencia a ninguna previsión típica. La creación de un contrato novedoso, presenta el problema de su admisibilidad, pero no de calificación, ya que no se adapta a ninguna categoría. Una vez admitido, se aplican los preceptos elaborados por las partes.

Los contratos atípicos son una subespecie del contrato, según nuestro derecho (arts. 1137,

1143 C. C. argentino), razón por la cual se le aplican todos los preceptos correspondientes a la parte general.

3) Atípicos mixtos: Entre un contrato que se ajusta por entero a la descripción legal y otro que es absolutamente novedoso, hay una serie de posibilidades intermedias que constituyen modificaciones parciales del tipo, a saber:

A) Prestaciones principales y accesorias pertenecientes a distintos tipos.

Son aquéllos en que hay un tipo básico con una o más prestaciones accesorias, que pertenecen a otros tipos. Por ejemplo, cuando se celebra una locación de un departamento con servicios de calefacción, incinerador, etc. O cuando se celebra un contrato de depósito con servicios de lavado, o viceversa, se lleva un automóvil a lavar, y hay una obligación accesoria de custodia. En ellos, la finalidad económica del contrato puede ser de cambio o de custodia, pero accesoriamente hay obligaciones de hacer que pertenecen a la locación de servicios²⁴.

En estos vínculos la calificación corresponde a la que surge de la finalidad principal y resulta aplicable la teoría de la absorción, puesto que existiendo un elemento preponderante, se pueden aplicar las normas del contrato típico principal.

Es conveniente aclarar que las obligaciones accesorias o deberes secundarios de conductas, pertenecientes a otro tipo, si bien tienen una accesoriidad típica, pueden tener una importancia mayor a la hora de solucionar un caso, si es ésa la obligación incumplida²⁵.

B) Prestaciones principales pertenecientes a distintos tipos.

En estos supuestos existen varias prestaciones principales que corresponden a distintos

²² CALCAGNO, *El negocio jurídico*, Valencia, 1992, pág. 436.

²³ MESSINEO, *Doctrina General del Contrato*, Bs. As., 1986, Ejea, T. I, págs. 394 y ss. En sentido coincidente DIEZ PICAZO, op. y t. cit., pág. 242.

²⁴ Hay muchísimos otros ejemplos. DE CASTRO y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 205, admite que hay contratos típicos con prestaciones extrañas, como por ejemplo la venta de una empresa con obligación de no competencia, o la venta de mercancías con obligación de devolver los envases.

²⁵ Es lo que sucede cuando se lleva un vehículo para lavado y resulta robado, y resulta de capital relevancia establecer la existencia de una obligación de custodia, aunque el contrato no fuera de depósito ni ésta hubiera sido pactada por las partes.

contratos. Por ejemplo, la pensión en la que se promete alojamiento y comida, o el contrato de portería, que puede incluir contrato de trabajo y de locación de cosas, o el alquiler con opción de compra.

Se los suele denominar “dobles” porque el contrato encaja en dos tipos distintos, sin que pierda su propia individualidad. Por ello se aplica en estos casos la teoría de la combinación, que permite al Juez construir las normas aplicables al caso, tomando elementos de ambos tipos contractuales aplicables.

C) La solución jurídica basada en los problemas típicos.

Para determinar las normas aplicables a los contratos típicos, se han ensayado las conocidas teorías de la absorción, extensión analógica y combinación. Todas parten de tomar en cuenta un tipo contractual, como la compraventa o la locación, y si la relación jurídica tiene un elemento preponderante de la compraventa se aplica este tipo, conforme la teoría de la absorción. En un grado más tenue se aplica por vía analógica y no directamente, mientras que la última teoría, descompone tanto la compraventa como la locación para armar un nuevo contrato en función del supuesto de hecho.

Luego de desarrollar estas teorías, casi todos los autores llegan a la conclusión de que son insuficientes.

Examinando los conflictos contractuales, puede llegarse a la conclusión de que éstos tienen una reiteración: el incumplimiento de la obligación de escriturar, la violación del deber de custodia, o del de información, o los intereses, o la calidad de la cosa y garantías.

De tal manera, lo que hay que estudiar no son los tipos detallistas, sino los problemas típicos, de qué manera son resueltos y cómo varían según su contexto. La rescisión unilateral incausada o el incumplimiento del deber de custodia, son problemas típicos que tienen un elemento en común y diferenciaciones según los intereses en juego en cada contrato²⁶.

4) El negocio jurídico indirecto.

Toda la teoría del negocio jurídico indirecto

es una consecuencia de la tipicidad-especial. Si hay un tipo legal o social, que establece una finalidad típica, el negocio jurídico indirecto se produce cuando para la obtención del resultado que quieren las partes se utiliza al negocio típico como un medio, apartándose de la finalidad típica. En cambio, si no hubiera un negocio típico, no habría desviación de la finalidad.

Dos partes pueden celebrar un mandato que es un contrato típico, cuya finalidad típica es el encargo de actos materiales a otro. Sin embargo, en este caso, la finalidad no es encargar algo, sino obtener una garantía, haciéndose un mandato irrevocable. Este último es un negocio indirecto porque utiliza un contrato típico, pero con otra finalidad.

Dos partes celebran un contrato de compraventa, cuya finalidad es la transmisión de la propiedad a cambio de un precio, anexándole un pacto de retroventa, en virtud del cual el vendedor puede recuperar la cosa vendida (arts. 1380 y ss. del C.C. argentino). Desde el punto de vista económico, el vendedor entregó la cosa y el comprador pagó el precio. Desde el punto de vista de las partes, puede suceder que lo que se haya querido hacer es un préstamo: el “comprador”, prestó dinero (precio) y obtiene como garantía la propiedad que le es vendida por el tomador del préstamo-vendedor. Cuando termina de pagar el precio, puede recuperar la cosa vendida. De este modo, la compraventa tiene una finalidad típica: cambio de la cosa por un precio, que es cambiada en el caso: préstamo de dinero.

La doctrina del negocio indirecto, si bien advirtió que las partes cambiaban el destino típico de los contratos, se concentró principalmente en los fines ilícitos, y sus esfuerzos fueron encaminados principalmente, a combatir el fraude.

En cambio, hay actualmente una enorme cantidad de variaciones de las finalidades típicas, que veremos seguidamente a través de las uniones de contratos.

III. Existencia de varios contratos.

Cuando existen varios contratos, el fenómeno es distinto de la atipicidad, apreciada ésta en sentido estricto. En el contrato atípico existe

²⁶ Hemos estudiado ambos problemas en *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, cit.

una deformación del tipo en virtud de las cláusulas que las partes incorporan a un contrato. En el supuesto de varios contratos, ellos mantienen su tipicidad y autonomía, pero existe una finalidad "supracontractual", un negocio que se quiere hacer, y para el cual se utilizan varios tipos contractuales.

Este fenómeno, cada vez más difundido, plantea numerosos problemas que veremos seguidamente.

QUINTA PARTE

UNIONES DE CONTRATOS

I. La existencia de uno o varios contratos.

Las partes pueden perseguir sus finalidades económicas combinando varios contratos. En estos supuestos no existen cláusulas incorporadas a un contrato que representan combinación de diferentes tipos contractuales, sino contratos distintos celebrados entre las mismas partes. No siempre es sencillo diferenciar este supuesto de unión de contratos, del contrato atípico único.

Para distinguir cuando hay uno o varios contratos es irrelevante que estén vinculados por su celebración en un mismo momento, por la unidad del documento en que se celebran o por otra causa. En este supuesto, la influencia es mínima, puesto que lo único que muestra cierta vinculación entre ellos es el momento de celebración o su desarrollo en un mismo documento, y ambos son datos que no producen efectos²⁷.

En cambio, es importante establecer si hay una o varias causas o finalidades económico-sociales ya que es el elemento determinante para constatar la pluralidad de contratos²⁸.

Para examinar este tema hay que distinguir entre uniones de origen legal y convencional.

II- Uniones de contratos de origen legal.

La ley regula varios casos en los que hay contratos que, si bien son distintos, tienen algún

nexo. Como consecuencia de ello, se trasladan algunos efectos: la creación de una acción directa, la propagación desde uno hacia el otro de la nulidad, o la extinción, o bien la conexión entre ambos para la creación de derechos.

Se trata de regulaciones del legislador, que examinaremos seguidamente. Luego veremos si las partes pueden hacer algo similar y si hay efectos que se propagan.

1) Contratos autónomos recíprocos.

Entre las mismas partes se celebran dos contratos en relación de dependencia mutua, de modo tal que la ejecución o validez de uno queda subordinada a la ejecución o validez del otro; cada contrato es la causa del otro. Este fenómeno no tiene ninguna relación con la atipicidad, puesto que hay una vinculación económica que no afecta la fisonomía jurídica de los contratos²⁹.

Un ejemplo de este supuesto en nuestro derecho son las donaciones mutuas que dos o más personas se hacen recíprocamente entre sí, cuyo efecto es que la nulidad de una causa la nulidad de la otra (art. 1821 del C.C. argentino).

Cuando hay un único contrato con prestaciones recíprocas, es aplicable la excepción de incumplimiento contractual o el pacto comisorio. En cambio, cuando son dos contratos autónomos en relación de reciprocidad, estos institutos no son aplicables (Doctrina art. 1821 Código Civil).

2) Contrato principal y accesorio.

Este vínculo se configura cuando un contrato es la razón de la existencia del otro, como ocurre con la fianza. El contrato principal influye sobre el accesorio, en el sentido de que si se extingue el crédito, produce, por efecto derivado, la de la garantía.

Tampoco hay influencia sobre la tipicidad, puesto que cada uno la conserva con toda nitidez.

3) El subcontrato.

Hay aquí un contrato principal y uno deri-

²⁷ MESSINEO, *Doctrina General del Contrato*, Bs. As., 1986, Ejea, T. I, pág. 393.

²⁸ MESSINEO, *op. cit.*, pág. 393.

²⁹ MESSINEO, *op. cit.*, pág. 402.

vado, generalmente en grado de dependencia unilateral. Es el caso del contrato de locación de cosas, en las que el locatario puede sublocar, existiendo de tal modo dos contratos, cuyo puente de unión es el locatario-sublocador.

El efecto principal que se reconoce como consecuencia de esta dependencia es la acción directa (art. 1591 del C.C. argentino).

4) Sucesión de contratos.

Puede darse el caso que un contrato preparatorio está vinculado con el contrato definitivo, en el sentido temporal y causal, sin que se afecte la tipicidad.

III Uniones de contratos de origen convencional.

1) Negocio realizado a través de varios contratos.

Hay muchos casos en que sólo mediante varios contratos se puede alcanzar la finalidad económica perseguida, y por ello, las partes los combinan sin que ellos pierdan su tipicidad, ni se trate de modalidades que el legislador haya previsto, como las precedentes.

La costumbre muestra que la idea de “negocio” (en su acepción común y no referida a la teoría del negocio jurídico) es más amplia que la de “contrato”. Cuando se quiere hacer un “negocio”, se utiliza a los “contratos” como instrumentos, agrupándolos de modo tal que produzcan el efecto deseado.

Se trata de una práctica muy difundida en todos los órdenes:

— Cuando se otorga un préstamo de dinero, hay un cúmulo de instrumentos: contrato de mutuo, fianza, pagarés, mandatos. De tal manera, frente a un incumplimiento, el deudor podrá cuestionar aspectos relativos al mutuo, pero será derrotado ampliamente al ejecutarse las garantías basadas en los títulos valores abstractos. Si el pagaré es independiente del mutuo, de

poco le valdrán las defensas que surjan de este último. Surge así un negocio jurídico “asfixiante” de las defensas oponibles.

— En otros casos, el préstamo se adosa a la compra de bienes de todo tipo. El adquirente celebra una compraventa y un préstamo de dinero con distintas empresas, pudiendo ocurrir diversas alternativas: compra el bien y no le dan el crédito, quedando imposibilitado de pagar y sin posibilidad de rescindir; compra el bien y el mismo no lo satisface porque no es de la calidad prometida, pero debe seguir pagando el crédito. Estos casos han dado lugar a leyes protectoras del consumidor³⁰.

— Es muy frecuente la existencia de “paquetes” de servicios: una tarjeta de crédito es el soporte a través del cual se realiza la publicidad, la venta, el cobro, el préstamo dinerario, contratos de turismo, y muchos otros.

— El Tribunal Supremo español entendió en un caso en que había un contrato de compraventa de mercancías de importación y exportación, con compensación de los respectivos precios, conjuntamente con un contrato de depósito del precio en un banco, que ambos acuerdos si bien con diferencias, forman parte de la misma operación económica³¹.

— El seguro de vida personal, se puede contratar conjuntamente con la inversión en valores inmobiliarios³².

Las redes contractuales plantean problemas propios. En las contrataciones propias de la sociedad de masas, es necesario instrumentar redes de contratos: redes de usuarios de tarjetas de créditos, de consumidores, de distribuidores. En ellos la existencia de un contrato sólo se explica porque hay otros que funcionan como un sistema; no se justificaría el negocio si hay uno sólo.

2) Finalidad supracontractual.

Necesitamos de un concepto para tratar estos fenómenos. Así como hay una finalidad persegui-

³⁰ Conf. LOPEZ FRIAS, Ana, *Los contratos conexos*, Bosch, Barcelona, 1994.

³¹ T.S. 3.12.59, cit., por LOPEZ FRIAS, Ana, *Los contratos conexos*, pág. 57.

³² Para este régimen en nuestro derecho conf. CORTE-DEVIRGILIS-TABERNERO, *Nuevo sistema previsional argentino*, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, págs. 493 y ss.

da a través de un contrato, y ello motivó una categorización muy útil para el Derecho, hay una finalidad supracontractual. En ella, las finalidades económico-sociales son distintas o más amplias que las que existen en los contratos social o legalmente típicos, de modo tal que estos últimos son usados instrumentalmente para lograr aquellas.

Esta finalidad supracontractual sustenta la conexidad entre los contratos que veremos seguidamente.

SEXTA PARTE

LA CONEXIDAD CONTRACTUAL

I. Distintos aspectos.

Conforme lo que hemos expuesto puede existir una finalidad supracontractual de origen convencional.

Es indudable que cuando una empresa que presta dinero y otra que vende heladeras deciden aunarse para mejorar su posicionamiento en el mercado, prestando dinero y vendiendo heladeras a los consumidores, tenemos al menos tres cúmulos de relaciones. Entre ambas empresas, aunque no exista ningún convenio, aunque no se de una oferta unificada, hay una colaboración que se obtiene mediante la "convivencia de contratos distintos": si una presta dinero y la otra vende heladeras por separado, brindarán menos satisfacción que si ponen al alcance del cliente un producto complejo y completo. A renglón seguido, tenemos las relaciones que se dan entre estas empresas y el cliente, que pueden ser dos o tres. Serán dos relaciones si las empresas unifican la oferta; serán tres vínculos si las empresas no ofertan unificadamente celebrando contratos distintos con el cliente.

Similares apreciaciones podemos hacer en relación a los productos complejos, sistemas contractuales de ahorro, o las tarjetas de crédito.

Para extraer consecuencias jurídicas de estos nuevos encadenamientos, hay que ordenar los problemas que producen.

La unión de contratos es un medio que se uti-

liza para la satisfacción de un interés, que no se puede realizar normalmente a través de las figuras existentes. De ello debemos deducir que hay una parte que busca una satisfacción y otra que intenta satisfacerla mediante un encadenamiento contractual.

Habrà que discernir entre las relaciones jurídicas que surgen entre los participantes de los distintos contratos que colaboran entre sí a fin de dar satisfacción, y las que se dan entre éstos y el que busca la obtención del interés. En este último caso, habrá que distinguir aquellos casos en que se trata de relaciones de consumo, por su normativa especial.

Desde el punto de vista de las empresas oferentes, los contratos coligados son un asunto de colaboración; ya no una colaboración asociativa que se logra a través de un contrato, sino de varios.

Desde el punto de vista del cliente, es un problema de relacionamiento: ¿están relacionados estos contratos?; ¿es posible pensar en que las vicisitudes de uno están sujetos a la condición de que el otro se cumpla?; ¿es posible vincular a los sujetos distintos de contratos también distintos, por una demanda de responsabilidad?

El estudio de estos aspectos nos lleva a la indagación del concepto de conexidad contractual.

II. El interés asociativo en la conexidad contractual.

En la conexidad hay un interés asociativo que se satisface a través de un negocio que requiere varios contratos unidos en sistema; la causa en estos supuestos vincula a sujetos que son partes de distintos contratos situándose fuera del contrato, pero dentro del sistema o red contractual; es una causa sistemática. Ello significa que hay una finalidad económico-social que trasciende la individualidad de cada contrato y que constituye la razón de ser de su unión; si se desequilibra la misma, se desequilibra todo el sistema y no un sólo contrato³³

Entre las partes que mantienen este interés, existe un principio de coordinación, corresponsabilidad sistemática de las prestaciones, y obli-

³³ Es lo que pasa con un sistema de tarjeta de créditos en el que sus miembros no pagan, o de medicina prepaga, en el que se produce la necesidad de pagar una prestación exorbitantemente costosa; sobre este concepto ver nro. comentario en *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, cit.

gaciones con fundamento en la conexidad. Estas vinculan a los integrantes de la red entre sí y frente a terceros. Entre las obligaciones internas cabe mencionar: la de contribuir al sostenimiento del grupo y, la de aseguramiento del éxito de la empresa. Estos elementos sirven para explicar las obligaciones recíprocas que tienen los integrantes de una red de concesionarios, franquiciantes, usuarios de tarjetas de crédito y otros sistemas similares³⁴.

III. La noción de dependencia recíproca y de contratos condicionados entre sí.

Hemos dicho que desde el punto de vista del cliente que recibe una satisfacción a través de dos o más contratos, los mismos se presentan como relacionados. Para identificar jurídicamente dicho nexo se ha señalado que existe reciprocidad de distintos tipos³⁵:

— **Dependencia recíproca:** la finalidad perseguida en el negocio hace que ambos contratos sean necesarios para llevarlo a cabo. Es el ejemplo clásico de quien compra un caballo y el alquiler de una silla para usarlo.

— **Dependencia alternativa:** hay una unión de contratos en los que por medio de una condición se subordina esa dependencia. La compra de un caballo para el caso de que llegue a ser oficial de caballería en el plazo de un mes y de no resultar así, alquiler del mismo por tres meses.

También se ha utilizado la noción de condición. La condición es una modalidad accidental de la obligación mediante la cual se subordina la adquisición de un derecho o la resolución de un derecho ya adquirido, a la existencia de un acontecimiento futuro e incierto (art. 528 del C.C. argentino). El acontecimiento es un hecho jurídico ajeno a la relación obligacional. Los contratos pueden ser condicionales si las obligaciones

de ambas partes se encuentran sometidas a una condición³⁶. Por ejemplo, en la compraventa pueden modificarse los efectos naturales de la misma mediante un pacto que la someta a una condición (arts. 1363, 1370 y 1371 del C.C. argentino). La celebración de otro contrato, o sus vicisitudes, constituyen un hecho, al cual pueden remitirse las partes.

En el derecho comparado se han impuesto estas condiciones por la vía legal. Así la ley francesa de 1979 sobre crédito inmobiliario, establece que el contrato de préstamo se somete a la condición resolutoria de la no conclusión del contrato inmobiliario en un plazo de cuatro meses (art. 9°), mientras que el contrato relativo al bien inmueble, está sometido a la condición suspensiva de la obtención del préstamo (art. 17)³⁷.

En el derecho argentino, en ausencia de una disposición legal específica, hay que estar a lo que dispone la autonomía privada. Es cierto que habitualmente, las partes no celebran expresamente estos pactos. Sin embargo, la condición puede surgir tácitamente cuando aparece con suficiente seguridad que tal ha sido la intención de las partes³⁸.

Habrà que estar entonces a la interpretación de la voluntad de las partes para determinar si la reciprocidad o la condición han sido consideradas como modalidades de los contratos celebrados.

1) Efectos.

En cuanto a los efectos que produciría la referida reciprocidad, son de interpretación restrictiva, puesto que son una excepción a la regla del efecto relativo de los contratos.

Entre estos efectos, en el derecho comparado se han señalado los siguientes:

³⁴ Ampliamos argumentos y citas en LORENZETTI, Ricardo, *¿Cuál es el elemento que une a las redes de consumidores, de distribuidores o de paquetes de negocios? Aproximación a la conexidad contractual como fundamento imputativo*, LL. 1995-E-1013.

³⁵ SPOTA, *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Depalma, Bs. As., T. II, pág. 126

³⁶ LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando, *Teoría de los contratos*, T. 2 parte especial 1, Bs. As., Zavalia, 2da. ed. 1985, pág. 213.

³⁷ Conf. LOPEZ FRIAS, op. cit., pág. 103.

³⁸ CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, Lep, 1975, T. II, pág. 188.

— las vicisitudes que afectan a un contrato (invalidez, ineficacia, resolución), puede repercutir sobre otros. En la doctrina y jurisprudencia italiana se ha admitido la posibilidad de resolver un contrato y extender esta medida a otro vinculado en grado de conexidad.

— el pacto comisorio o la excepción de incumplimiento contractual podrían ser invocados si uno de los contratos no ha sido cumplido.

— la acción directa en materia de responsabilidad.

2) Situaciones jurídicas abusivas.

En numerosas redes contractuales se pueden crear mercados cautivos lesivos del ejercicio de facultades de individuos. Ello es frecuente en grupos de ahorro y préstamo, tarjetas de crédito, sistemas de medicina prepaga, agrupamientos contractuales de propietarios de propiedad horizontal, clubes de campo, o sistemas de tiempo compartido.

La conexidad contractual puede dar lugar a la creación de un cúmulo de derechos que permiten una acción concertada. Cuando ello es impeditivo o limitativo de las facultades de otro contratante, puede dar lugar a situaciones jurídicas abusivas, con la consiguiente aplicación de la sanción jurídica frente al acto abusivo³⁹.

3) Conexidad contractual y obligaciones conexas o concurrentes.

En muchos casos, fundado en la responsabilidad por daños, el legislador imputa a una cadena de responsables. En el caso de la locación de obra, pueden responder el locador, y otros sujetos, pero se trata de obligaciones concurrentes. Las obligaciones conexas se caracterizan porque hay un mismo acreedor, una identidad de objeto pero varios acreedores cuyas obligaciones tienen distintas causas. La acción

de repetición entre ellos se funda en esa causa⁴⁰.

Aunque se denominan también conexas, se trata de un elemento que afecta a las obligaciones y no directamente a los contratos.

IV) Conclusiones

De lo expuesto puede decirse que:

- La definición de un tipo contractual general, como técnica normativa para adjudicar efectos jurídicos a las relaciones de derecho privado patrimonial, es histórica y culturalmente relativa.

- Actualmente existe una crisis de la noción de tipo contractual como forma de determinación apriorística exhaustiva de la actividad económica de los individuos.

— El tipo contractual se condensa en aspectos mínimos, ampliándose el campo de la autonomía privada.

— La regulación general del contrato (tipo de primer orden) es un elemento más, sumado a las numerosas normas de orden público que ordenan la actividad de las partes, una vez que éstas han definido el propósito práctico perseguido.

— Muchas cuestiones que son aparentemente novedosas en la práctica, no precisan de la noción de "tipo legal especial", pudiendo ser solucionadas con algunas normas de carácter general, testeando la adaptabilidad del contrato frente al derecho como sistema.

— El tipo especial cumple una función facilitativa de la actividad de los particulares, delimitativa de las contrataciones que se aparten del deber ser. No debe cumplir funciones de programación.

³⁹ Ampliamos en LORENZETTI, Ricardo, *Nuevas fronteras del abuso del derecho. Situaciones jurídicas lesivas de libertades. Tutela del mercado y amparo*, LL. 1995-E-593.

⁴⁰ CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, Lep, T. 2, pág. 80; LLAMBIAS, JJ, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1982, T. II-A- pág. 589.